

## Instituições, Decisão Judicial e Análise do Pensamento Jurídico: o Debate Norte-Americano\*

*Andrei Koerner*

### Introdução

A partir do início dos anos 1990 vê-se, por parte dos pesquisadores de ciência política de nosso e de outros países, um interesse crescente pelo papel político dos tribunais constitucionais e por temas do mundo do direito. Essas pesquisas têm trazido relevantes contribuições para o conhecimento desses temas, mas, entre nós, a produção sobre questões teórico-metodológicas e seus desdobramentos normativos tem sido limitada. Contudo, a análise política de decisões judiciais levanta problemas bastante complexos e relevantes, que devem ser tematizados, a fim de tomarmos consciência dos pressupostos e conseqüências de nossas próprias escolhas e de alcançarmos uma elaboração conceitual mais aprimorada de nossas pesquisas.

O presente artigo apresenta algumas vertentes, na ciência política, do pensamento norte-americano sobre a decisão judicial, que se refere especialmente, mas não exclusiva-

mente, à decisão constitucional na Suprema Corte. Não se tem a pretensão de apresentar uma revisão exaustiva das correntes de análise, o que demandaria um esforço de larga escala para dar conta apenas da produção de ciência política sobre o tema, dados o grande número de trabalhos, a riqueza e variedade das abordagens e a proliferação dos aspectos e temas que são tratados.

A produção norte-americana sobre a Suprema Corte no campo da ciência política remete a um universo mais amplo de debates acadêmicos e políticos, no qual os temas e abordagens próprios a esse campo (estudos de governo, políticas públicas, política comparada, teoria política) entrelaçam-se com teorias, conceitos e debates produzidos em outras áreas, como a da administração pública, da economia, da teoria do direito, da sociologia do direito e do direito constitucional. Esse debate remonta ao início do século XX, no qual estão vinculadas a expansão do modelo científico baseado no

---

\* O presente artigo foi apresentado na Sessão Temática de Teoria Política do V Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), realizado em Belo Horizonte (MG), em julho de 2006. Resulta das atividades da pesquisa financiada pela Fapesp, pelo CNPq e pela Faepex/Unicamp, intitulada Pensamento Jurídico, Decisão Judicial e Processo Político: uma Análise Política do Controle da Constitucionalidade nos anos 1990, realizada pelo Grupo de Pesquisas sobre Política e Direito, do Centro de Estudos Internacionais e de Política Contemporânea (GPD/Ceipoc) do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade de Campinas (IFCH/Unicamp). Agradeço a Márcia Baratto, Celly Cook, Carlos Eduardo "Kadu" Giungí, David Pereira, Ana Gnann, Maira Favoretto, Carol Cavazza, Daniel Menezes e a todos os demais participantes das atividades do grupo por suas contribuições ao presente trabalho.

positivismo, no evolucionismo e no behaviorismo, a crítica realista ao formalismo jurídico e os seus desdobramentos sobre as concepções dominantes de *rule of law* e democracia, e as controvérsias teóricas e políticas a respeito da regulação econômica e das leis de proteção social.

A exposição seguinte é orientada pelo objetivo de nossa pesquisa, acima referida, que é o de realizar uma análise política do pensamento jurídico elaborado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) nos anos 1990. Essa análise é focada na formação e nas transformações das matrizes de pensamento, dos conceitos, dos procedimentos, das técnicas jurídicas e do sentido político das decisões tomadas por esse Tribunal. Considera-se que o enfoque no pensamento jurídico é adequado e necessário para a pesquisa empírica sobre tribunais e decisão judicial. Com ele, a explicação não se volta para as decisões individuais dos juízes, mas para os padrões de tomada de decisão. O Tribunal não é tomado isoladamente de seu contexto mas como uma instituição permeável às ações e expectativas de outros agentes. Assim, compreendem-se as relações entre os tribunais e outras instituições governamentais, a forma de atuação dos tribunais e dos juristas no processo político e o sentido de suas decisões (e construções intelectuais) para a efetivação dos direitos de cidadania. São combinadas as dimensões estratégica e sócio-histórica dos fenômenos jurídicos, tratando-se a atuação dos juristas de uma perspectiva politicamente realista, que preserva as especificidades de sua atividade e, particularmente, as das decisões judiciais. Enfim, a abordagem incorpora à análise a dimensão normativa – o “Direito” – dos fenômenos tratados e elabora conceitos operacionais para a pesquisa empírica dos mesmos. Mas considera o Direito como parte de uma prática social, que se dá em

contextos estruturados e com sentido altamente determinado pelas tradições históricas, cujos contornos não são (pre)determinados de forma completa, e assim não constituem um sistema coerente e fechado, visto que seus traços são objeto e resultado dessa própria prática.

Essa forma de abordagem tem sido praticada, a partir do início dos anos 1990, por pesquisadores de ciência política que tomam como ponto de partida a consciência da inadequação dos modelos naturalistas de ciência aos objetos das ciências sociais; em seguida, adotam métodos interpretativos de pesquisa (sem dispensar a utilização de procedimentos formalizados e análises quantitativas); além disso, consideram indispensável incorporar à análise política dos tribunais as suas especificidades institucionais, como a investidura, a natureza dos seus poderes e os métodos adotados na tomada de decisão. Enfim, criticam as concepções de Direito presentes nas outras abordagens da ciência política, as quais o reduzem a um conjunto de regras e técnicas que são desprovidas de relevância, pois podem ser livremente manipuladas pelos juízes em função de suas preferências (o realismo jurídico, adotado pelas abordagens pluralista e atitudinal), ou que têm sentido objetivo e externo aos atores, que os tomam como uma restrição ou um recurso para seu cálculo estratégico (o formalismo jurídico, adotado pela abordagem estratégica).

O presente artigo partiu da constatação de que há desenvolvimentos teóricos paralelos na ciência política e na teoria e sociologia do direito. O levantamento das tendências e influências recíprocas subjacentes a esse paralelismo seria, por si só, um excelente tema para a pesquisa da história intelectual norte-americana e das influências recíprocas entre as diferentes disciplinas acadêmicas. Não é o caso de fazer isso na presente exposição, a

qual se resumirá à apresentação das raízes da abordagem construtivista no campo de debates acadêmicos da ciência política sobre a análise das decisões da Suprema Corte norte-americana.

O artigo apresenta, inicialmente, a crítica realista ao formalismo jurídico e algumas abordagens da ciência política: o pluralismo e a *political jurisprudence*, criticadas pelos modelos atitudinal e estratégico de análise das decisões judiciais. Em seguida, apresentam-se críticas e alternativas a essas abordagens, formuladas por autores que analisam as decisões da Suprema Corte com um viés interpretativo e construtivista do mundo social. Trata-se de trabalhos que incorporam a dimensão constitutiva do direito à análise de decisões constitucionais, enfatizando sua irreduzibilidade à política, a mobilização legal, e também consideram as relações entre pensamento jurídico e mudança política, tematizando especialmente as mudanças da estrutura do pensamento jurídico e das técnicas de decisão no período do *New Deal*. A exposição coloca em relevo a oposição entre concepções positivistas e interpretativas de ciência política e suas abordagens instrumental e construtivista das instituições judiciais e do direito; os limites de abordagens que tratam os tribunais como instituições isoladas de seu contexto; as conseqüências das especificidades do papel do juiz para a tomada de decisão; a incorporação das categorias jurídicas à pesquisa empírica; e as expectativas, por parte dessas abordagens, de que os resultados da pesquisa empírica contribuam para a atividade normativa dos tribunais.

Ao longo da exposição, pontuamos a apresentação dos autores com reflexões acerca dos desdobramentos dessas abordagens para a pesquisa empírica de decisões judiciais no caso brasileiro. Temos em vista uma pesquisa que enfoque as estratégias de ação e

as formas de interpretação constitucional elaboradas pelo STF durante o longo processo constituinte do país (1985-1995), assim como a (não) reformulação de sua matriz de pensamento, dos conceitos e técnicas utilizadas, fatores que permitem uma compreensão mais elaborada do padrão de atuação do STF e de suas relações com as outras instituições governamentais ao longo do período.<sup>1</sup>

### **Abordagens da Decisão Judicial na Suprema Corte Norte-Americana**

Até a década de 1930, a Suprema Corte dos EUA interpretava extensivamente o princípio do *due process of law* expresso na 14ª Emenda, segundo a qual

nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa em sua jurisdição a igual proteção das leis.

A emenda fora adotada após o fim da escravidão para evitar a criação de leis estaduais que restringissem os direitos de cidadania dos ex-escravos, mas passou a ser invocada na declaração da inconstitucionalidade de leis voltadas à proteção dos trabalhadores ou à regulamentação da atividade econômica. Após a Depressão, isso aconteceu com a legislação do *New Deal*, destinada ao estímulo da economia e à proteção aos trabalhadores: a Lei Nacional da Reconstrução Industrial (NIRA), porque continha delegação de poder legislativo e infringia a livre concorrência; a lei de Aposentadoria de Ferroviários, porque infringia a liberdade de comércio; a de hipotecas, porque violava direitos de propriedade etc. (Cushman,

1998; Gillman, 1993; ver também Rodrigues, 1958; e Silveira, 1977). Os ministros da Suprema Corte justificavam suas decisões com concepções formalistas do direito, considerando a decisão judicial como a aplicação de princípios e regras jurídicas segundo procedimentos lógico-dedutivos. Valiam-se da utilização extensiva de princípios da *common law* a fim de restringir a legislação, considerando que esta seria constitucional apenas se compatível com os princípios daquela, tal como interpretados tradicionalmente pela Corte.

Essa orientação dos ministros desencadeou um conflito entre os poderes do Estado que resultou na apresentação, pelo presidente da República, de um projeto de lei propondo reformas no processo e organização da Suprema Corte, das quais a mais importante era a que previa a indicação de juízes auxiliares a todos os magistrados com mais de setenta anos, o que provocaria o aumento imediato do número de ministros de nove para quinze. Foi nesse contexto de pressões que, em 1937, a Suprema Corte passou a aceitar como constitucional a legislação econômica do *New Deal* (as leis sobre relações de trabalho, seguridade social e do salário mínimo), tendo, para isso, modificado sua orientação jurisprudencial sobre os pressupostos da razoabilidade e as técnicas de exame judicial das leis que impunham a regulação estatal das atividades privadas, de modo particular e especialmente as de caráter econômico (Cushman, 1998; Gillman, 1993).

A concepção formalista do direito fora criticada desde o final do século XIX por juristas que adotavam uma concepção “realista” do direito (nas vertentes da *sociological jurisprudence* e do realismo jurídico). Essa corrente (Oliver W. Holmes, Roscoe Pound, Karl Llewellyn) procurava demonstrar que os juízes incorporavam valores e objetivos políticos em suas decisões, a fim de propor

que eles deveriam fazê-lo de forma mais consciente e sistemática. Também considerava que a legislação deveria ter preponderância sobre a *common law*, pois ela era criada para resolver os conflitos próprios à sociedade industrial, sendo informada pelo conhecimento científico da sociedade existente na atualidade, ao contrário da *common law*, cujos precedentes e princípios referiam-se a uma forma de organização social que já não mais existia. A legislação permitia a previsibilidade das ações e sua calculabilidade pelos agentes, além de proporcionar meios para que a administração promovesse os objetivos da coletividade. A teoria realista do direito procurava, pois, aproximar a racionalidade da decisão judicial e a da decisão política, desfazendo o *gap* entre os fundamentos normativos e os objetivos de políticas, bem como a distância entre os processos mentais com os quais ambas se realizavam.

As teses realistas foram contestadas desde o início, nos campos da teoria e sociologia jurídica e da teoria constitucional. De todo modo, sua penetração na formação dos juristas e na prática dos tribunais foi limitada (Clayton, 1999, p. 20).

No âmbito da ciência política, as teses realistas do direito foram adotadas desde o início do século XX nas pesquisas sobre a Suprema Corte e a Constituição. No ambiente de realismo ou naturalismo filosófico que predominava nas universidades norte-americanas, os cientistas políticos pretendiam produzir pesquisa científica das decisões a partir de questões e métodos próprios, distintos da teoria política, filosofia do direito ou direito constitucional. E assim, nas décadas seguintes, as decisões dos juízes foram tratadas pelas pesquisas na área em termos de suas preferências, atitudes políticas ou cálculos estratégicos. Mas esse movimento foi acompanhado por uma produção de outro tipo, que incorporava conceitos

jurídicos ao estudo dos tribunais, tratado em conjunto com as relações estratégicas, formas organizacionais e trajetórias históricas (Clayton, 1999, p. 20; Shapiro e Stone Sweet, 2002; Smith, 1988; McCann, 1999).

Cornell Clayton ressalta que a adesão ao realismo jurídico é característica tanto do “antigo institucionalismo” (Corwin, Robert Cushman, Charles Grover Haines) como das abordagens comportamentais, que se tornaram dominantes na área a partir da década de 1950. Porém, o “antigo institucionalismo” tomava como central o papel das instituições estatais e das regras jurídicas, combinava a explicação de decisões pelas preferências dos juízes e outros fatores explicativos (contexto político, influências econômicas) e adotava um método histórico interpretativo. Haines definia assim o estudo da decisão judicial:

Uma coisa complexa como uma decisão judicial envolve fatores, pessoais e legais, que nos conduzem às próprias raízes da natureza humana e à conduta humana. Preconceitos políticos, as influências de treinamento limitado e estreito, com princípios antiquados e tradições, ou viés de classe que têm pouca ou nenhuma relação com os interesses da propriedade ou da riqueza, afetam com maior probabilidade as decisões dos juízes do que os assim chamados “interesses econômicos”.

As decisões tinham essas características, não pelo mero fato de os juízes serem atores que procurariam tornar efetivas suas preferências, mas porque o próprio direito era concebido como um

processo de construção de valores políticos e interpretação legal, o qual era sempre influenciado por forças políticas profundas que conformavam as atitudes judiciais nos níveis afetivo e cognitivo (*apud* Clayton, 1999).

Para o “antigo institucionalismo” havia uma relação constitutiva entre o direito e a política, o que implicava, então, vincular a análise de doutrinas jurídicas à análise política. Em 1936, Corwin rejeitou a adoção, em ciência política, do modelo positivista das ciências naturais, pois o behaviorismo era incapaz de fornecer explicações sobre os valores humanos e era um desperdício de tempo, dado não fazer outra coisa que “medir estereótipos plantados na consciência pública (*public mind*) por outras pessoas”. Os métodos “científicos” deveriam ser adotados apenas se pudessem ser usados para

fazer com maior especialização e mais precisamente o que sempre foi feito: crítica e educação relativas aos verdadeiros fins do Estado e o melhor modo com o qual eles podem ser alcançados” (*apud* Clayton, 1999, p. 21).

O “antigo institucionalismo” tinha uma concepção realista das instituições, dado que buscava descrevê-las tais como eram, concentrando sua atenção nas instituições formais e tangíveis. Elas geravam padrões estruturados de idéias e ação e, assim, as atitudes e comportamentos judiciais eram estruturados por instituições jurídicas, as quais passavam elas próprias por processos de mudança histórica e estavam inseridas em contextos sociais e políticos mais amplos. As decisões eram julgamentos refletidos, que guardavam autonomia parcial em relação a esse conjunto de forças (Clayton, 1999, p. 22)

A abordagem behaviorista, a qual se impunha também nos outros campos da ciência política, redefiniu a forma de tratamento das decisões judiciais. Em *The Roosevelt Court*, Herman Pritchett (1948) apresentou uma explicação atitudinal da “revolução” da forma de interpretação da

Constituição, ocorrida na Suprema Corte norte-americana nos anos 1930. Seu trabalho foi continuado e refinado por Glendon Schubert e, mais tarde, por Rohde e Spaeth (1976) e Segal e Spaeth (1993). O modelo atitudinal procura explicar as decisões judiciais em função de uma única variável: as preferências dos juízes por determinados resultados de políticas públicas, para cuja demonstração utiliza métodos quantitativos (Segal e Spaeth, 1993, pp. 65 ss.). Essa abordagem também adota a concepção realista do direito, pois considera as categorias jurídicas como nada mais do que um discurso de justificação com o qual os juízes pretendem legitimar suas decisões, visto que, com o discurso jurídico, é possível justificar quase qualquer decisão que se queira (Segal e Spaeth, 1993, pp. 1, 4). Sua tese central é a de que os padrões de votos dos juízes são estáveis ao longo do tempo e que eles correspondem às suas preferências políticas. A unidade básica de análise são as preferências individuais dos juízes, as quais, em conjunto, servem para caracterizar suas atitudes. Essas são distribuídas ao longo de uma escala contínua da esquerda à direita, cujos extremos são as atitudes liberal e conservadora, em função de posições acerca de um conjunto de temas socialmente controvertidos. Em seguida, levantam-se informações sobre as opiniões dos juízes em relação àquelas questões, e assim a eles são atribuídas determinadas posições na escala. Enfim, analisam-se seus votos nas decisões do Tribunal (sobre questões que podem ser colocadas naquela escala) para verificar se o seu conteúdo coincide com as posições em que foram colocados pelos pesquisadores (Segal e Spaeth, 1993, pp. 67-9; Clayton, 1999, pp. 24-5).

Segal e Spaeth (1993) contrapõem a capacidade explicativa de seu modelo à do “modelo legal”, o qual só serviria para justi-

ficar e não para explicar as decisões judiciais. Porém, o modelo atitudinal enfrenta importantes objeções. Inicialmente, porque trata a decisão como o resultado agregado das preferências dos juízes individuais (Maltzman, Sprigs e Wahlbeck, 1999, p. 46). A Suprema Corte é tomada de forma isolada do seu contexto e assim suas características institucionais e suas relações com os outros poderes não contam ou só são relevantes na medida em que produzem o insulamento dos ministros em relação a pressões externas e a suas ambições de carreira. Seus críticos consideram que, para esse modelo, a instituição torna-se apenas um quadro vazio no interior do qual os juízes promoveriam suas preferências (Maltzman, Sprigs e Wahlbeck, 1999, p. 44).

O modelo atitudinal pretende adotar uma abordagem científica rigorosa, purificando seu quadro conceitual de quaisquer categorias do direito ou outras variáveis não controladas. Sua “atitude científica” implica também que não pretendem que os resultados de seus trabalhos possam ter utilidade direta para os agentes judiciais ou políticos, embora possam servir para informar a teoria jurídica realista da decisão judicial. No entanto, profissionais e teóricos do direito rejeitam os resultados desse tipo de pesquisa, porque consideram-nos inválidos ou inúteis, visto que as suas explicações não trazem elementos para a reflexão e a prática profissional dos juristas. Vale dizer que, para esses profissionais, sua prática consiste em analisar as decisões judiciais, refletir sobre seus fundamentos e conseqüências e elaborar argumentos que produzam novos sentidos da lei e dos “fatos” que sejam relevantes para a decisão judicial. Assim, as pesquisas realizadas pelo modelo atitudinal não trazem contribuições válidas para os sujeitos que atuam no campo analisado, e essa falta de sentido prático coloca em questão sua pró-

pria utilidade e legitimidade enquanto projeto científico (Clayton, 1999, pp. 28-9).

Uma das críticas mais importantes é a da circularidade do argumento, pois o modelo afirma que os juízes votam porque preferem um determinado resultado, e verificam essa preferência a partir do próprio resultado da decisão (Shapiro, 2002 [1965]). Além disso, não são convincentes ao excluir outros fatores na tomada de decisão, visto que esta se dá num ambiente coletivo, o conjunto dos juízes, os quais mantêm relações de longa duração. Os juízes decidem em processos com regras pré-definidas e de conhecimento comum, em contextos politizados externamente, nos quais os resultados e as razões das decisões tornam-se de conhecimento público imediato (Clayton, 1999).

Outros trabalhos adotaram uma concepção realista da decisão judicial, analisando a Suprema Corte do ponto de vista de suas interações com o sistema político. Em artigo de 1957, Robert Dahl (1957) toma a Suprema Corte como parte do sistema político e considera que as decisões dos juízes não manifestam tão-somente suas preferências individuais, mas estão relacionadas com os interesses de grupos e da coalizão política dominante. A Suprema Corte seria uma instituição política, pois suas decisões são escolhas entre alternativas sobre as quais existe, pelo menos inicialmente, alguma incerteza. Essas escolhas versam sobre temas a respeito dos quais há algum dissenso e produzem conseqüências, que são levadas em consideração pelos ministros, os quais prevêm os possíveis resultados e reações de outros agentes. Se for assim, a legitimidade da Corte enquanto instituição judicial repousa sobre uma ficção e ela não pode atuar em bases estritamente legais, dado que tem de considerar as condições de aceitabilidade das suas decisões. Ele pergunta, então, quais são os grupos beneficiados pela Corte e, a partir

da análise das nomeações e de suas decisões, conclui que, exceto em períodos limitados de transição, ela é, inevitavelmente, parte da aliança nacional dominante. Como um dos elementos da liderança política nacional, a Corte apóia as políticas mais importantes daquela aliança, tendo um papel passivo na maior parte do tempo. Quando não há consenso a respeito das políticas a serem adotadas, as tentativas da Corte de resolvê-las conduzem inevitavelmente ao desastre. Assim, a Corte pode fazer política no interior de um campo mais ou menos limitado de opções que estão abertas pelas políticas apoiadas pela aliança dominante, mas o seu papel principal é o de atribuir legitimidade àquela aliança.

A *political jurisprudence* foi proposta por Martin Shapiro, a partir do início da década de 1960, como um plano de pesquisas inspirado no pluralismo e na *sociological jurisprudence*. Ele considera que o direito está inserido na sociedade e que os juízes produzem as leis, mais do que as aplicam. Assim, ele também adotou a teoria realista do direito mas, diferentemente da abordagem atitudinal, colocou em dúvida, precisamente, a possibilidade de as pesquisas empíricas sobre decisões judiciais fazerem a economia de conceitos jurídicos. Assim, manteve as idéias e doutrinas jurídicas no seu campo de análise e teve como objetivo dialogar com as teorias jurídicas da decisão judicial (Shapiro, 2002 [1965]). A jurisprudência política seria uma especialização da *sociological jurisprudence*, beneficiada pelos avanços metodológicos da ciência política empírica. O resultado seria a aproximação dos campos do direito público e da ciência empírica, em vez da substituição do primeiro pela segunda. Nessa aproximação predominaria uma abordagem positiva, isto é, científica dos temas normativos. As questões fundamentais, postas por oposições abstrai-

tas entre princípios fundamentais pela filosofia política ou moral, seriam deixadas em suspenso. A jurisprudência política cumpriria seu papel na medida em que produzisse informações válidas sobre “as funções sociais dos produtores do direito”, que ampliassem a consciência destes em relação à avaliação consciente de seus próprios papéis políticos e do governo em geral (Shapiro, 2002, p. 54). Assim, o lado “desmistificador” do discurso jurídico sobre o papel da Suprema Corte seria completado pela atitude auxiliar, cooperadora, da jurisprudência política para que a instituição possa desempenhar sua ação de forma mais adequada.

Os proponentes do modelo da interação estratégica criticam a abordagem atitudinal por ter uma concepção demasiadamente simplificada das interações, ao longo do processo decisório, entre os juízes de uma mesma corte e destes com outros agentes relevantes. Com isso, o modelo atitudinal é incapaz de explicar as mudanças dos votos dos juízes ao longo dos julgamentos e as barganhas entre eles, a fim de encontrar soluções aceitáveis para uma maioria. Outro aspecto é o da própria definição da agenda, dado que os juízes da Suprema Corte selecionam os casos a serem julgados não tanto pela oportunidade de afirmar suas preferências, mas segundo um cálculo que leva em conta a possibilidade de que sua preferência (ou uma segunda opção aceitável) venha a ser majoritária na Corte (Epstein e Knight, 1998, pp. 58 ss.). Consideram necessário tratar as preferências dos juízes de uma forma mais sofisticada, levando em conta as limitações postas pelas regras às suas opções de ação e à antecipação, que cada juiz faz, ao formular seus votos, dos votos e reações de outros agentes à sua ação. “Os juízes [...] são atores estratégicos que levam em consideração os constrangimentos que eles encontram à medida que eles tentam introduzir suas

preferências políticas no Direito”. Assim, as decisões não são a mera agregação das preferências, mas resultam de interações que se dão no interior de um determinado quadro institucional (Maltzman, Sprigs e Wahlbeck, 1999, p. 46; Epstein e Knight, 1998, pp. xiii e 10).

Na década de 1960, Walter Murphy (1964) formulou uma abordagem estratégica da Suprema Corte, que seria desenvolvida mais tarde por Epstein e Knight (1998). Esses autores adotam o modelo do cálculo estratégico, a vertente chamada institucionalismo da escolha racional. Afirmam que os juízes não seguem estritamente suas preferências porque estão num contexto de relações estratégicas, no qual estão muito distanciadas as relações entre o conteúdo do voto do ministro, a decisão coletiva e seus efeitos políticos ou sociais. Para eles,

os juízes são atores estratégicos que têm consciência de que sua capacidade de alcançar seus objetivos depende da consideração das preferências de outros atores, as escolhas que eles esperam que os outros farão, e o contexto institucional no qual eles agem.

Assim, o maior objetivo dos juízes é o de que o direito reflita as políticas de sua preferência. Porém, o processo de tomada de decisão judicial é interdependente, isto é, a ação de um indivíduo é, em parte, uma função de suas expectativas sobre a ação de outros. Ele tem consciência de que seu sucesso ou fracasso depende das preferências dos outros, assim como das suas ações, antecipadas por ele, e não apenas de suas próprias preferências e ações. Esses atores não são apenas os seus colegas, mas também “outros atores políticos, como o Congresso, o presidente, e mesmo o público”. O juiz deve levar em conta as preferências de outros atores e as conseqüências da decisão, pois, se



falhar, poderá sofrer conseqüências indesejáveis, como uma decisão oposta à de sua preferência por uma coalizão na Corte, a adoção, pelo Congresso, de uma lei que reverta a decisão da Corte, ou a recusa do público em obedecer à decisão da Corte (Epstein e Knight, 1998, pp. 10-5). Os autores utilizam a teoria dos jogos para formalizar as alternativas disponíveis aos ministros, seus cursos de ação e as antecipações dos votos dos outros ministros e de agentes políticos relevantes interessados na decisão. Eles identificam os padrões de decisão dos ministros em função do resultado final que prevêem e não segundo um determinado conteúdo do voto, atribuído pelo pesquisador.

O processo decisório se dá, então, no contexto de uma instituição, entendida como “conjuntos de regras que estruturam as interações sociais de determinadas maneiras”. Elas podem ser formais ou informais, como normas ou convenções. Dentre as normas relevantes para as cortes estão, por exemplo, as regras para a adoção de precedentes e as garantias do cargo, postas pelo art. III da Constituição (Epstein e Knight, 1998, p. 17). As instituições formam uma estrutura complexa que compreende três tipos de relações: entre os próprios juízes, entre a Corte e outros ramos do governo e entre a Corte e o povo norte-americano. Elas compreendem limites para as ações possíveis, apresentam informações sobre as alternativas de ação dos outros e fornecem padrões da aceitabilidade das suas decisões pela população. Assim, têm um papel relevante na formação das expectativas e na limitação das ações que os atores podem, legitimamente, adotar. A partir desse quadro conceitual, os autores analisam o processo decisório da Suprema Corte em relação, sucessivamente, a essas três dimensões: a dinâmica interna, as relações com os outros poderes e com o povo norte-americano.

### **Críticas ao Positivismo dos Estudos sobre a Suprema Corte e o Direito Público**

De acordo com os autores cujos balanços foram tomados como referências para o presente artigo (Clayton, 1999; Gillman, 1999 e McCann, 1999), as críticas ao positivismo nas pesquisas sobre a Suprema Corte têm duas origens: estudos de ciência política que trataram a instituição de um ponto de vista histórico-interpretativo (Clayton, Gillman, Kahn, Cushman) e trabalhos provenientes de correntes críticas no campo sociojurídico (Brigham, McCann). Esses trabalhos têm em comum a crítica ao modelo positivista da ciência adotado pelos modelos atitudinal e da escolha estratégica, mas suas propostas mostram diferenças entre si. Apresentamos nesta seção as suas críticas e propostas de trabalho.

#### *Críticas à abordagem da Suprema Corte*

Os “institucionalistas históricos” objetam ao modelo atitudinal que a questão relevante não é a maneira pela qual as instituições são afetadas pelas características dos juízes, mas como os juízes são afetados pelas características das instituições (Gillman, 1999, p. 66). Além disso, não se trata de apenas explicar *como*, mas também *por que* os juízes votam da maneira como fazem, o que só é possível se se consideram os objetivos e motivações dos juízes e não apenas os seus votos. Isso porque a mesma ação tem diferentes sentidos em contextos diferentes e, assim, não se pode pressupor que votos similares em casos similares tenham motivos e significados similares, a menos que os casos sejam colocados em espaços históricos e contextuais similares (Clayton, 1999, p. 27). Os críticos não tomam a Suprema

Corte como um espaço dado, mas como uma instituição que possui certas características específicas e se relaciona com outras instituições, num determinado contexto sociopolítico e com uma dada trajetória histórica (Clayton e Gillman, 1999, pp. 1-2).

Em reação ao modelo estratégico, Gillman afirma que este só pode iluminar as características da política institucional consideradas propriamente estratégicas deixando de fora outros efeitos institucionais que afetam a tomada de decisão. Ele considera que o modelo exclui questões sobre a formação das preferências e, por isso, não considera as especificidades da Corte como instituição nem os efeitos da posição institucional para o comportamento dos juízes. A consideração dessas questões coloca em primeiro plano os temas dos efeitos constitutivos do direito e dos arranjos institucionais sobre o comportamento dos atores sociais. Ele as apresenta nos cinco pontos seguintes.

Em primeiro lugar, o modelo da interação estratégica toma a mudança ou a acomodação dos votos dos juízes como uma evidência do seu comportamento estratégico. Porém, nem o comportamento estratégico está limitado às decisões de barganha ou recuo dos votos, nem essas mudanças evidenciam o comportamento estratégico dos juízes. Por um lado, porque a decisão de um juiz de manter um voto minoritário, sem negociar o resultado, também é racional e produz efeitos sobre a Corte e o público externo (para “marcar uma posição”). Isso é ainda mais evidente se se considera que a Suprema Corte geralmente não está sujeita a pressões externas atuais e intensas sobre seu processo decisório, que levem os ministros a considerar que seus cargos estão em risco ou que a orientação de sua decisão será modificada por uma lei do Congresso. Por outro lado, porque o fato de um juiz mudar de posição sobre uma determinada questão não evidencia barganha ou

recuo, mas pode significar que ele, ao longo do processo decisório, se convenceu dos argumentos contrários à sua posição. Gillman lembra que Walter Murphy (1964) tinha consciência dessa dificuldade e, por isso, utilizava “métodos histórico-jurídicos tradicionais”, como a leitura do histórico, dos votos e outros materiais do processo, a fim de determinar se a mudança de voto era estratégica ou motivada por argumentos jurídicos (Gillman, 1999, pp. 69-70).

Segundo, o modelo estratégico considera que os atores ajustam suas preferências quando enfrentam pressão ou incerteza. Porém, esse curso de ação não é necessário para o modelo, o que é relevante para uma instituição como a Suprema Corte – e os tribunais em geral –, da qual se espera que permaneça independente à pressão política. Para os juízes, o curso de ação mais adequado para desenvolver sua própria reputação não seria a barganha, o recuo ou a omissão, mas o contrário:

o curso de ação que poderia maximizar melhor os interesses dos juízes em longo prazo seria agir de uma maneira que pareça fundada em princípios ao invés de estratégica”.

Se a tomada de decisão não estratégica pode ser vista como uma forma paradoxal de decisão estratégica, a idéia se expande para além da proposição de que o juiz é alguém “forçado a abandonar suas preferências mais sinceras” e passa a abranger todos os cursos de conduta imagináveis. Como vimos acima, os juízes podem votar minoritariamente ou concorrer<sup>2</sup> com a maioria numa determinada questão para afirmar um ponto de vista ou guardar coerência com suas posições doutrinárias anteriores. Ou podem querer guardar sua posição fundada em princípios em face de opositores intransi-

gentes. Com isso, todas as decisões da Corte tornam-se estratégicas (e não apenas aquelas nas quais houve barganha ou recuo), as quais são determinadas não só pelos efeitos da antecipação do comportamento dos outros, mas por um conjunto mais amplo de preferências e considerações por parte dos juízes (Gillman, 1999, pp. 72-3).

Terceiro, a assunção de preferências do modelo da interação estratégica torna-se, então, problemática, pois é necessário tratar “quais são os tipos de considerações que levam um particular juiz a concluir que um curso particular de ação [...] é o melhor curso a ser adotado naquelas circunstâncias”. A partir daí, pergunta Gillman (1999, pp. 73-4), o que se ganha com o conceito de tomada de decisão estratégica? Pois, antes de definir o terreno estratégico, é preciso compreendê-lo como um terreno normativo, no qual o comportamento deliberado dos agentes só se torna compreensível no contexto de propósitos e preferências particulares.

Em quarto lugar, ele coloca em relevo um pressuposto comum aos modelos atitudinal e da escolha racional: o de que os juízes vêem sua posição institucional como uma plataforma a partir da qual eles podem fazer avançar preferências de natureza extra-institucional. Gillman aponta para a necessidade de considerar também a forma pela qual a instituição constitui as próprias preferências dos juízes, do ponto de vista normativo. Se “as instituições influenciam a auto-concepção daqueles que ocupam papéis definidos por elas”, produzindo uma perspectiva institucional para sua ação, não só em termos de recursos, mas de objetivos e princípios, a questão não é verificar se os juízes promovem suas preferências pessoais, externas à instituição. A questão passa a ser como a instituição constitui os princípios, motivos, propósitos da ação ou, em outros termos, como se forma um sentido, ou mis-

são para o ofício. Mas esse tipo de tema tem sido inexplorado pelos modelos criticados pelo autor (Gillman, 1999).

Enfim, ele aponta para o fato de que foram mudanças históricas na organização da Suprema Corte – a admissão, na década de 1920, da possibilidade de se tornarem públicos os votos divergentes e os seus fundamentos – que abriram a própria possibilidade de se conhecerem as dissidências. Considerava-se que a manifestação de divergências deveria ser um evento raro, mesmo que o juiz devesse juntar-se a uma decisão de que discordava. Assim,

a barganha entre os juízes não é meramente uma função das preferências mais a consciência de seus efeitos interativos; ela é constituída por um conjunto evolutivo de perspectivas institucionais.

Nessas condições, os juízes internalizam uma compreensão dos padrões profissionais aceitáveis de seu comportamento e de quais formas de negociação são ou não adequadas (Gillman, 1999, pp. 74-5).

Essas críticas detalhadas ao modelo da interação estratégica têm como consequência, para o autor, a necessidade de melhor delimitar as questões a serem pesquisadas, procurando respondê-las por meio de pesquisas sobre objetos definidos, tratados de forma contextualizada. Ele sugere uma possível divisão do trabalho entre as abordagens: os modelos da escolha racional serviriam para testar de forma sistemática as motivações e considerações dos juízes identificadas pela pesquisa interpretativa. Outra consequência de suas críticas é a redefinição do tema dos efeitos das decisões judiciais, os quais são tratados de forma limitada – em termos de relação causal entre a decisão e as condutas dos indivíduos – pelas abordagens positivistas. Isso decorre da concepção pre-

sente nessas abordagens de que o direito é um conjunto de comandos dirigidos aos agentes, sejam eles postos pelas regras legais (concepção formal), sejam postas por decisões judiciais (teorias realistas do direito). A abordagem interpretativa também tem desdobramentos para os debates normativos, pois examina as bases (*foundations*) normativas das práticas institucionais e os efeitos constitutivos dessas bases para as relações políticas e sociais (Gillman, 1999, pp. 77-8).

Na parte propositiva de seu artigo, Gillman define uma abordagem da Suprema Corte cujo ponto de partida é a definição de sua missão institucional. Uma abordagem interpretativa deve reconstruir as motivações (*states of mind*) e os contextos culturais ou políticos, a fim de conhecer as razões que levaram pessoas particulares a adotar um curso particular de ação. Reconstróem-se aqueles feixes de idéias e de motivações associadas a instituições particulares. Desse modo, o que se pode reconhecer como uma instituição é sua *missão* –

um propósito identificável ou um objetivo normativo que, num momento histórico particular e num contexto particular, torna-se rotinizado no interior de uma forma corporativa identificável como resultado dos esforços de certos grupos de pessoas.

O esforço volta-se ao estabelecimento de certos atributos organizacionais, posições de liderança, responsabilidades, regras para a tomada de decisão, formas de filiação etc. Uma instituição pode ser identificada pelo fato de que os atores consideram-se vinculados ao trabalho coletivo para promover fins específicos ou desempenhar certas funções específicas. Assim, os efeitos institucionais na tomada de decisão são verificados se

os atores institucionais são influenciados em suas atitudes e comportamentos pelas suas

relações com a missão institucional e com os atributos organizacionais que foram construídos a serviço daquela missão.

Ou seja, a perspectiva proposta pelo autor concentra sua atenção nas estruturas de sentido que estão enraizadas numa forma corporativa particular, para verificar se a idéia da instituição influenciou a autoconcepção daqueles que nela ocupam papéis definidos, a qual lhes dá uma perspectiva institucional distinta. Isso inclui o sentido de dever associado à posição, o qual delimita os cursos de ação aceitáveis do ponto de vista da instituição (Gillman, 1999, pp. 78-80).

Definida essa missão distintiva da Corte no sistema político, o autor propõe uma série de passos para explorar suas transformações ao longo do tempo, em contextos mutáveis. Parte da determinação do sentido original, fundacional, da instituição; verifica se os juízes se conformam a eles em termos da maneira como constróem os casos, como decidem questões substantivas e preservam a coerência e justificação das tradições jurisprudenciais; estuda as mudanças de agenda da instituição ao longo do tempo e as ações tomadas pelos seus membros para preservar a legitimidade da instituição em contextos de mudança social; por fim, sua análise se expande para tratar as relações entre a instituição e outras instituições políticas, assim como as estruturas sociais mais amplas e as mudanças de longo prazo (Gillman, 1999, pp. 81-6).

Então, sua abordagem distingue-se daquela adotada pelos modelos atitudinal e estratégico pela atenção nos efeitos dos contextos institucionais sobre as preferências e interesses dos juízes. Ou, noutros termos, a questão-chave a determinar é se os atores são influenciados pela perspectiva institucional, se eles atuam como agentes (*stewards*) de

propósitos institucionais discerníveis. Para estudá-la, devem ser adotadas estruturas conceituais capazes de investigar hipóteses alternativas às postas por modelos explicativos simples. No caso dos juízes, sua ação está enraizada por sua inserção institucional, na qual as categorias jurídicas são instrumento de ação, *enjeu* profissional e forma de expressão de seus valores e preferências. O que está em jogo, no fim das contas, é a concepção positivista de ciência natural, que propugna a parcimônia, explicações gerais etc. ao invés de análises compreensivas acerca de processos sociais complexos (Gillman, 1999, pp. 82; 86-7).

Cornell Clayton apresenta algumas objeções a essa agenda de pesquisas e propõe uma abordagem histórico-interpretativa que trate a Suprema Corte do ponto de vista do sistema político. Para ele, é preciso que se faça a economia das formulações mais gerais sobre as relações entre direito e cultura, sem perder de vista as questões normativas envolvidas nas atividades da Suprema Corte e nas suas relações com outras instituições e grupos sociais.

Em comparação com o antigo institucionalismo, o neo-institucionalismo caracteriza-se por uma concepção mais “porosa e dinâmica” das instituições, e uma redução da ênfase dada às instituições estatais. Para aquele, as instituições eram estruturas reais, tangíveis, de poder, autoridade e recursos, vinculados de alguma forma ao Estado, enquanto os neo-institucionalistas abrangem também as normas informais, mitos, hábitos de pensamento, estruturas subjacentes e padrões de sentido. As instituições tornam-se inseparáveis dos padrões sociais de cognição e valoração como a ideologia, religião, classe, raça e gênero que situam todas as atividades sociais (Clayton, 1999, p. 33).

Essa concepção levantaria, no entanto, alguns problemas em termos de clareza con-

ceitual, estabelecimento de hipóteses e relações causais entre instituições e contextos culturais. “Se idéias e instituições são inseparáveis, se tudo é conectado com tudo, então não é claro onde as análises neo-institucionais levarão”. Então, a remoção de distinções entre estruturas subjacentes e idéias e instituições formais ou reais torna difícil investigar empiricamente como as instituições conformam idéias e crenças, ou como as idéias podem conformar as instituições. Outro problema é que a indiferenciação entre idéias e instituições traz o risco de que se perca o conteúdo normativo, visto que tudo se pode tornar objeto de descrição histórica. Ao enfatizar as escolhas políticas e as dimensões normativas que lhes estão associadas, se estas são sempre partes de instituições ou inseparáveis de contextos institucionais específicos, torna-se

impossível ver como indivíduos poderiam sequer exercer o tipo de autonomia reflexiva ou julgamento *reasoned* sobre as instituições, que são propostos pelas análises normativas. Se as idéias são sempre contingentes ou relativas a seu contexto institucional, seria impossível sustentar uma idéia sobre o papel apropriado de uma instituição ou das instituições em geral que não fosse ele mesmo constituído por elas.

Conseqüentemente, a análise institucional histórica jamais poderia avaliar normas e valores institucionais, mas só descrevê-los (Clayton, 1999, pp. 34-5).

O autor propõe retornar a um institucionalismo interpretativo que mantenha uma concepção real das instituições políticas, tomadas como “padrões de propósitos e sentido que são vinculadas ao Estado ou outras formas de poder, autoridade ou recursos políticos”. Essa abordagem adotaria uma abordagem pluralista, como a de Shapiro, Dahl, Bentley e David Truman, em que o direito e

as decisões judiciais são identificados como o produto de interações entre os grupos representados e de suas relações com o poder estatal. As atitudes dos juízes e o padrão das decisões da Suprema Corte seriam explicados por referência às relações de poder relativas no sistema político mais amplo. Porém, as decisões não são tomadas como meras preferências dos juízes, mas também como o resultado de seus julgamentos sobre o sentido do direito e das instituições. Por exemplo, um juiz pode julgar de acordo com a coalizão política dominante não por concordar com seus objetivos, mas porque acredita que os objetivos da própria lei são dependentes das relações institucionais no interior do sistema político. O juiz pode avaliar que a limitação dos poderes políticos, o exercício compartilhado dos poderes, a diferenciação dos seus papéis justificam tal decisão e, ainda, que o direito requer sensibilidade às mudanças nos padrões normativos da sociedade (Clayton, 1999, pp. 36-7).

A Corte não atua, pois, de forma instrumental, mas concebe o direito como um

processo político constitutivo no qual as posições e visões substantivas de outros atores não são apenas barreiras para a promoção de preferências particulares, mas elas mesmas formam a base para respostas jurídicas apropriadas.

Clayton remete à noção de diálogo constitucional entre juízes e outros atores políticos, a qual considera que a tomada de decisão é responsiva ao padrão de relações institucionais no interior de um regime político existente (Clayton, 1999, p. 37).

O objeto empírico de tal abordagem seriam decisões judiciais e a pesquisa trataria tanto materiais jurídicos como programas partidários, discursos e debates sobre as cortes. A análise normativa consistiria na iden-

tificação dos pressupostos subjacentes de instituições jurídicas particulares em contraste com os contextos específicos de relações entre os poderes dos grupos nos quais aquelas instituições apareceram (Clayton, 1999, pp. 37-8).

Assim, sua proposta é uma forma de institucionalismo histórico que se distancia dos modelos atitudinal e da escolha racional na medida em que adota métodos histórico-interpretativos e não reduz o direito à sua dimensão instrumental, seja como mera justificação, seja como conjunto de regras que impõem *constraints* externos aos agentes. Mas, diferentemente da proposta avançada por Gillman, relativiza o papel dos ideais normativos na conduta institucional e circunscreve sua análise à Corte como “instituição real”, dando mais atenção aos contextos (poder e de recursos) do processo decisório. Porém, tal como Gillman, considera que as decisões judiciais têm motivos diferenciados e, muitas vezes, múltiplos (Clayton, 1999, pp. 38-9).

Por sua vez, autores da história do direito (Kahn e Cushman) aprofundam a pesquisa “interna” à Corte, trabalhando as relações entre mudanças institucionais e pensamento jurídico. Eles põem em questão explicações que adotam exclusivamente variáveis externas à jurisprudência para explicar as mudanças jurisprudenciais na Suprema Corte. Variáveis externas são insuficientes ou incompletas para explicar até mesmo o caso crítico da “revolução interpretativa” da Suprema Corte sobre a constitucionalidade das leis do *New Deal*. Cushman mostra que, quando a Suprema Corte tomou as decisões que teriam revolucionado os métodos de interpretação constitucional, as pressões políticas sobre ela já haviam diminuído, dadas as resistências do Congresso em aprovar as reformas da Corte propostas por Roosevelt.<sup>3</sup> O autor procura

caracterizar a jurisprudência e os mecanismos de mudança jurisprudencial como um capítulo da história das idéias antes que da história política. Em seus diversos aspectos, a doutrina jurídica faz parte de um conjunto, de uma rede interdependente de pensamento constitucional, a qual constitui uma matriz conceitual para o tratamento das questões pelos juízes. Ele trata, então, de recriar o contexto intelectual das decisões judiciais e da mudança legal. A identificação das estruturas doutrinárias possibilita tratar também a dinâmica do desenvolvimento doutrinário, identificando os conceitos e suas transformações em decisões sucessivas. Desse ponto de vista, ele mostra que a mudança interpretativa sobre a cláusula do *due process of law* e as técnicas de interpretação adotadas na tomada de decisão remontavam a debates do início do século<sup>4</sup> e a decisões da década de 1920. Essas decisões tratavam de matérias de regulação econômica, as quais não tinham o mesmo impacto que as leis do *New Deal*.<sup>5</sup>

#### *Críticas à concepção instrumental do direito e às relações entre decisão judicial e práticas sociais*

Ao contrário das abordagens postas acima, as seguintes partem de uma concepção cultural do direito e relativizam a relevância de decisões da Suprema Corte, em seu papel como última instância na interpretação constitucional. Propugnam, assim, o descentramento da análise em relação à Corte, com uma abordagem *bottom-up*, que associe o direito à construção social da realidade, enfocando seus vínculos com as formas de dominação e a sua não-determinação, sua abertura de sentido e as ambivalências de suas normas, conceitos e técnicas. Vêm ao primeiro plano as discus-

sões sobre a mobilização legal, a consciência jurídica e os efeitos das decisões judiciais, considerando-se sua inserção num processo permanente de luta, que envolve recursos, valores, identidades, pela determinação do sentido e alcance social das normas jurídicas.

Os autores que trabalham nessa perspectiva fazem parte do campo de pesquisas sociojurídicas, e suas raízes intelectuais estão em teorias antropológicas (Geertz), sociológicas (Berger e Luckmann, Bourdieu), marxistas (Gramsci, Edward Thompson) e de Foucault. Também mobilizam topicamente teóricos do direito críticos ao realismo jurídico (como Hart, Dworkin e Fiss). Um núcleo relevante dessa perspectiva são os participantes do Amherst Seminar on Legal Ideology and Legal Process, que se reuniu na Universidade de Amherst, Massachusetts, a partir de 1982.<sup>6</sup> Eles estiveram na linha de frente de uma importante renovação no movimento Law & Society (L&S), em resposta às críticas do movimento Critical Legal Studies (CLS). Lançado em 1977, este movimento foi criado como uma dissidência da Law & Society Association e seu objetivo era renovar as bases teóricas para a crítica ao *mainstream* das teorias do direito norte-americano, centrando-se especialmente nos temas da determinação da regra jurídica e dos princípios jurídicos do liberalismo político norte-americano. Apresentava-se como uma radicalização do realismo jurídico, com uma empresa de crítica e “desmistificação” ideológica das concepções jurídicas liberais, cujo papel seria a manutenção das relações de exploração da sociedade capitalista. Seus autores reduziam o direito à política, visando demonstrar o caráter hierárquico e opressivo do liberalismo, pretendendo revelar as contradições do pensamento jurídico, a arbitrariedade das decisões judiciais e os seus efeitos de naturalização das relações sociais

existentes e de produção do conformismo dos sujeitos que acreditariam no bem fundado da ordem social existente.

Por sua vez, os participantes do Amherst Seminar reagiram aos CLS, procurando reafirmar, ao mesmo tempo, a perspectiva crítica e a orientação empírica de suas pesquisas. Eles renovaram os objetivos do movimento L&S, ao mesmo tempo em que questionaram a concepção reducionista do direito presente nos CLS. Embora tenham participado do debate teórico no campo sociojurídico, o seu trabalho preparou, no campo da ciência política, o terreno para se tematizar a atuação dos tribunais e da Suprema Corte em termos diferentes daqueles utilizados pelas abordagens atitudinal e estratégica. Assim, criticaram o enfoque exclusivo dessas abordagens nos tribunais e nas decisões dos ministros individuais, questionando também as concepções realista ou formal do direito adotadas por elas.

De um modo geral, os autores dessa “virada interpretativa e crítica” no movimento L&S adotam um ponto de vista cultural a partir do qual tratam o que se convencionou chamar o papel constitutivo do direito para a vida social. O direito não tomado apenas como um conjunto de regras que constrange, coage, limita as ações dos indivíduos, mas como uma modalidade complexa de estruturação e de ação social, que oferece um *frame* categorial e normativo para a percepção que os sujeitos têm das relações nas quais são inseridos e das formas e possibilidades de ação. O direito cria identidades, capacita, abre espaços e fornece recursos para a ação, dado que está nas raízes da construção do sentido do mundo social.<sup>7</sup> O direito é considerado “um complexo repertório de estratégias discursivas e estruturas simbólicas que estruturam as interações sociais em curso e as atividades produtoras de sentido entre os cidadãos”. O

direito é um poderoso recurso cultural para “imaginar o real, e se compõe de convenções que são inerentemente indeterminadas, pluralistas e contingentes em relação às práticas sociais existentes” (McCann, 1994, p. 282).

Nele se podem apresentar espaços para a ação, tendo em vista a exploração das possibilidades que estão contidas nas suas ambivalências conceituais e práticas. Essas possibilidades são dependentes do contexto, tanto no sentido das formas de estruturação das relações políticas e sociais e da distribuição dos recursos de saber-poder entre os sujeitos sociais como das oportunidades para a ação, proporcionadas pelas conjunturas cambiantes. Essa perspectiva tem consequências para a pesquisa das práticas sociais do direito, especialmente sobre sua mobilização pelos movimentos coletivos e a diversidade de sentidos que as normas jurídicas adquirem para pessoas em diferentes posições sociais. A consciência jurídica estrutura os esforços dos cidadãos em dar sentido aos seus cursos de ação, mas não dita cursos particulares, servindo ao mesmo tempo como um recurso e como um constrangimento na atividade prática. Contribui para

as expectativas e compreensões de “senso comum”, através das quais os cidadãos negociam rotineiramente suas relações recíprocas. Além disso, o direito não é um código uniforme que vincula os cidadãos, mas deve ser considerado como um terreno de contínua contestação das relações de poder entre os cidadãos. Mas, ao mesmo tempo, essa contestação não se dá de forma ilimitada, pois as relações, estratégias e a própria percepção das possibilidades são limitadas pelo contexto histórico no qual a ação ocorre. A estruturação das relações de poder permite que alguns grupos sejam favorecidos e outros desfavorecidos neste campo de lutas (McCann, 1994, pp. 283-4).



McCann coloca em relevo a dimensão da mobilização, seus efeitos mutáveis ao longo do tempo e os seus limites. Os movimentos coletivos apropriam-se do direito, atribuindo novos sentidos aos conceitos e regras jurídicos. Se eles obtêm decisões judiciais favoráveis, aumenta sua capacidade de convencer outros interessados, ganham apoios externos e reconhecimento público. Ao longo do tempo, esses efeitos sofrem modificações e mesmo que vitórias judiciais não tragam mudanças nas relações sociais de poder, elas podem ajudar a redefinir as relações de poder e as lutas entre grupos sociais. Porém, os novos efeitos sofrem as restrições postas pelo contexto, que limita as formas de ação, impõe efeitos sistêmicos sobre a consciência, as oportunidades e as ações dos indivíduos e permite reações concertadas dos setores cujos interesses foram atingidos pelo movimento. Com isso, tornam-se manifestos os efeitos da estruturação do contexto social para o sentido do direito (McCann, 1994, pp. 284-5).

Assim, se as abordagens inspiradas no realismo jurídico estão corretas ao enfatizar que os direitos são construções sociais cujo conteúdo substantivo é instável, indeterminado e contingente ao longo do tempo, não é possível concluir que os direitos são uma retórica sem sentido, mera máscara para as relações sociais de poder. Os direitos são “investidos de sentido pelas práticas culturais, pelos atos repetidos de cidadãos que usam aquelas convenções para negociar suas relações materiais recíprocas”. Ou seja, o fato de que as convenções jurídicas são desprovidas de fundação transcendente não deve levar à conclusão de que sua autoridade constitutiva não está situada num “conhecimento público enraizado numa história vivida de engajamentos sociais”. Isso tem implicações para a própria maneira pela qual os grupos dominantes exercem o poder

e estruturam as relações entre eles e com as classes dominadas. A flexibilidade e indeterminação, instabilidade e relativa autonomia das normas jurídicas permite lutas pelo reforço da tradição dos direitos, e sua abstração e impessoalidade estão abertos à variação dos significados a eles atribuídos no interior dos contextos sociais (McCann, 1994).

Em relação à Suprema Corte, esse tipo de abordagem insiste na necessidade de tratá-la não como uma instituição política – ou como o templo de mármore que simboliza o direito no Capitólio –, mas do ponto de vista do seu sentido para as práticas sociais. Para John Brigham (1999), a identificação da Suprema Corte como uma instituição política é um obstáculo, porque se tende a vê-la do ponto de vista do realismo jurídico ou da *political jurisprudence*, os quais são interpretações historicamente construídas que identificam o direito com a política. Perde-se, assim, de vista a questão: o que faz a autoridade da Corte, quais são suas bases para além dos indivíduos e interesses que a habitam? Ele considera que uma investigação institucional deve abandonar os temas tratados pela ciência política e a teoria do direito, que enfocam os conflitos e desacordos a respeito das relações entre normas, valores e interesses nos processos judiciais e decisões judiciais, para concentrar-se no estudo das práticas sociais (Brigham, 1999, pp. 16-7).<sup>8</sup>

O autor se interessa menos pelo que poucas pessoas conhecem e mais pelo que a maioria das pessoas toma como dado, uma vez que expectativas que aprendemos também estabelecem limites para a ação. Com isso, dá menos atenção aos casos julgados e às decisões individuais ou aos resultados, para concentrar-se na tradição a partir da qual os casos são julgados e no direito é que a instituição enuncia (Brigham, 1999, p. 18).

A Corte é abordada, então, como uma instituição social, que é tomada como dada pelos agentes. As instituições são modos de fazer as coisas, são aquilo que proporciona o pano de fundo para o Direito. Como fenômenos sociais, elas têm um conjunto de significações e uma variedade de usos. Para pesquisá-las é preciso ultrapassar as noções do senso comum, que se baseiam nas evidências concretas, assim como as abordagens científicas que se apegam a questões abstratas como os padrões de votos dos juízes. Brigham propõe considerar as “percepções compartilhadas que nos falam o que essas coisas significam no contexto mais amplo da política e da sociedade [norte-]americana”. Propõe que se olhe para o conhecimento ordinário, o próximo, o familiar, o cotidiano, o comum, pois as instituições existem “quando há acordo, expresso ou tácito, de que elas existam”, pois “as instituições compartilham a capacidade de ordenar a vida social porque as pessoas agem como se elas existissem”. E, assim, pode-se isolá-las no interior da experiência humana e examiná-las com referência à autoridade na vida social para a qual contribuem”. A partir daí, tem-se uma estrutura conceitual para estudar as instituições jurídicas como constitutivas (Brigham, 1999, p. 20).

A base para os estudos institucionais devem ser as práticas, que Brigham define como “percepções comuns ou compreensões convencionais”. Ele salienta o papel mediador das práticas, visto que elas captam a significação cultural de representações sem, no entanto, perder contato com as relações sociais que sustentam a cultura. As práticas “são os meios de fazer coisas que constroem instituições”, as quais são os sentidos dados às ações. As práticas podem ser compreendidas em termos de lugares, ou localizações, e de *performance*. Elas são diferentes das ações pois, se estas as atualizam, são aquelas que lhes conferem sentido. Assim, o foco da aná-

lise são os comportamentos, tal qual o fazem os behavioristas, porém, diferentemente destes, que investigam abstrações como as atitudes, o que se busca é identificar os “parâmetros atuais nos quais as ações ocorrem, as dimensões ‘intersubjetivas’ do ambiente jurídico a partir das quais essas ações adquirem sentido” (Brigham, 1999, pp. 21-2).

O autor distingue três tipos de práticas, segundo suas relações com a instituição: há as estratégias e máximas adotadas por aqueles que operam no interior da instituição, e é nessa categoria que entram as ações e os cálculos dos agentes; as convenções, que são as maneiras de fazer as coisas, ou seja, as regras formais e informais que prevalecem na instituição e que são o terreno sobre o qual se desenrolam as estratégias políticas; e, enfim, as práticas constitutivas da instituição, as práticas institucionais, que são aquelas com que se define o sentido da própria instituição, seu conteúdo, seu alcance, suas fronteiras com outras áreas, os mitos que a ela estão associados (Brigham, 1999, pp. 23-4).

Como meios de ação socialmente construídos, as práticas existem porque os atores as levam em conta. As instituições, como corpos de práticas, significam que existem comunidades que as compreendem e atuam de acordo com elas. No caso das cortes, é a comunidade profissional dos juristas. O estudo especificamente sociológico das instituições provém da identificação das maneiras pelas quais elas operam e as relações sociais que as sustentam e lhes dão sua significação. A noção de comunidade assenta-se na realidade da vida profissional (Brigham, 1999, p. 25).

O autor tira algumas conseqüências para a pesquisa sobre a Corte, deslocando temáticas convencionais como a interpretação, o predomínio da Constituição ou os interesses dos juízes, as relações entre justiça e violência

etc. Para ele, o que importa é abordar as práticas como formadoras da autoridade da Corte e identificar a forma pela qual essa autoridade é estruturada e os grupos de poder que com ela se articulam. Com isso, ele desdenha as discussões em teoria do direito sobre interpretação e o sentido da Constituição, vendo-os como parte da própria construção da autoridade da Corte pela comunidade interpretativa dos juristas.<sup>9</sup>

### **Rumo a uma Síntese entre as Abordagens Constitutiva e Estratégica?**

Num artigo notável, “How the Supreme Court Matters in American Politics?”, Michael McCann (1999) apresenta um panorama de trabalhos que trataram a Suprema Corte do ponto de vista das dimensões da interação estratégica e do poder constitutivo do direito. No que diz respeito aos trabalhos sobre as interações estratégicas, ele distingue duas abordagens, ambas institucionalistas: as que adotaram estruturas conceituais interpretativas e as que usaram a teoria dos jogos. Elas têm em comum a questão de como as deliberações e ações de vários agentes sociais são conformadas pelas suas compreensões a respeito das normas estabelecidas e articuladas pelas cortes assim como as expectativas da provável ação das cortes a respeito do direito em áreas não estabelecidas. Essas interações são estratégicas na medida em que “são deliberações conscientemente orientadas para a efetividade ‘instrumental’ tendo em vista a realização de objetivos particulares” (McCann, 1999, p. 65).

Essas abordagens diferem das atitudinais porque estas tendem a ver as regras judicialmente construídas em termos estreitos, como comandos relativamente discretos e determinados. As abordagens que tratam a

interação estratégica com uma metodologia interpretativa dos fenômenos consideram os resultados das decisões como mais variáveis e suas regras como dotadas de uma textura mais aberta, pois as decisões são mais bem entendidas como sinais complexos do que controles operatórios estritos. As construções judiciais do direito são, assim, consideradas como “inerentemente indeterminadas e sujeitas a múltiplas interpretações por atores diferentemente situados” e a influência das decisões judiciais não se colocam em termos de “causalidade” mecânica, de o poder de um agente (judicial) determinar a conduta do outro (o destinatário) (McCann, 1999, p. 66; ver Dahl, 1957).<sup>10</sup>

McCann afirma que, ao se considerar um impacto linear e direto das decisões sobre os comportamentos, deixam-se de fora muitas das complexas e sutis maneiras pelas quais as cortes são socialmente relevantes. A questão é da ordem da influência, para além da capacidade de obter a conformidade dos comportamentos.

No fim das contas, as decisões judiciais não ditam simplesmente tipos particulares de comportamento; elas, antes, identificam potenciais oportunidades e custos, recursos e constrangimentos, os quais se tornam dotados de sentido apenas nas diversas respostas estratégicas de atores públicos e privados diferentemente situados na sociedade, e muitas das quais não são esperadas ou antecipadas pelas autoridades judiciais [...] Como tal, o poder judiciário é entendido em termos relacionais e intersubjetivos, e inclui dimensões simbólicas e comunicativas, além da material.

Essa abordagem substitui a ênfase positivista na determinação de comportamentos por forças sociais discretas pela “atenção aos processos dinâmicos de interação dialética contínua e de resultados contingentes entre

sujeitos humanos razoáveis e atores institucionais” (McCann, 1999, p. 67). Presume, então, que as cortes não resolvem os conflitos relativos ao sentido das leis através de comandos claros apenas. Elas fazem mais, pois elas rotineiramente “dissuadem, convidam, estruturam, deslocam e transformam” as disputas na sociedade. A influência de suas decisões é multiforme e variada e está disseminada na sociedade, para além do campo profissional estrito dos juristas. Embora essa influência seja mais visível nas cortes de julgamento de primeira instância (*trial courts*), ela é também uma característica da Suprema Corte. É vista em campos nos quais a Suprema Corte ajudou a conformar no país: os termos da luta sindical e das negociações coletivas, as reformas sociais e a regulação da economia, assim como questões de direitos e liberdades civis (McCann, 1999, pp. 68-9).

A partir desse quadro conceitual, McCann apresenta uma revisão bibliográfica e exemplos sobre cinco modalidades segundo as quais a Corte conforma os termos da interação estratégica entre atores políticos na sociedade. Essas formas são: o deslocamento do conflito político pelas decisões judiciais; a catalisação de agendas, oportunidades e recursos nas disputas jurídicas; a sustentação estratégica a alguns grupos que recebem decisões favoráveis, modificando seu peso nas relações de poder; a limitação das opções de ação; e o estímulo à contramobilização por parte dos atingidos pela mobilização legal e decisões favoráveis, os quais buscam desfazer ou circunscrever os efeitos dessas decisões (McCann, 1999).

Assim, o autor segue os passos de Brigham na medida em que desloca a própria questão da interação estratégica das relações entre juízes no espaço institucional interno da Suprema Corte para as relações entre agentes institucionais e cidadãos, bem

como as variadas formas de que uns e outros se apropriam, definindo e mobilizando o sentido das decisões judiciais. Embora as divergências entre juízes sejam relevantes, e impliquem a utilização de procedimentos para as análises internas da dinâmica institucional, é este quadro mais amplo que dá sentido às indagações do autor.

Na segunda parte do artigo, ele retoma sua análise do papel constitutivo do direito, já referida acima. Ele afirma que esta é uma perspectiva que tem sido tratada por várias tradições nas ciências sociais, mas a atenção no poder constitutivo das cortes tem sido limitada aos autores de estudos sociojurídicos (McCann, 1999, p. 78).

Em relação às cortes, ele as considera “agentes institucionais integrais do poder constitutivo da lei no que elas produzem, reproduzem e transformam convenções e conhecimentos jurídicos fundamentais”. As convenções legais são, ao mesmo tempo, produtoras do que fazem as cortes mas são também alguns dos mais significativos “produtos” das cortes para a sociedade. Assim, ao atribuir o sentido jurídico oficial das normas, as cortes contribuem para a construção de compreensões culturais comuns sobre como a sociedade é organizada. Noutros termos, as construções judiciais das normas práticas filtram, limitam, constroem as ações, participando da construção da experiência social (McCann, 1999, pp. 80-1).

Como uma instituição estatal, a Corte trabalha, em suas práticas, para obter legitimidade social para suas construções jurídicas e práticas autorizadas. Esse processo de legitimação compreende vários elementos, como a argumentação jurídica, os rituais, cerimônias e as profissões jurídicas que as circundam (McCann, 1999, p. 82).

O poder constitutivo da Corte não resulta de decisões particulares (práticas estratégicas), mas situa-se “no legado cultural

acumulado de ações judiciais e práticas rotineiras ao longo do tempo” (práticas convencionais). Essas convenções jurídicas são, por sua vez, “aprendidas, internalizadas e *normalizadas* pelos cidadãos” através das “mais variadas formas de participação cultural” (práticas institucionais). Os termos entre parênteses indicam seus vínculos com o trabalho de Brigham, mas ele vai além ao ressaltar que esse papel constitutivo é inextricavelmente articulado com sua influência na ação estratégica. Ele cita Tocqueville e Scheingold, ao afirmar que “a capacidade do direito de facilitar a interação estratégica está diretamente relacionada com sua capacidade constitutiva mais profunda de construir uma cultura intersubjetiva compartilhada de símbolos, mitos e convenções produtoras de sentidos comuns” (McCann, 1999, pp. 82-3).

No final do artigo, McCann discute a possibilidade do desenvolvimento de um diálogo construtivo entre esses dois tipos de análise. Nas limitadas tentativas feitas até então, argumentou-se principalmente no sentido de ressaltar os méritos relativos de duas epistemologias e metodologias rivais e concorrentes. Porém, um diálogo construtivo seria possível, dadas as conexões inerentes entre esses aspectos do poder do direito na prática social. O movimento institucionalista poderia propiciar essa aproximação, visto que as duas abordagens identificam-se com ele e, assim, ele poderia representar uma oportunidade para se desenvolverem estruturas conceituais mais abrangentes que as incorporem como duas dimensões. Uma possibilidade que se desenha é um quadro conceitual que incorpore a teoria da escolha racional e os modelos atitudinais às abordagens histórico-interpretativas sobre as cortes. Essa alternativa centraria sua atenção na interação estratégica, mas no interior de uma estrutura conceitual interpretativa que enfatize o papel constitutivo do direito nas

relações sociais. Essa via estaria aberta, apesar dos limitados esforços feitos para efetivá-la (McCann, 1999, pp. 91-2). Em nota, ele critica as abordagens interpretativas pelo seu limitado interesse em teorizar os níveis micro ou aspectos instrumentais da interação jurídica, considerando, ao invés, apenas as dimensões constitutivas mais amplas. Isso porque elas dirigem suas análises primeiramente à dimensão normativa das ações dos juízes e não a suas interações ou aos efeitos de suas práticas sobre as relações sociais e os processos políticos em geral. Correm o risco de apenas reforçar a antiga obsessão com o estudo das doutrinas das cortes de apelação em contextos históricos determinados (McCann, 1999, pp. 96-7, nota 34).

Vemos que McCann avança no sentido de propor uma articulação teoricamente fundamentada entre as dimensões constitutiva e estratégica, situando esta última no quadro teórico mais amplo estabelecido por aquela. Ao tratar a dimensão estratégica, ele efetua um importante deslocamento em relação aos termos pelos quais as teorias da escolha racional colocam a questão. Não se trata mais, ou tão-somente, de modelizar as interações entre agentes racionais em contextos institucionais dados, mas de pensar suas interações em termos mais amplos, que incluem a constituição sócio-histórica, as interações políticas, a mobilização do direito etc. A dimensão estratégica adquire um novo significado na medida em que, além de continuar vinculada a atores específicos, pode ser tematizada em função de forças e interesses mais amplos, tais como os partidos, os grupos sociais ou as frações de classes sociais. Por sua vez, ao tratar a dimensão constitutiva do direito para a ordem social, ele avança ao especificar as formas pelas quais essa dimensão opera em situações específicas de mobilização do direito e também ao propor a integração entre as dimen-

sões constitutiva e estratégica num quadro conceitual mais geral.

Em relação ao estudo da Suprema Corte, McCann desloca a atenção focada nos casos e nos votos dos juízes individuais para tratar de seus aspectos mais gerais. Embora ele não tenha desenvolvido seu trabalho nesse sentido, sua abordagem é compatível com as adotadas por Gillman (1993) e Cushman (1998), na medida que esses autores concentram sua atenção nas estruturas categoriais do direito que estão em jogo nas decisões da Suprema Corte, mas não abordam a instituição de uma forma isolada, desvinculada de suas relações com outros agentes políticos e sociais. Esses autores enfocam decisões judiciais que configuram verdadeiros divisores de águas, pelas mudanças (*West Coast Hotel vs. Parrish*, 1937) ou continuidades (o caso *Lochner*, 1905) que produziram e analisam o problema do ponto de vista da estrutura conceitual jurídica. Mas, ao mesmo tempo, tratam dos sujeitos envolvidos, de seus interesses imediatos e de prazo mais longo, da dinâmica de suas interações, das expectativas e reações dos agentes políticos, dos engajamentos – políticos e doutrinários – dos juízes, das pressões dos profissionais do direito etc. Essa estratégia integra, com o enfoque num tema crítico e a pesquisa em diferentes planos de realidade, a dimensão das interações estratégicas e com a do papel constitutivo do direito. Ela não corre o risco de se tornar somente mais um comentário *savant* sobre os votos dos juízes, suas interações e decisões, avaliando-as de um ponto de vista normativo (Kahn). Também não necessita reduzir o escopo de análise, com efeitos sobre o conteúdo da pesquisa, em função, unicamente, do objetivo de estabelecer hipóteses e demonstrações claras e verificáveis sobre relações causais (Clayton).

Todas as abordagens aqui apresentadas (inclusive o modelo da interação estratégica

– ver Epstein e Knight, 1998, pp. 182 ss.) pretendem trazer contribuições normativas. Esse é o caso, por exemplo, da *political jurisprudence*, proposta por Shapiro, que pretende disponibilizar informações adicionais à atividade dos tribunais. Rogers Smith (1988), em seu conhecido balanço bibliográfico sobre o tema, propõe uma agenda de pesquisas para o neo-institucionalismo, na qual está presente o tratamento conjugado das dimensões normativa e empírica e a defesa de propósitos práticos para a pesquisa. Para ele, as pesquisas deverão contribuir para a tomada de decisão dos tribunais. No entanto, com exceção das abordagens interpretativas, uma boa parte desses trabalhos tem um diálogo demasiado restrito com as elaborações conceituais, debates acadêmicos e resultados de pesquisas tanto na teoria do direito como nos estudos sociojurídicos. Em sua maioria, tomam, de forma mais ou menos elaborada, conceitos do realismo (*political jurisprudence*, modelo atitudinal) ou do formalismo jurídico (modelo da interação estratégica).

Assim, esses trabalhos mostram a necessidade de redefinir a maneira pela qual o direito é incorporado à pesquisa empírica. As abordagens interpretativas apontam algumas pistas para essa pesquisa, que levam ao debate entre teorias formalistas e realistas do direito (*sociological jurisprudence*), as críticas do novo formalismo dos anos 1950 e os debates entre os movimentos Law & Society, Critical Legal Studies e as teorias constitutivas do direito. Um campo imenso, no qual o trabalho será limitado pelos objetivos a que se fez referência no início deste artigo, a definição teórica e metodológica da pesquisa dos termos e dos limites pelos quais a decisão judicial tem sido pensada e praticada em nosso país, muito particularmente decisões de controle da constitucionalidade realizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

## Notas

- 1 Para a apresentação do projeto, ver Koerner (2005).
- 2 Afirma-se que o juiz tem um voto concorrente quando ele concorda com a conclusão da posição majoritária, mas não com os fundamentos desta.
- 3 A decisão principal é a do caso *West Coast Hotel vs Parish*, de 1937, em que a Suprema Corte apoiou a lei nacional do salário mínimo.
- 4 Especialmente o caso *Lochner vs. New York*, de 1905 (ver Gillman, 1993).
- 5 A decisão crucial foi a do caso *Nebbia vs. New York*, de 1934, no qual a Corte sustentou a lei estadual que estabelecia preços mínimos para a venda do leite. Para Cushman, essa decisão foi o final de uma longa mudança de orientação jurisprudencial da Suprema Corte que remontava aos anos 1920.
- 6 Dele participaram John Brigham, Christine Harrington, Lynn Mather, Sally Merry, Brinkley Messick Ron Pipkin, Adelaide Villmoare, Barabara Yngvesson, Austin Sarat e Susan Silbey (Silbey e Sarat, 1987, p. 166).
- 7 Note-se, de passagem, que essas concepções estão em sintonia com a teoria do direito. Alan Hunt nota que o duplo caráter de *constraint* e de capacitação para a ação é um tema presente na obra de Hart, da década de 1950, e que a dimensão constitutiva do direito para o campo político-social havia sido posta por Poulantzas na década de 1970. Apesar de suas diferenças teóricas e dos debates intelectuais distintos nos quais esses autores se inserem, ambos se opunham a visões instrumentais do direito, que o reduziam a comandos e restrições postas pelo soberano ou a classe dominante (Hunt, 1993, pp. 293, 301-2).
- 8 A exposição seguinte baseia-se no artigo de 1999, o qual retoma resumidamente o argumento do livro *The cult of the Court*, publicado em 1987.
- 9 O autor amplia esse descentramento em livro posterior, *The constitution of interests - beyond the politics of rights* (1996), no qual realiza uma série de estudos sobre as concepções de direitos presentes em grupos e movimentos sociais, os diversos sentidos que recebem e as variações. Ele explora o paradoxo de que as teses críticas sobre a inefetividade social do direito são afirmadas por juristas, justamente aqueles que se dedicam ao direito como atividade profissional; por sua vez, os sujeitos têm uma clara compreensão da presença e relevância das práticas cotidianas do direito, atuando para mobilizar suas significações e instrumentos ou para deles se esquivarem.
- 10 Essa diferença é bastante importante para estudos sobre o impacto das decisões judiciais e a mobilização legal. Ver, a esse respeito, os livros e o debate entre Rosenberg (1991, 1996) e McCann (1994, 1996).

## Bibliografia

- BRIGHAM, John. (1987), *The cult of the Court*. Philadelphia, Temple UP.
- \_\_\_\_\_. (1996), *The constitution of interests - beyond the politics of rights*. New York, New York University Press.
- \_\_\_\_\_. (1999), "The constitution of the Supreme Court", in Howard Gillman & Cornell Clayton W. (eds.), *The Supreme Court in american politics: new institutionalist interpretations*. Lawrence, University of Kansas Press, pp. 15-27.

- CLAYTON, Cornell. (1999), "The Supreme Court and political jurisprudence: new and old institutionalisms", in Cornell Clayton & Howard Gillman, *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago, Chicago University Press, pp. 15-42
- CLAYTON, Cornell W. & GILLMAN, Howard. (1999), *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago, Chicago University Press.
- CUSHMAN, Barry. (1998), *Rethinking the New Deal court. The structure of a constitutional revolution*. Oxford, Oxford University Press.
- DAHL, Robert. (1957), "Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker". *Journal of Public Law*, 6: 279-95.
- EPSTEIN, Lee & KNIGHT, Jack. (1998), *The choices justices make*. Washington, D.C., Congressional Quarterly Press.
- GATES, John. (1992), *The Supreme Court and partisan realignment – a macro and microlevel perspective*. Boulder, Westview Press.
- GILLMAN, Howard. (1993), *The Constitution besieged: the rise and demise of L ochner era police powers jurisprudence*. Durham, Duke University Press.
- \_\_\_\_\_. (1999), "The court as an idea, not a building (or a game): interpretative institutionalism and the analysis of Supreme Court decision-making", in Cornell Clayton & Howard Gillman, *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*, Chicago, Chicago University Press, pp. 65-90.
- GILLMAN, Howard & CLAYTON, Cornell (eds.). (1999), *The Supreme Court in american politics: new institutionalist interpretations*. Lawrence, Kansas, University of Kansas Press.
- HARRINGTON, Christine & YNGVESSON, Barbara. (1990), "Interpretive sociolegal research". *Law and Social Inquiry*, 15: 135-53.
- HOLMES, Oliver W. (1897), "The path of law", *Harvard Law Review*, X, 8: 457-78.
- HUNT, Alan. (1993), *Explorations in law and society – towards a constitutive theory of law*. London, Routledge.
- KAHN, Ronald. (1994), *The Supreme Court & Constitutional Theory, 1953-1993*. Lawrence, University of Kansas Press.
- KOERNER, Andrei. (2005), "Direito e modernização periférica – Por uma análise sociopolítica do pensamento jurídico constitucional brasileiro p s-1988". Comunica  o apres. ao XXIX Encontro Anual da Anpocs, no Grupo Dilemas da Moderniza  o Perif rica, Caxambu (MG), out.
- MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F. ; WAHLBECK, Paul. (1999), "Strategy and judicial choice: new institutionalist approaches to Supreme Court decision-making", in Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*, Chicago, Chicago UP, pp. 43-64.



- McCANN, Michael. (1994), *Rights at work: pay equity reform and the politics of legal mobilization (Chicago Series in Law and Society)*. Chicago, Chicago University Press.
- \_\_\_\_\_. (1996), "Causal versus constitutive explanations (or, on the difficulty of being so positive...)". *Law and Social Inquiry*, 21: 457-82.
- \_\_\_\_\_. (1999), "How the Supreme Court matters in american politics: new institutionalist perspectives", in Howard Gillman & Cornell Clayton W., *The Supreme Court in american politics – new institutionalist interpretations*. Lawrence, University Press of Kansas, pp. 63-97.
- MERTZ, Elizabeth. (1994), "A new social constructionism for sociolegal studies". *Law and Society Review*, 28: 1243 ss.
- MURPHY, Walter. (1964), *Elements of judicial strategy*. Chicago, Chicago University Press.
- PRITCHETT, Herman. (1948), *The Roosevelt Court*. New York, Macmillan.
- RICHARDS, Mark & KRITZER, Herbert. (2002), "Jurisprudential regimes in Supreme Court decision making", *American Political Science Review*, 96, 2: 305-20.
- ROHDE, David & SPAETH, Harold. (1976), *Supreme Court*. San Francisco, W. H. Freeman
- RODRIGUES, Leda B. (1958), *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro, Forense.
- ROSENBERG, Gerald. (1991), *The hollow hope: can courts bring about social change*. Chicago, Chicago University Press.
- \_\_\_\_\_. (1996), "Positivism, Interpretivism, and the Study of Law". *Law and Social Inquiry*, 21, 2: 435-55.
- SEGAL, Jeffrey A. & SPAETH, Harold J. (1993), *The Supreme Court and the attitudinal model*. New York, Cambridge University Press.
- SHAPIRO, Martin. (2002 [1965]), "Political jurisprudence", in Martin Shapiro & Alec Stone Sweet, *On law, politics, and judicialization*. Oxford, Oxford University Press, pp. 19-54.
- \_\_\_\_\_. (1981), *Courts: a comparative and political analysis*. Chicago, Chicago University Press.
- SHAPIRO, Martin & STONE SWEET, Alec. (2002), *On law, politics, and judicialization*. Oxford, Oxford University Press.
- SILBEY, Susan & SARAT, Austin. (1987), "Critical traditions in law and society research". *Law and Society Review*, 21: 167-74
- SILVEIRA, Alípio. (1977), "A Suprema Corte na remodelagem da democracia americana", in Alípio Silveira et al., *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre, Ajuris, pp. 37-126.
- SMITH, Rogers M. (1988), "Political jurisprudence, the 'new institutionalism' and the future of public law". *American Political Science Review*, 82, 1: 89-108.

• Artigo recebido out/2006

• Aprovado em abr/2007

## Resumo

*Instituições, decisão judicial e análise do pensamento jurídico: o debate norte-americano*

Esta comunicação mostra diferentes abordagens de ciência política e de sociologia do direito sobre decisões judiciais na Suprema Corte norte-americana. Preliminarmente, apresenta a crítica ao formalismo jurídico, advinda da teoria realista do direito a partir do início do século XX. Em seguida trata do modelo pluralista, do atitudinal e do modelo de interação estratégica, formulados após os anos 1940. Noutro momento, comparecem as abordagens institucionais que adotam as perspectivas histórica e sociológica para tratar as relações entre as decisões da Suprema Corte, a orientação política da coalizão dominante e os processos de mobilização legal. Esses trabalhos incorporaram à análise política das decisões da Suprema Corte o pensamento constitucional e as técnicas de tomada de decisão judicial. Esta revisão tem o objetivo de fazer um primeiro balanço teórico para os conceitos e instrumentos de análise do pensamento constitucional elaborado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro ao longo dos anos 1990.

**Palavras-chave:** Instituições; Decisão judicial; Análise do pensamento jurídico; Corte Suprema norte-americana.

## Abstract

*Institutions, judicial decision and legal thought analysis: the north american debate*

This essay presents different approaches of Political Science and Sociology of Law about judicial decisions in the North American Supreme Court. Preliminarily it is reported the critique of the juridical formalism conceived by the Legal Realism Theory starting from the 20<sup>th</sup> century. After that the Pluralist, the Attitudinal and the Strategic Interaction models formulated all after the 40's are discussed. In another moment this essay presents institutional approaches that adopt the historical and sociological perspectives to treat the relations among the Supreme Court decisions, the political orientation of the dominant alliance and the process of legal mobilization. These works embodied the constitutional thought and the techniques of decision-making to the political analysis of the Supreme Court decisions. This review intends to make a prime theoretical balance to the concepts and instruments of constitutional thought analysis elaborated by the Brazilian Supreme Court (STF – Superior Tribunal Federal) in the 1990's.

**Keywords:** Institutions; Judicial decision-making; Legal thought analysis; North American Supreme Court.

## Résumé

### *Institutions, décision judiciaires et analyse de la pensée juridique: le débat nord-américain*

Cet article présente différentes théories des sciences politiques et de la sociologie du droit sur les décisions judiciaires de la Cour Suprême Nord-Américaine. On présente, d'abord, la critique du formalisme juridique formulé par la théorie du réalisme juridique au début du 20<sup>ème</sup> siècle. Ensuite, on discute la théorie politique pluraliste ainsi que les modèles comportementaliste et de l'interaction stratégique, qu'ont été formulés à partir des années 1940. Dans un troisième moment, on présente les théories institutionnalistes qu'adoptent les perspectives historique et sociologique pour traiter les relations entre les décisions de la Cour Suprême, les orientations politiques de la coalition dominante et le processus de mobilisation sociale du droit. Ces travaux incorporent la pensée constitutionnelle et les techniques de prise de décisions dans leurs analyses politiques des décisions de la Cour Suprême. Le but de cette révision est de présenter un bilan préliminaire des concepts et des instruments d'analyse de la pensée constitutionnelle élaborée par les ministres de la Cour Suprême brésilienne lors des années 1990.

**Mots-clés:** Institutions; Décision judiciaire; Analyse de la pensée juridique; Cour Suprême Nord-Américaine.