

“E se assim não fosse?”:

Uma breve reflexão sobre as implicações do caso *Dred Scott* nos estudos sobre Ativismo Judicial

Karina Denari Gomes de Mattos¹

RESUMO: A partir do caso norte-americano *Dred Scott vs. John F. A. Sandford*, histórico precedente de 1857 sobre direito à igualdade e escravidão na jurisprudência norte-americana, o ensaio busca refletir sobre os limites e consequências da tomada de decisão política pelas Cortes Constitucionais. Atualmente, sabemos que a postura escravista adotada no julgamento *Dred Scott* dificilmente seria sustentada por uma Corte Constitucional de um país democrático, já que as próprias Constituições destes países, cientes das atrocidades já cometidas, enunciam o postulado basilar de todo e qualquer regime democrático: a Igualdade. Mas ainda assim podemos estender a reflexão para casos levados a julgamento em que não há uma oposição direta entre postura democrática e antidemocrática, no qual o tempero político em jogo acaba por complexificar a atuação do Tribunal. Os casos de determinação de políticas públicas, além dos que envolvem estratégias de governança e processo legislativo, principalmente no Brasil, levados ao Judiciário (no chamado fenômeno de “Judicialização da Política”) acabam por densificar sua atuação – e temas que naturalmente

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP. Pesquisadora do Programa de Pós-graduação Lato Sensu da DIREITO GV - GVlaw. Advogada em São Paulo/SP.

demandariam o tratamento deliberativo do Parlamento acabam por resvalar nos vícios do processo decisório que dominam a atuação dessas Cortes. Ressaltamos, por fim, a necessidade de uma vigilância constante acerca dos limites das decisões judiciais nos temas políticos naturalmente sujeitos a decisões majoritárias, já que o Judiciário tornou-se, na política contemporânea, foro destacado de disputas coletivas e arena de cobrança de políticas públicas. Para o bem ou para o mal.

PALAVRAS-CHAVE: Dred Scott; Suprema Corte; Supremo Tribunal Federal; Ativismo Judicial; Politização da Justiça.

Introdução

Apesar da transmissão ao vivo dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal ter espaço somente com a criação da TV Justiça (Lei n.º 10.461, de 17 de Maio de 2002), sua repercussão na mídia perpassa esta via institucional já há muitos anos². O impacto midiático das decisões exaradas pela cúpula judiciária brasileira é crescente e atinge os mais diversos canais de comunicação brasileiros: jornais, revistas, internet e televisão. Segundo levantamento recente, contata-se que do período de 2004-2007 para 2008-2011 o número total de notícias sobre o Tribunal quase dobrou, aumentando 89%, e caso se considere o ano de 2012 o incremento de notícias é ainda maior, dada a repercussão do caso

2 “Um movimento contrário a essa aversão à publicidade, que era então dada como natural e até necessária à liturgia do cargo, tentava estimular em um dos pré-intérpretes – a mídia – uma maior difusão das decisões judiciais votadas no plenário e nas turmas do STF, movimento este que se intensificou na década de 1980.” (FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? In *Lua Nova*, n.87. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a13n88.pdf>>. Acesso em : 06 abr. 2014., 2012)

“mensalão” (Ação Penal n.º 470) na mídia nacional e estrangeira³.

Formam-se entre os ministros os “super-heróis”, alguns “vilões” e, questões que antes eram alheias à compreensão popular sobre a ciência jurídica, hoje acabam por tomar espaço nas mesas de bar, envolvendo toda a sociedade civil na discussão dos temas políticos, sociais, e econômicos doravante judicializados.

A popularidade destes julgamentos no Brasil segue a tendência mundial, mas com origem norte-americana, de que a Suprema Corte detém a última palavra nos assuntos de interpretação da Constituição.

Muito louvável a atuação judicial em políticas públicas quando chancela a união homoafetiva, protege as pesquisas com células-tronco, ainda quando permite a interrupção da gravidez de feto anencefálico e afasta a criminalização da “marcha da maconha”⁴, ambas as diretrizes do STF nos últimos anos, só para citar alguns casos⁵.

Mas e se assim não fosse?

Um caso paradigmático e exemplificativo da complexidade de dar a última palavra em assuntos políticos a um órgão jurisdicional é o caso norte-americano *Dred Scott vs. John F. A. Sandford*. Este precedente de 1857, pouco mencionado na doutrina brasileira, traz o apelo de um escravo

3 FALCÃO, *ibidem*.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. (ADI 3510); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54; Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4274. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 mar. 2014.

5 Pesquisa recente extrai as decisões do STF mais populares: “A decisão do STF mais citada foi a que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo (união homoafetiva), mencionada por 23% dos entrevistados; em seguida, aparece a que concedeu liberdade ao italiano Cesare Battisti, citada por 13% e, em terceiro lugar, a que autorizou as passeatas conhecidas como “marchas da maconha”, mencionada por 7%.” (FALCÃO, *op. cit.*)

norte-americano, Dred Scott, já casado, com filhos, e que, após ter vivido por mais de vinte anos em estados americanos livres, buscou judicialmente a tutela da sua liberdade pessoal e de sua família diante do já falecido proprietário, um cirurgião do exército.

Ao constitucionalizar a questão dessa forma a Suprema Corte (e, ressalta-se, em sua primeira decisão pós-Marbury vs. Madison) ao exercer sua prerrogativa de revisão judicial e autoridade final a decidir o tema, deu eclosão à uma crise em curso, e estatuiu uma situação jurídica que poderia ser discutida mais abertamente em fóruns políticos, que foi a questão da escravidão em um país em vias de Guerra Civil.

O caso selecionado para análise escancara também a possibilidade de uma Corte Constitucional chegar a um julgamento em discordância com o postulado basilar de qualquer regime democrático: a Igualdade. Apesar da controvérsia relativa ao valor moral da decisão⁶ e à correta interpretação da Constituição norte-americana naquele momento histórico, vemos que os juízes, por não se submeterem a processos de eleição periódica e alternância no cargo, não sofrem os revezes e as consequências da tomada de decisão política⁷ – contornável apenas pelo processo legislativo

6 O foco de análise voltado para a valoração do *decisum* (boa ou má decisão) não nos interessa, já que para analisar se a decisão, no contexto americano da época, constituiu posição correta ou errada, teríamos que fazer uma leitura moral da Constituição. Segundo Dworkin (*apud* MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008) o juiz, no modelo constitucional norte-americano, pode transcender a letra da norma jurídica, desde que se funde em argumentos de princípio e respeite a integridade do direito. A possibilidade de julgamento com posição escravista da Suprema Corte se intensifica ao pensarmos que a Constituição norte-americana dava a abertura interpretativa para ambas as posições, matéria que foi posteriormente inserida ao nas XIII e XIV emendas constitucionais.

7 “O juiz não se sujeita a nenhum mecanismo de responsabilização ou prestação de contas (*accountability*) por seu posicionamento moral particular. Tem estabilidade e está, em tese, afastado das disputas partidárias, da luta por votos.” (MENDES, *op. cit.*, p. 181)

adequado – no caso norte-americano, por emenda constitucional.

A partir dessa experiência estrangeira, a reflexão que o presente ensaio buscará despertar se faz no sentido de estimular a postura crítica diante das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, com ênfase no caso brasileiro. Apesar das decisões vanguardistas e garantidoras de direitos fundamentais saltarem aos olhos da sociedade, há a necessidade de uma vigilância constante acerca dos limites das decisões judiciais nos temas naturalmente sujeitos a decisões majoritárias, como políticas públicas e temas eleitorais ou relacionados ao processo legislativo.

Ainda que o discurso de legitimação das Cortes Constitucionais seja de órgãos em defesa da democracia, já que vinculados técnica, jurídica e politicamente à Constituição, vemos atualmente em diversos casos levados a julgamento em que não há uma nítida oposição entre postura democrática e antidemocrática, mas o tempero político é mais complexo que uma simplista visão binária poderia indicar. Por exemplo, casos de determinação das mais diversas políticas públicas e estratégias de governança acabam por densificar politicamente a atuação judicial, e temas que exigem um tratamento deliberativo adequado resvalam na má deliberação decorrente dos vícios do processo decisório que dominam a atuação destas Cortes.

Ver-se-á que a decisão judicial não pode ser considerada como apenas mais uma fase de um processo de deliberação e interlocução institucional sobre determinado tema. Apesar de o processo judicial configurar cada vez mais uma instância participativa, rumo a uma decisão coletiva (com p.ex. audiências públicas e *amici curiae*), ele é a derradeira instância e em sua posição subjaz o veredicto na política levada a análise – na maioria das vezes, com efeito vinculante e *erga omnes*.

As críticas doutrinárias concernentes aos vícios do processo decisório no STF, à legitimidade das Cortes na definição da última palavra e à concentração de temas políticos na instância jurisdicional são salutares; e o estudo crítico do ativismo judicial tem espaço no momento em que, conforme antiga preocupação no estudo da Separação de poderes, persiste o seguinte alerta: o homem tem a inafastável tendência de abusar

do poder que possui; e vai até onde encontra limites⁸.

Não é objetivo deste ensaio incorrer na exposição banal de oferecer diagnósticos definitivos e soluções de urgência a uma problemática de tão densa complexidade. No vasto campo das ciências sociais e jurídicas, se vê com frequência o singular fenômeno – próprio de nosso tempo – da simplificação arbitrária do complexo, do desenvolvimento de delicados arranjos para a resolução das novas (e velhas) crises. Precisamente porque não buscamos simplificar o complexo, nem de complicar arbitrariamente o simples, visamos clarificar, na medida do possível, o fenômeno da politização da justiça, trazendo um caso ainda pouco estudado no Brasil, mas que tem muito a dialogar com o presente.

O trabalho está dividido em duas principais partes: o estudo do caso Dred Scott e logo em seguida uma análise da influência do caso no estudo do Ativismo Judicial, com enfoque na atuação da corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

O caso do escravo Dred Scott

A trajetória de Dred Scott se desenvolve nos idos do século XIX, época em que, plena véspera de Guerra Civil (1861-1865), o tema da escravidão palpitava na sociedade norte-americana.

Enquanto a sociedade do norte clamava pelo abolicionismo, o sul escravista mantinha sua força na elaboração de compromissos entre os

⁸ No manuscrito original francês: “[...]c’est un experience eternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté a en abuser, il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites, qui le diroit? La vertu meme a besoin de limites. Pour que personne ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrette le pouvoir.” (MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, Livre XI chapitre IV. Disponível em: <<http://montesquieu.ens-lyon.fr/spip.php?article874>>. Acesso em: 06 abr. 2014).

estados federativos, dada a expansão para oeste e pretensa necessidade de mão de obra escrava nas lavouras de açúcar⁹. Segundo o abolicionista Frederick Douglass¹⁰, o poder dos latifundiários era tão grande e sua influência política tão consolidada que “a escravidão constituiria um poder mais que o Estado”.

O debate tem espaço quando em 1830, o senhor de terras e cirurgião do Exército John Emerson compra o escravo Dred Scott em uma época em que vários estados americanos não mais aceitavam esta prática, e passa a transitar acompanhado dele por estas áreas¹¹.

Para compreender essa divisão de regimes dentro do desenvolvimento da federação norte-americana, o Compromisso de Missouri (*Missouri Compromise*) assume papel fundamental na política escravista quando, firmado em 1820 entre as facções pró e antiescravidão dentro do Congresso norte-americano, disciplina a regulação da escravidão nos territórios do oeste. Basicamente, as disposições do acordo de Missouri acabam por proibir a escravidão geograficamente no antigo território de Louisiana ao norte do paralelo 36° 30', exceto nos limites do estado proposto de Missouri.

A solicitação da Califórnia, em 1850, para fazer parte da União como Estado não escravista acaba por desencadear uma grave crise no

9 “Nos estados do Sul este ideal pastoral oferecia um apelo mais forte do que ele podia ter nos estados do Norte. Três razões explicam esta diferença: o predomínio das atividades agrícolas; a exploração do trabalho escravo como cerne da força produtiva e a exclusão política dos negros.” (IZECKSOHN, Vitor. *Escravidão, federalismo e democracia: a luta pelo controle do Estado nacional norte-americano antes da Secessão*. Rio de Janeiro: Revista Topoi, março 2003, p. 51)

10 DOUGLASS, Frederick. A Battle of Principle and Ideas. In *The Coming of American Civil War (Problems in American Civilization)*, 1992, p. 17.

11 MACIEL, Ademar Ferreira. O Negro, a Suprema Corte e a Emenda Constitucional 13. In *Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ*, n. 29, 2000, p. 147. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/coletanea/article/viewArticle/2370>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

pacto firmado, já que desobedecia ao Compromisso do Missouri de 1820. Os Estados de Utah e Novo México também pediam sua anexação à União como Estados neutros – ao mesmo tempo que crescia a campanha abolicionista nos Estados Unidos. Com essas questões o Compromisso perdeu o sentido e em 1854 o Congresso aprovou a entrada de novos Estados, com o direito de decidirem sobre a escravidão em seus territórios. Pode-se dizer que com estes fatos históricos, a tensão entre escravistas e abolicionistas aumentou, culminando no confronto armado entre Norte e Sul conhecido como Guerra de Secessão (1861-1865).

Neste ambiente de instabilidade política, o escravo Dred Scott casa-se com Harriet Robinson, com o consentimento de seu proprietário, e já no ano de 1846, Scott e sua esposa tentam comprar sua liberdade, empreitada que fracassa. Resolvem a partir daí utilizar a via judicial e processam Emerson, pleiteando a liberdade junto à Corte de St. Louis (St. Louis Circuit Court).

Neste primeiro momento, há um julgamento favorável ao autor, em júri realizado no ano de 1850, em decorrência dos anos de residência em territórios livres (WASHINGTON UNIVERSITY). Porém, em 1852, ao recorrer à Suprema Corte do Estado de Missouri, Emerson reverte a sentença, e retorna Scott à condição de escravo.

Após a morte do proprietário originário, Scott passa a ser propriedade do irmão, John Sanford, com o que Scott inicia novo processo (1853-54). Como Sandford era cidadão de Nova Iorque e tecnicamente fora da jurisdição do Tribunal estadual, os advogados abolicionistas de Scott acabam por submeter o litígio ao sistema judicial federal. (WASHINGTON UNIVERSITY).

Em grau de apelação o caso vai para a Suprema Corte em 1856, sendo julgado na data de 6 de Março de 1857 pelo Chief Justice Taney, determinando em linhas gerais que Scott como escravo não poderia litigar e o *Missouri Compromise* seria inconstitucional:

Washington, Friday, March 6 1857 - The opinion of the Supreme Court in the Dred Scott Case was delivered by Chief Justice Taney. It was a full and elaborate statement of the views of the Court. They have decided the following important points: First - Negroes, whether slaves or free, that is, men of the African race, are not citizens of the United States by the Constitution. Second - The Ordinance of 1787 had no independent constitutional force or legal effect subsequently to the adoption of the Constitution, and could not operate of itself to confer freedom or citizenship within the Northwest Territory on negroes not citizens by the Constitution. Third - The provisions of the Act of 1820, commonly called the Missouri Compromise, in so far as it undertook to exclude negro slavery from, and communicate freedom and citizenship to, negroes in the northern part of the Louisiana cession, was a Legislative act exceeding the powers of Congress, and void, and of no legal effect to that end¹². (Grifou-se)

A decisão, considerada uma das piores da história da Suprema Corte – juntamente com a polêmica eleição de Bush em 2000 contra Al Gore¹³ e o mais antigo caso *Lochner vs. New York* de 1906¹⁴ –, além de denegar a libertação do escravo, determinou que nenhum negro jamais seria considerado cidadão norte-americano e escancarou o paradoxo da democracia americana, que à medida que avançava a questão do sufrágio universal masculino, ao mesmo tempo ignorava o problema da escravidão, como coloca o discurso da Casa Dividida de Abraham Lincoln,¹⁵ proferido

12 NY TIMES, Decision of the Supreme Court in the Dred Scott Case, 6 mar. 1857. Disponível em: <<http://nytimes.com/learning/general/onthisday/big/0306.html#article>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

13 Decisão GEORGE W. BUSH, et al., PETITIONERS v. ALBERT GORE, Jr., et al. On writ of certiorari to the Florida Supreme Court, Dec. 12, 2000. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-949.ZPC.html>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

14 Decisão *Lochner v. New York* - 198 U.S. 45 (1906) disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>> . Acesso em: 24 mai. 2014.

15 “A respeito do abolicionismo de Lincoln, cabe ressaltar que durante a sua vida política fez discursos ambíguos onde às vezes era contra a escravidão, pois achava-a injusta e cruel, porém em determinados momentos para não descontentar estados escravistas

no ano de 1858, uma das principais preleções políticas norte-americanas:

Vamos então dormir sobre a mentira e agradavelmente sonhar que o povo do Missouri está prestes a tornar o seu Estado libertário, e vamos em vez disso acordar para a realidade, onde a Suprema Corte fez de Illinois um estado escravista”.¹⁶

Após essa decisão se intensifica a crescente divisão de opinião dentro dos Estados Unidos inflando a atuação dos movimentos abolicionistas, inclusive do recém-criado Partido Republicano, que vigorosamente critica a decisão e a postura da Corte. Em 1860, Abraham Lincoln é eleito presidente, o estado da Carolina do Sul rompe com a União e a Guerra Civil tem início, perdurando de 1861 a 1865 (WASHINGTON UNIVERSITY).

Para além da luta individual pela libertação do escravo Dred Scott, a questão da desigualdade racial nos Estados Unidos somente é resolvida com a promulgação da 13^a e 14^a Emendas Constitucionais, *in verbis*:

AMENDMENT XIII. Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.

deixava claro que não a tocaria, chocando-se com o paradigma abolicionista do jovem partido republicano. Também, deve-se citar que o abolicionismo de Lincoln não deve ser confundido com igualitarismo racial, pois o mesmo acreditava na superioridade da raça branca. Apesar disso, demonstrou sabedoria quando alertou os estados rebeldes que estes deveriam respeitar o princípio da maioria, pois um dia os mesmos poderiam estar sujeitos a divisão por outra minoria.” (MORAES, Alex Guedes. A diplomacia do president Abraham Lincoln: a política no período pré-guerra. In *Revista Estudios Historicos – CDHRP*. Uruguay. Año II, n. 5. Nov. 2010, p. 11. Disponível em: < <http://www.estudioshistoricos.org/edicion5/0503DiplomaciaALincoln.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2014)

16 Tradução livre. Do original: “We shall lie down pleasantly dreaming that the people of Missouri are on the verge of making their State free; and we shall awake to the reality, instead, that the Supreme Court has made Illinois a slave State”. (LINCOLN, Abraham. *House Divided Speech*. Springfield, Illinois. June 16, 1858. Disponível em: <<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/house.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2014)

AMENDMENT XIV. Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Ao proibir a escravidão ou trabalho forçado, e declarar que as pessoas nascidas no território ou naturalizadas são cidadãos dos Estados Unidos da América, tais emendas acabam por revogar a decisão Dred Scott.

A Importância do Caso

Ainda que o controle judicial de constitucionalidade não possua uma constância em relação ao tempo-lugar de surgimento, pode-se afirmar que as primeiras noções definidoras do *judicial review* surgem no direito norte-americano em 1803, quando a Suprema Corte opta por este sistema ao proferir a decisão no caso *Marbury vs. Madison* e declarar a inconstitucionalidade de ato do Congresso em face da Constituição Federal¹⁷.

A partir dessa decisão, e dos embates doutrinários que seguiram, a preocupação de fundo do constitucionalismo moderno resvala em grande medida sobre o papel da Justiça Constitucional e de suas atribuições e limites ao dar a “última palavra” na interpretação constitucional.

Mas qual o fundamento que justifica a atribuição do poder de última palavra a este órgão?

17 Segundo MENDES, este arranjo institucional tem uma história que coincide com os eventos rotineiramente traçados pelas cartilhas de direito constitucional, partindo do federalista John Locke e culminando na preocupação mais exacerbada do pós-2ª Guerra sobre a importância do rígido esquema constitucional que impedisse o abuso das decisões majoritárias em uma democracia, além da preocupação em relação a outorga de Cartas autoritárias. (MENDES, *op. cit.*, p. 4-8)

A clássica divisão de poderes se sustenta na previsão de um Poder Judiciário controlador, já que ao cumprir o papel de tutelar direitos fundamentais e garantias não abarcadas pela decisão política majoritária em garantia ao Estado de Direito, cumpre a função de órgão de controle e balanço dos demais poderes fundamentado em um critério de justiça embutido na Constituição.

Dessa forma, partindo de uma visão clássica, a relevância do Poder Judiciário perpassa a formação do elemento de ‘vontade geral’, mas se fixa na garantia do governo das leis (*rule of law*):

A suposição unanimemente apregoadá é a necessidade de que a democracia proteja a si mesma. Direitos são a sua trincheira, sua precondição, a substância da qual não pode prescindir. Por isso, permanecem fora do processo democrático representativo, imunes ao humor da vontade da maioria. Essa corrente até admite que a revisão judicial tem potencialidade antidemocrática. Mas, desde que lastreada numa argumentação e numa jurisprudência sólidas, só teria a revigorar a democracia¹⁸.

O que o arranjo constitucional firmado buscava assegurar foi a garantia da Constituição sobre a tomada de decisões por meio do processo democrático (já que as decisões das Cortes se submetem ao critério substantivo de justiça reconhecido pela Constituição) mas, por fim, acarretou a atual supremacia da Corte sobre o Legislativo, ou da jurisdição constitucional em face do constituinte reformador¹⁹.

Adota-se o mecanismo por receio de que a cultura política seja incapaz de dar estabilidade ao regime. Delega-se, então, a proteção de direitos a uma corporação profissional que seria mais qualificada para tanto. Essa seria a “solução salomônica” para resolver o conflito potencial entre democracia e constitucionalismo. Instituiu-se essa festejada “trincheira”, esse escudo diante da “fortuna”, do acaso, diante da ameaça permanente de que a democracia, por meio de procedimentos

18 MENDES, *ibidem*, p. 26.

19 MENDES, *ibidem*, p. 190.

democráticos, se esfaíece. (MENDES, 2008, p. 191)

Porém, mesmo que descolada teoricamente da ‘vontade geral’, a atuação dos Tribunais, a partir do resguardo da lei como norte, e da Constituição como norma fundamental, passa por situações decisórias que envolvem além da aplicação da norma ao caso, com ênfase na jurisdição constitucional e nos temas ali ventilados.

A ciência jurídica, ciente da dificuldade hermenêutica, desenvolveu métodos e regras na tentativa de domesticar racionalmente a atuação decisória, mas ao elegermos a Constituição – que é, por definição, parte de um discurso (discurso normativo) – como instrumento de organização social, o estabelecimento de limites rígidos ao intérprete acaba comprometido, deixando margem à modificação, reforma ou revisão pelo poder reformador legislativo ou inclusive pelo seu órgão intérprete²⁰.

Trazendo a discussão para a moldura brasileira, há outro fator que privilegia a adoção do modelo de supremacia judicial: a previsão de um modelo de Estado de Bem-Estar Social.

A atual Constituição brasileira, promulgada em 1988, aprofundando o traço característico analítico de inspiração diretiva e programática, traz diversas disposições neste sentido: a institucionalização da assistência social, a fixação de um mínimo social, a extensão da cobertura previdenciária não contributiva, a criação do Sistema Único de Saúde, além das políticas de valorização do salário-mínimo²¹; temas estes que,

20 Mutação Constitucional é todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado ou o alcance das disposições constitucionais, sem contrariá-la ou transformar-lhe o texto. Uma das características do processo é não ser intencional e como pressuposto admite-se que a alteração do substrato fático permita esta reforma interpretativa. Sobre o tema: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança na Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986 e JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

21 “A expansão de políticas e gastos representou mudança qualitativa em relação

quando confrontados por parcela da população, invariavelmente passam pelo crivo judicial de constitucionalidade.

Com esse incremento da atuação legislativa e executiva por meio de ações sociais pelo Estado, e a crescente a demanda destes serviços pela população, surge a necessidade do controle judicial destes órgãos para que cumpram efetivamente a perspectiva constitucionalmente assegurada²².

Tomando-se em consideração a atuação de nosso (híbrido²³) Supremo

aos regimes de bem-estar precedentes. A Constituição de 1988 assegurou uma série de novos direitos sociais aos brasileiros, que, uma vez garantidos, nos aproximariam das realizações de bem-estar social do regime social-democrata, em direção alternativa à do universalismo básico e à do bem-estar corporativo dos anos anteriores. Eles envolveram, dentre outros, a universalização da previdência (universalização do acesso no meio rural), a assistência social a quem dela necessite, a universalização da educação fundamental e média e da saúde em todos os níveis – esta se convertendo em direito do cidadão e dever do Estado –, a designação do salário-mínimo como valor piso para os benefícios constitucionais, a descentralização das políticas sociais com garantia de repasses e de capacidade arrecadatória própria para os níveis subnacionais, a introdução do critério per capita para o repasse de recursos, a participação e o controle social.” (KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O estado do bem estar-social na idade da razão: A reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 212-213)

22 Ainda que o modelo dirigente esteja socialmente consolidado, suas críticas metodológicas são inúmeras e envolvem diversos fatores. Perpassado o custo que representa aos cofres públicos, na medida em que sua fruição é coletiva, a tutela desta espécie de direitos é de difícil compreensão à luz dos direitos subjetivos, e a noção de conteúdo dos direitos sociais segue ainda palco de diversas disputas acerca de sua concretização, mormente pelo Poder Judiciário. Inclusive, parte mais radical da doutrina defende a exclusão ou negação da promessa de direitos sociais prevista na Constituição, já que incompatíveis com a subjetivização dos direitos: “Para fazer dos direitos sociais direitos juridicamente exigíveis é necessário dessocializá-los, como vimos que Abramovich e Courtis efetivamente fazem.” (ATRIA, Fernando. *Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36)

23 “Ao contrário do controle americano, fruto do ativismo judicial, o controle

Tribunal Federal, e de nossa Constituição de 1988 de base dirigente, podemos identificar a incursão do Tribunal em temas políticos com maior confiança, seguindo a tendência apresentada na introdução deste ensaio.

Em *survey* realizado, quando se trata de delegar poder, o STF é o ator que goza de maior legitimidade pública entre os Poderes constituídos no Brasil:

OSTF continua desconhecido pela maioria dos brasileiros. Mas, desde a Constituição de 1988, passou a ser protagonista ativo no debate de questões relevantes para a agenda pública nacional e nas decisões sobre importantes políticas públicas. [...] Sem dúvida o STF se transformou em arena privilegiada para o debate e a decisão de conflitos e assuntos polêmicos, constituindo-se em um importante *veto player*²⁴.

Ao julgar tais questões, o Tribunal passa por um processo de reconhecimento e legitimação na sociedade brasileira, incluindo diversos atores no debate constitucional e tomando visibilidade no cenário político como o guardião da democracia brasileira nos mais diversos temas que são levados à sua apreciação²⁵. A promulgação da Constituição de 1988 contribuiu com a assunção desta visibilidade, ao conferir nova feição à jurisdição constitucional; e com a recente intensificação das relações comunicativas STF/cidadãos, STF/opinião pública, o Judiciário se apresenta como vetor essencial de canalização destas demandas coletivas.

brasileiro é derivado de previsão expressa da Constituição. Dentro daquele diagrama, encontra-se hoje em algum ponto entre os modelos americano e austríaco. Adota um padrão híbrido de controle de constitucionalidade. Concilia, de maneira única e engenhosa, o controle concentrado, nas mãos do Supremo Tribunal Federal, e o difuso, que pode ser praticado por qualquer juiz.” (MENDES, *op. cit.*, p. 17-18)

24 FALCÃO, *op. cit.*

25 “O Judiciário tornou-se, na política contemporânea, foro destacado de disputas coletivas, uma arena de cobrança de políticas públicas. Dispõe de um imenso potencial democratizante. Um Poder Judiciário capilarizado e dotado de meios facilitadores do acesso à justiça é uma das metas mais ambiciosas de qualquer regime democrático que preze pela implementação de direitos.” (MENDES, *op. cit.*, p. 22)

Apesar da assunção dessas tarefas pelo órgão e da carga de trabalho que lhe foi atribuída nas últimas décadas, inclusive pelos outros poderes, o STF não deixa de ser alvo de críticas relacionadas ao seu procedimento e legitimidade.

A (i) falta de deliberação sobre todas as questões que surgem no julgamento, (ii) a inconsistência na definição dos pontos controversos, (iii) as condições nas quais o Plenário é obrigado a lidar com o caso (sessão única), (iv) a má-utilização do instrumento do voto-vista durante os julgamentos, que sacrifica as discussões em prol de uma construção conjunta da convicção, (v) os argumentos de improdutividade dos debates nas deliberações colegiadas, (vi) a ausência de racionalidade comum, (vii) e o isolamento dos ministros²⁶ são alguns dos exemplos de questões levantadas quando se discute processo decisório. Tais preocupações atualmente configuram objeto de pesquisa de inúmeros trabalhos, que se colocam a enfrentar as mazelas estruturais e comportamentais do órgão.

A imagem das ilhas também é muitas vezes usada como metáfora para retratar o isolamento dos integrantes de um órgão colegiado durante o processo decisório. Há a expectativa de que os membros de um tribunal atuem em conjunto e que suas decisões tenham consistência argumentativa, clareza e completude – ou pelo menos que elas sejam convincentes tanto para os próprios julgadores quanto para o público externo.²⁷

Para essa crítica, os problemas podem ser encontrados tanto no momento de construção da decisão (elaboração individual dos votos e

26 KLAFFE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal*. Monografia (Escola de Formação) – Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2010. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

27 SILVA, 2009, p. 211-212 *apud* KLAFFE, Guilherme; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas”. In: *Revista de Estudos Empíricos em Direito* (Brazilian Journal of Empirical Legal Studies) vol. 1, n. 1, jan 2014, p. 91.

falta de deliberação) como no momento de apresentação do resultado final (dificuldade na identificação de uma *ratio decidendi*).

Apesar de fundamentalmente ligados à razão, não há privilégio procedimental ou de estrutura que justifique a assunção das Cortes Constitucionais como únicas e derradeiras retaguardas das democracias, em que a decisão final seja mais valorosa que a assumida em outras instâncias. Segundo o constitucionalista português J.J. Canotilho, um dos teóricos da Constituição Dirigente:

Bem. Eu tenho escrito e dito que não sou muito defensor da ideia de total judicialização da vida política. Aqui, na Europa, parece que se considera que os tribunais constitucionais e os outros tribunais são a última etapa do aperfeiçoamento político. [...] A isso eu respondo: pelo contrário, as grandes etapas do homem não foram os juízes que as fizeram, foi o povo, com outros esquemas organizativos e com outras propostas de actuação. [...] Daí a necessidade de alguma prudência ao dizer-se que a etapa final de todo esse processo de Constituição Dirigente acaba na Constituição procedimental e na justiça procedimental. Pelo contrário, se a justiça constitucional é importante, porque representa um certo controlo do legislador, deve-se ter em conta também o que Bonavides escreve hoje a respeito da democracia representativa e da Constituição cidadã.²⁸

No caso Dred Scott analisado, ao não conceder a liberdade ao escravo e também renegar cidadania a qualquer negro em território nacional, a Suprema Corte norte-americana adotou postura política e fixou uma interpretação constitucional que se lhe afigurou como a mais adequada. A disciplina constitucional que norteou a decisão era abstrata, no sentido que a Constituição norte-americana dava margem a uma diversidade de interpretações, e o fundamento constitucional da decisão que estipula de que escravos não constituíam parte da expressão “povo” contida no texto constitucional, e portanto, não configurariam sujeitos

28 COUTINHO, Jacintho Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 26

de direitos foi a opção tomada pela Suprema Corte.

Como já tivemos a oportunidade de sublinhar, somente em 1865 e 1868, com a XIII e XIV Emendas Constitucionais o julgamento caiu por terra, e a decisão tomada foi superada pelo devido processo legislativo. Porém, no Brasil, a superação do precedente poderia fatalmente tomar um rumo distinto, já que mesmo com a superação do precedente pela via da reforma da constituição, este pronunciamento poderia ser retomado se a Corte assim desejasse, ao declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional reformadora.

O povo, quando discorda de um posicionamento da Suprema Corte, pode emendar a Constituição. No sistema brasileiro, se inclusive emendas podem ser declaradas inconstitucionais, não resta outro canal para nova manifestação. O procedimento de emenda previsto na Constituição brasileira é às vezes considerado pouco rigoroso. Por esse motivo, há certo temor em deixá-lo livre de controle externo.²⁹

Assim, vemos que o refreamento da atuação judicial via emenda resta comprometido em nosso sistema pela possibilidade do controle constitucional destas. Não é nosso foco explorar a questão de forma profunda neste momento, mas nos cumpre reforçar a complexidade que o sistema de controle de constitucionalidade assume no caso brasileiro.

Ao julgar inconstitucional uma Emenda Constitucional, o STF não testa apenas a constitucionalidade de seu texto, mas sufoca a atuação do legislador e diminui o espaço de conformação do poder constituinte derivado.

Considerações Finais

Quando “a imbricação entre liberdades fundamentais e tribunais, entre proteção de direitos e controle de constitucionalidade, é tida como

29 MENDES, *op. cit.*, 185.

uma conquista dos regimes democráticos contemporâneos”³⁰ o papel do Tribunal responsável pela última palavra em assuntos constitucionais é fundamental para a garantia da democracia, e seu estudo passa a constituir um fórum privilegiado de reflexões sobre as relações sociais.

Vimos que, além da atribuição outorgada ao Poder Judiciário da função de órgão controlador, a consolidação de um Estado de Bem-Estar Social pela Constituição de 1988 gerou no Brasil uma inflação de sua atuação em políticas públicas, assuntos de governança e processo legislativo.

Apesar dos vícios no processo decisório, a Corte Constitucional brasileira é tida hoje como o principal *locus* de discussão sobre questões sociais, econômicas, penais, de direitos humanos, e todos os temas que rondam o Congresso Nacional, e assim, a discussão e reflexão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional são imprescindíveis.

O presente ensaio buscou refletir sobre o tema a partir de um delicado caso norte-americano, o Dred Scott case, que ao refletir sobre a escravidão no país, muito nos indica sobre a atuação judicial em temas políticos já que, se o senso comum infere que o juiz tem o compromisso com a fundamentação racional, o legislador também o tem e deve ser cobrado por isso.

Em tempo, a história de Dred Scott não acabou com sua derrota judicial. Irene Emerson casou-se com Calvin C. Chaffee em 1857, que foi eleito para o Congresso sob uma plataforma abolicionista. Muito criticado, Chaffee obriga Irene a devolver a família Scott para seus donos originais, a família Blow, que os emancipam. Dred Scott torna-se, finalmente, um homem livre em 26 de maio de 1857 e, tão cedo, morre de tuberculose em 17 de setembro 1858 – antes de presenciar o início da guerra civil norte-americana e a eleição de Abraham Lincoln para presidente³¹.

30 MENDES, *ibidem*, p. 10.

31 MONTENEGRO, Guilherme Amorim. Enquanto a Tempestade não vem: O Caso Dred Scott e os Diques Rompidos de um Conflito Irrespsável. In **Revista Ameríndia**, vol. 4, número 2. Fortaleza, 2007, p. 13.

Referências

ATRIA, Fernando. *Existem direitos sociais?* In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). Os desafios dos direitos sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado, 1988.

_____. *Lei n. 10.461, de 17 de Maio de 2002.* Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110461.htm>. Acesso em: 28 mar 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. (ADI 3510); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54; Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4274; Ação Penal (AP) n. 470.* Disponíveis em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 mar. 2014.

COUTINHO, Jacintho Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CORWIN, Edward S. The Dred Scott Decision. *Constitutional Law. The International Library of Essays in Law & Legal Theory : Second Series.* London : Ashgate Dartmouth, p. 59 – 76, 2000.

DOUGLASS, Frederick. *A Battle of Principle and Ideas. In The Coming of American Civil War (Problems in American Civilization),* 1992.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América.* Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/our-government/the-constitution>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

_____. Supreme Court. GEORGE W. BUSH, et al., PETITIONERS v. ALBERT GORE, Jr., et al. (2000). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-949.ZPC.html>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

_____. Supreme Court. *Lochner v. New York - 198 U.S. 45 (1906).* Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html>>. Acesso em: 24 mai. 2014.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? In *Lua Nova*, n.87, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a13n88.pdf>>. Acesso em : 06 abr. 2014.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança na Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FINKLEMAN, Paul. *Dred Scott vs. Sandford: A Brief History with Documents*. Boston, Bedford Books, 1997. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=cBcoT3Rtqq8C&oi=fnd&pg=PR3&dq=dred+scot+&ots=R6N2SMHml_&sig=tXsXC1kEB8oI3bC0D4pTMnS9Q7A#v=onepage&q=dred%20scott&f=false>. Acesso em 11 set. 2012.

IZECKSOHN, Vitor. *Escravidão, federalismo e democracia: a luta pelo controle do Estado nacional norte-americano antes da Secessão*. Rio de Janeiro: Revista Topoi, 2003.

JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O estado do bem estar-social na idade da razão: A reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KLAFKE, Guilherme Forma. *Vícios no processo decisório do Supremo Tribunal Federal*. Monografia (Escola de Formação) – Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2010. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/164_Monografia%20Guilherme%20Klafke.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

KLAFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna Romano. Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito* (Brazilian Journal of Empirical Legal Studies), vol. 1, n. 1, p. 89-104, jan 2014.

LINCOLN, Abraham. *House Divided Speech*. Springfield, Illinois. June 16, 1858. Disponível em: <<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/house.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

MACIEL, Ademar Ferreira. O Negro, a Suprema Corte e a Emenda Constitucional 13. In *Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ*,

n. 29, 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/coletanea/article/viewArticle/2370>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MONTENEGRO, Guilherme Amorim. Enquanto a Tempestade não vem: O Caso Dred Scott e os Diques Rompidos de um Conflito Irrepressível. *Revista Ameríndia*, vol. 4, número 2. Fortaleza, 2007.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois (manuscrit), Livre XI chapitre IV*. Disponível em: <<http://montesquieu.ens-lyon.fr/spip.php?article874>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

MORAES, Alex Guedes. A diplomacia do president Abraham Lincoln: a política no período pré-guerra. In *Revista Estudios Historicos – CDHRP*. Uruguay, Año II, n. 5. Nov. 2010. Disponível em: < <http://www.estudioshistoricos.org/edicion5/0503DiplomaciaALincoln.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2014.

NY TIMES, *Decision of the Supreme Court in the Dred Scott Case*, 6 mar. 1857. Disponível em: <<http://nytimes.com/learning/general/onthisday/big/0306.html#article>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

WASHINGTON UNIVERSITY, Digital Library Services. *The revised Dred Scott Case Collection*. Disponível em: < <http://digital.wustl.edu/dredscott/>>. Acesso em: 06 abr. 2014.