

## Primeira Parte – Debates teóricos

Capítulo 2 - O debate norte-americano sobre as relações entre instituições, decisão judicial e análise do pensamento jurídico

Andrei Koerner

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

KOERNER, A., org. O debate norte-americano sobre as relações entre instituições, decisão judicial e análise do pensamento jurídico. In: *Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso* [online]. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, pp. 59-98. ISBN: 978-85-7798-233-2. Available from: doi: [10.7476/9788577982332.0003](https://doi.org/10.7476/9788577982332.0003). Also available in ePUB from: <http://books.scielo.org/id/rwcyd/epub/koerner-9788577982332.epub>.



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia [Creative Commons Reconocimiento 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

## CAPÍTULO 2

# O DEBATE NORTE-AMERICANO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE INSTITUIÇÕES, DECISÃO JUDICIAL E ANÁLISE DO PENSAMENTO JURÍDICO<sup>1</sup>

Andrei Koerner

### Introdução

A partir do início da década de 1990 vê-se, por parte dos pesquisadores de ciência política do nosso e de outros países, o interesse crescente pelo papel político dos tribunais constitucionais e por temas do mundo do direito. As 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 de pesquisa bastante complexos e relevantes, que devem ser tematizados a fim de tomarmos consciência dos pressupostos e consequências de nossas próprias escolhas e de alcançarmos uma elaboração conceitual mais aprimorada de nossas pesquisas. O presente capítulo apresenta algumas vertentes, na ciência política, do pensamento norte-americano sobre a decisão judicial, que se refere

---

<sup>1</sup> Este capítulo apresenta parte de artigo publicado no *BIB – Revista de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, Ed. Edusc, n° 63, 1° semestre de 2007, p. 63-96. Foram suprimidas algumas passagens para evitar repetições de análises apresentadas nos outros capítulos. O Pós-escrito foi redigido para o Seminário “História do Direito – Conceitos Fundamentais”, organizado pelo prof. Airton Seelaender e realizado em maio de 2012 no PPG em Direito da UFSC, no quadro do PROCAD-CAPES. Agradeço aos colegas pelos comentários.

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

A produção de ciência política norte-americana sobre a Suprema Corte remete a um campo mais amplo de debates acadêmicos e políticos, no qual os temas e abordagens próprios ao campo da ciência política (estudos de governo, políticas públicas, política comparada, teoria política) entrelaçam-se com teorias, conceitos e debates produzidos em outras áreas, como a administração pública, a economia, a teoria do direito, a sociologia do direito e o direito constitucional. Esse debate remonta ao início do século XX, no qual estão vinculadas a expansão do modelo científico baseado no 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 é orientada pelo objetivo de realizar uma análise política do pensamento jurídico elaborado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. A análise é focada na formação e transformações das matrizes de pensamento, dos conceitos, dos procedimentos, das técnicas jurídicas e do sentido político das decisões tomadas por aquele tribunal. Considera-se que o enfoque no pensamento jurídico é adequado e necessário para a pesquisa empírica sobre tribunais e decisão judicial. Com ele, o enfoque não é a explicação das decisões individuais dos juízes, mas dos 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 da atividade jurídica 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 o considera 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 fechado, visto que seus traços são objeto e resultado dessa própria prática<sup>2</sup>.

Tal forma de abordagem tem sido praticada, a partir do início dos anos de 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).

---

<sup>2</sup> O autor realiza uma análise desse tipo de análise no capítulo 4.

O presente capítulo partiu da constatação de que há desenvolvimentos teóricos paralelos na ciência política, na teoria e sociologia do direito e na história 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 de ciência política sobre a análise das decisões da Suprema Corte norte-americana. O Pós-escrito apresenta proposições que servem de orientação para a análise política do pensamento jurídico.

O capítulo 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 (1). Em seguida, apresentam-se críticas e alternativas a tais abordagens, formuladas por autores que estudam as decisões da Suprema Corte com perspectiva interpretativa e construtivista do mundo social (2). Trata-se de trabalhos que incorporaram a dimensão constitutiva do direito à análise de decisões constitucionais, enfatizando sua irredutibilidade à política, a mobilização legal, e também consideraram 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 análises que tratam os tribunais como instituições isoladas de seu contexto; as consequências 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. Temos em vista uma pesquisa que enfoque as estratégias de ação e as formas de interpretação constitucional elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal.

### **Abordagens da decisão judicial na Suprema Corte norte-americana**

Até a década de 1930 a Suprema Corte interpretava extensivamente o princípio do *due process of law* expresso na 14<sup>a</sup>. 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 do *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.

Esta 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 para todos os magistrados com mais de 70 anos, o que provocaria o aumento imediato do número de ministros de 9 para 15. 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 as de caráter econômico (CUSHMAN, 1998; GILMAN, 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 seus 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 o *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 do *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 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, tendo sido limitada sua penetração na formação dos juristas e na prática dos tribunais (CLAYTON, 1999, p. 20).

Em 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 pesquisas da área trataram as decisões dos juízes 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, tratando formas organizacionais e trajetórias históricas em conjunto com as relações estratégicas (CLAYTON, 1999, p. 20; SHAPIRO & 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 da conduta humana. Preconceitos políticos, as influências de treinamento limitado e estreito, com princípios antiquados e tradições, ou viés de classe que tem 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, *ibid.*).

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 rejeitava 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 que não fazia 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, *ibid.*, p. 21).

O “antigo institucionalismo” tinha uma concepção realista das instituições. Elas geravam padrões estruturados de ideias e ação e, assim, estruturavam as atitudes e comportamentos judiciais. Numa dimensão temporal mais ampla, elas próprias passavam 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 (*id.*, *ibid.*, p. 22).

A abordagem behaviorista, que 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 de 1930. Seu trabalho foi continuado e refinado por Glendon Schubert e, mais tarde, por Rohde & Spaeth e Segal & Sapeth (1993). O modelo atitudinal também adota a concepção realista de 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 que qualquer decisão que se queira (id., ibid., p. 1, 4). Sua tese central é de que os padrões de votos dos juízes são estáveis ao longo do tempo e que eles correspondem às suas preferências políticas.

Segal & Spaeth (1993) contrapõem a capacidade explicativa de seu modelo à do “modelo legal”, o qual só serviria para justificar e não para explicar as decisões (id., ibid.). Porém, o modelo atitudinal enfrenta importantes objeções, como foi apresentado no capítulo anterior. Primeiro, pela circularidade do argumento, pois pretende explicar o comportamento pela atitude e verifica esta pelo comportamento do juiz no passado. Segundo, por não considerar a dimensão estratégica do comportamento dos juízes, que atuam em um espaço em que as alternativas de ação são altamente formalizadas e em que os integrantes podem conhecer antecipadamente as preferências dos outros. Terceiro, por não trabalhar as características próprias das cortes e suas relações com outras instituições (CLAYTON, 1999, MALTZMAN, SPRIGS & WAHLBECK, 1999 SHAPIRO, 1965).

O modelo atitudinal pretende adotar uma abordagem científica rigorosa, purificando seu quadro conceitual de quaisquer categorias do direito ou outras variáveis não controladas. A “atitude científica” de seus adeptos 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 pesquisas, 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 consequências, e em 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 própria utilidade e legitimidade enquanto projeto científico (CLAYTON, *ibid.*, p. 28-29).

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 também 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 consequências que são levadas em consideração pelos ministros, os quais preveem 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 que 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 apoia 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. Desta forma, manteve as ideias e doutrinas jurídicas no seu campo de análise e teve como objetivo dialogar com as teorias jurídicas da decisão judicial (SHAPIRO, 1965 [2002]). A jurisprudência política seria uma especialização da *sociological jurisprudence*, beneficiada pelos avanços metodológicos da ciência política empírica. Ela cumpriria seu papel à medida 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 (EPSTEIN & KNIGHT, 1998). 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 a antecipação que cada juiz faz, ao formular seus votos, dos votos e reações de outros agentes à sua ação (MALTZMAN, SPRINGS & WALBECK, *ibid.*, p. 46; EPSTEIN & KNIGHT, 1998, p. xiii e 10).

Na década de 1960, Walter Murphy (1964) formulou uma abordagem estratégica da Suprema Corte, que foi desenvolvida mais tarde por Epstein e Knight (1998). Estes autores adotam o modelo do cálculo estratégico, que no âmbito da escolha racional é a vertente chamada institucionalismo. Afirmam que os juízes não seguem estritamente suas preferências porque estão situados 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. Eles identificam os padrões de decisão dos ministros em função do resultado final que preveem e não segundo um determinado conteúdo do voto, atribuído pelo pesquisador.

O processo decisório se dá, então, no contexto de uma instituição, entendida como “conjunto de regras que estruturam as interações sociais de determinadas maneiras”. Elas podem ser formais ou informais, como normas ou convenções.

### **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 capítulo (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 de ciência adotado pelos modelos atitudinal e da escolha estratégica, mas suas propostas contêm diferenças. 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 têm 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 & GILLMAN, 1999, p. 1-2).

Gilman defende que se delimitem melhor 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 presente nas 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 (id., *ibid.*, p. 77-78).

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. Reconstruem-se aqueles feixes de ideias 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 se consideram 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 ideia 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 (id., *ibid.*, p. 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 ele em termos da maneira como constroem 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. A análise expande-se para tratar as relações entre a instituição e outras instituições políticas, assim como as estruturas sociais mais amplas e as mudanças de longo prazo (id., ibid., p. 81-86).

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 (id., ibid., p. 82; 86-87).

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.



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”. Tal concepção 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.

A 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 a 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. Ainda, tal como Gillman, considera que as decisões judiciais têm motivos diferenciados e, muitas vezes, múltiplos (id., *ibid.*, p. 38-39).

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 ideias 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. Tais 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 apresentadas acima, as que seguem 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

<sup>3</sup> A decisão principal é a do caso *West Coast Hotel v. Parish*, de 1937, em que a Suprema Corte apoiou a lei nacional do salário mínimo.

<sup>4</sup> Especialmente o caso *Lochner vs. New York*, de 1905 (ver GILLMAN, 1993).

<sup>5</sup> A decisão crucial foi a do caso *Nebia v. 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 de 1920.

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 discussões 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 & 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 reuniram 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

<sup>6</sup> Dele participaram John Brigham, Christine Harrington, Lynn Mather, Sally Merry, Brinkley Messick, Ron Pipkin, Adelaide Villmoare, Barabara Yngvesson, Austin Sarat e Susan Silbey (SILBEY & SARAT, 1987: 166).

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 renovavam os objetivos do movimento *L&S* ao mesmo tempo que questionavam a concepção reducionista do direito presente nos *CLS*. Embora tenham participado do debate teórico no campo sociojurídico, o seu trabalho preparou o terreno, no campo da ciência política, para se tematizar a atuação dos tribunais e da Suprema Corte em termos diferentes daqueles praticados pelas abordagens atitudinal e estratégica. Assim, eles 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 modo geral, os autores dessa “virada interpretativa e crítica” no movimento *L&S* adotam um ponto de vista cultural a partir do qual tratam do que se convencionou chamar o papel constitutivo do direito para a vida social. O direito não é 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

---

<sup>7</sup> Note-se, de passagem, que essas concepções estão em sintonia com a teoria do direito. Alan Hunt aponta 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 os debates intelectuais distintos nos quais os autores se inserem, ambos se opunham a visões instrumentais do direito, que o reduziam a comandos e restrições postas pelo soberano ou pela classe dominante (HUNT, 1993, p. 293 e 301-302).

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 podem se 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, *ibid.*, p. 283-284).

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 jurídicas. 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 (id., *ibid.*, p. 284-285).

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 permitem lutas pelo reforço da tradição dos direitos, e sua abstração e impessoalidade estão abertas à variação dos significados a eles atribuídos no interior dos contextos sociais (id.; *ibid.*).

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 à política. Perde-se, assim, de vista a questão: o que faz 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 as práticas sociais (BRIGHAM, *ibid.*, p. 16-17)<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 os resultados, para concentrar-se na tradição a partir da qual os casos são julgados e no direito que a instituição enuncia (*id.*, *ibid.*, 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. Ele 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

<sup>8</sup> A exposição que segue baseia-se no artigo de 1999, o qual retoma resumidamente o argumento do livro *The Cult of the Court*, publicado em 1987.

cotidiano, o comum, pois as instituições existem “quando há acordo, expresso ou tácito, de que elas existem», visto que “as instituições compartilham a capacidade de ordenar a vida social porque as pessoas agem como se elas existissem, como se fossem relevantes elas podem ser isoladas da experiência humana e ser examinadas 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 (id., ibid., p. 20).

A base para os estudos institucionais devem ser as práticas, que ele 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 análise 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” (id., ibid., p. 21-22).

Ele 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; elas constituem o terreno sobre o qual se desenrolam as estratégias políticas. Finalmente, 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 (id., ibid., p. 23-24).



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 (id., *ibid.*, p. 25).

O autor tira algumas consequências 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

---

<sup>9</sup> O autor amplia esse descentramento em livro posterior, *The Constitution of Interests - Beyond the Politics of Rights* (1996), no qual ele 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.

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, *ibid.*, p. 65).

Tais abordagens diferem das abordagens 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 como controles operatórios estritos. Assim, as construções judiciais do direito são consideradas como “inerentemente indeterminadas e sujeitas a múltiplas interpretações por atores diferentemente situados” e a influência das decisões judiciais não se coloca em termos de ‘causalidade’ mecânica, de o poder de um agente (judicial) determinar a conduta do outro (o destinatário) (*id.*, *ibid.*, p. 66; ver DAHL, 1957)<sup>10</sup>.

McCann afirma que, ao se considerar um impacto linear e direto das decisões sobre os comportamentos, deixa-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

<sup>10</sup> 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).

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, *ibid.*, p. 67).

Tal abordagem 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 1ª 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 (*id.*, *ibid.*, p. 68-69).

A partir desse quadro conceitual, McCann apresenta uma revisão bibliográfica e exemplos sobre cinco formas gerais pelas 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 (id., *ibid.*).

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 com que uns e outros se apropriam, definem e mobilizam 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 esse 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. 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 (id., *ibid.*, 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 e também uns 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 (id., *ibid.*, p. 80-81).

Como instituição estatal, a Corte trabalha, em suas práticas, para alcançar legitimidade às suas construções jurídicas e práticas autorizadas. Esse processo de legitimação compreende vários elementos, como a argumentação jurídica, os rituais, as cerimônias e as profissões jurídicas que as circundam (id., *ibid.*, 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). As 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” (id., *ibid.*, p. 82-83).

No final do artigo, ele discute a possibilidade do desenvolvimento de um diálogo construtivo entre os 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 tal 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 tratem as duas abordagens como duas dimensões. Uma possibilidade que se desenha é a de abordagens que combinem a escolha racional e outras abordagens atitudinais com abordagens histórico-interpretativas sobre as cortes. Assim, a alternativa seria centrar a atenção na interação estratégica dentro de uma estrutura conceitual interpretativa consistente, que enfatize o poder constitutivo do direito. Essa via estaria aberta, apesar dos limitados esforços feitos para efetivá-la (id., *ibid.*, p. 91-92). 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. Essas abordagens dirigem suas análises primeiramente às ações dos juízes e não aos efeitos de suas práticas sobre interações e 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 (id., *ibid.*, p. 96-97, 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 dimensões constitutiva e estratégica num quadro conceitual mais geral.

Em relação ao estudo da Suprema Corte, ele 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 neste sentido, sua abordagem é compatível com as adotadas por Gillman (1993) e Cushman (1998), visto 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 os sujeitos envolvidos, seus interesses imediatos e de prazo mais longo, a dinâmica de suas interações, as expectativas e reações dos agentes políticos, os engajamentos - políticos e doutrinários - dos juízes, as 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 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, unicamente em função 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, v. EPSTEIN & KNIGHT, 1998, p. 182 ss.) pretendem trazer contribuições normativas. Este 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 neoinstitucionalismo, 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<sup>11</sup>. As abordagens interpretativas apontam algumas pistas para a pesquisa, que levam ao debate entre teorias formalistas e realistas do direito (*sociological jurisprudence*), as críticas do novo formalismo dos anos de 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 capítulo, 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.

### **Pós-escrito: proposições para a análise política do pensamento jurídico**

A “análise política do pensamento jurídico” propõe-se adotar uma perspectiva histórico-crítica sobre as teorias e conceitos jurídicos, considerados em seu contexto intelectual e político, assim como em suas específicas condições sociais e estruturais. Essa pesquisa combina a análise de formas e dinâmicas estruturais, a análise institucional dos tribunais e das interações estratégicas entre os agentes judiciais. Adotam-se temas e procedimentos de pesquisa de história do pensamento político, história do direito e de ciência política positiva sobre os tribunais.

Assumem-se como premissas teorias formuladas pela bibliografia de ciência política e sociologia jurídica sobre a análise dos tribunais, das decisões judiciais e o pensamento jurídico. A pesquisa sobre teorias e conceitos jurídicos não é contraposta e nem complementar

<sup>11</sup> Os capítulos 6 e 7 combinam as abordagens normativa e estratégia em suas análises críticas das decisões da Suprema Corte.



à análise política de decisões judiciais, com o fito de explicar o padrão de atuação dos tribunais, mas um momento da pesquisa mais ampla sobre o pensamento jurídico. Essas premissas são apresentadas a seguir na forma resumida de proposições para a pesquisa<sup>12</sup>.

1. Não é viável realizar a análise política de decisões judiciais fazendo a economia de conceitos jurídicos. As decisões judiciais ocorrem num ambiente institucional extremamente formalizado, em que os agentes, os instrumentos, as oportunidades de ação e mesmo os objetivos válidos a serem alcançados são determinados por princípios, regras e conceitos jurídicos. Além disso, os padrões de decisão judicial são informados por valores, identidades, sentimentos e outros fatores não racionalizáveis. A análise estratégica em função dos interesses dos agentes (EPSTEIN & KINGHT, 1998; MALTZMAN, F., J. SPRIGGS II., et al., 1999; WHITTINGTON, K. E., 2007), ou a análise sociológica que vise estabelecer o papel socioestrutural dos tribunais (SANTOS, B. d. S., 1982, 1995, 1996), são perfeitamente possíveis e válidas, mas a sua realização é mediada necessariamente por elementos, ou dimensões, do direito (GILLMAN, 1993, 1999; SHAPIRO, M., 2002 [1965]; SMITH, 1988).

2. A resolução de litígios diz respeito a apenas uma dimensão da decisão judicial e é apenas um dos papéis atribuídos ao judiciário e aos juízes nas democracias constitucionais contemporâneas. A contraposição entre os modelos da decisão judicial própria às cortes em que a decisão se dá numa relação triádica e a decisão política própria ao legislador, que se dá numa relação diádica (duas partes), que negociam um resultado em função de sua relação de forças, é uma estilização analiticamente útil, mas limitada. A decisão judicial, mais que resolver o conflito, é parte do processo de produção normativa, visto que ela é um momento da determinação do significado das normas e de afirmação da autoridade política<sup>13</sup>. Shapiro (1981), por exemplo, considera

<sup>12</sup> O capítulo 4 elabora essas proposições para a análise do pensamento norte-americano.

<sup>13</sup> Por exemplo, já no século XIX, o conservadorismo político distinguia os juízes dos funcionários, afirmando que os juízes não só aplicam mas interpretam as normas, integrando-as à ordem normativa, enquanto os funcionários apenas a aplicariam (LABAND, 1900, v. 2: 505).

quase consensual o reconhecimento do papel dos juízes na produção normativa, que é, para ele, intrinsecamente relacionada a outras duas funções: a resolução de conflitos e o controle social. O papel dos juízes não é de agentes da vontade do legislador ou de objetivos coletivos; eles realizam um processo institucionalizado de determinação do sentido das normas, em que estão presentes a tradição jurídica, relações estratégicas internas e interações com os demais agentes políticos<sup>14</sup>.

3. A definição de juízes como solucionadores de litígios numa estrutura triádica não esgota as atribuições exercidas pelo Poder Judiciário nem o investimento político na função judicial. A doutrina geralmente diferencia a função judicial “típica” ou própria do Poder Judiciário, a resolução de litígios em conflitos entre sujeitos privados ou equiparados a tais, e o julgamento de processos penais. Conforme mudou a organização constitucional do Estado, outras atribuições passaram a ser próprias. Mas permanecem funções impróprias, seja porque exercidas fora do Judiciário, pelo chefe de Estado ou o Parlamento (poder de graça, justiça política, defesa do Estado), ou a administração (justiça administrativa em sentido amplo, abrangendo órgãos com funções parajudiciais em domínios de tributação e direitos previdenciários, por exemplo), seja porque exercidas pelo Judiciário, como, no Brasil, a justiça eleitoral e os poderes normativos do Judiciário trabalhista. A função judicial pode ser instituída de diferentes maneiras, combinando os princípios da autoridade governamental, da representação política e do estado de direito. A delegação a juízes, ou a entes organizados sob a forma de tribunais, de uma parcela ou de (quase) todas as dimensões da função judicial é apenas uma possibilidade extrema, pois o mais comum é que a função judicial seja distribuída segundo autoridades

---

Esse papel é corrente, com variações, em teóricos do direito de perspectivas distintas, embora seja colocada em questão por teorias formalistas mais recentes.

<sup>14</sup> Porém, como se viu acima, as análises de política comparada sobre o Judiciário brasileiro têm abordado de forma unilateral a dimensão da resolução dos conflitos e usam concepções pouco elaboradas sobre as práticas judiciais em nossos países, apontando a tradição jurídica como formalista e o sistema de direito de *civil law*, os quais são tomados como pressupostos para apontar decisões reveladoras de ativismo ou da judicialização.

diferentes e que a exercem segundo lógicas distintas da resolução dos litígios segundo regras dadas. Assim, as atribuições judiciais típicas são variáveis, e a caracterização das instituições políticas da função judicial no Brasil, e de suas transformações no quadro das mudanças políticas do país, é um problema de pesquisa.

4. Não se pode estabelecer relação geral e unívoca entre tipos de teoria jurídica (positivismo legalista, científico, normativismo, instrumentalismo, realismo sociológico etc.), técnicas de interpretação judicial (gramatical, sistemática, teleológica ou modelos como o formalismo conceitual, originalismo) e orientações dos juízes (deferência ou ativismo), com modelos institucionais, ou interesses de governos, partidos ou grupos políticos, ou de classes sociais. Embora se possam reconhecer certas “afinidades eletivas”, as relações entre as dimensões jurídica e política da prática judicial são historicamente construídas e sua determinação deve dar-se em análises concretas que identifiquem as características da prática judicial e do pensamento jurídico, associando-as à estrutura e ao contexto político (FRIEDMAN, 2002; ROOSEVELT JR., 2006).

5. As relações entre decisões judiciais, normas jurídicas e sociedade não se definem em termos instrumentais<sup>15</sup>. O direito é da ordem da construção do mundo social, as normas jurídicas fazem parte da ordenação das relações sociais e das concepções do que os sujeitos

---

<sup>15</sup> É importante ressaltar os desenvolvimentos conceituais que ocorreram a partir do realismo jurídico e teorias críticas do direito. Se o realismo jurídico, considerando a indeterminação da solução concreta, partia de regras gerais para afirmar o instrumentalismo, ou seja, a capacidade de o juiz escolher as decisões em função do resultado desejado, as teorias críticas expandiram essa constatação, argumentando sobre o caráter contraditório e aberto das próprias regras gerais, que seria consequência das próprias contradições das instituições políticas de sociedades capitalistas e liberais. A concepção instrumentalista foi incorporada na ciência política, mas tem sido criticada por pesquisas em filosofia do direito, sociologia e ciência política, como nos trabalhos da corrente do *Amherst Seminar* (John Brigham, Christine Harrington), que, a partir de teorias marxistas (Alan Hunt, Edward Thompson) e antropológicas (Geertz), acentuam o caráter constitutivo do direito para as relações sociais. Dessa redefinição têm resultado pesquisas cujo objetivo não é apontar o caráter contraditório, viesado e socialmente determinado do direito, mas reconstruir a sua produção sociopolítica, considerando-o como parte de um processo ampliado de (re)produção social, analisar suas transformações contemporâneas, explorar suas ambivalências políticas, as oportunidades para a mobilização pelos sujeitos.

consideram correto, justo, no quadro de uma formação social (GOMEZ, J. M., 1984; GORDON, R. W., 1998; HUNT, 1993). Assim, não são apenas racionalizações à livre disposição dos sujeitos que lhes permitem atingir certos fins que lhes são externos, mas lhes são dadas pela estruturação social de que eles participam, entre as quais as instituições políticas e judiciais (COOMBE, E., 1989; HARRINGTON, C. and B. YNGVESSON, 1990; MERTZ, E., 1994; ZEHMANS, F., 1983). Se a indeterminação que resulta da generalidade das regras jurídicas implica que os juízes têm margem para escolher os resultados em suas decisões, a escolha não é indeterminada, pois ela se dá num conjunto estruturado de regras, relações e expectativas de ação. Toma-se nessa pesquisa o conceito de pensamento, ou tradição jurídica, para se referir às elaborações conceituais produzidas pela doutrina e a jurisprudência, que traduzem e recriam, sob a forma de elementos jurídicos (princípios, regras, conceitos, institutos...), a estruturação social do direito.

6. Enfim, é possível verificar que a instituição do Judiciário nas Constituições republicanas brasileiras tem características que o diferenciam dos “modelos”, empíricos ou analíticos, que têm sido adotados como parâmetros para a sua análise. O pensamento constitucional, na doutrina e jurisprudência, elaborou-se enquanto tradição que coloca conceitos, teorias e técnicas sobre institutos jurídicos de forma distinta das doutrinas que lhes serviram de inspiração e os sistemas jurídicos adotados para comparação (*civil law* e *common law*). Dado que há especificidades no Poder Judiciário e na tradição jurídica brasileiros, adota-se um ponto de vista mais geral para a pesquisa, ou seja, a maneira pela qual a função judicial é investida na ordem política.

### Referências bibliográficas

- 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 Gillman, Howard and Clayton, Cornell (eds.), *The Supreme Court In American Politics: New Institutional Interpretations*, Lawrence, University of Kansas Press, p. 15-27.

CLAYTON, Cornell. (1999), “The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms”, in \_\_\_\_ & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, Chicago, Chicago UP, p. 15-42.

\_\_\_\_ & GILLMAN, Howard. (1999), *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago, Chicago UP.

CUSHMAN, Barry. (1998), *Rethinking the New Deal Court. The Structure of a Constitutional Revolution*. Oxford, Oxford U.P.

COOMBE, Elizabeth (1989). “Room for Manoeuver: Toward a Theory of Practice in Critical Legal Studies.” *Law and Social Inquiry*; p. 69-121.

DAHL, Robert. (1957), “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a national Policy Maker”. *Journal of Public Law*, vol. 6: p. 279-295.

EPSTEIN, Lee & KNIGHT, Jack. (1998), *The Choices Justices Make*. Washington, D.C., Congressional Quarterly Press.

FRIEDMAN, Barry (2002). “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Contermajoritarian Difficulty.” *Yale Law Journal* 112, no. 2: 153-259.

GATES, John. (1992), *The Supreme Court and Partisan Realignment - A Macro and Microlevel Perspective*. Boulder, Westview Press.

GEERTZ, Clifford (1983). *Local Knowledge*. (s.l.): Basic Books.

GILLMAN, Howard & CLAYTON, Cornell (eds.). (1999), *The Supreme Court In American Politics: New Institutional Interpretations*. Lawrence - Kansas, University of Kansas Press.

\_\_\_\_. (1999), "The Court as an Idea, Not a Building (or a Game): Interpretative Institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making", in Clayton, Cornell e & \_\_\_\_, *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, Chicago, Chicago UP, p. 65-90.

\_\_\_\_. (1993), *The Constitution Besieged: the Rise and demise of Löchner Era Police Powers Jurisprudence*. Durham, Duke U.P.

GOMEZ, José Maria (1984). "Surpresas De Uma Crítica a Propósito De Juristas - Repensando as Relações Entre O Direito E O Estado." In *Crítica Do Direito E Do Estado*, edited by Carlos A. Plastino, 103-12. Rio de Janeiro: Graal.

GORDON, Robert W (1998). "Some Critical Theories of Law and Their Critics." In *The Politics of Law - a Progressive Critique*, edited by David Kairys, 591-616. Philadelphia: Basic Books.

HARRINGTON, Christine & YNGVESSON, Barbara. (1990), "Interpretive Sociolegal Research", *Law and Social Inquiry*, nº 15: 135-53.

HOLMES, Oliver W. (1897), "The Path of Law", *Harvard Law Review*, X, 8: 457-478.

HUNT, Alan. (1993), *Explorations in Law and Society - Towards a Constitutive Theory of Law*. Londres: 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 sócio-política do pensamento jurídico constitucional brasileiro pós-1988". *Comunicação apresentada ao XXIX Encontro Anual da ANPOCS, no Grupo "Dilemas da modernização periférica"*, Caxambu (MG), outubro de 2005.

LABAND, Paul. *Le Droit Public De L'Empire Allemand (1900-1904)*. Paris: V. Giard & E Briere, 6 vols. 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 Institutional Approaches*, Chicago, Chicago UP, p. 43-64.

MCCANN, Michael. (1999), “How the Supreme Court Matters in American Politics: New Institutional Perspectives”, in Gillman, Howard & Clayton, Cornell, *The Supreme Court in American Politics - New Institutional Interpretations*. Lawrence: University Press of Kansas, p. 63-97.

\_\_\_\_\_. (1996), “Causal versus Constitutive Explanations (or, On the Difficulty of Being so Positive...), *Law and Social Inquiry*, nº 21: 457-82.

\_\_\_\_\_. (1994), *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization (Chicago Series in Law and Society)*. Chicago, Chicago UP, 1994.

MERTZ, Elizabeth. (1994) “A New Social Constructionism for Sociolegal Studies”, *Law and Society Review*, nº 28: 1243 ss.

MURPHY, Walter. (1964), *Elements of Judicial Strategy*. Chicago, University of Chicago 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: 305-320

RODRIGUES, Leda B. (1958), *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro, Forense.

ROOSEVELT III, Kermit (2006). *The Myth of Judicial Activism - Making Sense of Supreme Court Decisions*. Yale: Yale UP. ROSENBERG, Gerald. (1991), *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change*. Chicago, University of Chicago Press.

\_\_\_\_\_. (1996), “Positivism, Interpretivism, and the Study of Law. *Law and Social Inquiry*, 21, 2: 435-455.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1982). “O Direito E a Comunidade: As Transformações Recentes Do Poder Do Estado Nos Países Capitalistas Avançados.” *Revista Crítica de Ciências Sociais* 10: 9-40.

——— (1989). “Room for Manoeuver: Paradox, Program, or Pandora’S Box.” *Law and Social Inquiry*, 149-64.

——— (1995). “A Sociologia Dos Tribunais E a Democratização Da Justiça.” In *Pela Mão De Alice: O Social e O Político Na Pós-Modernidade*, edited by Boaventura de Sousa Santos, 141-62. São Paulo: Cortez.

SEGAL, Jeffrey A. & SPETH, Harold J.. (1993), *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York, Cambridge University Press.

SHAPIRO, Martin. (2002 [1965]), “Political Jurisprudence”, in Shapiro, Martin & Stone Sweet, Alec, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, pp. 19-54.

\_\_\_\_. (1981), *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago, University of Chicago Press.

\_\_\_\_ & STONE Sweet, Alec. (2002), *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford, Oxford University Press.

SILBEY, Susan e SARAT, Austin. (1987), “Critical Traditions in Law and Society Research”, *Law and Society Review*, nº 21: 167-74

SILVEIRA, Alípio. (1977), “A Suprema Corte na Remodelagem da Democracia Americana”, Silveira, Alípio et al., *O Poder Judiciário e a Constituição*, Porto Alegre, AJURIS, 1977, p. 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.

THOMPSON, E. P. (1987). *Senhores e Caçadores*. Rio de Janeiro, Paz e Terra.



WHITTINGTON, Keith E (2007). *Political Foundations of Judicial Supremacy - the Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. New Jersey: Princeton U.P.

ZEHMANS, Frances (1983). "Legal Mobilization: The Neglected Role of Law in the Political System." *American Political Science Review* 77, no. 3: 690-703.