

FILTROS E BARREIRAS NO ACESSO À JUSTIÇA NORTE-AMERICANA: AS DOCTRINES OF JUSTICIABILITY

Eugênio Facchini Net¹

Resumo

O artigo aborda as denominadas doctrines of justiciability, como são chamadas, nos Estados Unidos, um conjunto de ideias (dentre as quais destacam-se a standing to sue, a ripeness, a mootness e a political question) que são utilizadas como filtros ou barreiras ao acesso à justiça. Ou seja, invocando-se uma dessas figuras, veda-se o acesso à Justiça sob o argumento de que determinadas pretensões não devem, ou não podem, ou ainda não podem, ou não podem mais serem enfrentadas em uma ação judicial. Busca-se, com isso, a partir da interpretação da Constituição daquele país, estabelecer quais as controvérsias e casos são adequados e apropriados para uma resolução judicial. O estudo procura demonstrar como instrumentos técnicos são usados para justificar determinadas opções ideológicas para não envolver o Poder Judiciário em temas de grande interesse social ou político. O trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica norte-americana e de direito comparado e da jurisprudência norte-americana. Procura-se demonstrar, em conclusão, que a decisão de não decidir uma causa já é, de per si, uma decisão, normalmente conservadora, embora sob o aparente manto da neutralidade.

Palavras-chave: Direito processual norte-americano. “Doutrinas de justiciabilidade” - Standing to sue – Ripeness – Mootness – Questão política.

INTRODUÇÃO

Ao se abordar o tema do acesso à justiça nos Estados Unidos, imperiosa se faz a menção às chamadas doctrines of justiciability (literalmente, “doutrinas de justiciabilidade”). O termo, na verdade, expressa um amálgama de situações que em nossa terminologia processual provavelmente seriam estudadas no âmbito das “condições da ação” ou dos “pressupostos processuais”, na acepção divulgada, entre outros, por Enrico Tullio Liebman (LIEBMAN: 1984, p. 174/175) porque via de regra tais noções são invocadas exatamente para limitar o acesso à justiça ordinária, impedindo que o mérito da demanda seja apreciado. Analisando a chamada teoria eclética da ação, refere Ovídio A. Baptista da Silva, refere que, para tal teoria, os pressupostos processuais e as condições da ação funcionam “como um filtro para evitar que haja exercício de jurisdição”, deixando-se, portanto, de apreciar o mérito da questão (SILVA: 1987, p. 89).

¹ Doutor em Direito Comparado (Universidade de Florença/Italia). Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC/RS, nos cursos de doutorado, mestrado e graduação; ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS; Desembargador no TJ/RS. E-mail: facchini@tj.rs.gov.br

A idéia de justiciability (aquilo que se pode submeter à apreciação do Judiciário, aquilo que pode ser judicializado) é deduzida do artigo III da Constituição federal, onde se estabelece que a função do judiciário federal é resolver “cases” e “controversies”.² Poder-se-ia pensar que se trata de expressões assemelhadas, externando ambos os termos a mesma idéia. Todavia, na linguagem técnica norte-americana, é comum fazer-se uma distinção entre elas, no sentido de que a expressão “controversy” teria uma acepção mais ampla, compreendendo tanto as causas civis quanto as penais, ao passo que o termo “case” compreenderia apenas as causas civis.³

A partir desse dispositivo constitucional, a Suprema Corte desenvolveu uma concepção segundo a qual nem todos os interesses e questões controvertidas podem ser submetidos à apreciação judicial. Segundo entendimento consolidado na jurisprudência norte-americana, o Judiciário somente poderia ser ativado para apreciar demandas que fossem “justiciables” (“judicializáveis”), ou seja, “appropriate for judicial determination” (“apropriadas para uma deliberação judicial”).⁴

Na verdade, os vários conceitos, princípios e noções que são tratados sob o rótulo de doctrines of justiciability estão ligados a duas vertentes, uma derivada do próprio texto constitucional, outra oriunda de certa

² O “Article III, Section 2”, da Constituição norte-americana tem a seguinte redação: “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the Supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.”

Em vernáculo: “A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todos os casos do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Em todos casos relativos a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.

O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei.”

³ Conforme V. Barsotti, “La sentenza Lujan della Corte suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1996, II, p. 1180, n. 31, com ampla referência doutrinária. No mesmo sentido, Cass R. Sunstein (“What’s Standing after Lujan? Of Citizen Suits, ‘Injuries’, and Article III”, 91 Michigan Law Review 168 [1992]), indicando esse autor a decisão da Suprema Corte onde se fez, pela primeira vez, referência a essa distinção entre os dois termos: trata-se do caso *Chisholm v. Georgia* (2 U.S. (2 Dall.) 419, 431-32), julgado em 1793.

⁴ Segundo expressão contida no importante caso *Aetna Life Insurance Co. v. Haworth* (300 U.S. 227 [1937]).

‘prudência’ voluntariamente desenvolvida pela magistratura, normalmente vinculada a uma certa concepção da doutrina da separação dos poderes.

Sob o primeiro aspecto, prega-se que os juízes devam ocupar-se exclusivamente das questões que lhe são submetidas em um contexto “adversary”, ou seja, surgidas a partir de um concreto litígio intersubjetivo. Em consequência, afirma-se que os magistrados não devem se envolver com questões meramente hipotéticas, ou abstratas: o seu poder é constitucionalmente circunscrito a resolver questões oriundas de conflitos reais e atuais. Essa é a razão pela qual a Suprema Corte sempre se recusou a emitir advisory opinions (pareceres consultivos).⁵ De fato, poucos anos após o início das atividades da Supreme Court, o então presidente George Washington havia solicitado à Suprema Corte um parecer jurídico sobre o alcance de uma lei de 1793 sobre a neutralidade americana. O tribunal recusou-se a emití-lo, afirmando que a emissão de pareceres era incompatível com o exercício da função jurisdicional. O então Chief Justice John Jay respondeu ao Presidente G. Washington, referindo que aquela corte “should not decide matters unless brought to the courts by actual litigation” (GUNDERSEN: 1992, p. 18)

A outra vertente brota do princípio da separação dos poderes, pois se entende que existem certas questões cuja resolução deve ser endereçada à Administração ou ao Legislativo e não aos tribunais.⁶

Portanto, justiciability, na verdade, é um conceito “guarda-chuva”, sob o qual abrigam-se idéias diversas. Em palavras simples, pode-se dizer que tais figuras jurídicas procuram responder às seguintes questões; QUEM pode ter acesso à justiça (standing to sue); QUE TIPO DE PRETENSÃO pode ser levada ao exame do Judiciário (political question); EM QUE MOMENTO as pretensões podem ser levadas ao Judiciário (mootness e ripeness) (TUSHNET: 1992, 819)

O primeiro questionamento está relacionado à figura da standing to sue. A noção de political question – igualmente conhecida em outros sistemas jurídicos – procura responder à segunda pergunta. E as figuras do mootness e da ripeness, tipicamente norte-americanas, procuraram fornecer respostas à derradeira demanda.

⁵ Até 1934, aliás, sequer ações declaratórias poderiam ser ajuizadas, pois se entendia que eram uma espécie de consulta. Somente com o Declaratory Judgement Act, de 1934, é que a justiça federal norte-americana passou a admitir o ajuizamento de ações declaratórias.

⁶ Segundo J. B. Stoneking, verbete “Cases and Controversies”, em *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, p. 128. Há quem defenda, porém, que tanto uma rígida postura de auto restrição judicial quanto as atitudes opostas podem ser consideradas usurpadoras das funções legislativas. É o que afirma, por exemplo M. H. Redish (*The Federal Courts in the Political Order: Judicial Jurisdiction and American Political Theory*, Durham: Carolina Academic Press, 1991, pp. 49 e 50), “judge-made abstention is judicial usurpation of legislative power. Because abstention frustrates the enforcement of validly legislated policy choices and amounts to the exercise of an independent policy choice without requisite statutory, any such decision not to exercise jurisdiction violates the separation of powers principle” (em tradução livre: a recusa do juiz em prestar jurisdição é uma usurpação do poder legislativo. Uma decisão de não prestar jurisdição viola o princípio da separação de poderes, porque a abstenção frustra a implementação de uma escolha política validamente legislada e representa o exercício de uma escolha política independente, sem previsão legal.)

Cumpra dizer que todas essas doutrinas, baseadas no art. III da Constituição norte-americana, revelam contornos nem sempre muito nítidos, nem na sua concepção teórica e muito menos nas suas aplicações práticas. Além disso, sua noção evoluiu ao longo da história judiciária norte-americana. Durante a presidência Warren (1953-1969), por exemplo, a Suprema Corte, com muita auto-confiança, rompeu com certas pré-concepções e avançou além das noções até então estabelecidas em termos de *political questions*, *standing* e *mootness* (FALLON: 1992, p. 50.). A doutrina costuma apontar que essas doutrinas são interpretadas de forma diversa pelos diferentes magistrados, e “appear to be ignored when a majority of the justices are determined to exercise the power of judicial review” (ADAMANY: 2002, p. 443).

Antes de passarmos a analisar cada uma dessas figuras, convém deixar claro seu propósito e seus limites. Não se trata de um ensaio de direito comparado, propriamente dito, mas sim de direito estrangeiro. A distinção, conhecida da doutrina comparatista, deve ser esclarecida. Um trabalho de direito comparado, como o nome está a sugerir, impõe necessariamente a comparação entre no mínimo dois ordenamentos jurídicos distintos. Já um trabalho de direito estrangeiro é menos ambicioso. Ele procura analisar um determinado instituto, figura, ou aspecto de um direito alienígena, identificando suas raízes, configurações, espécies, aplicações, etc, sem a preocupação de comparar o que se está analisando com outras figuras, institutos, semelhantes ou afins, de outro(s) ordenamento(s) jurídico(s). Normalmente um trabalho de direito comparado se baseia em estudos de direito estrangeiro, bem como em obras autóctones dos sistemas analisados. Nossa pretensão, portanto, diante dos limites de um artigo doutrinário, é de simplesmente produzir um ensaio de direito estrangeiro, com a expectativa de trazer informações que possam ser úteis para o desenvolvimento de estudos futuros, inclusive de direito comparado, por parte de algum leitor interessado.

Passemos, agora, à análise das diversas figuras/institutos acima referidos.

STANDING TO SUE

A figura da *standing to sue* assemelha-se, grosso modo, à noção de *legitimatatio ad causam* dos países da tradição romano-germânica, ou seja, à ideia de que se trata de “uma qualidade que resulta da relação entre o sujeito e um objeto: essa qualidade é aferida em função de ato jurídico realizado ou a ser praticado, ou mais especificamente, da relação entre o sujeito e a relação jurídica” (WAMBIER: 2015, p. 774).

Em linhas gerais, somente quem foi direta e pessoalmente afetado em um direito subjetivo (*personal stake*),⁷ tem legitimidade para propor uma ação judicial. Costuma-se dizer que, para que haja *standing*, é necessário que estejam presentes três aspectos:

⁷ Sobre essa figura, com ampla referência jurisprudencial, v. L. Brilmayer, “The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the ‘Case or Controversy’ Requirement”, 93 *Harvard Law Review* 297, 298, n. 6 (1979).

1. Distinct and palpable injury (um prejuízo individualizado e concreto);
2. Resulting from defendant's action (que tenha sido produzido por uma ação imputada ao réu; e
3. Remediable by the court (que seja passível de reparação pela corte) (MANHEIM: 2014).

Na verdade, até poucas décadas atrás essa figura jurídica não havia despertado muita atenção dos juristas.⁸ Pensava-se, então, que o arsenal de conceitos jurídicos da Common Law clássica era suficiente para resolver as situações que se apresentavam. Posteriormente, com o aumento da complexidade do mundo moderno, percebeu-se a insuficiência das categorias tradicionais da Common Law para fazer frente às novas funções que o Judiciário estava sendo chamado a desempenhar.

Dois fatores foram importantes nesse sentido. O primeiro diz respeito à consolidação do chamado *administrative state*,⁹ acarretando a percepção da existência de direitos e interesses difusos e coletivos, compartilhados por amplos grupos, e novas relações jurídicas, dificilmente abrangidas pelas noções clássicas da Common Law. O segundo fator foi a emergência de uma nova concepção de direitos constitucionais - também aqui demonstrando a inadequação das antigas noções de Common Law (BATOR, MELTZER, MISCHKIN & SHAPIRO: 1988, 121-122).¹⁰

Vittoria Barsotti (BARSOTTI: 1996, 1184s) individualiza quatro períodos distintos da jurisprudência da Suprema Corte sobre *standing*:

O primeiro período – e mais longo – parte das primeiras decisões da Suprema Corte e chega até os anos trinta do século XX. Durante essa fase, a jurisprudência, para identificar a legitimação para agir do autor, limitava-se a analisar a existência de uma *cause of action*, ou seja, o reconhecimento legal ou jurisprudencial da existência de um direito subjetivo de agir em juízo.

⁸ Do resultado de uma pesquisa realizada por Cass R. Sunstein, em 1992 (“What standing ... cit., p. 169), percebe-se, por exemplo, que ao longo de toda sua bicentenária história, a Suprema Corte norte-americana enfrentou o tema de “standing” 117 vezes. Dessas, todavia, nada menos do que 109 decisões foram tomadas após 1965, sendo que somente entre os anos de 1985 e 1992 foram proferidas 55 decisões sobre o tema.

⁹ A expressão *administrative state* costuma ser usada pela doutrina norte-americana para expressar as mudanças na organização do Estado, em virtude do advento do *welfare state*. Com a criação de novos direitos sociais – direito à saúde, à previdência social, à educação, etc. -, o Executivo viu-se compelido a assumir novas funções (novas em relação ao antigo Estado liberal), tendo que expandir sua atuação, criando órgãos, departamentos, agências reguladoras, etc. Ou seja, o Estado ausente de estampa liberal, que basicamente só cuidava da segurança pública e estabelecia as regras do jogo para a livre iniciativa, teve que ceder seu lugar para uma intensa atividade estatal, a fim de providenciar na prestação de serviços relacionados aos novos direitos de natureza social. O agigantamento do aparato público, para fazer frente aos novos direitos sociais, acarretou um notável aumento de ações judiciais, pelas quais se pretende exercer tais direitos.

¹⁰ Segundo Bator, Meltzer, Mishkin e Shapiro, Hart and Wechsler's, cit. p. 121-122. Pense-se, por ex., no caso *Baker v. Carr* (369 U.S. 186 [1962]), no qual um grupo de eleitores havia ajuizado uma ação judicial, pretendendo a declaração da ausência de proporcionalidade na configuração do distrito eleitoral que eles integravam, pleiteando, em consequência, que fosse alterada tal configuração, a fim de que o distrito fosse mais representativo da realidade eleitoral. Esclareça-se que nos Estados Unidos (e na grande maioria dos países, diga-se de passagem) não há uma Justiça Eleitoral integrada por juízes que exercem uma função de organização, regulamentação, fiscalização de todo o processo eleitoral e julgamento dos incidentes dele resultantes. Naquele país tal organização é deixada aos poderes inerentemente políticos de cada Estado-membro. Assim, quando a justiça ordinária intervém, trata-se de uma verdadeira intervenção em matéria que é considerada essencialmente de natureza política.

O segundo período se desenvolve em paralelo à discussão sobre a função do Judiciário no âmbito do administrative state. Em reação à situação anterior - na qual muitas inovações legislativas de cunho progressista foram anuladas judicialmente, principalmente no período entre os anos de 1890-1937 - e desejando garantir aos ramos políticos do Estado uma maior liberdade de experimentação, parte da magistratura passou a adotar um conceito de private rights model (modelo de direitos individuais ou privados) de processo. Limitava-se, com tal postura, a legitimação para agir. Pretendia-se, assim, evitar o controle judicial de políticas governamentais num período em que o Judiciário se revelava demasiadamente conservador e os outros ramos do Estado, ao contrário, apresentavam-se mais progressistas.¹¹ Trata-se do período em que o legislativo começava a consagrar direitos

¹¹ Esse período, de intenso conservadorismo da Suprema Corte norte-americana, ficou conhecido como a “era Lochner”, em razão do tristemente famoso caso Lochner v. New York, julgado em 17 de abril de 1905 pela Suprema Corte norte-americana, por escassa maioria de 5 a 4. Este julgamento simbolizou durante três décadas o conservadorismo da maioria dos membros daquela corte, acolhendo e reforçando o chamado substantive due process of law (devido processo legal substantivo). Eis os fatos subjacentes: na última década do século XIX inicia-se um movimento social que buscava algumas reformas sociais através da legislação de alguns Estados, visando, entre outros objetivos, garantir maior proteção a alguns trabalhadores – especialmente mulheres, crianças e trabalhadores em atividades insalubres ou perigosas. Constatou-se, então, que, diante da inexistência de legislação restritiva, os padeiros que trabalhavam no Estado de Nova Iorque costumavam trabalhar mais de cem horas semanais, normalmente em condições as mais insalubres possíveis (porões quentes e abafados no verão e frios no inverno), com potenciais danos à sua saúde. Esse movimento logrou convencer os políticos a editarem uma lei – o Bakeshop Act -, em 1895, que vedava o trabalho de padeiros por períodos superiores a dez horas diárias ou sessenta dias por semana. Os pequenos proprietários de padarias, que empregavam poucos padeiros e não obtinham muitos lucros, sentiram-se especialmente prejudicados pela nova legislação. Um desses, Joseph Lochner, foi multado em 50 dólares, com base em tal legislação, por ter um padeiro trabalhando por mais de sessenta horas semanais. Ele recorreu à justiça estadual novaiorquina, sustentando a inconstitucionalidade da legislação, mas perdeu em todas as instâncias estaduais. Seu advogado conseguiu, então, levar o caso até a Suprema Corte norte-americana, alegando violação da 14ª emenda constitucional, pois fora ele privado de sua liberdade e propriedade sem o devido processo legal. A noção clássica de due process of law, prevista desde a emenda constitucional n. 5 (prevendo que o governo federal não poderia privar ninguém da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal) e reproduzida na emenda constitucional n. 14, de 1868 (que estendeu também aos Estados-membros a obrigação de respeitar o devido processo legal) sempre fora entendida como uma obrigação imposta a todos os entes governamentais de operar de acordo com o princípio da legalidade, usando procedimentos justos. Ou seja, tratava-se de um devido processo legal de natureza processual ou procedimental. Todavia, já a partir dos anos oitenta do século XIX, uma corrente conservadora passou a sustentar a existência de limites maiores à atuação governamental, advogando-se um devido processo legal de natureza substancial ou substantiva (substantive due process of law). Segundo tal posicionamento, da Constituição Federal e suas emendas se extrairiam limites àquilo que poderia ser editado como lei pelo Legislativo, ou ao menos impor a observância de determinados requisitos procedimentais. Tal idéia sustentava a possibilidade das cortes judiciais analisarem o conteúdo da legislação emanada, bem como a validade dos meios adotados para sua implementação, principalmente quando essa ‘legislação econômica e social’ entrava em potencial conflito com algum direito previsto na Constituição. Essa idéia já estava sendo adotada para derrubar a legislação estadual reguladora das ferrovias e veio a se consolidar no caso Lochner, quando a maioria dos juízes da Suprema Corte entendeu que o benefício público decorrente de tal legislação não justificava a privação dos padeiros do seu direito de trabalhar sob os termos e condições contratualmente estabelecidos.

O direito constitucional que teria sido violado pelo Bakeshop Act novaiorquino de 1895, seria a “liberty of contract”. Tal direito não fora previsto diretamente na Constituição ou em suas emendas posteriores, mas estava sendo “construído” pela jurisprudência das cortes judiciais a partir de uma leitura ampliada da 14ª emenda à Constituição federal, pois se sustentava que a ‘liberty’ protegida pela due process clause incluía “the right to pursue an ordinary trade or calling” (como sustentado já em 1873 no voto dissidente do Justice Stephen Field, nos Slaughterhouse cases). Já nos anos oitenta do século XIX e doutrina da ‘liberty of contract’ vinha sendo recorrentemente usada pelas cortes estaduais para defender que a Constituição protegia o direito de estabelecer relações contratuais livres de qualquer interferência governamental desarrazoada. A Suprema Corte, porém, só havia aplicado tal entendimento uma única vez, no caso Allgeyer v. Louisiana, em 1897. O redator deste caso, Justice Rufus Peckham, foi também o redator do caso Lochner. Ele expandiu e reforçou os argumentos já anteriormente adotados, afirmando que a legislação novaiorquina necessariamente interferia com os direitos contratuais entre empregadores e empregados. Ele textualmente afirmou

sociais e o executivo buscava implementá-los, com ampla ingerência e repercussão na esfera econômica (lembre-se o programa do New Deal que Roosevelt¹² buscou implementar no seu primeiro mandato e que sofreu amplas e severas objeções por parte da Suprema Corte. Somente a partir de 1937 é que a Suprema Corte mudou sua postura a respeito).

Um terceiro período inicia aproximadamente com a denominada Warren Court¹³ (a partir de 1953) e dura aproximadamente um quarto de século. Nesse período, a Suprema Corte mostrou-se mais sensível aos direitos metaindividuais (principalmente sob a modalidade de interesses difusos) e conseqüentemente amplia a

que a liberdade garantida pela 14ª Emenda Constituição incluía o direito de comprar e vender trabalho (“included the right to purchase and sell labor”). Portanto, qualquer legislação interferindo com esse direito seria considerada inválida, a não ser que houvesse circunstâncias especiais e relevantes.

Apesar das críticas veementes feitas não só pela minoria vencida (quatro vigorosos votos dissidentes), mas também por boa parte dos juristas, políticos e a sociedade em geral, as idéias acolhidas pela maioria no caso *Lochner* continuaram a exercer forte influência sobre toda a jurisprudência norteamericana durante as três décadas seguidas, chamadas de era *Lochner*. Entre 1905 e 1937 - quando a Corte, com a mudança de sua composição, finalmente alterou seu posicionamento no caso *West Coast Hotel v. Parrish* -, um sem-número de leis estaduais (e algumas federais) foi derrubada com base no precedente do caso *Lochner*.

Informações sobre o contexto histórico desse caso e seus desdobramentos encontra-se no verbete “*Lochner v. New York*”, elaborado por Paul Kens, para *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*

¹² Franklin D. Roosevelt foi eleito presidente, pela primeira vez, em 1932, quando o país enfrentava sua maior recessão da história. Uma quarta parte da população estava desempregada. A falência de cinco mil bancos nos três anos anteriores havia feito evaporar as economias das famílias americanas.

Roosevelt queria reverter esse quadro com um ambicioso programa de intensa intervenção governamental na economia. Criou uma série de agências administrativas visando supervisionar e regulamentar o sistema financeiro, promover o desenvolvimento econômico e gerar empregos através de inúmeras obras públicas. Encaminhou ao Congresso inúmeros projetos de leis visando implementar o Estado do Bem-Estar social. Seu programa mais controvertido foi o NIRA – National Industrial Recovery Act, que pretendia regular vastas áreas da atividade econômica e trabalhista até então intocadas e regidas pelo princípio do *laissez-faire*. Tal programa também implicava uma significativa transferência de autoridade do Congresso para o Executivo e, através dele, para uma nova agência administrativa, a National Recovery Administration – NRA.

Naturalmente tal programa causou grandes inquietações nos setores privados atingidos. Muitas dessas inquietações ganharam as vestes de demandas judiciais que, cedo ou tarde, acabaram chegando à Suprema Corte. Nesse período inicial da administração Roosevelt, que se estende até 1937, a Corte havia adotado uma postura substancialmente reacionária, invalidando boa parte do programa presidencial. Dos seus nove membros, quatro deles (ironicamente chamados de os Quatro Cavaleiros do Apocalipse – Four Horsemen of the Apocalypse -, quais sejam, na linguagem bíblica, a guerra, a fome, a peste e a morte) sistematicamente votavam em bloco pela inconstitucionalidade das medidas do New Deal – eram eles: justices Willis Van Devanter, James McReynolds, George Sutherland e Pierce Butler. Na outra ala havia três justices liberais, que acreditavam que os juízes deviam ser deferentes à legislação democrática e à tentativa de implementação de novas políticas econômicas: eram eles os justices Benjamin N. Cardozo (que substituiu Holmes, que também era um liberal), Louis D. Brandeis e Harlan Fiske Stone. Entre esses dois blocos havia dois justices que agiam como fiéis da balança, ora votando com um bloco, ora com o outro (embora mais consistentemente alinhados com a corrente reacionária): eram o Chief Justice Charles Evan Hughes e o justice Owen J. Roberts. Somente a partir de 1937 é que houve uma mudança na Suprema Corte, a partir de quando aquele agosto colegiado deixou de intervir em questões de políticas sociais e econômicas do governo federal.

Sobre o contexto desse período histórico e o posicionamento da Suprema Corte, veja-se Kermit L. Hall & John J. Patrick, *The Pursuit of Justice – Supreme Court Decisions that Shaped America*. New York: Oxford University Press, 2006, especialmente p. 85 a 91.

¹³ Esclareça-se que a presidência da Suprema Corte é vitalícia: enquanto o seu presidente estiver na ativa, permanece ele na condição de presidente – muitas vezes por décadas. Diante de seus amplos poderes (indicar, por exemplo, o redator do acórdão – já que inexistente a figura do relator sorteado por distribuição automática), o presidente tem efetivas condições de influenciar, dentro de certos limites, a orientação jurisprudencial do tribunal. Daí porque é costume referir-se a determinados períodos históricos da Suprema Corte através da menção ao nome do presidente que a dirigiu naqueles períodos. Fala-se, assim, em Warren Court para referir-se à composição e à orientação jurisprudencial da Suprema Corte no período em que Earl Warren foi seu presidente (1953-1969), em Burger Court para referir-se ao período em que Warren Burger foi seu presidente (1969-1986), etc.

noção de standing. É o período em que floresce a idéia de uma public law litigation (controvérsias de direito público). Emblemáticos desse período são as decisões proferidas nos casos Sierra Club v. Morton,¹⁴ julgado em 1972, e United States v. Student Challenging Regulatory Agency Procedure (SCRAP),¹⁵ de 1973, nos quais foi adotada uma ampla noção de legitimação para agir na tutela do meio-ambiente.

No primeiro caso (Sierra Club), a Suprema Corte adotou uma posição liberal quanto à presença de standing (legitimação para agir) em caso que envolvia a proteção ambiental. A noção de standing exigia a presença de um interesse direto para que alguém pudesse ajuizar uma demanda. No caso Sierra Club, a Suprema Corte afirmou que tal interesse não precisava ser econômico. Os fatos eram os seguintes: a empresa Disney pretendia construir um resort de ski no Mineral King Valley, situado no interior da Sequoia National Forest. A empresa obteve uma autorização da US Forest Service (USFS) para um arrendamento do local por 30 anos. Além disso, o Estado da Califórnia havia se comprometido a construir uma highway numa extensão de 20 milhas (32km) atravessando aquele famoso Parque Nacional para permitir o acesso ao resort. Sierra Club, uma associação ambientalista nacional, tentou bloquear administrativamente tal iniciativa. Não logrando êxito, ajuizou uma ação judicial, alegando enorme prejuízo ao meio ambiente e violação à legislação federal ambientalista. Em primeiro grau de jurisdição, a autora obteve uma injunction suspendendo os trâmites administrativos. A empresa Disney recorreu e conseguiu cassar a ordem. A corte de apelações entendeu que a Sierra Club não tinha standing to sue. Sierra Club conseguiu que seu caso fosse apreciado pela Suprema Corte, alegando que seu standing derivava do Administrative Procedures Act (5 U.S.C. §702), o qual prevê que "A person suffering legal wrong because of agency action is entitled to judicial review thereof" (uma pessoa que tenha sofrido um dano jurídico em razão da atividade da agência reguladora, tem legitimidade para questionar judicialmente tal atividade). Todavia, a Suprema Corte afirmou que a Sierra Club, enquanto pessoa jurídica, não havia sofrido um 'legal wrong' (dano jurídico), e que, portanto, tinha apenas um 'mere interest in the problem', o que não a habilitava, enquanto associação, a propor uma ação judicial a esse respeito. Todavia, a corte acrescentou (e isso foi visto como uma grande vitória) que para que fosse reconhecido o standing à Sierra Club, teria ela de demonstrar que seus associados frequentavam a Sequoia National Forest, usufruindo de seus benefícios naturais e que tais benefícios seriam especificamente afetados pela construção do resort de ski. Foi referido que a Sierra Club poderia vir a emendar sua pretensão inicial, em primeiro grau de jurisdição, a fim de demonstrar tais fatos. Antes que isso viesse a acontecer, porém, foi promulgada a National Environmental Policy Act (NEPA), importante lei federal americana de proteção ambiental, que passou a exigir estudo de impacto ambiental. Ficando constatado que haveria forte impacto ambiental negativo decorrente da construção do resort de ski, foi cancelada a autorização e abortado o projeto.

¹⁴ 405 U.S. 727 (1972).

¹⁵ 412 U.S. 669 (1973).

Quanto ao segundo caso (SCRAP), já à época do seu julgamento muitas leis federais concediam legitimação para que cidadãos comuns ajuizassem ações em defesa do meio-ambiente (as denominadas citizen suits). No caso SCRAP, a Suprema Corte adotou uma interpretação extraordinariamente liberal dessa legislação, aceitando, de forma ampla, a presença de standing em tais tipos de demandas. Vale a pena sumarizar o caso: dentre suas atribuições, a Interstate Commerce Commission (ICC) (Comissão Interestadual de Comércio – uma agência reguladora federal) era competente para controlar os fretes cobrados pelas empresas ferroviárias. O ICC alterou a estrutura dos fretes, reduzindo o frete cobrado para o transporte de matéria bruta e encarecendo aquele cobrado para o transporte de materiais recicláveis. Um grupo de cinco estudantes de Faculdade de Direito da Universidade George Washington, que na demanda aparecem nominados como Students Challenging Regulatory Agency Procedures (SCRAP) (“Estudantes Impugnando Procedimentos de Agência Regulatória”), ajuizaram uma ação judicial alegando que o aumento do frete para o transporte de material reciclável violava a National Environmental Policy Act (NEPA), pois tornava economicamente desinteressante o transporte de material reciclável. O juiz federal a quem o caso foi distribuído concedeu uma injunction, suspendendo o aumento. O ICC recorreu, argumentando que os estudantes não dispunham de standing to sue, pois não tinham qualquer interesse pessoal em disputa, já que não estavam economicamente envolvidos com o transporte de material reciclável e, por isso, o aumento do frete em nada os atingiria. Os estudantes objetavam a essa argumentação, afirmando que eles efetivamente eram potencialmente prejudicados, porque se houvesse menos reciclagem de lixo, as pessoas simplesmente jogariam seu lixo (latinhas, garrafas, plásticos, papéis, etc) nas ruas e nos parques e, assim, eles, estudantes, seriam forçados ao desprazer do dano estético que seriam forçados a tolerar.

O caso chegou à Suprema Corte, que entendeu, por 5 a 3, que o alegado prejuízo estético era suficiente para garantir standing to sue. Escrevendo pela maioria (embora com vários votos concorrentes), o Justice Potter Stewart afirmou que cada um dos autores “uses the forest, rivers, streams, mountains, and other natural resources of the Washington Metropolitan area and at his legal residence, for camping, hiking, fishing, sightseeing, and other recreational [and] aesthetic purposes” (em tradução livre: usam as matas, rios, córregos, montanhas e outros recursos naturais da área metropolitana de Washington, onde residem, para acampar, pescar, caminhar, visitar e para outros fins estéticos e recreativos), e em razão desse uso, eles foram negativamente afetados pelo aumento dos fretes. Justice Harry Blackmun foi além, afirmando que ele “would require only that appellees, as responsible and sincere representatives of environmental interests, show that the environment would be injured in fact and that such injury would be irreparable and substantial” (em tradução livre: exigiria apenas que os apelantes, como representantes responsáveis e sinceros de interesses ambientais, demonstrassem que o ambiente seria realmente prejudicado e que tal prejuízo fosse irreparável e substancial).

Após a nomeação do Justice Scalia para a Suprema Corte, e especialmente a partir do paradigmático caso *Lujan v. National Wildlife Federal* (1992), sobre o qual falaremos mais adiante, porém, tornou-se extremamente difícil demonstrar standing em casos ambientais. A orientação liberal adotada nos dois casos acima citados, portanto, não mais prevalece na Suprema Corte.

O quarto e derradeiro período inicia a partir dos anos oitenta. A Suprema Corte, como efeito da era Reagan e das nomeações feitas por esse Presidente e por Bush (pai), torna-se mais conservadora e busca restringir o acesso à justiça dos chamados ideological plaintiffs (autores ideológicos – a noção busca expressar a situação do autor de uma demanda que não busca a proteção de um direito subjetivo seu, mas sim apresenta-se como o paladino de uma pretensão que afeta muitos, ou todos, como no caso, por exemplo, do meio-ambiente). Conseqüentemente, para que se supere a barreira do standing, passou-se a exigir a prova da existência de um injury in fact, consistente em um prejuízo sofrido concreta e individualmente por alguém. Mas isso ainda não é o bastante: exige-se também a demonstração de uma vantagem tangível que derivaria para o autor em virtude do eventual acolhimento da demanda, além da demonstração da existência de uma situação diferenciada do autor da demanda. Ou seja, exige-se a demonstração de que aquele autor, particularmente, é afetado de forma individualizada pela existência do conflito de interesses – não mais bastando, destarte, um interesse genérico e dividido de forma indivisível com uma pluralidade de interessados. Trata-se, portanto, do advento de uma posição extremamente conservadora dos membros da Suprema Corte norte-americana.

Justamente em face da flutuação da jurisprudência a respeito desse tema, os juristas norte-americanos ainda não consideram definitivamente consolidada a noção de standing.¹⁶ Até há pouco tempo, por exemplo, era possível dizer, com J. P. Dawson (DAWSON: 1975, 849), que “ações de direito privado passaram a ser cada vez mais utilizadas como instrumento para fazer avançar políticas públicas”. Todavia, em 1992 o Justice Antonin Scalia redigiu um acórdão em nome da Suprema Corte, enormemente criticado pelos ambientalistas, no caso *Lujan v. Defenders of Wildlife*.¹⁷ Este caso representou verdadeiro retrocesso para as causas ambientais. Naquele célebre caso, restringe-se enormemente a noção de standing. A tese afirmada naquele acórdão é no sentido de se

¹⁶ Até porque tal noção está umbilicalmente ligada à concepção que os próprios magistrados têm de sua função e missão. Como referiu o conhecido jurista e magistrado israelense, Aharon Barak, com a experiência de quem foi Ministro da Suprema Corte de Israel de 1978 a 2006, tendo presidido aquela corte a partir de 1995, com profundo conhecimento dos sistemas judiciários de muitos países, “a judge who regards his role as deciding a dispute between persons with rights – and no more – will tend to emphasize the need for an injury in fact. By contrast, a judge who regards his judicial role as bridging the gap between law and society and protecting (formal and substantive) democracy will tend to expand the rules of standing” (em tradução livre: um juiz que percebe sua função como aquela de um simples decisor de conflitos envolvendo pessoas que titularizam direitos contrapostos, tenderá a enfatizar a necessidade de um gravame real e pessoal. Contrariamente, um juiz que percebe sua função judicial como a de um conector entre a lei e a sociedade e de protetor da democracia (formal e material), tenderá a expandir as noções de standing)– Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*. Princeton (New Jersey): Princeton University Press, 2006, p. 192.

¹⁷ 112 S. Ct. 2130 (1992). Nos termos do acórdão: “when ... the plaintiff is himself an object of the action at issue ... there is ordinarily little question” no sentido de ter ele legitimação para agir. “When, however, ... a plaintiff’s asserted injury arises from the government’s allegedly unlawful regulation (or lack of regulation) of someone else, much more is needed” (loc. cit., p. 2137).

reconhecer legitimação para agir apenas quando o autor tem interesse pessoal na demanda. Todavia, nega-se tal legitimação quando o interesse do autor se resume a afirmar uma indevida conduta (comissiva ou omissiva) do governo, ainda que lesiva a interesses metaindividuais, se o autor não sofreu um dano particular na sua esfera jurídica. Praticamente se retorna, assim, ao private rights model de processo.

Cass R. Sunstein (SUNSTEIN: 1992, 165) chegou a afirmar que uma interpretação rigorosa do acórdão proferido naquele caso levaria à invalidação de um grande número de leis federais que permitiam o uso da 'citizen-suit' (uma espécie de ação popular, em que o cidadão age como substituto processual da comunidade, na defesa de interesses difusos ou coletivos) como um instrumento de controle de condutas omissivas ou comissivas da administração que se desviassem do reto cumprimento da lei. O problema é particularmente grave na área da legislação federal do meio-ambiente (federal environmental law), na qual as citizen suits acabaram por se tornar um elemento essencial para a implementação e efetivação das políticas públicas de proteção do meio-ambiente.

De fato, praticamente todas as leis federais norte-americanas relativas ao direito ambiental prevêm alguma espécie de citizen standing (legitimação para agir decorrente do simples fato de ser cidadão, independentemente de qualquer prejuízo pessoal). Destarte, caso a Suprema Corte viesse a consolidar e generalizar a ratio que expôs no caso Lujan, o Congresso não mais poderia conceder standing a cidadãos que não tenham tido um interesse direto e pessoal afetado por uma ação (ou omissão) de um órgão federal,¹⁸ resultado esse contra o qual se rebela Sunstein (SUNSTEIN: 1992, 236).

Todavia, acórdão mais recente da Suprema Corte novamente revelou uma faceta mais liberal, admitindo que alguém pudesse acessar o Judiciário mesmo tendo sido apenas indiretamente afetado pela atividade administrativa. Trata-se do caso *Friends of the Earth, Inc. et al. v. Laidlaw Environmental Services, Inc.* (528 U.S. 167, 120 S. Ct. 693 (2000)), no qual se discutiu tanto a figura do standing to sue quanto da mootness. Nesse caso, a Suprema Corte afirmou que os autores, residentes nas proximidades do Rio North Tyger, no Estado de South Carolina, tinham standing to sue para acionar uma indústria poluidora, sob o fundamento de que eles usariam o rio para fins recreacionais, mas não puderam fazê-lo em razão da poluição.

A indústria alegava, também, que a causa seria moot, porque ela já havia cessado a poluição e fechado a unidade industrial naquele local. Todavia, a Corte entendeu que o poluidor ainda detinha uma licença para operar a fábrica e, portanto, poderia reabrir o estabelecimento em outro lugar, caso não fosse dissuadido pela imposição das multas que se buscavam no processo. Por isso, a demanda não era moot.

¹⁸ Cass Sunstein, op. cit., p. 229/230. A esse respeito, é interessante comparar a conservadora decisão no caso Lujan da Suprema Corte americana com uma decisão muito mais elogiável da Suprema Corte das Filipinas (caso *Minors Oposa v. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources*, conhecida como "The Philippine Children's Case"), proferida em 1994. Nessa decisão se estabelece o conceito de "intergenerational standing", segundo o qual uma pessoa tem o direito de representar futuras gerações, na preservação do direito a um meio-ambiente equilibrado e salubre – sobre esse caso, v. R. A. Just, "Intergenerational Standing under the Endangered Species Act: Giving Back the Right to Biodiversity after Lujan v. Defenders of Wildlife", 71 *Tulane Law Review* 597-633 (1996).

Por outro lado, a maioria da Suprema Corte, ao julgar esse caso, entendeu que os autores não precisavam provar um dano efetivo e particular aos residentes naquela área. Escrevendo pela maioria, a Justice Ruth Bader Ginsburg afirmou que o dano aos autores derivava da redução do “valor estético e recreacional da área”, em razão do conhecimento que eles, residentes e usuários do rio, tinham da poluição causada pela indústria.

Todavia, deve ser dito que essa questão do standing não surge apenas em causas envolvendo direito ambiental. Para que se tenha uma ideia disso, nas últimas décadas a espécie de demandas que mais é ajuizada nas cortes federais norte-americanas envolve discriminação nas relações trabalhistas. Trata-se de uma consequência direta do disposto no Título VII do Civil Rights Act, de 1964. Segundo a doutrina, foi uma opção legislativa atribuir às ações privadas individuais a tarefa de buscar implementar e efetivar os novos direitos. Uma tal escolha implica uma série de problemas daí decorrentes, como a questão do standing, assim como a definição de quem deve suportar os custos do litígio (já que, como regra, nos EUA não vigora a ideia dos ônus sucumbenciais – cada litigante suporta suas despesas, mesmo que vencedor da demanda, salvo disposição legal expressa em contrário), quais os danos passíveis de indenização, seu limite, questões de prova, etc (FARHANG:2010, p. 3).

Descrita a situação de QUEM está legitimado para acionar a justiça norte-americana, passamos, agora, a analisar a questão de QUANDO, ou em que momento se tem por adequada a provocação judicial. É o que a noção de ripeness procura responder.

RIPENESS

A noção de ripeness (literalmente: maturação) é invocada quando se deseja evitar uma intervenção do Judiciário antes que os fatos estejam maduros o suficiente para serem objeto de apreciação judicial. Pretende-se, em outras palavras, que a questão apresentada ao Judiciário tenha já evoluído o suficiente para envolver efetivamente as partes: quer-se evitar uma intervenção sobre hipóteses em que o curso dos eventos poderia ainda evoluir no sentido de não fazer surgir nenhum conflito de interesses (MATTEI: 1992, 207). Uma causa ainda não madura seria aquela na qual a propriedade, a liberdade ou algum outro direito subjetivo do demandante ainda não estaria sendo lesado ou concretamente ameaçado. Seria o caso, por exemplo, da rejeição de uma demanda na qual um candidato inscrito em um concurso público pretendesse obter a declaração judicial de que estaria apto a assumir o cargo, caso viesse a lograr aprovação no concurso, apesar de formalmente não preencher algum requisito exigido para a posse (requisito este que ele entenderia ilegal, por exemplo). A doutrina da ripeness faria com que uma petição inicial do gênero não fosse sequer recebida, pois a questão ainda não estaria madura para ser apreciada: o curso dos eventos poderia fazer com que a controvérsia sequer surgisse (reprovação do candidato nas provas do concurso em andamento, por exemplo).

No conhecido Black's Law Dictionary (GARNER: 2004, 1353), a noção de ripeness vem assim expressa: "1. The circumstance existing when a case has reached, but not passed, the point when the facts have developed sufficiently to permit an intelligent and useful decision to be made. 2. The requirement that this circumstance must exist before a court will decide a controversy".

Substancialmente, a questão da ripeness normalmente é levantada quando o prejuízo afirmado pelo autor ainda não ocorreu. Como juízes não podem decidir questões puramente hipotéticas, devem eles definir se as questões que lhe são apresentadas estão prontas para exame judicial.

Eis como a Federal Court of Appeals for the Second Circuit, com sede em New York, explicou o significado e efeitos da ripeness:

Constitutional ripeness is a doctrine that, like standing, is a limitation on the power of the judiciary. It prevents courts from declaring the meaning of the law in a vacuum and from constructing generalized legal rules unless the resolution of an actual dispute requires it. But when a court declares that a case is not prudentially ripe, it means that the case will be better decided later and that the parties will not have constitutional rights undermined by the delay. (...) Prudential ripeness is, then, a tool that courts may use to enhance the accuracy of their decisions and to avoid becoming embroiled in adjudications that may later turn out to be unnecessary or may require premature examination of, especially, constitutional issues that time may make easier or less controversial.¹⁹

Quando se trata de impugnar judicialmente um ato administrativo (especialmente aqueles provenientes de agências reguladoras), uma tal demanda só é admitida (ou seja, só é considerada madura – ripe) quando do ato impugnado resultar a imposição de uma obrigação ou uma violação a um direito. Quando os danos forem apenas especulativos e abstratos, entende-se que a questão não está madura para a intervenção judicial. Tal doutrina protege as agências administrativas de interferência judicial até que uma decisão final pela agência seja tomada e implementada. Recomenda-se que o juiz examine alguns detalhes para saber se a ação está madura para a intervenção judicial, tais como se o atraso na intervenção causará algum dano à parte, se a intervenção judicial será inapropriada por interferir com futura atividade administrativa; bem como se a corte poderia vir a ser beneficiada com o ulterior desenvolvimento dos fatos que deverão ser levados em consideração para o julgamento (segundo afirmado no caso *Schultz v. Warren County*, 249 S.W.3d 898, pela Montana Court of Appeals, em 2008).

Alguns casos clássicos julgados pela Suprema Corte norte americana, enfrentando o tema da ripeness, são *Reno v. Catholic Social Servs*, 509 U.S. 43 (1993); *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992) e *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136 (1967).

¹⁹ *Simmonds v. Immigration and Naturalization Service*, 326 F.3d 351, 357 (2d Cir. 2003). Em tradução livre: "A ripeness, do ponto de vista constitucional, tal como o standing, representa uma limitação ao poder do judiciário. Ela impede as cortes de declarar o significado abstrato de uma lei e de construir um significado normativo genérico, a menos que a resolução real de uma disputa concreta assim o exija. Mas quanto uma corte declara que um caso não está prudencialmente maduro, isso significa que o caso será melhor resolvido posteriormente e que as partes não terão direitos constitucionais prejudicados pela demora. (...) Do ponto de vista prudencial, ripeness é uma ferramenta que os tribunais podem utilizar para melhorar a precisão das suas decisões e para evitar envolver-se em julgamentos que podem mais tarde vir a se mostrarem desnecessários, ou que exijam um exame prematuro de questões constitucionais que a passagem do tempo pode tornar mais fáceis ou menos controvertidas".

Noção paralela, mas distinta, é a de mootness, que analisaremos a seguir.

MOOTNESS

No Black's Law Dictionary (GARNER, 2004, 1030), a mootness doctrine vem assim explicada: "The principle that American courts will not decide moot cases – that is, cases in which there is no longer any actual controversy" (em tradução livre: é o princípio Segundo o qual as cortes norte-americanas não decidirão casos moot – isto é, casos em que não mais subsiste uma controvérsia real).

Contrariamente à ripeness, no caso da mootness existia, quando da propositura da ação, uma controvérsia real, concreta e atual. Antes da sentença final, porém, o litígio que havia justificado o ajuizamento da demanda judicial se resolve, de um modo ou de outro. Exemplo famoso de mootness no cenário norte-americano é o caso *De Funis v. Odegaard* (416 U.S. 312 (1974)). O caso envolvia o estudante Marco De Funis, que não fora admitido na Faculdade de Direito da Universidade de Washington, em virtude do programa de affirmative action (sistema de quotas) implementado naquela instituição de ensino. Invocando a equal protection clause (princípio constitucional da isonomia), De Funis ajuizou uma demanda judicial, logrando a obtenção de uma liminar que lhe permitiu freqüentar a faculdade durante a tramitação da ação. Quando a causa chegou à Suprema Corte, De Funis estava já concluindo o curso. Naquele caso, a Suprema Corte entendeu que o caso era moot e se recusou a julgar o mérito.

Costuma-se indicar quatro exceções à doutrina de mootness. A mais importante ocorre quando o caso é "capable of repetition" (passível de repetição). Essa exceção, por exemplo, foi invocada no caso de ações judiciais que questionavam a constitucionalidade das leis estaduais que restringiam a possibilidade de aborto. Nesses casos, quando a demanda chegava à Suprema Corte, invariavelmente a gravidez já tinha chegado a termo. Porém, em virtude da possibilidade de repetição da situação, aquele tribunal enfrentava o mérito do caso, deixando de declará-lo moot. Foi por essa razão que a Suprema Corte decidiu no mérito o emblemático caso *Roe v. Wade*²⁰

²⁰ Por volta de 1973, com exceção de quatro Estados (New York, Hawaii, Alaska e Washington), praticamente todos os demais Estados norte-americanos criminalizavam o aborto. A partir de 1969, juízes federais e estaduais de nove Estados-membros (Califórnia, Texas, Wisconsin, Geórgia, Illinois, Florida, New Jersey, Connecticut e South Dakota) passaram a considerar inconstitucionais as legislações que incriminavam o aborto nesses Estados. O fundamento para o reconhecimento da inconstitucionalidade derivava da lógica extraída do famoso caso *Griswold v. Connecticut*, julgado pela Suprema Corte em 1965, que havia estabelecido o direito à privacidade como verdadeiro direito fundamental protegido constitucionalmente. Naquela época, como lembra Morton J. Horwitz (*The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998, p. 107), a lei federal conhecida como Comstock Law proibia a expedição, transporte interestadual e importação de materiais contraceptivos ou informações sobre eles; vinte e dois Estados-membros também tinham 'little Comstock laws', dos quais o mais restritivo era o de Connecticut, que proibia de forma absoluta o uso de qualquer instrumento ou recurso visando o controle de natalidade.

A decisão no caso *Griswold v. Connecticut* havia reconhecido que pessoas casadas tinham o direito constitucional à privacidade, estando livres da interferência governamental quanto à decisão de usar ou não contraceptivos, reconhecendo a inconstitucionalidade da Lei de Connecticut. Segundo a Suprema Corte, tal direito à privacy era protegido, segundo os posicionamentos concorrentes dos julgadores, pela 9ª Emenda, pela 14ª Emenda ou pela "penumbra" de outros direitos

(410 U.S. 113 [1973]), em que se definiu o direito constitucional da gestante ao aborto, mediante certas condições. Outro caso em que essa exceção foi invocada foi o *Southern Pacific Terminal Co. v. Interstate Commerce Commission*, julgado em 1911.

constitucionais previstos no texto constitucional (nas famosas palavras do Justice William O. Douglas, redator do voto pela maioria, “specific guarantees ... have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance”). Esse direito de decidir livremente sobre usar ou não contraceptivos foi estendido a pessoas não casadas no caso *Baird v. Esenstadt*, em 1972. A respeito dessa evolução, v. o verbete “Abortion and Reproductive Decisions”, redigido por Peter Charles Hoffer & N. E. H. Hull, para *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002, páginas 1-4.

No caso *Roe v. Wade*, julgado em 1973, apreciando um dos recursos das decisões proferidas pelos juízes referidos no parágrafo anterior (proveniente originariamente de uma District Court do Texas), a Suprema Corte buscou conciliar os direitos da mãe e os interesses do feto, distinguindo três períodos na gestação, a partir de um aprofundado exame da literatura médica a respeito. No primeiro trimestre da gravidez, a mulher poderia decidir livremente sobre levar ou não a gestação a termo, após receber orientação médica. No segundo trimestre, reconhecia-se ao Estado o poder de regulamentar o aborto, desde que o fizesse de forma razoável, levando em conta os riscos envolvidos, os interesses da gestante e os do nascituro. Já no último trimestre, em que se estava diante da viabilidade fetal, reconhecia-se ao Estado o poder de regulamentar completamente o aborto, podendo chegar até mesmo a proibi-lo completamente. Uma interessante análise comparativa do caso *Wade* com casos semelhantes, julgado um pelo Conselho Constitucional francês, em 15.01.75, e outro pela Corte Constitucional Alemã, em 25.02.75, ambos envolvendo a questão do aborto, encontra-se na obra de Mary Ann Glendon, Paolo G. Carozza e Colin B. Picker, *Comparative Legal Traditions – Text, Materials and Cases on Western Law*. 3. Ed. St. Paul: Thomson/West, 2007, páginas 870 a 909.

Nos vinte anos subsequentes tal orientação foi seguida pela Suprema Corte e demais juízes norte-americanos, embora uma ampla gama de legislações estaduais tenha regulado o acesso ao aborto, estabelecendo condições que visavam a dificultar a opção pelo aborto. Todavia, em 1989, com o caso *Webster v. Reproductive Health Services*, e principalmente em 1992, no julgamento proferido no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert P. Casey*, a Corte adotou uma orientação mais restritiva aos interesses da gestante. Nesse último caso, a Suprema Corte, embora por apertada maioria tenha se recusado a overrule o caso *Roe v. Wade*, acabou alterando a sua fórmula. Em razão dos progressos da medicina no sentido de conseguir garantir a viabilidade a um feto com apenas 5 meses de gestação, a divisão da gestação em três períodos foi substituída por uma divisão em apenas dois períodos, sendo o primeiro de 5 meses e o segundo de 4 meses. No primeiro período, que corresponde à ausência de viabilidade de vida extra-uterina, cada Estado pode regulamentar moderadamente o aborto, por exemplo exigindo que a gestante comunique sua intenção ao seu marido, ou que obtenha o consentimento dos pais, quando se tratar de menor de idade, ou exigir uma espera de 24 horas (para reflexão) após o fornecimento de informações sobre riscos e alternativas à gestante. No segundo período, o Estado possui poderes mais amplos, podendo inclusive proibir o aborto (salvo se a gestação colocar em perigo a vida da mãe, como se ressaltou no caso *Stenberg v. Carhart*, julgado em 2000). No caso *Casey*, citado por último, a Corte substituiu a fórmula dos trimestres pelo ‘teste do undue burden’, o que significa que a legislação estadual antiaborto só seria inconstitucional se as restrições criadas colocassem sobre a gestante um indevido e excessivo obstáculo ao acesso ao aborto. Deve ser referido, porém, que a atual Corte Roberts foi ainda mais conservadora, pois no caso *Gonzales v. Carhardt*, julgado em 2007, reconheceu a constitucionalidade de uma lei estadual que proibia o aborto mesmo quando recomendado para proteção da saúde da mãe.

Todavia, apesar de reconhecer o direito da mãe ao aborto, antes do período da viabilidade de vida extrauterina, a Suprema Corte, mesmo em sua anterior composição mais liberal, reconheceu a constitucionalidade das leis estaduais que se recusavam a dar cobertura sanitária gratuita aos procedimentos de aborto não terapêutico. Em outras palavras, a gestante que quiser fazer aborto poderá fazê-lo às suas próprias expensas, sem poder recorrer à previdência social. Nesse sentido os casos julgados pela Suprema Corte nos anos subsequentes ao caso *Roe v. Wade*: caso *Beal v. Doe* (1977), pela qual se validou lei da Pennsylvania que se recusou a estender o Medicaid (espécie de previdência social) a abortos não terapêuticos; caso *Maher v. Roe* (1977), em que decidiu da mesma forma em relação a uma lei de Connecticut; caso *Poelker v. Doe* (1977), em que chancelou normas do município de St. Louis/Missouri que impedia hospitais daquela cidade que recebessem subvenções públicas, de providenciar abortos a gestantes; caso *Harris v. Macrae* (1980), que validou alteração da legislação social (Hyde Amendment to the Medical provisions of the Social Security Act), restringindo o reembolso de procedimentos de aborto apenas àqueles casos em que o aborto fosse necessário para salvar a vida da gestante, ou de gravidez oriundas de estupro ou incesto; caso *Williams v. Zbaraz* (1980), que reconheceu a constitucionalidade de uma lei do Estado de Illinois, que proibia a assistência médica a qualquer aborto, salvo aqueles necessários para salvar a vida da gestante. Um resumo desses e de outros casos relativos a aborto, decididos pela Suprema Corte norte-americana a partir do caso *Roe v. Wade* encontra-se na obra “*Roe v. Wade – The Compleat Text of the Official U. S. Supreme Court Decision*” organizada e anotada por Bo Schambelan. Philadelphia: Running Press, 1992, especialmente às páginas 101 a 116.

Outra exceção consiste em não se ter como moot um caso quando, apesar da questão principal ter sido resolvida, ainda remanesçam alguns efeitos colaterais. Esses aspectos residuais precisam obviamente passar pelos demais testes de justiciability e deve existir um ‘judicial remedy’ para resolver a situação.

Uma terceira exceção consiste na situação em que a parte ré abandona seu comportamento ofensivo aos direitos do autor, durante a ação, mas sem que haja certeza de que uma vez extinta a demanda, não voltará ela à prática da conduta ilícita.

A derradeira exceção reside em determinadas class actions. Nesse tipo de demanda, o (s) autor (es) é apenas o representante de uma classe que se encontra na mesma situação fática. Se o representante da classe desiste da demanda, porque sua situação foi resolvida, a ação não é tida como moot, pois o potencial conflito persiste para os demais membros da classe. O primeiro caso em que essa exceção foi aventada foi *Sonsa v. Iowa* (419 U.S. 393 [1975]). Naquela ação, alegava-se a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Iowa, que exigia a residência de um ano, no mínimo, naquele Estado, antes que o casal pudesse propor uma ação de divórcio. Durante o processo, o representante da classe, Sonsa, completou um ano de residência e, portanto, já não tinha mais interesse na demanda, dela desistindo. Todavia, diante do potencial interesse dos demais membros da classe, entendeu-se que a ação não era moot.

Noção bastante distinta é a de political question, ou de questão política, que procura identificar quais as pretensões que devem ou podem ser solucionadas pela via judicial, separando-as daquelas cuja solução deve ser tentada pela via legislativa ou administrativa. É o tema que ocupará a seção seguinte.

POLITICAL QUESTION

Frequentemente as cortes de justiça se recusam a examinar um caso, sob o argumento de que deveria ele ser objeto de deliberação pelas instituições estritamente políticas. A Suprema Corte descreve esses casos como sendo “non-justiciable”. Essa visão não é diretamente fundada na Constituição, já que a carta magna norte-americana submete à apreciação judiciária todos os ‘cases’ e ‘controversies’, sem fazer discriminação pela sua natureza. Trata-se, portanto, a rigor, não de uma impossibilidade jurídica, mas sim de uma percepção de que a arena judiciária não seria ‘apropriada’ para a discussão e resolução de determinados temas, que encontrariam um local mais apropriado para debate e decisão na esfera política (KOOPMANS: 2005, 98).

A primeira menção a questões de natureza política e sua potencial inadequação para um embate forense é antiga, remontando à mais famosa e celebrada decisão de uma corte de justiça – o caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, pela Suprema Corte norte-americana. Seu redator, o mítico Chief Justice John Marshall, incluiu em seu voto a seguinte passagem:

The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive ... perform duties in which they have a discretion. Questions in their nature

political, or which are, by the constitution and law, submitted to the executive, can never be made in this court.

Discorrendo sobre essa famosa passagem de Marshall, Mark Tushnet (TUSHNET: 2009, p. 148/9) refere que ela permite uma distinção entre questões constitucionais que afetem direitos individuais, que as cortes devem decidir, e aquelas envolvendo a estrutura constitucional mas não afetando (diretamente) direitos individuais, que as cortes poderiam não conhecer. E também permite uma distinção entre questões de interpretação constitucional, que as cortes devem decidir, e questões envolvendo o exercício de poder discricionário, que as cortes não poderiam conhecer. Segundo o renomado constitucionalista, a história da political questions doctrine reflete todas as possibilidades que podem ser extraídas da afirmação de Marshall.

Todavia, coube ao Chief Justice Taney, por ocasião do conhecido caso Luther v. Borden,²¹ julgado em 1849, o aprofundamento da ideia. Segundo ele, o Judiciário não poderia apreciar demandas para cuja resolução inexistissem inequívocos parâmetros jurídicos. Entende-se que, nessas hipóteses, os demais poderes deveriam dispor da discricionariedade necessária para identificar a solução apropriada a um problema de natureza política. Ou, em outras palavras (PIPERNO: 1991, 105), a barreira da political question impede a resolução judicial de certas causas, em razão de que se imagina poderem ser elas melhor resolvidas pelos demais poderes ou órgãos do Estado, quando envolvem poderes ou competências discricionárias.

Trata-se de uma tomada de posição do Judiciário norte-americano, a partir do princípio da separação de poderes (HAY: 2010, 58), ainda que tradicional noção de separação de poderes esteja atualmente sendo submetida a uma revisão crítica.²² A definição, porém, do que representa uma questão política tem variado no

²¹ 7 How. (48 U.S.) 1 (1849). O caso originava-se do Estado de Rhode Island, que até então era substancialmente regido pela Royal Charter de 1663, que fora recebida como Constituição do Estado. Alguns de seus dispositivos aparentemente se chocavam com o art. IV, seção 4, da Constituição Federal, que previa que o Governo Federal deveria garantir a cada Estado uma "Republican Form of Government", embora sem especificação do significado de uma forma republicana de governo e sem indicação de qual ramo do governo federal seria responsável por tal garantia. A organização política daquele Estado garantia às elites econômicas a manutenção do poder político. Os reformistas não estavam conseguindo, pelas vias institucionais normais, a alteração das viciadas estruturas políticas daquele Estado. Em 1842 eclode a chamada Dorr Rebellion, pressionando por reformas políticas, invocando o princípio estabelecido na Declaração de Independência segundo o qual os cidadãos poderiam invocar o 'ultimate right of replacing an oppressive government' (o supremo direito de substituir um governo opressivo). Estabeleceu-se, assim, dois governos naquele Estado. Uma demanda [judicial] foi ajuizada, percorrendo todos os degraus até chegar à Suprema Corte. O caso Luther v. Borden colocou à Suprema Corte questões fundamentais: era a Suprema Corte a instituição adequada para definir o conteúdo substancial da idéia de República? Se restassem frustradas as tentativas de alteração das estruturas constitucionais, pelas vias institucionais normais, dispunham os americanos de outra alternativa que não a violência revolucionária? O que era considerado essencial para a caracterização de uma "republican form of government"? Eram importantes, mas difíceis questões a serem respondidas. Todavia, o Chief Justice Taney invocou para o caso a "political question doctrine", afastando a possibilidade da Suprema Corte envolver-se em tais questões e afirmando que competia aos ramos legislativo e executivo do governo decidir determinadas questões políticas, como aquelas que o caso apresentava, diante da falta de parâmetros jurídicos para julgar o caso. A respeito desse caso, com muitos detalhes, consulte-se o verbete Luther v. Borden, elaborado por Harold M. Hyman, para The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions, cit., p. 167/168.

²² É o que sustenta, no âmbito europeu, Alec Stone Sweet: "The brute empirical reality is that parliaments have lost their implied monopoly on law-making, constitutional courts today share their authority to interpret the constitution, and ordinary judges – certainly not slaves to the codes – participate in constitutional politics. Stated differently, it has become increasingly obvious that traditional separation of powers doctrines, however deeply embedded in consciousness we might suppose them to be, are

tempo, já que seus contornos não são fixados legislativamente e, portanto, variam conforme o posicionamento ideológico da maioria da corte. Em períodos de composição mais liberal, a Suprema Corte não tem hesitado em se envolver em questões de nítido sabor político, como foi o caso da revisão de decisões internas de setores da administração pública federal, relativas à classificação de documentos e informações como sendo “confidenciais” ou “secretas”.²³

Esse posicionamento – afirmação de que determinada questão não deve ser apreciada judicialmente pela ausência de critérios legais claros que regulem o caso – pode ser identificado como sendo da espécie de normative justiciability, na análise de Aharon Barak (BARAK: 2006, p. 178s), que o refuta, alegando ser quase impossível pretender-se que existam áreas infensas a uma regulação jurídica. Não há vácuo jurídico. Podem não haver regras detalhadas, mas no mínimo haverá princípios jurídicos (ainda que inexpressos) a serem aplicados. De tais princípios é possível extrair normas de conduta, identificadas pelos órgãos estatais, mas sempre sujeitas ao escrutínio judicial.

A essa espécie de political question contrapõe-se a institutional justiciability, que sustenta que determinados casos simplesmente não devem ser julgados em uma corte de justiça, por critério jurídicos, pois são mais apropriados para serem decididos por outro órgão estatal, por critérios não estritamente legais.

Pela casuística norte-americana, especialmente a partir dos julgados de sua Suprema Corte, tem-se por questão política, dentre outras:

1. Aquela em que a Constituição claramente atribui a outro poder;
2. Ou quando faltam standards jurídicos para resolvê-la; ou
3. Quando implicar desrespeito a prévias tomadas de posição sobre o caso por um dos poderes coordenados, em razão de poderes discricionários, ou interfira com o funcionamento e competência dos demais poderes.²⁴

increasingly less relevant to the realities of European governance” – SWEET, Alec Stone. GOVERNING WITH JUDGES - Constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 129.

²³ United States v. Nixon, 418 U.S. 683, 94 S. Ct. 3090 (1974). Trata-se de caso derivado do escândalo Watergate. Em junho de 1972 alguns indivíduos foram flagrados enquanto tentavam fotografar documentos e implantar escutas telefônicas na sede do comitê eleitoral do Partido Democrata em Washington, D.C. Graças às investigações de dois repórteres (e às informações sigilosas por ele recebidas de um agente do governo), tal atitude criminosa foi ligada a assessores de confiança do Presidente Nixon, o que motivou a instauração de uma investigação no Senado Federal, bem como a abertura de um processo criminal contra tais assessores. No curso dessa ação, o Juiz Federal John Sirica tomou conhecimento de que todas as conversas travadas no Salão Oval e nas outras salas de reunião da Casa Branca, eram automaticamente gravadas. Ele requisitou, então, tais fitas, cuja entrega foi negada pelo Presidente, sob alegação de sigilo presidencial (Executive privilege). O impasse acabou chegando à Suprema Corte que determinou ao Presidente que entregasse as fitas. Ele o fez e, na sequência, sabedor de que elas comprovariam seu envolvimento no escândalo, acabou renunciando ao cargo em 1974, antes que o Congresso votasse seu impeachment. Pode-se dizer, assim, que foi em razão de uma decisão judicial que o homem ocupante do cargo mais poderoso do planeta foi compelido a renunciar.

²⁴ Relativamente a essa última hipótese, cite-se o caso Nixon v. United States (506 U.S. 224), julgado em 1993 pela Suprema Corte. Neste caso, um outro Nixon, ex-juiz federal, fora processado, condenado e preso por perjúrio. Como se recusara a renunciar, mesmo preso ele continuava a perceber seu salário. Foi então submetido ao processo de impeachment pelo Senado, vindo a perder seu cargo. Ele então propôs uma ação, questionando aspectos procedimentais do processo de impeachment, que ele entendia

Tradicionalmente uma das áreas em que sistematicamente o Judiciário norte-americano não se envolve é aquele referente às relações exteriores (*foreign affairs*). Nesse sentido, cita-se o caso *Goldwater v. Carter* (1979), envolvendo a regularidade ou não da revogação, pelo Presidente da República, do tratado de defesa recíproca envolvendo os Estados Unidos e Taiwan, sem ter submetido a questão ao Senado.

Ao julgar o importante caso *Baker v. Carr*, em 1962, a Suprema Corte, pela pena de Justice Brennan, buscou indicar algumas hipóteses em que a questão não seria adequada para ser enfrentada judicialmente, sob o argumento de se tratar de *political question*. Foi dito, então, que:

[A dispute is non-justiciable if there is] a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; ... or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.

Aharon Barak (BARAK: 2006, p. 183 s) analisa e refuta tais hipóteses de *institutional justiciability*. Diz ele que o simples fato de a legislação atribuir a um órgão específico lidar com determinado tema, regulamentando-o ou implementando-o, não significa que esse órgão possa fazê-lo ao arrepio da legislação vigente, mormente a constitucional. Qualquer atividade estatal deve observar os preceitos legais. Se dúvidas houver a respeito da interpretação ou aplicação das normas, é imperioso que a questão possa ser levada ao Judiciário. Afinal de contas, é função típica do Judiciário essa de interpretar e aplicar normas jurídicas. Ao fazê-lo, pode até afastar-se da interpretação dada por outro ramo do poder, mas isso não pode ser visto como um desrespeito à atividade do outro órgão. Mais importante do que o respeito ao outro órgão estatal é o respeito à lei. A democracia não sai arranhada quando um poder discorda do outro. Numa democracia, a lei não é política e a política está sujeita à lei, que está acima de todos os poderes e órgãos estatais. Toda e qualquer questão que envolva interpretação e aplicação de normas necessariamente, portanto, desafia potencial intervenção judiciária, cuja precípua função é exatamente dizer no que consiste o direito.

Algumas linhas acima foi citado o caso *Baker v. Carr*, julgado em 1962 pela Suprema Corte. Esse paradigmático caso pode ser invocado para ilustrar como determinadas concepções sobre *justiciability* e *political question* variam ao longo do tempo, especialmente em razão da composição mais liberal ou mais conservadora daquela excelsa Corte. De fato, questões envolvendo o que lá é chamado de '*legislative apportionment*' (normas legislativas que estabelecem a extensão e formatação de um distrito eleitoral) sempre foram tidas como envolvendo *political question* e não passíveis de enfrentamento judicial. No *leading case* até então vigente, havia sido afirmado que "*courts ought not to enter this political thicket*" (*Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549, 556 [1946]). Mas, no caso *Baker*, sob a liderança do Chief Justice Earl Warren, a Suprema Corte resolveu enfrentar a

violadores da Constituição. A Suprema Corte recusou-se a analisar o mérito da questão, afirmando que cabia ao Senado, e somente a ele, a interpretação do seu regimento interno e a decisão sobre aspectos procedimentais.

questão, determinando uma verdadeira revolução na formatação dos distritos eleitorais, de consequências notáveis no mundo político norte-americano, especialmente nos Estados sulistas. Segundo importante jurista, “the result has been a virtual transformation of the political landscape” (SCHWARTZ: 1993, p. 278/279). Dois anos depois, um segundo caso amplia e sacramenta tal orientação. Trata-se do igualmente importante caso Reynolds v. Sims (1964), em que o mesmo Earl Warren fez constar que “the Constitution lays down an ‘equal population’ principle for legislative apportionment. Under this principle, substantially equal representation is demanded for all citizens”, pois, afinal, “legislators are elected by voters, not farms or cities or economic interests”. Tais decisões não foram baseadas em regras detalhadas, mas sim no princípio constitucional da isonomia, que, aplicado ao campo eleitoral, significa “one man, one vote”.

Com essas duas decisões, “within a period of scarcely two years, the constituency maps of virtually all state legislatures had changed, often dramatically” (BAKER: 1999, p. 257).

A doutrina reconhece que, apesar do envolvimento da Suprema Corte em questão politicamente candente, tais decisões não colocaram em risco o prestígio da Corte: ao contrário, acentuaram-no (ELY: 1980, p. 121).

Mais recentemente, a Suprema Corte voltou a se envolver em questões de acentuado sabor político-eleitoral, ao vedar o uso da raça como critério para estabelecer os confins dos distritos eleitorais, fosse para beneficiar (affirmative action), fosse para prejudicar eleitores minoritários. Trata-se do caso Bush v. Vera, julgado em 1996, por escassa maioria (5x4) (BADINTER: 2004, p. 120)

Mesmo no cenário norte-americano, onde a noção surgiu há mais de dois séculos, tendo sido invocada desde então em importantes julgamentos, a ideia não é imune a sérias críticas no próprio espaço onde surgiu. Justice Oliver W. Holmes, por exemplo, chegou a afirmar, em um voto (Nixon v. Herdon, 1927), que a expressão political question seria “little more than a play on words” (pouco mais do que um jogo de palavras). Já o Prof. Jack W. Peltason escreveu que vislumbrava political questions como “those which judges choose not to decide, and a question becomes political by the judge’s refusal to decide it” (aquelas que os juízes optam por não decidir, e uma questão torna-se política pela recusa do juiz em decidi-la) (PELTASON: 1955, p. 10).

Henry J. Abraham, analisando os entendimentos doutrinários e confrontando-os com a prática jurisdicional, entende que a avaliação de Peltason é mais realista do que aqueles que defendem a ideia de uma noção refinada, neutra e técnica do que seria uma ‘questão política’ (ABRAHAM: 1998, p. 397).

Caso fosse esse um estudo de direito comparado, e não um estudo de direito estrangeiro, como se propôs desde o início, poder-se-ia fazer um interessante paralelo da conduta da Suprema Corte norte-americana frente às political questions, relativamente à atuação de outras cortes supremas ou especialmente as cortes constitucionais de outros países. Perceber-se-ia, em tal caso, que há algumas semelhanças de posturas, mas

também há importantes diferenças. Apenas para ficarmos num exemplo, costuma-se apontar como uma questão de estrita natureza política aquelas envolvendo o regimento interno das casas legislativas. Pois bem: o art. 61 da Constituição francesa (1958) em vigor estabelece que tais regimentos não poderão entrar em vigência antes de sua análise e aprovação pelo Conselho Constitucional (como é nominada a Corte Constitucional francesa), à luz de sua conformidade com a Constituição da República. No Brasil, por outro lado, tem sido frequentes as decisões do nosso Supremo Tribunal Federal envolvendo questões que nossos parlamentares sustentam ter natureza política e que não deveriam ser apreciadas no âmbito judiciário.

De qualquer sorte, como esse tema – não envolvimento do Judiciário em questões de sabor marcadamente político – é também conhecido e tratado em outros países, inclusive no direito brasileiro, dele não nos ocuparemos mais aprofundadamente, em razão dos limites inerentes à extensão de um artigo doutrinário. Preferimos focar preferencialmente os temas pouco conhecidos entre nós, por entender podermos assim melhor contribuir para esclarecimento de aspectos pouco versados na literatura pátria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De maneira sintética, à vista do que foi exposto acima, pode-se dizer que a interpretação que historicamente vem sendo dada à cláusula da ‘case or controversy’, inserta no art. III, segunda seção, da Constituição norte-americana é no sentido de que a demanda deve refletir um conflito real e atual, e não hipotético. A questão deve estar madura para julgamento e o autor deve ter sido pessoalmente afetado por uma conduta alheia.

A rigor, ao longo dos seus duzentos e vinte e cinco anos de história ininterrupta, a Suprema Corte norte-americana, ao desenvolver paulatinamente as doutrines of justiciability, procurou identificar qual a verdadeira essência da função judiciária, à luz do texto constitucional daquele país. Nesse sentido, foi importante a atuação dos magistrados norte-americanos, especialmente os Justices da Suprema Corte, uma vez que, diante de um texto constitucional extremamente sucinto a respeito das funções jurisdicionais, souberam eles, pelo labor jurisdicional, construir um Judiciário acatado pelos demais poderes e respeitado pela sociedade civil. As doutrines of justiciability, nesse viés, contribuíram a formatar a identidade do Judiciário norte-americano, indicando sob que condições tal poder pode ser acessado.

Todavia, a doutrina mais crítica aponta que, por vezes, as várias doutrines of justiciability são invocadas para manipular os limites da competência do Judiciário, evitando-se, assim, o envolvimento dos tribunais em questões politicamente discutíveis ou socialmente controversas. Em suma, não se deve esquecer que “até mesmo as restritivas doutrines of justiciability podem ser contornadas quando os juízes desejam fazer prevalecer suas próprias percepções em matéria de políticas públicas” (ATIYAH & SUMMERS: 1996, 273 – no original: “even

the limiting doctrine of justiciability may itself be circumvented when the judges wish to advance their policy views".)

Por outro lado, como se viu, nem sempre a Suprema Corte manteve uma postura uniforme a respeito do tema. Quando sua composição é mais liberal, ela tende a ampliar sua jurisdição, admitindo que o Judiciário se envolva mais largamente com determinadas questões, como as ambientais. Já quando a composição da Corte é mais conservadora, ela tende a abrir mais espaço para a atuação dos demais Poderes, especialmente das agências reguladoras, evitando se envolver em temas controvertidos, usando, para tanto, algum argumento extraído das chamadas *doctrines of justiciability*.

De fato, como foi visto no texto, a noção de *standing* é invocada muitas vezes com nítido sabor conservador, evitando envolver o Judiciário em questões relevantes para a sociedade, como é o caso dos interesses metaindividuais. Nesse sentido, muitas aplicações do *standing* revelam um apego a categorias jurídicas ultrapassadas, como àquela que chamaríamos de direitos subjetivos individuais, esquecendo-se que, na época em que vivemos, há interesses relevantíssimos que não são de ninguém, exatamente porque são de todos, como é a questão do meio ambiente.

Já em relação às *political questions*, não se poderia olvidar que toda e qualquer atividade estatal está sujeita a *rule of law*. A ausência de normas claras – modelo das regras – a regular determinada atividade não significa que a autoridade pública está livre para atuar da forma como bem entender. O direito é composto não só por regras, mas também por princípio, postulados, cláusulas gerais, normas-quadro, das quais é possível extrair-se algumas normas concretas de conduta. A maior vagueza de tais normas confere, por óbvio, maior elasticidade interpretativa por parte da autoridade, mas não a torna infensa ao escrutínio judicial. Por outro lado, como foi ressaltado, a democracia não sai arranhada quando um poder discorda do outro. Quando o poder que discorda tem o ônus da argumentação e fundamentação convincente, ganham todos aqueles que apostam na transparência como um saudável critério de gestão da coisa pública.

FILTERS AND BARRIERS IN ACCESS TO AMERICAN JUSTICE: THE DOCTRINES OF JUSTICIABILITY

Abstract

The article discusses the so-called *doctrines of justiciability*, as they are called in the United States, a set of ideas (among which stand out the *standing to sue*, *ripeness*, *mootness* and *political question*) that are used as filters or barriers to access to justice. In other words, invoking one of these figures, prevents access to Justice under the argument that certain claims should not, or cannot, or cannot yet or can no longer be object of a lawsuit. Through the interpretation of the American constitution, it searches to establish what are the controversies and cases that are appropriate to be decided in a judicial context. The study seeks to demonstrate how technical instruments are

used to justify certain ideological choices, as not to involve the Judiciary in topics of great social or political interest. The work is based on american and comparative law bibliographic references and on american jurisprudence. It seeks to demonstrate, in conclusion, that the decision not to decide a question is already, in itself, a decision, usually conservative, although under the mantle of neutrality.

Keywords: Doctrines of Justiciability - Standing to sue – Ripeness – Mootness - Political question

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Henry J. **The Judicial Process**. 7ª ed. New York: Oxford University Press, 1998.

ADAMANY, David. Verbete “Judicial Review”, in: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to American Law**. New York: Oxford University Press, 2002.

ATIYAH, Patrick S. & SUMMERS, Robert S. **Form and Substance in Anglo-American Law - A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

BAKER, Gordon E. Verbete “Reynolds v. Sims”, in: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 1999.

BADINTER, Robert & BREYER, Stephen (ed.). **Judges in Contemporary Democracy – an International Conversation**. New York: New York University Press, 2004.

BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Princeton (New Jersey): Princeton University Press, 2006.

BARSOTTI, Vittoria. La sentenza Lujan della Corte suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1996, II.

BRILMAYER, L. The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the ‘Case or Controversy’ Requirement. 93 **Harvard Law Review** 297, n. 6 (1979).

BATOR, Paul M.; MELTZER, Daniel J.; MISHKIN, Paul J. & SHAPIRO, David L. **Hart and Wechsler’s The Federal Courts and The Federal System**. 3. ed. Westbury/New York: The Foundation Press, Inc., 1988.

DAWSON, John P. Lawyers and Involuntary Clients in Public Interest Litigation. 88 **Harvard Law Review** 849 (1975).

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FALLON JR, Richard. Verbete “Article III”, in: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. New York: Oxford University Press, 1992.

FARHANG, Sean. **The Litigation State – Public Regulation and Private Lawsuits in the U.S.** Princeton: Princeton University Press, 2010.

- GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). **Black's Law Dictionary**. 8ed. Saint Paul: Thomson/West, 2004.
- GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo G. e PICKER, Colin B. **Comparative Legal Traditions – Text, Materials and Cases on Western Law**. 3. Ed. St. Paul: Thomson/West, 2007.
- GUNDERSEN, Joan R. Verbete “Advisory Opinions”, in: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. New York: Oxford University Press, 1992.
- HALL, Kermit L. & PATRICK, John J. **The Pursuit of Justice – Supreme Court Decisions that Shaped America**. New York: Oxford University Press, 2006.
- HAY, Peter. **Law of the United States**. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2010.
- HOFFER, Peter Charles e HULL, N. E. H. Verbete “Abortion and Reproductive Decisions”, in: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to American Law**. New York: Oxford University Press, 2002.
- HORWITZ, Morton J. **The Warren Court and the Pursuit of Justice**. New York: Hill and Wang, 1998.
- HYMAN, Harold M. Verbete “Luther v. Borden”. In: HALL, Kermit L. (Ed.). **The Oxford Guide to United States Supreme Courts Decisions**. New York: Oxford University Press, 2000.
- JUST, R. A. Intergenerational Standing under the Endangered Species Act: Giving Back the Right to Biodiversity after Lujan v. Defenders of Wildlife. 71 **Tulane Law Review** 597-633 (1996).
- KENS, Paul. Verbete “Lochner v. New York”, in: In: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to American Law**. New York: Oxford University Press, 2002.
- KOOPMANS, Tim. **Courts and Political Institutions – A Comparative View**. New York: Cambridge University Press, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil – Vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MANHEIM, Karl. “The Justiciability Doctrines (Barriers do Constitutional Adjudication)”. In: <http://faculty.lls.edu/manheim/cl1/echarts/justicc.html>, acessado em 09.08.2014.
- MATTEI, Ugo. **Common Law - Il diritto anglo-americano**. Torino: U.T.E.T., 1992.
- PELTASON, Jack W. **Federal Courts in the Political Process**. Garden City/NY: Doubleday, 1955.
- PIPERNO, Clelia. **La corte costituzionale e il limite di political question**. Milano: Giuffrè, 1991.
- REDISH, M. H. **The Federal Courts in the Political Order: Judicial Jurisdiction and American Political Theory**. Durham: Carolina Academic Press, 1991.
- SCHAMBELAN, Bo (org.). **Roe v. Wade – The Complet Text of the Official U. S. Supreme Court Decision**. Philadelphia: Running Press, 1992.
- SCHWARTZ, Bernard. **A History of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1993.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil. Vol. I.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1987.

STONEKING, J. B. Verbete “Cases and Controversies”. In: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States.** New York: Oxford University Press, 1992.

SUNSTEIN, Cass R. What’s Standing after Lujan? Of Citizen Suits, ‘Injuries’, and Article III. 91 **Michigan Law Review** 168 [1992].

SWEET, Alec Stone. **GOVERNING WITH JUDGES - Constitutional Politics in Europe.** Oxford: Oxford University Press, 2000.

TUSHNET, Mark. Verbete “Standing to Sue”. In: HALL, Kermit L. (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States.** New York: Oxford University Press, 1992.

_____. **The Constitution of the United States of America – A Contextual Analysis.** Portland/Oregon: Hart Publishing, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria L. L.; RIBEIRO, Leonardo F. da S.; MELLO, Rogério Licastro T. de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Trabalho enviado em 23 de setembro de 2015.

Aceito em 06 de dezembro de 2015.