

2. ENTREVISTA

English version

MPMG Jurídico: Como se sabe, a história constitucional americana difere muito da brasileira, em especial quanto à maneira da formação do Estado. Pergunta-se então, na sua opinião, que diferenças podem ser consideradas marcantes entre os dois modelos e qual é o conseqüente reflexo nas competências normativas?

Professor Charles D. Cole: § 1º - A maior diferença é que os Estados criaram o governo federal nos Estados Unidos enquanto que, no Brasil, o governo central criou os Estados.

§ 2º - Nos Estados Unidos, os Estados eram governos soberanos à época em que criaram o governo federal e deram a este somente o poder que desejavam que o governo federal possuísse. Portanto, os Estados mantiveram o que chamamos poder residual, o poder de polícia, que continua a existir nos Estados-membros dos Estados Unidos. O federalismo americano e a relação entre os Estados e o governo central são, portanto, exatamente o oposto dos brasileiros.

§ 3º - Há áreas de regulação legal que o Estado pode manter e o governo federal não pode impedi-lo de o fazer. E há áreas delegadas de poder dos Estados para o governo federal que constituem a suprema lei dos Estados Unidos porque a Constituição Federal dispõe que a lei federal é máxima.

§ 4º - Portanto, em comparação com o federalismo brasileiro, a diferença mais significativa entre ambos os modelos governamentais é o relacionamento dos Estados com o Governo Federal americano.

MPMG Jurídico: A Constituição americana tem mais de 200 anos e foi emendada 27 vezes. A Brasileira, ao contrário, tem 18 anos e já sofreu 48 emendas¹. Quase o dobro, portanto. A que o senhor atribui tal diferença? Gostaríamos que o senhor nos explicasse o processo legislativo para emendar a Constituição americana.

Professor Charles D. Cole: § 1º - Nos Estados Unidos, a única forma com que a Constituição pode receber uma emenda é o Congresso submetendo-a aos Estados, necessitando-se da aprovação de dois-terços destes. Seguindo-se à propositura da emenda aos Estados, pelo menos 75% destes devem aprová-la antes que ela possa entrar em vigência. Se o Congresso optar por não submeter a emenda aos Estados, pode haver uma Assembléia Constituinte autorizada por dois-terços dos Estados. Três-quartos dos Estados teriam, então, que ratificar a nova Constituição. Somente tivemos uma Assembléia Constituinte há 219 anos e duvido que venhamos a ter outra.

MPMG Jurídico: As we know, the American constitutional history differs a lot from the Brazilian one, mostly regarding the way the federations were built. We ask you then, in your opinion, which of those differences can be considered paramount between the two models and how does it reflect in the power granted to the union and to the States to legislate?

Professor Charles D. Cole: § 1º - I think the biggest difference in that is that the States created the Federal Government in the United States. In Brazil, your central government created the States.

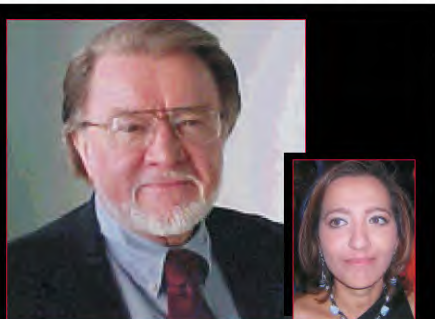
§ 2º - In the U.S. the States were sovereign governments at the time they created the Federal Government and they gave the Federal Government only the power they wished the Federal Government to have. The States retained what we call the residual power, the police power, which continues to reside in the States of the United States. The U.S. federalism, that relationship between the States and the central government, is exactly the opposite of that which exists in Brazil.

§ 3º - There are areas of legal regulation that the State can maintain and the Federal Government cannot keep it from doing so. There are also delegated areas of power from the States to the Federal Government which constitute the supreme law of the United States because the Federal Constitution provides that federal law is supreme.

§ 4º - Thus, the relationship of the States to the Federal Government in the U.S., compared to Brazilian federalism is the most significant difference between the governmental models.

MPMG Jurídico: The American Constitution was written more than two hundred years ago and it has been amended only twenty seven times. On the other hand, the Brazilian Constitution was created only eighteen years ago, and forty-eight amendments¹ have taken place. In your opinion, what causes such a difference? We would like you to explain the process of how an amendment to the Constitution is done in the United States.

Professor Charles D. Cole: § 1º - Let's first consider the first part of your question. In the United States, the only way that the Constitution can be amended is for Congress to submit, on a two-thirds vote, a Constitutional Amendment to the States for approval. Following submission of the proposed amendment to the States, at least 75% of the States must approve an amendment before it becomes effective. If the Congress chooses not to submit the amendment to the States, there can be a Constitutional Convention authorized by two-thirds of the States. Three-fourths of the States would have to ratify the new Constitution. We have not had but one convention and that was 219 years ago. I doubt that we will have another.



Professor Charles D. Cole

Promotora de Justiça
Patrícia Estrela de Oliveira Vasconcelos

O Professor Charles Cole concedeu esta entrevista ao MPMG Jurídico quando de sua vinda a Belo Horizonte para proferir palestra ao meio jurídico mineiro. A palestra deu-se na sede da Justiça Federal - Seção Judiciária de Minas Gerais, onde se deu o encontro.

Sua palestra versou sobre a evolução e aplicação do precedente vinculante (binding precedent) na cultura jurídica norte-americana. O Professor fez também uma análise da construção da cultura constitucional americana em mais de 200 anos de aplicação da teoria do precedente, tendo tecido ainda breves comentários sobre a então recente instituição da súmula vinculante no Cenário Constitucional Brasileiro.

A entrevista foi elaborada e concedida à Promotora de Justiça Patrícia Estrela de Oliveira Vasconcelos, Diretora de Secretaria da Comarca de Betim, especialista em Direito Ambiental, atuante perante as Varas Cíveis daquela Comarca.

§ 2º - Francamente falando, acho que para responder à primeira pergunta temos que reconhecer que colocamos muito poder na nossa Suprema Corte americana. Seguimos o que se chama de binding precedent (súmula vinculante), com a Suprema Corte dos Estados Unidos interpretando a Constituição Americana ao decidir casos que lá chegam por uma maioria de votos. A decisão constitui o que a Constituição significa e aquilo é vinculante a menos que a Suprema Corte revogue ou modifique o precedente vinculante.

§ 3º - Sobre as 27 emendas à Constituição americana, é interessante ressaltar que, de fato, desde 1791, a Constituição dos Estados Unidos foi emendada somente 17 vezes. A Constituição foi emendada 10 vezes em 1791, dentro de dois anos após a sua ratificação para a criação do governo dos Estados Unidos. A razão pela qual ela foi emendada 10 vezes dentro de dois anos após a sua ratificação foi o fato de que a Constituição Americana não possuía a Declaração de Direitos (Bill of Rights) à época de sua ratificação.

§ 4º - Os idealizadores da Constituição americana (Constitution framers), criando um governo central de poderes limitados, não acreditaram que havia a necessidade de se incluir a Declaração de Direitos. Mesmo assim, durante o curso do processo de entrega da Constituição para os Estados ratificarem, Alexander Hamilton, George Washington, Thomas Jefferson, James Madison, e muitos dos nossos fundadores determinaram que a única forma com que os Estados iriam ratificar a Constituição seria assegurar a eles que a primeira providência do novo Congresso seria o estabelecimento da Declaração de Direitos para proteger o povo.

§ 5º - Em suma, o primeiro Congresso de 1789 submeteu aos Estados doze emendas e os Estados ratificaram dez delas. Essas dez emendas são nossa atual Declaração de Direitos. Portanto, poderíamos reconhecer que é um surpreendente feito na realidade política que somente dezessete emendas tenham sido aprovadas desde 1791.

§ 6º - Além do mais, quando o povo deu o poder para a Corte para decidir o que a Constituição significa e quando isso é feito por uma opinião majoritária da Suprema Corte na América, aquela definição jurídica (uma súmula vinculante) realmente se torna o que a Constituição significa. A súmula vinculante é como uma emenda. Há aqueles em nossa cultura jurídica que asseveram que a nossa Suprema Corte é como uma Assembléia Constituinte contínua. Acho que isso é ir um pouco longe demais, mas, de fato, a realidade é que a Suprema Corte pode determinar o que a Constituição significa. A Constituição é aprimorada através das definições da Suprema Corte sobre o que a Constituição americana significa, através de voto majoritário da Corte em caso de se interpretar a Constituição.

MPMG Jurídico: Sob o prisma constitucional, quais as exigências para que um tratado internacional possa vigorar em todos os Estados da Federação Americana quando seu conteúdo envolve questões que afetem o comércio interestadual? Isso é possível?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Certamente é possível. Para falar a verdade, a Constituição dispõe que o Presidente dos Estados Unidos deve negociar e submeter ao Senado americano um tratado com o propósito de obter o aconselhamento e consentimento, ou aprovação do Senado. Quando o Senado aprova o tratado em questão por dois-terços dos votos dos membros presentes, o acordo proposto torna-se um tratado válido. Não é necessário que o tratado vá então para a Câmara dos Deputados (House of Representatives). Somente é necessário que o Senado aprove o tratado por voto de dois-terços.

§ 2º - Quite frankly, I think that what we should do in answering the primary question is to recognize that we put great power in our Supreme Court. We follow what we call binding precedent with the Supreme Court of the United States construing the Constitution of the United States by deciding cases before it by a majority vote. The decision constitutes what the Constitution means and that is binding until and unless the Supreme Court overrules or modifies the binding precedent.

§ 3º - In regard to the 27 amendments to the U.S. Constitution, it is interesting for me to have the opportunity to tell you that, in fact, since 1791, the Constitution of the United States has been amended only 17 times. The Constitution was amended ten times in 1791, within two years after it was ratified to create the United States government. The reason it was amended ten times within two years following ratification is the fact that the Constitution did not contain a Bill of Rights at the time it was ratified.

§ 4º - The framers, creating a central government of limited powers, did not believe there was a need to include a Bill of Rights. Even so, during the course of offering the Constitution to the States for ratification, Alexander Hamilton, George Washington, Thomas Jefferson, James Madison, and many of our founders determined that the only way the States were going to ratify the Constitution was to assure them that the first order of business of the new Congress would be to establish a Bill of Rights to protect the people.

§ 5º - In essence, that first Congress of 1789 submitted to the States twelve amendments and the States ratified ten of them. Those ten amendments are our current Bill of Rights. So, in essence, we could recognize that it is an amazing feat in political reality that only 17 amendments have been approved since 1791.

§ 6º - Further, when the people gave the power to the Court to decide what the Constitution means and when that is done by a majority opinion of the Supreme Court in American, that judicial definition (a binding precedent) really becomes what the Constitution means. Binding precedent is like an amendment. There are those who assert in our culture that our Supreme Court is like a continuous Constitutional Convention. I think that is going a little too far, but the truth of the matter is that the Supreme Court can determine what the Constitution means. The Constitution is upgraded by virtue of the Supreme Court defining what the U.S. Constitution means by a majority vote of the Court in a case construing the Constitution.

MPMG Jurídico: Considering the Constitution of the United States of America, what are the requirements for an international treaty to become valid in all States when it relates to or affects interstate commerce? Is it possible?

Professor Charles D. Cole: § 1º - It certainly is possible. As a matter of fact, the Constitution provides that the President of the United States shall negotiate and submit to the Senate of the United States a treaty for purposes of obtaining the advice and consent, or approval, of the Senate. When the Senate does approve the treaty in question by a two-thirds vote of those members present, the proposed agreement becomes a valid treaty. It is not necessary for the treaty then to go to the House of Representatives. It is only necessary for the Senate to approve it by a two-thirds vote.

§ 2º - É dado ao Congresso o poder de regular o comércio interestadual e internacional. Portanto, se o Congresso regula o comércio interestadual e internacional, ele tem poder de plenário para fazê-lo. Se o Congresso não regula o comércio interestadual e internacional, a regulação somente pode ocorrer em nível internacional, com o Senado aprovando o tratado.

§ 3º - Nos Estados Unidos, o Congresso é investido de poder para regular o comércio interestadual e internacional o que significa que isso poderia ocorrer por maioria de votos na Câmara e no Senado com a lei proposta então submetida ao Presidente. Por exemplo, ela poderia ser apresentada ao Presidente para aprovação e se o Presidente aprovar, o projeto torna-se lei. Como tem sido dito, acho que é verdade que, quando o Presidente está agindo consistentemente com o poder do Congresso, então, de fato, a única razão pela qual aquilo não seria vigente seria por que os Estados Unidos não podem exercer aquela função específica.

§ 4º - Portanto, em suma, o Governo Federal pode regular o comércio internacional de duas formas diferentes, por tratado e pelo exercício da autoridade congressional ao promulgar leis. Quando um tratado válido ou lei válida regula o comércio interestadual ou internacional, os Estados estão todos ligados pela regulação.

MPMG Jurídico: Os EUA têm sido criticados internacionalmente pela não-adesão ao tratado internacional de Kyoto. Poder-se-ia atribuir esse posicionamento a entraves de ordem constitucional quanto à aprovação pelos Estados Membros da União ou trata-se de ausência de vontade política da atual administração federal?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Eu poderia responder essa pergunta de forma realmente rápida e dizer que é a falta de vontade política da atual administração federal. O Tratado de Kyoto poderia ter sido aprovado pelo Senado americano sem ir para os Estados, mesmo sem ir para a Câmara dos Deputados (House of Representatives).

§ 2º - A razão pela qual o Tratado de Kyoto não foi aprovado pelos Estados Unidos, na minha opinião, é por que os Estados Unidos estão em um estágio de desenvolvimento industrial na qual a sua aprovação afetaria adversamente o país muito mais do que a maioria do resto do mundo. Baseado nesse efeito adverso sobre a economia americana, o problema é político.

§ 3º - Como vocês provavelmente sabem, o candidato democrata para Presidente que concorreu com George Bush na primeira eleição foi Albert Gore. O Sr. Gore havia sido o Vice-Presidente na administração Clinton e era muito favorável ao Tratado de Kyoto. Infelizmente, Albert Gore não foi eleito Presidente.

MPMG Jurídico: Levando em consideração os últimos eventos climáticos que arrasaram o sul dos Estados Unidos, tais como os furacões Katrina e Wilma e diante do argumento de especialistas de que tais fenômenos foram causados pelo desequilíbrio ecológico que o tratado de Kyoto visa minimizar, o Senhor, como cidadão americano, é a favor de que os Estados Unidos da América assinem tal acordo? O que o senhor acha da resistência americana em fazê-lo?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Novamente, temos que voltar à argumentação da pergunta anterior, que é por causa da realidade política na América industrial.

§ 2º - The Congress is given the power to regulate interstate commerce and international commerce. So, if the Congress does regulate interstate and international commerce it has plenary power to do so. If the Congress does not regulate international or interstate commerce, regulation can occur only on an international basis by the Senate approving a treaty.

§ 3º - In the United States, the power to regulate interstate and international commerce is vested in the Congress and that means that such could occur by a majority vote by the House and Senate, with the proposed law then submitted to the President, i.e., it would be presented to the President for approval and if the President approves the bill becomes law. As it has been said, I think it is quite true that when the President is acting consistently with the power of Congress, then, in fact, the only reason that would not be effective would be because the United States cannot perform the particular function.

§ 3º - So in essence, the Federal Government can regulate international commerce in two different ways, by treaty and by exercise of congressional authority by enacting laws. When either a valid treaty or valid law regulates interstate or international commerce the States are all bound by the regulation.

MPMG Jurídico: The United States has been internationally criticized because it refuses to sign the Kyoto Treaty. Is it fair to say that such position is related with problems concerning constitutional requirements in order to approve it in all 50 states, or does it have to do with the absence of political will of the current administration of the Federal Government?

Professor Charles D. Cole: § 1º - I could answer that really quickly and say it is the absence of political will by the current Federal administration. The Kyoto Treaty could have been approved by the Senate of the United States without going to a State, without even going to the House of Representatives.

§ 2º - The reason why the Kyoto Treaty was not approved by the United States is because, I believe, the U.S. is at a stage in industrial development that approval would adversely affect the country more than most of the rest of the world. Based upon that adverse affect on the U.S. economy the problem is political.

§ 3º - As you probably know, the democratic candidate for President against George Bush the first time he ran was Albert Gore. Mr. Gore had been the Vice-President in the Clinton administration and was very much in favor of the Kyoto Treaty. Unfortunately, Albert Gore was not elected president.

MPMG Jurídico: Taking into consideration the last natural events that devastated the south of the United States, such as the hurricanes Katrina and Wilma, and considering all the argument of the specialists that such phenomena were caused by all the environmental loss of equilibrium that the Kyoto Treaty intends to prevent, are you, as an American citizen, for or against the United States signing such a treaty? What do you think about the American resistance to sign it?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Again we have to go back to the reasoning in the prior question and that would be because it is political reality in industrial America.

§ 2º - A América industrial é extremamente forte, tanto econômico quanto politicamente. Potencialmente, os Estados Unidos teriam muito a perder com a ratificação do Tratado de Kyoto. As catástrofes naturais e o aquecimento global que vêm ocorrendo fazem com que o nosso ex-Vice-Presidente, Al Gore, que se candidatou pelo Partido Democrata, pareça um gênio hoje. Ele nos advertiu do aquecimento global há dez anos. Mas eu sugeriria que antes de eu apoiar qualquer tratado, eu tenho que saber mais sobre ele. Tudo que sei é o que eu leio nos jornais e eu não vou responder essa questão baseado nesse tipo de informação.

§ 3º - Certamente, eu posso entender a necessidade para que nos tornemos melhores cidadãos mundiais, nós precisamos muito fazê-lo. Eu realmente achava que após 11 de setembro nos tornaríamos cidadãos do mundo melhores. Eu acho que a atual Administração da Casa Branca reage excessivamente, age sem boas razões em muitas instâncias e age a favor do complexo industrial em quase todas. Então, eu acho que temos uma difícil situação política.

§ 4º - Eu somente preciso saber mais sobre essa questão antes que eu possa dizer se apóio o tratado pessoalmente ou não.

MPMG Jurídico: Rosa Parks, a grande heroína americana que desafiou a ordem instituída na década de 50 por se recusar a aceitar que assentos em ônibus pudessem ser destinados a pessoas em virtude de sua cor e, por consequência, auxiliou o movimento pelos direitos civis em seu estado natal, Alabama, recentemente faleceu. Como está a questão envolvendo os direitos civis no Alabama hoje? O senhor é a favor do movimento das ações afirmativas? O que o senhor acha da reserva de cotas em universidades brasileiras para estudantes?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Inicialmente, vamos falar sobre o Movimento dos Direitos Civis em geral.

§ 2º - Certamente, quero que se registre que apóio o Movimento dos Direitos Civis que tivemos no nosso país e que ainda estamos tendo. Ainda não erradicamos completamente o problema de discriminação racial Americana e sou da opinião que o problema da discriminação racial hoje está, no mínimo, mais relacionado com a economia do que com discriminação racial propriamente dita. É a realidade do que reconhecemos como sendo o efeito da discriminação ao invés do que é requerido pela lei. Então, acho que temos que continuar a erradicar o fato da discriminação.

§ 3º - Acredito que no Alabama, meu Estado natal, temos tido muitos progressos. Há ainda muito progresso a ser feito. Em Birmingham, Alabama, onde moro, temos um Prefeito afro-americano e um Conselho Municipal afro-americano, que é o órgão de governo. Estou feliz com o nosso governo local. A realidade que temos que reconhecer é que, hoje, somos todos americanos e devemos viver como tais.

§ 4º - Acho que continuará havendo discriminação em nível de realidade econômica até que as minorias e há mais de uma tenham a oportunidade de receber o tipo de educação que permita que elas compitam no mundo atual. Eu certamente apóio que tenhamos todo o progresso possível diariamente, não anualmente. Todo dia dar às pessoas que têm situações semelhantes um tratamento semelhante, sejam elas brasileiras, americanas ou de qualquer outra nacionalidade. A única forma para que isso ocorra, na minha opinião, é se a estrutura legal der a todos uma oportunidade igual.

§ 2º - Industrial America is extremely strong, both economically and politically. The United States would, potentially, have a great deal to lose by ratification of the Kyoto Treaty. The natural catastrophes and the global warming which have occurred make our former vice-president, Al Gore who ran as a democrat for President, look like a genius today. He warned us of global warming ten years ago. But I would suggest that before I could say that I would support any treaty I must know more about it. All I know about this is what I have read in the newspapers and I am not going to answer the question based upon that information.

§ 3º - I can certainly understand the need for us to be better world citizens; we need very badly to do that. I frankly thought after 9/11 we would become better world citizens. The Republican administration currently in the White House, I believe overreacts, acts without a good reason in many instances and acts in favor of the industrial complex in almost all instances. So I think we have a difficult political situation.

§ 4º - I would just need to know more about it before I could say I would personally support the treaty or not.

MPMG Jurídico: Rosa Parks recently died. She was the great American heroine who defied the established order in the fifties by refusing to accept that seats in buses could be used or not by people depending on the color of their skin, and therefore helped the movement in search for the civil rights in your home State, Alabama. How is the question involving the civil rights in Alabama today? Are you in favor of affirmative action? What do you think about the Brazilian system of reserving a percentage of the places in the Universities for students that come from public schools or are black?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Let's first talk about the Civil Rights Movement generally.

§ 2º - I certainly want to be on record supporting the Civil rights Movement that we had in our country and are still having. We have not completely eradicated the problem of racial discrimination and in my judgment at least the real problem of racial discrimination today lies in economics more than in racial discrimination. It is the reality of what one would recognize as being the effect of discrimination rather than what is required by law. So I think we must continue to eradicate the fact of discrimination.

§ 3º - I think that in Alabama, my home State, we have made a lot of progress. There is a lot of progress that we must make. In Birmingham, Alabama, where I live, we have an African-American Mayor, and an African-American City Council, which is the governing body. I am happy with our local government. The reality which we must recognize today is that we are all Americans and we should live as such.

§ 4º - I think that there will continue to be discrimination on the bases of economic reality until the minorities and there are more than one have the opportunity to get the type of education that would allow them to compete in today's world. I certainly would support making all progress that we could every day, not every year, but every day, to give all persons who are similarly situated, as Brazilians or Americans or wherever they are in the world, similar treatment. The only way that it is going to occur in my judgment is if the legal structure gives every one an equal opportunity.

§ 5º - Agora, sobre o programa de ação afirmativa que vocês descreveram. Nós tentamos o tipo de programa de ação afirmativa baseado em cotas inicialmente. Estabelecer cotas para a ação afirmativa em escolas públicas tem sido entendido como uma violação da cláusula de Proteção Igualitária da Constituição dos Estados Unidos. A nossa Corte recentemente decidiu, entretanto, que há um interesse coativo suficiente para se ter um corpo discente racialmente diversificado para se permitir que a raça seja um fator no processo de admissão em universidades públicas.

§ 6º - Eu sou favorável à ação afirmativa. O ponto que deve ser reconhecido, entretanto, é como definimos e implementamos isso. O que fazemos agora nos Estados Unidos é considerar não somente o lugar de onde alguém vem ou qual é sua raça ou etnia, nós olhamos a pessoa de uma forma global.

§ 7º - Leva muito tempo para avaliar as inscrições de admissão para nossas instituições educacionais para se implementar um programa de ação afirmativa válido. Em vez de se determinar que a Auburn University (uma universidade pública no Alabama) tem que dar 20% de seus lugares iniciais a minorias, nós requeremos que a Auburn University e todas as universidades e faculdades públicas analisem a inscrição completa para determinar se o candidato pode contribuir de forma válida para uma diversidade racial nas turmas iniciais.

§ 8º - Nós damos pequenos benefícios para aqueles que não tiveram oportunidades iguais de educação, obviamente, por causa da necessidade. O que não podemos fazer, por causa da nossa cláusula de Proteção Igualitária, é simplesmente estabelecer cotas e dar benefícios sem razão. Então, nossas universidades públicas devem analisar a inscrição completa para determinar se o candidato contribuiria para a diversidade da classe.

§ 9º - Estamos obtendo progressos reais com a ação afirmativa. Mesmo a minha universidade, a Samford University em Birmingham, Alabama, que é uma universidade particular, recruta mais minorias a cada ano. Queremos diversificar nossas turmas. Queremos diversificar nosso corpo discente.

§ 10º - Então, há o que a nossa Suprema Corte reconhece como um propósito coativo do governo para diversificar as operações educacionais no setor público e justificar a infringência à proteção igualitária.

§ 11º - Há dois anos somente, tivemos um caso na Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, uma instituição pública. A Corte permitiu que a Universidade considerasse a totalidade do registro do candidato para determinar se ele teria uma oportunidade considerável para completar o programa e se traria uma contribuição para a diversidade racial da turma.

§ 12º - Portanto, o precedente judicial tem resolvido essa questão com um caso que tenha sido antecedente. Se alguém quiser contestar a ação governamental baseado em um precedente relevante, a Corte certamente pode avaliar a questão novamente. Mas, atualmente, nós temos um precedente vinculante que aprova o uso de ação afirmativa para minorias na educação pública nos Estados Unidos da América.

MPMG Jurídico: O Ministério Público como instituição, foi concebido também para fiscalizar a administração pública. Há instituição semelhante no constitucionalismo americano? Como funcionam as investigações por Promotores independentes (por exemplo, a que foi encabeçada pelo Senhor Starr, que investigou o Presidente Clinton)? É possível comparar a atuação de ambas instituições?

§ 5º - Now, getting to the affirmative action program you described. We tried that type of quota based affirmative action programs initially. Establishing quotas for affirmative action in public schools has been held to be a violation of the Equal Protection Clause of our Federal Constitution in the United States. Our Court has recently held, however, that there is a sufficiently compelling interest in having a racially diverse student body to allow race to be a factor in the admission process in public universities.

§ 6º - I am in favor of affirmative action. The point which must be recognized, however, is how we define and implement it. What we do now in the United States is consider not just where someone is from or what their race or ethnicity is, we look at the total person.

§ 7º - It takes more time to evaluate applications for admission to our educational institutions to implement a valid affirmative action program. Rather than merely determine that Auburn University (a public university in Alabama) must give 20% of its entering class places to minorities, we require that Auburn University and all public universities and colleges look at the complete application to determine if the applicant can validly contribute to racial diversity in the entering class.

§ 8º - We do allow a slight benefit to those who have not had equal opportunities for education, obviously, because of the need. What we cannot do because of our Equal Protection Clause is merely establish quotas and give benefits without reason. So our public universities must look at the total file to determine if the applicant would contribute to the diversity of the class.

§ 9º - We are making progress with affirmative action, real progress. Even my university, Samford University in Birmingham, Alabama, which is a private university, recruits more minorities every year. We want to diversify our classes. We want to diversify our student body.

§ 10º - So there is what our Supreme Court recognizes as a compelling purpose of government to diversify educational operations in the public sector and justify the infringement of equal protection.

§ 11º - Just two years ago we had a case at the University of Michigan Law School, a public institution. The Court allowed the university to consider the totality of the file of the applicant to determine if the applicant had a reasonable chance to prevail, a reasonable opportunity to complete the program and would contribute to the racial diversity of the class.

§ 12º - So, judicial precedent has solved this matter with one precedential case. If someone wants to contest governmental action based on outstanding precedent, the Court may certainly look at the question again. But, we currently have a binding precedent that approves the use of affirmative action for minorities in public education in the United States of America.

MPMG Jurídico: The Brazilian Ministério Público is conceived as an institution that prosecutes the public administration. Is there a similar institution in the American Constitutionalism? How does an independent investigation work in America? (For example, the one headed by Mr. Starr, who investigated President Clinton). Is it possible to compare both institutions?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Não, acho que o Ministério Público brasileiro é provavelmente mais independente do que o Gabinete do Attorney General nos Estados Unidos.

§ 2º - Cada Estado americano tem o seu Attorney General. Eles são eleitos ou nomeados, dependendo do que cada Constituição Estadual dispuser. O nosso Attorney General federal é nomeado pelo Presidente como um oficial superior dos Estados Unidos, com o conselho e consentimento do Senado.

§ 3º - Todos temos que reconhecer que lidamos com política. A política é parte do nosso sistema e, francamente, de todo sistema em que há uma abordagem democrática, por que essa é a natureza da República democrática. Mas quando pensamos em um sistema político, temos que perceber que o sistema político americano é um dos nossos grandes bens; entretanto, é também uma das nossas maiores responsabilidades.

§ 4º - O Juiz Starr, atuando como Promotor de acusação independente autorizado pelo Congresso e nomeado pelo Attorney General, foi, na minha opinião, um pouco mais exuberante com essa investigação do que ele deveria ter sido. Ele gastou sessenta milhões de dólares investigando o Presidente Bill Clinton. Não há dúvidas de que o Presidente Clinton cometeu alguns erros, mas também não há dúvidas de que ele fez um excelente trabalho governando o nosso país. Então, as pessoas têm que reconhecer que há benefícios e prejuízos no mundo político.

§ 5º - Foi uma infelicidade que o Presidente Clinton estivesse envolvido com tantas preocupações, não somente aquelas preocupações extra-maritais, mas preocupações relacionadas à área de negócios. Fui informado por alguns amigos do Arkansas de que o Presidente Clinton não ganhou dinheiro algum com o desenvolvimento da transação White Water e não estava envolvido ilegalmente com ela. Acho que isso é provavelmente verdade. Se isso for verdade, Promotores de acusação independentes, como o Juiz Starr, podem ser um pouco independentes demais.

§ 6º - Em resposta à sua pergunta, em relação à independência da função acusatória do Promotor federal dos Estados Unidos, se comparado com o Ministério Público brasileiro, na minha opinião, o Ministério Público certamente é tão independente quanto o nosso Attorney General federal, apesar de não ser possivelmente tão independente quanto foi o Juiz Starr, enquanto este estava atuando como Promotor de acusação especial ou independente.

§ 7º - Eu sugeriria que o Promotor de acusação especial, como temos conhecido nos Estados Unidos, provavelmente não será restituído após o término da atual lei que determina a atuação do Promotor.

§ 8º - Não temos a independência do Attorney General, que é nomeado pelo Presidente, como a que vocês têm com o Ministério Público brasileiro. É possível imaginarmos um Attorney General nomeado pelo Presidente investigando o Presidente? Isso não parece certo. De fato, não é. Então, acho que o Ministério Público brasileiro é mais independente que o nosso Attorney General. Não digo que não é possível que uma investigação adequada possa ocorrer; mas, é certo que mesmo com o mais diligente Attorney General haveria sempre a questão sobre a sua lealdade ligada à pessoa que o nomeou para o cargo.

MPMG Jurídico: A comunidade Européia está tentando aprovar uma Constituição para o bloco. A população de países importantes, tais como a França já rejeitaram a idéia. Especialistas dizem que a Inglaterra seguirá o mesmo caminho. Baseado na história constitucional

Professor Charles D. Cole: § 1º - No, I think your Ministério Público is probably more independent than is the Office of Attorney General in the United States.

§ 2º - Every State has an Attorney General. They are elected or appointed, depending upon what the State Constitution provides. Our Federal Attorney General is appointed as a superior officer of the United States by the President with the advice and consent of the Senate.

§ 3º - We all have to recognize that we deal with politics. Politics is part of our system and quite frankly every system where there is a democratic approach because that is the nature of a democratic republic. But when we think of a political system, we must realize that the political system in the United States is one of our great assets; however, it is also one of our greatest liabilities.

§ 4º - Judge Starr, serving as the independent prosecutor authorized by Congress and appointed by the Attorney General, was I think, a bit more exuberant than he should have been with his investigation. He spent over sixty million dollars investigating President Bill Clinton. There is no question that President Bill Clinton made some mistakes but there is also no question that he did an excellent job governing our country. So, one must recognize that we get benefits and detriments in the political world.

§ 5º - It is just an unfortunate thing that President Clinton had been involved in so many, not just those extra-marital kind of concerns, but business-types of concerns as well. Quite frankly, I am told by some of my friends in Arkansas that Bill Clinton did not make any money out of the White Water development transaction and was not illegally involved in such. I feel that is probably quite true. If that is true, independent prosecutors, as Judge Starr, may be a bit too independent.

§ 6º - In answer to your question concerning the independence of the prosecutorial function of the Federal prosecutor in the U.S. as compared to your Ministério Público I believe your Ministério Público is certainly as independent as our Federal Attorney General, though possibly not as independent as was Judge Starr, while serving as an independent or special prosecutor.

§ 7º - I would suggest that the special prosecutor as we have known it in the United States will probably not be re-instituted after the current law providing for the prosecutor ends.

§ 8º - We don't have the independence of the Attorney General, appointed by the President, as you have with your Ministério Público. Can you imagine an Attorney General appointed by the President investigating the President? That just does not sound right. In fact, it isn't. Thus, I think that your Ministério Público is more independent than our Attorney General. This is not to say that it is not possible for an appropriate investigation to occur; but, it is certain that even with the most diligent Attorney General there would still be a question about the loyalty owed to the person that nominated and appointed him as Attorney General.

MPMG Jurídico: The European Community is now trying to approve a Constitution. Some important countries that are members of the EU have already rejected it, such as France. Specialists say that England is going to follow the same way. Based upon the American Constitutional history, is it fair to say that Europe is only going to succeed if it becomes a Federation? If not, why?

americana é justo dizer que a Europa somente conseguirá sucesso caso se transforme em uma Federação? Se entender que não, por quê?

Professor Charles D. Cole: § 1º - O que aconteceu, como você mencionou, foi que a França não ratificou o tratado que buscava estabelecer a Constituição. Acho que a Inglaterra também não votará, porque acredito que a Inglaterra sente que errou o alvo. Eles não tinham que votar o tratado, já que a França votou contra.

§ 2º - Acredito que aproximadamente 90% do que estava no tratado de Constituição já era aplicável à União Européia. A maioria dos meus colegas na Europa me indicou que a razão pela qual o povo francês votou contra o tratado de Constituição foi que, pela primeira vez, eles viram toda a atual legislação da União Européia em um documento. Eles viram o que havia sido decidido sobre a evolução da Comunidade desde a década de 50 e responderam que não concordariam em abrir mão de sua soberania daquela forma. Eu acredito que esta é provavelmente a razão pela qual o tratado de Constituição da União Européia não foi aprovado na França.

§ 3º - Agora, sendo este o caso, a questão é: a atual estrutura é uma matriz legal unindo as nações em uma espécie de bem comum de nações, verdadeiramente mais do que um acordo cooperativo de nações? Isso é suficiente? Isso pode ser suficiente para muitas coisas, pode ser suficiente para o comércio, para o reconhecimento de diferentes direitos de cidadania nas viagens de uma nação para a outra.

§ 4º - Na minha opinião, é mais difícil para a União Européia associar-se como uma união real do que foi para os Estados Unidos. Não é apenas pelo fato de que isso ocorreu há 217 anos. É o fato de que éramos simplesmente Estados, muito semelhantes a cidades-estados de certa forma. Já na União Européia, estamos falando de nações com longas histórias.

§ 5º - Todos os países da União Européia têm uma História longa e ilustre. Portanto, quando eles sentam-se e inteligentemente revisam o que uma união federada requer, por exemplo, abrir mão da soberania, é muito mais difícil para eles do que foi para nós. Nossos Estados não possuíam uma História como a que têm os países da União Européia. Não tínhamos o conceito de valorização do poder nacional que eles têm. Acho que será muito difícil.

§ 6º - Não tenho certeza de como o acordo será feito e não tenho certeza de quais serão as características do acordo. Tenho uma certeza relativa, entretanto, de que haverá ao final uma união mais próxima entre os países da União Européia do que a que existe hoje, e eu acho que isso não será em um futuro muito distante. Eu acredito que, se a União Européia deseja competir com a China e os Estados Unidos, eles não tenham muita escolha. Então, acho que haverá uma união mais poderosa e unida, seja ela o tipo de união federativa que nos leva a pensar nos modelos do Brasil e Estados Unidos ou não, eu não sei.

MPMG Jurídico: Em poucas palavras, o senhor é a favor ou contra a aplicação da doutrina de precedente vinculante na cultura constitucional brasileira?

Professor Charles D. Cole: § 1º - Quando eu digo para vocês que eu sou a favor do precedente, é porque eu entendo o uso do precedente como o que ocorre nos Estados Unidos. Acho que a definição de precedente depende de como o país deseja usá-lo.

§ 2º - Por exemplo, nos Estados Unidos, demoramos um longo tempo para desenvolver o precedente vinculante que nós temos como base para estabilidade em nossa lei, e ele dá estabilidade à lei. Eu sou a favor da forma com que usamos o precedente vinculante e isso não é só porque nós o usamos. Eu sou favorável a ele porque ele funciona.

Professor Charles D. Cole: § 1º - What has happened, as you mention, France did not ratify the treaty that sought to establish a Constitution. I don't think England will vote on it because England feels like they have missed the bullet on this one. They didn't have to vote on the treaty because France voted it down.

§ 2º - I believe that approximately 90% of what was in that treaty constitution was already applicable to the European Union. Most of my colleagues in Europe have indicated to me that the reason that the people in France voted against the treaty Constitution was that for the first time they saw all the current EU law in one document. They saw what had been decided over the evolution of the Community since the 1950s and responded: "Gee, we don't agree with giving up our sovereignty in such a manner." I believe that is probably the reason the EU treaty constitution was voted down in France.

§ 3º - Now, that being the case, the question then is: is the current structure a legal matrix bringing the nations together in sort of a commonwealth of nations truly more than a cooperative agreement of nations? Is that enough? It may be enough for lots of things. It may be enough for trade; it may be enough for recognition of the different rights of citizenship in traveling from one nation to another.

§ 4º - I think it is more difficult, in my judgment, for the European Union to come together as a real union than it was for us in the United States. It is not just the fact that it was two hundred and seventeen years before. It is the fact that we were merely States, much like city-states in some way. But with the EU we are talking about nations with long histories.

§ 5º - All of the EU countries have long and illustrious histories. Therefore, when they sit and intelligently review what a federal union requires, i.e., giving up their sovereignty, it is much more difficult for them than it was for us. Our States did not have the history as found in the EU countries. We didn't have that appreciation of national power and they do. I do think it is going to be very difficult.

§ 6º - I'm not sure how the agreement will be made, and I'm not sure what the characteristics of the agreement will be. I feel relatively sure, however, that there will ultimately be a closer union in the European Union nations than the one which exists today and I think this won't be in a too distant future. I would suggest to you that if the EU wishes to compete with China and the United States, I don't think they have a lot of choice. So I think there will be a more powerful and closer union whether it is the kind of federated union that we think of in Brazil, or that we have in the United States, I do not know.

MPMG Jurídico: In short words, are you in favor or against the application of the precedent doctrine in the Brazilian constitutional culture?

Professor Charles D. Cole: § 1º - When I would say to you that I would be in favor of the precedent, it would be because I understand the use of precedent as it exists in the United States. I think that the definition of precedent depends upon the country that wishes to use it.

§ 2º - For instance, in the United States it took us a long time to develop the binding precedent that we have as a basis for stability in our law and it does provide stability in our law. I favor what we do in that regard and it's not just because we do it. I favor it because it works.

§ 3º - Sob a égide da Emenda nº 45, a Suprema Corte brasileira tem autoridade para utilizar a súmula vinculante para assuntos constitucionais. Na minha opinião, isso significa que a Corte poderia tomar a decisão do que a súmula vinculante representaria para o Brasil. Deve ser totalmente diferente do que chamamos de binding precedent nos Estados Unidos.

§ 4º - Eu diria que as maiores razões, as duas grandes razões pelas quais eu sugiro o precedente vinculante como um conceito que seria útil para qualquer país são: primeiro, que ele significa estabilidade para a lei. A estabilidade da lei permite que não somente os advogados e juízes compreendam o que a lei significa, mas ela permite que as pessoas que tenham se envolvido de alguma forma com o sistema legal sejam aconselhados de forma adequada sobre a maneira que a Corte provavelmente decidirá o caso. Para mim, esse fator é muito importante.

§ 5º - Segundo, e para mim menos importante que o primeiro fator, é o fato de que nos Estados Unidos, como usamos o precedente vinculante, não há tantas ações frívolas ou sem propósito. Podemos ter precedentes vinculantes que controlem tipos de casos que nunca deveriam ir para a corte. O juiz pode decidir baseado no precedente vinculante que é lei e ter a base legal para extinguir casos que não deveriam ter iniciado.

§ 6º - Obviamente, há revisões dessas denegações e as revisões de apelação estabelecerão uma base para precedentes futuros naquele tipo de caso revisado. Não é um processo de uma só etapa. É um processo que construímos com um precedente anterior, nós refinamos aquele precedente com cada situação fática que seja análoga ao caso inicial, que deve ser controlado pelo precedente. Continuamos a trabalhar o precedente de forma que o refinamos e o tornamos mais compreensível e aplicável. Isso é o que fizemos com a ação afirmativa, que é um bom exemplo. Temos agora um precedente que podemos aplicar em instituições públicas que desejem ter uma diversidade em seu processo educacional.

§ 7º - Eu acredito que o precedente vinculante e o poder de revisão judicial melhoraram a nossa base para uma justiça igualitária nos Estados Unidos. O Brasil deve decidir o que a súmula vinculante significa dentro da realidade do país. Eu não seria tão pretensioso a ponto de dizer que o precedente vinculante é uma coisa maravilhosa para todos, em qualquer lugar, sempre. Ele é um conceito que funcionará se a cultura legal levar um tempo aprimorando o conceito de forma a servir propósitos construtivos válidos.

Nota:

¹ Ressalta-se que a entrevista foi realizada em 19 novembro de 2005 e as Emendas Constitucionais nº 49, 50, 51 e 52 foram promulgadas a partir de fevereiro de 2006.

§ 3º - Under the authority of amendment 45 your Supreme Court has the authority to utilize a "súmula vinculante" for constitutional issues. In my mind that means that the Court could make that decision as to what "súmula vinculante" should be for Brazil. It might not be at all like what we call binding precedent.

§ 4º - I would say that the biggest reasons, the two real big reasons that I would suggest binding precedent as a concept that would be helpful in any country is first that it is a means to give stability to the law. Stability of the law allows not only lawyers and judges to know what the law is, but it allows people who become involved in some way with the legal system to be advised properly as to the manner in which the court should decide a case. That to me is very important.

§ 5º - Secondly, and I think it is not as important to me but it is certainly important, and that is that we, in the United States, using binding precedent, do not have as many purposeless or frivolous law suits as do countries that do not use precedent. We can have a binding precedent that controls types of cases that should never come to court. The judge can decide based upon the binding precedent that is law and provide the legal basis to dismiss cases that should not have been filed.

§ 6º - Of course there can be reviews of those dismissals and those appellate reviews are going to establish a basis for further precedent on the type of cases reviewed. It is not a one-step process. It's a process where we build upon with an earlier precedent, we refine that precedent with each fact situation that is analogous to the prior case, which should be controlled by the precedent. We continue to build upon precedent in such a way that we refine it and make it more understandable and subject to application. That's what we have done with affirmative action, which is a good example. We now have a precedent that we can apply to public institutions if the institution wishes to have diversity in its educational process.

§ 7º - I believe that binding precedent and the power of judicial review has improved our basis for equal justice under the law in America. Brasil must decide what súmula vinculante means in the Brazilian reality. I would not be so pretentious to assert that binding precedent is a wonderful thing for everybody, everywhere, at any time. It is a concept that will work if the legal culture will take the time to develop the concept in a way to serve valid constructive purposes.

Note:

¹Emphasize that the interview was done in november 19th of 2005 and the Constitutional Amendments nº 49,50, 51 and 52 were enacted after february 2006.