GABRIELA CARNEIRO DE ALBUQUERQUE BASTO LIMA

**A tensão entre o Povo e as Cortes: a escolha do
constitucionalismo popular**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**ORIENTAÇÃO: PROF. DR. SAMUEL
RODRIGUES BARBOSA**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO – LARGO SÃO FRANCISCO
SÃO PAULO**

2014

**A TENSÃO ENTRE O POVO E AS CORTES: A ESCOLHA
DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR**

GABRIELA CARNEIRO DE ALBUQUERQUE BASTO LIMA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO (*STRICTO SENSU*) EM
DIREITO**

**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO
DIREITO**

ORIENTADOR: PROF. DR. SAMUEL RODRIGUES BARBOSA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO – LARGO SÃO FRANCISCO

2014

AGRADECIMENTOS

Como é de conhecimento de alguns amigos mais próximos, nutro certa resistência à ideia de dirigir agradecimentos públicos após a finalização de algum trabalho. Parece-me delicado expressar aspectos, às vezes, tão subjetivos, em um espaço que possui propósitos mais profissionais que afetivos.

Pessoalmente, além da dificuldade de escolher o tom correto – que seja capaz de equilibrar-se entre o caráter público que um trabalho acadêmico possui, e o reconhecimento carinhoso daqueles a quem se deve muito – também me perturba a ideia de esse apêndice assumir cores de vaidade excessiva, vício de quem devota mais amor ao título que ao conhecimento.

Reconheço que o momento possui um caráter simbólico, especialmente para aqueles que acompanham e torcem por nossa caminhada. Entretanto, por mais que eu caminhe, e refine minha relação com a pesquisa acadêmica, há um duplo sentimento do qual não consigo me desvencilhar, que é a relação de satisfação e de angústia que a responsabilidade da investigação traz.

Para cada alegria que a solução de um ponto nos oferece, um mundo novo de perguntas se abre. Chegar a esse momento, portanto, para mim significa reconhecer que foi possível dar alguns passos importantes em direção à maturidade enquanto pesquisadora, mas que a caminhada não se encerra por aqui.

Dito isto, gostaria de registrar alguns agradecimentos importantes, dirigidos a pessoas sem as quais, certamente, estes passos não teriam sido possíveis. E, considerada a relação afetiva que possuo com o conhecimento – o incondicional amor que devoto à reflexão e à cultura humana – desde já peço licença caso algo soe excessivamente

sentimental. Todavia, gostaria de dirigir-me da maneira mais honesta possível, pois considero-os todos merecedores das palavras que lhes passo a dedicar.

Primeiramente, gostaria de agradecer a generosa atenção que o professor **Samuel Barbosa** dedicou ao meu trabalho. Quero dizer, não apenas a este trabalho, mas, principalmente, a minha formação. Recordo-me quando, ainda na Universidade Federal Fluminense, em meu primeiro período de faculdade e reticente com a novidade do espaço, o professor permitiu que eu frequentasse as reuniões de seu grupo de pesquisa. Desde então, comportou-se apenas de maneira exemplar. Ser aluna do Samuel é testemunhar seu profundo afeto pelo conhecimento, seu incondicional compromisso com os estudantes e sua seriedade na condução da investigação científica. Sinto-me especialmente privilegiada por esse convívio, e serei sempre grata pela aprendizagem e pelas oportunidades por ele proporcionadas.

Há outros professores a quem também gostaria agradecer pela atenção e pelos diálogos, sempre generosos e orientados pela construção do saber. Em relação ao período do mestrado, agradeço aos professores **Patrício Tierno** e **Rainer Schmidt**, ambos do departamento de Ciência Política da USP (FFLCH), cujas conversas e observações cuidadosas, vindas de mestres possuidores de uma notável capacidade de leitura e de análise, aportaram valiosos aspectos a minhas reflexões e formação. Pude experimentar, ao longo de seus cursos, o mais saudável e produtivo ambiente acadêmico em que já estive e, do qual, levarei as melhores lembranças.

Tendo em vista que esse caminho não se iniciou na data da matrícula na pós, mas também antes, agradeço aos demais professores com quem trabalhei durante a graduação, na Faculdade de Direito da UFF. Primeiramente, ao professor **José Ribas**, que, de forma sempre generosa e solícita, esteve disposto a me auxiliar nos complexos caminhos da teoria constitucional contemporânea. Foi ele também quem me apresentou ao campo do

constitucionalismo popular, quando então foi acesa a centelha que deu corpo ao presente projeto de mestrado. Agradeço ainda ao professor **Rogério Dutra**, cujo bravo compromisso com uma teoria política robusta, e com a necessidade de compreender as tradições que perpassam os constitucionalismos, contribuiu para que também eu estivesse atenta a esse compromisso, enriquecendo minha maneira de pensar e de compreender o fenômeno constitucional. Agradeço também ao professor **Gustavo Sampaio**, com quem tive a honra de trabalhar como monitora da disciplina de Teoria Constitucional, e que, além de seu inquestionável valor como docente e jurista, sempre se revelou um grande apoiador de minha caminhada acadêmica.

Aproveito a natureza universitária dos agradecimentos para enumerar alguns amigos importantes, cujas conversas temperadas pela mais sincera fraternidade, e sabedoria, me ajudaram a amadurecer algumas reflexões ao longo dos últimos três anos. **Léa Tosold e Christian Schallenmueller**: tão jovens, tão maduros, e tão generosos. Deles tenho a alegria não apenas de ouvir suas ricas e profundas considerações sobre o universo da teoria e da filosofia política, mas também de aprender com suas posturas sempre humanas e refletidas. Como legado da São Francisco, agradeço a **Luciana Brayner** e a **José Guilherme Fraga**, amizades repletas de ternura e de solidariedade, que se firmaram nesse período e que imprimiram um brilho especial à vivência acadêmica do mestrado.

Do outro lado da ponte (aérea), agradeço primeiramente a **Luís Falcão**, amigo de mais de uma década, hoje reconhecido pesquisador e professor da teoria política, cujas conversas ora aportam a minhas reflexões acadêmicas, e ora aportam à existência. Meu muito obrigada a **Juliana Lima** e a **Pedro Monnerat**, amigos também de longa data, cuja cumplicidade integral e carinhosa atenção deram, muitas vezes, a força necessária para encarar as angústias e as dúvidas do caminho. Agradeço ainda a **Jun Shimada**, que também sendo jovem, mestre e professor, é para mim como um irmão, e está sempre disposto a ajudar.

Agradeço a **Isadora Marzano**, amiga sempre parceira e presente nos momentos mais significativos, a **Juliana Soares**, pela devotada preocupação e afeto incondicional, e a **Sergio Tavares**, pela especial amizade, capaz de somar tanta sabedoria e afeto.

Há muitas pessoas queridas que se fizeram presentes nessa trajetória, e de quem guardo profundo carinho, respeito e gratidão. Infelizmente não há como enumerar todas, ou dar-lhes o espaço merecido. No entanto, há dois agradecimentos especiais que ainda gostaria de registrar.

O primeiro é a **Décio Luiz Gomes**, amigo de minha família e grande entusiasta de minha trajetória profissional. Seu espírito vivo, sempre disposto a incentivar todo passo norteado pelo estudo e pela disciplina, representa a mais iluminada influência que se pode querer. De todos os interlocutores, foi quem primeiro vibrou ao saber de minha intenção de proceder ao mestrado. Desse grande, e fundamental apoio, nunca me esquecerei.

Finalmente, e aqui se concentram a maior parte das razões afetivas desses parágrafos, agradeço a meus pais, **Fátima Albuquerque** e **Marcos de Abreu** que, desde minha primeira infância, souberam como ninguém respeitar, alimentar e compartilhar o amor que tenho pelos livros. A mim foi permitido viver o afeto à literatura, à ciência, às artes, e ao próprio ser humano – cuja fragilidade, por um lado, e capacidade de organizar-se politicamente, por outro, fundamentaram a escolha de minha profissão. Sem esse entendimento e apoio, nada, realmente nada, teria sido possível. Agradeço ainda pelo convívio com meu irmão, **Eduardo Carneiro**, cuja irreverência e sensibilidade, derivadas não apenas de sua juventude, mas de uma natureza radiante que carrega consigo, torna os dias mais leves e coloridos.

Megabises, contudo, aconselhou a confiança no governo oligárquico: 'Subcrevo o que disse Otanes em defesa da abolição da monarquia; quanto à atribuição do poder ao povo, contudo, seu conselho não é o mais sábio. A massa inepta é obtusa e prepotente; nisto nada se lhe compara. De nenhuma forma se deve tolerar que, para escapar da prepotência de um tirano, se caia sob a da plebe desatinada. Tudo o que faz, o tirano faz conscientemente; mas o povo não tem sequer a possibilidade de saber o que faz. Como poderia sabê-lo, se nunca aprendeu nada de bom e de útil, se não conhece nada disso, mas arrasta indistintamente tudo o que encontra no seu caminho? Que os que querem mal aos persas adotem o partido democrático; quanto a nós, entregaríamos o poder a um grupo de homens escolhidos dentre os melhores - e estaríamos entre eles. É natural que as melhores decisões sejam tomadas pelos que são melhores'.

Heródoto, V a.C.

RESUMO

LIMA, Gabriela Carneiro de A. B. **A tensão entre o Povo e as Cortes: a escolha do constitucionalismo popular.** 2014, 140 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Largo São Francisco. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Emergente a partir do final do século XX, o constitucionalismo popular – enquanto campo acadêmico, tem buscado desconstruir a narrativa que legitima a afirmação da supremacia do *judicial review* estadunidense. Segundo seus expoentes, o melhor desenho envolveria a interpretação política, e não legal, da Constituição. Selecionados os exemplos de Larry Kramer, Mark Tushnet e Jeremy Waldron, o trabalho buscará abordar seus argumentos – desde um ponto de vista individual, mas também os elementos que lhes são comuns. Nesse sentido, além da ofensiva à revisão judicial, busca-se identificar os debates que se fazem presentes, e atravessam o campo, tais como a utilidade de um tribunal que traga estabilidade ao sistema político, a ideia de melhor intérprete, a questão contramajoritária e o ideal de autogoverno democrático, em uma sociedade contemporânea atravessada pelo desacordo. Considerados os argumentos, busco chamar a atenção para a parcialidade do pensamento dominante, cuja recepção se ampara sobre bases problemáticas.

Palavras-chave: Constitucionalismo Popular; Constitucionalismo Político; Judicial Review; Democracia; Interpretação Constitucional.

ABSTRACT

LIMA, Gabriela Carneiro de A. B. **The tension between the people and the courts: the choice of popular constitutionalism.** 2014, 140 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Largo São Francisco. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Since the late twentieth century, popular constitutionalism has risen as an academic field that seeks deconstructing the narrative that justifies the affirmation of the supremacy of the American judicial review. According to its supporters, the best design for it would not involve the legal, but the political interpretation of the constitution. Selecting the examples of Larry Kramer, Mark Tushnet and Jeremy Waldron, this work aims at addressing their statements not only as individual points of view, but also considering the elements they have in common. In this sense, besides being an assault on judicial review, this text focuses on identifying the debates that arise and crisscross the field, such as the usefulness of a court which brings stability to the political system, the idea of best constitutional decision-making, the countermajoritarian difficulty, and the ideal of democratic self-government in a contemporary society pervaded by disagreement. Taking such issues into consideration, I propose drawing attention to the bias of mainstream constitutional thinking, whose reception lies on problematic bases.

Keywords: Popular Constitutionalism; Political Constitutionalism; Judicial Review; Democracy; Constitutional Interpretation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
<i>i. A ideia de constitucionalismo popular.....</i>	<i>14</i>
<i>ii. O constitucionalismo popular enquanto experiência histórica (Kramer).....</i>	<i>16</i>
<i>iii. O constitucionalismo popular como constitucionalismo político (Tushnet)</i>	<i>17</i>
<i>iv. A interpretação política e a absorção do desacordo sobre direitos em uma sociedade plural (Waldron).....</i>	<i>18</i>
<i>v. A investigação da Constituição fora das Cortes.....</i>	<i>19</i>
<i>vi. O conflito entre a interpretação realizada dentro e fora das Cortes.....</i>	<i>22</i>
<i>vii. Existe um constitucionalismo popular? Os limites do debate.....</i>	<i>23</i>
 1. FUNDAÇÃO, POVO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL:	
O CONSTITUCIONALISMO POPULAR EM LARRY D. KRAMER.....	25
1. O CONSTITUCIONALISMO POPULAR ENQUANTO EXPERIÊNCIA HISTÓRICA	26
1.1 Caracteres da experiência	27
<i>A) A tradição do constitucionalismo popular</i>	<i>28</i>
<i>B) Transformações constitucionais e afirmação do princípio popular</i>	<i>29</i>
1.2 Judicial review fora de questão	30
<i>A) Os debates, a Constituição e um provocador silêncio</i>	<i>31</i>
<i>B) A teoria departamental: igualdade e coordenação entre os Poderes</i>	<i>33</i>
1.3 1803: a natureza partidária de uma concepção	34
<i>A) O embate entre republicanos e federalistas</i>	<i>34</i>
<i>B) O passado popular e o futuro legal: transformações históricas</i>	<i>36</i>
 2. UM SENTIDO POPULAR PARA O FEDERALISMO DE HAMILTON E DE MADISON	38
2.1 O Judiciário de Hamilton	39
<i>A) Hamilton e judicial review: a visão tradicional</i>	<i>39</i>
<i>B) O Poder menos perigoso revisitado</i>	<i>40</i>
2.2 O papel do povo no desenho de Madison	42

A) <i>O povo enquanto facção</i>	42
B) <i>O próprio povo como guardião</i>	44
i. <i>Um Madison mais democrático</i>	44
ii. <i>O constitucionalismo popular na teoria de Madison</i>	45
2.3 A questão do originalismo	46
3. O PAPEL DAS CORTES E DO POVO NO TRABALHO DE KRAMER	48
3.1 O diagnóstico de Kramer	49
3.2 A ofensiva contra as Cortes	49
3.3 O papel reservado ao Povo	51
2. O CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO DE TUSHNET: A INTERPRETAÇÃO FORA DAS CORTES	53
1. A BUSCA POR NOVOS FUNDAMENTOS	55
1.1 Estabilidade e razão	55
A) <i>Anarquia interpretativa versus Estado de Direito</i>	56
B) <i>Moral e interpretação</i>	57
1.2 A Constituição fina (<i>thin Constitution</i>).....	59
A) <i>Apenas uma parte da Constituição?</i>	60
B) <i>A interpretação da Constituição fina</i>	61
1.3 O melhor intérprete	62
A) <i>O problema Joe McCarthy</i>	62
B) <i>O Legislativo como melhor intérprete</i>	64
2. DIREITOS CONSTITUCIONAIS SEM REVISÃO JUDICIAL	65
2.1 O resgate de Jefferson e de Lincoln	66
A) <i>Jefferson: a revitalização de um projeto de direitos e de democracia</i>	66
B) <i>Lincoln: a igualdade para todos</i>	68
C) <i>Um sentido histórico para o constitucionalismo</i>	70
2.2 Direitos constitucionais sem <i>judicial review</i>	71
A) <i>Direitos constitucionais no arranjo constitucional-popular</i>	72
B) <i>A importância da mobilização social</i>	73
2.3 Progressive constitutionalism	74
A) <i>O constitucionalismo progressista em sua versão popular</i>	75

<i>B) O constitucionalismo popular como constitucionalismo político</i>	<i>76</i>
3. A RELAÇÃO ENTRE O POVO E AS CORTES NO DESENHO DE TUSHNET	77
3.1 Um mundo sem <i>judicial review</i>	78
<i>A) A problematização do judicial review</i>	<i>79</i>
<i>B) Direito constitucional popular: decisão e ação política</i>	<i>80</i>
<i>C) Saída: emendar a Constituição</i>	<i>81</i>
3.2 Democracia e compromisso: razões substantivas e procedimentais	82
 3. DESACORDO, PLURALISMO E O LOCUS DA DECISÃO FINAL: A DEFESA DA DELIBERAÇÃO POLÍTICA EM JEREMY WALDRON	85
1. O CASO CONTRA A REVISÃO JUDICIAL	86
1.1 Quatro pressupostos.....	88
<i>A) Instituições democráticas</i>	<i>88</i>
<i>B) Instituições judiciais.....</i>	<i>90</i>
<i>C) Compromisso com direitos.....</i>	<i>91</i>
<i>D) Desacordo sobre direitos.....</i>	<i>91</i>
1.2 O desacordo sobre direitos e a decisão majoritária como melhor solução.....	92
<i>A) O desacordo sobre direitos como engrenagem do modelo.....</i>	<i>93</i>
<i>B) O sentido igualitário da decisão por maioria.....</i>	<i>94</i>
1.3 Assembleia Legislativa, deliberação e autoridade.....	96
<i>A) A ideia de deliberação e o seu produto final.....</i>	<i>97</i>
<i>B) A desconstrução da legitimidade da deliberação nas Cortes.....</i>	<i>98</i>
i. <i>Orientação para casos particulares.....</i>	<i>99</i>
ii. <i>Orientação por uma Declaração de Direitos.....</i>	<i>100</i>
iii. <i>A fundamentação racional.....</i>	<i>101</i>
<i>C) A legitimidade do processo como fundamento da autoridade do Direito.....</i>	<i>102</i>
 2. VERDADES, PRINCÍPIOS E MAIORIAS: O DEBATE COM TRADIÇÕES FILOSÓFICAS E TEÓRICAS.....	103
2.1 A teoria da justiça de Rawls e dois problemas.....	105
<i>A) O ideal da razão pública.....</i>	<i>106</i>
<i>B) A dicotomia “verdadeiro-falso” aplicada à política.....</i>	<i>108</i>
2.2 Dworkin e o problema da integridade do Direito.....	108

A) <i>A ideia de conflito entre justiça e integridade</i>	109
B) <i>A questão do ponto de vista do participante</i>	110
2.3 Aristóteles e a sabedoria da multidão.....	111
A) <i>A Doutrina da Sabedoria da Multidão</i>	112
B) <i>Política, discurso e diversidade</i>	114
3. A RECONSTRUÇÃO DO PARADIGMA <i>POVO VERSUS CORTES</i>	115
3.1 A tirania da maioria revisitada.....	116
A) <i>A pressão política como elemento favorável à ideia de direitos, e não contrário</i>	118
B) <i>A decisão majoritária como procedimento respeitável</i>	119
3.2 Novas fronteiras para a compreensão teórica.....	119
A) <i>O significado da política (e a política como questão de julgamento)</i>	121
B) <i>O papel das Cortes frente à Constituição</i>	122
3.3 O resgate das assembleias legisladoras como <i>locus</i> da decisão final.....	123
CONCLUSÃO	126
i. <i>O constitucionalismo popular em sentido forte</i>	127
ii. <i>O constitucionalismo popular em sentido fraco</i>	128
iii. <i>Questões a serem refletidas</i>	131
iv. <i>A relevância do constitucionalismo popular</i>	132
BIBLIOGRAFIA	135

INTRODUÇÃO

Há uma ideia dominante na cultura jurídica contemporânea: a interpretação constitucional é matéria de especialistas¹. Por sua vez, a dimensão legal da Constituição e sua consequente reserva ao domínio dos juristas, encontrará sua máxima afirmação no modelo norte-americano, da supremacia do *judicial review*, onde os juízes são tidos como os guardiões últimos dos direitos elencados em seu texto.

Trata-se de uma narrativa naturalizada, e introjetada no constitucionalismo dos dois últimos séculos: o modelo dos *checks and balances* seria mais complexo que o da separação de poderes em sua versão francesa, no entanto, ambos possuiriam o mesmo objetivo: o de controlar poder. A história da elaboração das constituições, portanto, nessa chave, estará atrelada à necessidade de limitar a tirania, resguardando direitos individuais.

Mais especificamente, considerado o federalismo de Madison e de Hamilton, o grande temor será contra as facções formadas por majorias, impondo-se a relevância de um Judiciário que se contraponha ao Legislativo. A ideia de Poder menos perigoso será invocada, então, para justificar a legitimidade da interpretação realizada pelas Cortes, e a razão de possuírem a palavra final.

Todavia, o trabalho que se segue busca desafiar a facilidade dessa espécie de discurso – que oculta uma série de fatores problemáticos em sua afirmação. Concretamente, proponho apresentar os termos do debate a partir do exemplo do constitucionalismo popular, campo acadêmico norte-americano, contemporâneo, essencialmente crítico à revisão judicial das leis.

Nesse sentido, há um eixo comum entre seus expoentes: a última palavra, em matéria constitucional, não deve pertencer aos juízes, ou às cortes, mas ao próprio povo – diretamente ou através de seus representantes eleitos. Os trabalhos selecionados possuem fundamentos diversos, desde historiográficos até filosóficos, contudo a conclusão será

¹ E não apenas na cultura jurídica, mas também de modo geral, na cultura da sociedade contemporânea. O verbete *Constituição*, por exemplo, no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, irá definir: “Lei fundamental de uma nação, conjunto de normas jurídicas que regem as relações entre governantes e governados”, sem qualquer menção a sua dimensão política. KOOGAN/HOUAISS. **Enciclopédia e Dicionário**. Rio de Janeiro: Edições Delta, 1997; p. 429.

basicamente a mesma: de modo mais, ou menos, radical, a revisão judicial será tida como um elemento negativo no sistema da interpretação constitucional, e algo a ser combatido.

Há, então, duas leituras possíveis do argumento que se segue: a primeira, de caráter vertical, diz respeito ao trabalho dos autores selecionados – Larry Kramer, Mark Tushnet, Jeremy Waldron – em suas especificidades, cujo conteúdo e interfaces de debate são apresentadas individualmente, em cada capítulo. Já a segunda, de natureza horizontal, poderá identificar questões que atravessam o campo, ou seja, de que forma lidam com uma mesma série de elementos, tais como o problema da tirania das maiorias, do princípio majoritário da decisão, a ofensiva ao *judicial review* e o resgate da dimensão política da interpretação constitucional.

i. A ideia de constitucionalismo popular

O denominado constitucionalismo popular envolve uma virada no campo progressista, na passagem do século XX para o XXI, e se reúne em torno da ideia de que o melhor desenho constitucional demanda a interpretação política, ou popular, da Constituição, e não jurídica, ou legal.

Meanwhile, some progressives are already turning against the courts. In the last several years, the trendiest development in constitutional scholarship has prominent progressive scholars arguing against judicial review. Mark Tushnet's stunning book, *Taking the Constitution away from the Courts*, argues for the elimination of the authority for courts to invalidate legislative and executive decisions. Other prominent scholars, including Larry Kramer, Richard Parker, and Jeremy Waldon, have also argued against judicial review and for a far more modest role for the courts. This body of scholarship has acquired the label “popular constitutionalism”, reflecting the notion of people – not judges – interpreting the Constitution.²

Além disso, trata-se de um debate que busca reconciliar a interpretação constitucional com o sistema democrático de tomada de decisões, revisitando um vocabulário político orientado pelo autogoverno e pela liberdade de a cidadania vir a definir seus próprios parâmetros normativos.

Por conseguinte, o esforço promovido pelos professores se dará também, em grande medida, em desafiar paradigmas tradicionais da teoria constitucional estadunidense. A grande polarização entre Povo e Cortes, caos e ordem, irracionalidade e razão, é tomada e

² CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, n. 3, pp. 673-690, 2004; p. 675.

enfrentada, de maneira a demonstrar que a decisão popular é capaz de produzir melhores resultados que a profissional, realizada em meio judicial.

Assim sendo, busquei organizar a apresentação dos argumentos em uma ordem crescente de abstração: 1) inicialmente, investigo o argumento histórico de Kramer que, apesar de propor reflexões teóricas para as oscilações entre interpretação legal e política, ao longo da história dos Estados Unidos, entende não formular qualquer teoria, mas apenas indicar a experiência do constitucionalismo popular e criticar o atual predomínio da supremacia da revisão judicial; 2) após, o argumento de Tushnet, que tensionará mais ainda o debate em favor do constitucionalismo político, e reivindicará a extinção do *judicial review*. Diferentemente de Kramer, que contrapõe atores concretos (população e juízes), Tushnet trabalhará em bases de tensão entre modelos (democracia e *judicial review*), oferecendo conclusões mais teóricas e melhor elaboradas, desde um ponto de vista normativo; 3) por último, em um terceiro momento, proponho abordar o exemplo de Waldron que, dos três, é quem mais aprofundará o debate entre as razões que fundamentam o modelo da revisão judicial, e o modelo democrático de tomada de decisões³. Sua defesa da decisão política, majoritária, se dará a partir da polarização entre razões baseadas em processo, e razões baseadas em resultado, defendendo o sentido igualitário das primeiras, em uma sociedade perpassada pelo desacordo.

No que diz respeito à organização dos capítulos, observo ainda que seguirei, para a compreensão dos três exemplos, uma mesma ordem de abordagem⁴: Em um primeiro momento, proponho investigar como se articulam os argumentos críticos à revisão judicial das leis, em que bases se estruturam; após, proponho identificar que tipo de revisão específica está sendo proposta, e que tradições estão sendo questionadas ou mobilizadas; e, em um terceiro plano, retomo a ideia de polarização entre Povo e Cortes, para identificar que tipo de conflito se faz presente nos argumentos, e que tipo de soluções são formuladas.

³ Sobre a natureza do debate, que envolve a discussão sobre o melhor modelo de tomada de decisões, Lipkin observa: “Different types of American constitutionalism all seek to answer the following overlapping questions. (1) What is the appropriate attitude towards changing the political and constitutional status quo? Specifically, should we encourage self-conscious deliberative change or should we leave change to the dynamics of private interactions, eradicating human suffering only when the societal circumstances for doing so are propitious and most importantly when the people's attitudes support such change? (2) What role do private interests and individual responsibility play in a democracy? And finally, (3) What is the government's role in reducing both public, and especially, private suffering? The answers conservatives, liberals, and progressives give to these questions represent competing visions of democratic self-government”. LIPKIN, Robert J. Is American Progressive Constitutionalism Dead? **Widener Law Symposium Journal**, v. 4, spring 1999, p. ii.

⁴ O que denominei, acima, de estrutura vertical, e que irá repetir-se ao longo dos capítulos.

ii. *O Constitucionalismo Popular enquanto experiência histórica (Kramer)*

No que se refere ao exemplo de Kramer, seu trabalho tem consistido em demonstrar como o chamado constitucionalismo popular haveria predominado na experiência das colônias, e no constitucionalismo da fundação. Desde *The People Themselves* (2004)⁵, sua grande tese envolve a seguinte operação: se, por um lado, existe uma sensibilidade antipopular no pensamento constitucional contemporâneo, por outro, haveria uma experiência perdida na história, onde o povo foi titular da última palavra. Nessa chave, a ideia de constitucionalismo popular não implica propriamente uma teoria, mas um fenômeno histórico, desconhecido da contemporaneidade⁶.

A contribuição de Kramer, então, debaterá o sentido tradicionalmente atribuído à fundação constitucional, e ao federalismo de Madison⁷ e de Hamilton. Em tal período, que teria se estendido até a quarta década do século XIX, o próprio povo teria interpretado o texto constitucional através de suas mobilizações, eleições e, inclusive, participação nos júris, enquanto à interpretação judicial teria sido reservado um papel coadjuvante.

Além disso, a história da gênese do *judicial review* estará atrelada a uma disputa entre partidos, entre federalistas e democrata-republicanos, após o advento da Revolução Francesa, do rompimento de Madison com os federalistas e de sua aproximação ao, então, futuro presidente, Thomas Jefferson – reconhecido democrata, e defensor do radicalismo da Revolução.

O conceito de departamentalismo (*departmentalism*), nesse esquema, oferecerá as bases para compreensão teórica do fenômeno, onde o poder da última palavra não é

⁵ KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**, New York, NY: Oxford University Press, 2004a.

⁶ A ideia de ser possível separar a leitura histórica da crítica formulada é problemática em Kramer. No entanto, para fins de apresentação de seu trabalho, optei por respeitar a afirmação, sem interferir em seu discurso.

⁷ Como visão tradicional do modelo constitucional atribuído ao pensamento de James Madison, menciono o seguinte trecho do verbete *Democracia*, de autoria de Norberto Bobbio e presente no Dicionário de Política: “Modelos ideais mais do que tipos históricos são as três formas de Democracia analisadas por Robert Dahl no seu livro *A preface to democratic theory* (1956): a Democracia madisoniana que consiste sobretudo nos mecanismos de freio do poder e coincide com o ideal constitucional do Estado limitado pelo direito ou pelo Governo da lei contra o Governo dos homens (no qual sempre se manifesta historicamente a tirania); a Democracia populista, cujo princípio fundamental é a soberania da maioria; a Democracia poliárquica que busca as condições da ordem democrática não em expedientes de caráter constitucional, mas em pré-requisitos sociais, isto é, no funcionamento de algumas regras fundamentais que permitem e garantem a livre expressão do voto, a prevalência das decisões mais votadas, o controle das decisões por parte dos eleitores, etc.”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Coordenação da tradução: João Ferreira. 11ª edição, v. 1. Brasília: UNB, 1998; p. 328.

concedido a quaisquer dos poderes instituídos. Por conseguinte, no esquema apresentado por Kramer, o poder popular poderá conviver com a interpretação constitucional desenvolvida pelos demais poderes – desde que esses não interfiram em sua palavra final.

iii. O Constitucionalismo Popular como Constitucionalismo Político (Tushnet)

Já no que diz respeito ao trabalho de Tushnet, desde sua virada popular, demarcada em *Taking the Constitution Away from the Courts (1999)*⁸, seu argumento é o de que, no fim das contas, a revisão judicial simplesmente não seria capaz de garantir os direitos constitucionais eventualmente postos em perigo. A partir de uma contribuição conceitual mais explícita que a de Kramer, é defendido que apenas a mobilização política teria essa natureza, de resguardar o que denomina Constituição fina (*thin Constitution*).

Em vista disso, o mencionado conceito desempenhará uma dupla função: por um lado, significa princípios, ou valores – norteadores da interpretação constitucional – e, por outro, procedimento – já que se realiza através da democracia.

No entanto, para a afirmação do argumento, Tushnet lança mão de uma série de análises históricas, de maneira a demonstrar a fraqueza do Judiciário em períodos de assédio faccioso e, ainda, como atores políticos podem protagonizar a interpretação qualificada da Constituição. Por *Constituição fina* entendem-se não os dispositivos do texto escrito, integral, mas os valores mais arraigados da cultura constitucional norte-americana. Notadamente, os princípios de igualdade, liberdade e liberdade de expressão, contidos em seu Preâmbulo e na Declaração de Independência⁹.

Existiriam, portanto, parâmetros orientadores da interpretação política, ou popular, da Constituição, firmados através de lutas e de conflitos ao longo da história. A liderança e o legado de Thomas Jefferson e de Abraham Lincoln aparecem como relevantes exemplos do argumento.

Por outro lado, será questionada a capacidade de o Judiciário resistir a momentos de crise. Nesse sentido, as Cortes tenderiam a alinhar-se à coalisão política dominante, sendo raros os momentos em que sua interpretação escaparia ao pensamento majoritário. Isso quer

⁸ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999a.

⁹ “The thin Constitution protects rights that it has taken centuries of struggle for people to appreciate as truly fundamental” Ibidem, p. 12.

dizer, sua interferência no sistema seria praticamente nula, e, defende Tushnet, não compensaria manter um modelo por temor a situações excepcionais. É defendida, portanto, a abolição do *judicial review* à luz da qualidade da interpretação política, mas também da dispensabilidade da judicial.

Em síntese, busco demonstrar, no segundo capítulo, o entrelaçamento entre a análise histórica mobilizada por Tushnet e o sentido popular defendido. O projeto da fundação, portanto, não é compreendido como algo autônomo: a força das mudanças não residirá na interpretação jurídica, especializada, mas na organização do próprio povo – interligado através de compromissos e de alianças. Assim sendo, seu argumento busca entrelaçar valores (princípios firmados) à ideia de autogoverno democrático (autonomia de a cidadania editar suas próprias leis).

iv. A interpretação política e a absorção do desacordo sobre direitos em uma sociedade plural (Waldron)

De maneira diversa à de Tushnet, que tenta conciliar valores e procedimento, Waldron irá estruturar seu argumento a partir de aspectos eminentemente procedimentais. Em seu caso específico, desde *Law and Disagreement*¹⁰ e *The Dignity of Legislation*¹¹ (ambos publicados em 1999), sua obra já havia anunciado cores contrárias à revisão judicial das leis. No entanto, será em *The Core of the Case Against Judicial Review* (2006)¹² que o confronto se dará de maneira mais declarada. Não só o Judiciário servirá como alvo, mas também a ideia de que seja possível estabelecer uma interpretação mais correta sobre direitos.

Isso quer dizer, seu modelo não entrará no mérito da qualidade da interpretação (apesar de admitir que uma visão mais ampliada sobre a história permita reconhecer um importante papel para a cidadania na definição do sentido constitucional), mas em um debate sobre os melhores fundamentos que venham a organizar a estrutura do sistema de tomada de decisões. Seu argumento é o de que apenas o princípio majoritário, aplicado ao processo decisório, é capaz de tratar os participantes de forma equitativa.

Segundo tal perspectiva, desde que respeitados pressupostos como o compromisso sobre direitos, e o desacordo razoável sobre justiça, será a assembleia representativa (capaz

¹⁰ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University, 1999a

¹¹ Idem. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University, 1999b.

¹² Idem. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. v. 115, pp. 1346-1406; 2006.

de absorver as divergências existentes no corpo social) o melhor espaço para a deliberação política e estabelecimento da decisão final.

Por outro lado, o desacordo é transferido de um campo “danoso” da política para um elementar, restando desafiada a ideia de que seja possível alcançar uma verdade única, ou mais racional, sobre direitos. E, se não há critério filosoficamente possível para estabelecer tal conteúdo, tampouco caberá à filosofia do direito defini-lo. Segundo Waldron, é possível falar em melhor interpretação, apenas, a partir do ponto de vista de um participante, mas não de um ponto de vista filosófico¹³.

Além disso, Waldron buscará demonstrar como a defesa de uma ideia de direitos não demanda, necessariamente, um conflito com a de democracia. A pressão política, portanto, será considerada como um elemento favorável à garantia dos direitos e não contrário. Do mesmo modo, restará relativizada a ideia de tirania das majorias – já que a percepção de tirania dependerá exclusivamente do ponto de vista do participante, e poderá ser praticada por qualquer órgão – judicial ou legislativo.

v. *A investigação da Constituição fora das Cortes*

O campo do constitucionalismo popular, no entanto, não irá caracterizar-se apenas pela agenda crítica à revisão judicial, mas também por outros pressupostos essenciais. Por exemplo, ao invés de adotar uma perspectiva tradicional, que tenderia a priorizar as decisões produzidas pelos tribunais para a compreensão do sentido da Constituição, seus expoentes irão propor o alargamento de suas fontes. Isso quer dizer, irão buscar a possibilidade de transformação do sentido constitucional fora das Cortes. Por esse motivo, compreensões paradigmáticas, como é o caso da formulada por Bruce Ackerman – que busca o papel da cidadania para definição do sentido constitucional – serão importantes marcos para o campo.

Mesmo que a ideia de momento constitucional¹⁴ represente algo excepcional, que foge à regra da história – excepcionalidade essa alvo de objeção por parte do

¹³ Isso quer dizer, se há desacordo – e este desacordo é razoável – não haverá critério possível que permita selecionar apenas uma das opções apresentadas. Assim sendo, Waldron entende ser natural que um participante defenda um ponto de vista como superior aos demais, mas não seria papel da filosofia, no seu entendimento, construir uma teoria que legitime esse ponto de vista em desfavor dos demais (igualmente razoáveis).

¹⁴ Sua teoria parte da distinção entre decisões tomadas pelo governo (*normal politics*) das tomadas pelo povo (*constitutional politics*), através do que denomina democracia dualista.

constitucionalismo popular¹⁵–, é a possibilidade de se reunirem, em um só momento, a interpretação constitucional e a ação política, que representará uma das mais significativas ideias absorvidas pelo campo¹⁶.

Em coerência, Kramer reivindicará a busca da Constituição fora das Cortes, e a autoridade da cidadania para o estabelecimento de seu conteúdo, como um dos elementos fundamentais do constitucionalismo popular:

Rather than worry about what judges do solely from concern for the domain of ordinary politics, the Court's new critics worry as much or more about judicial usurpation of the people's role as constitutional interpreters. This shift in perspective, in turn, has changed the grounds of debate by raising different arguments against judicial supremacy, arguments that rest on different conceptions of the Constitution and its relationship to democratic citizenship. (Kramer, 2004b, p. 959)

Apesar de se notar um esforço especial, em Kramer, para reconhecimento do campo, e por mais que haja um interesse em lhe conferir uma coesão, ou uma consistência ideológica¹⁷, que é difícil de sustentar se analisada uma série alternativa de aspectos¹⁸, o

¹⁵ Condição essa criticada tanto por Kramer quanto por Tushnet. Em artigo publicado em 2004, a respeito da emergência do chamado constitucionalismo popular, Kramer pronuncia-se da seguinte forma: “I should say a word about one person whose work will not appear in the discussion that follows. I mean Bruce Ackerman, and in particular Ackerman's well-known theory of non-Article V amendments. (...) Although Ackerman's work in these books (and various related articles) is associated in many people's minds with the notion of popular constitutionalism, it does not in fact fit the concept as I understand and will be using it. “Popular constitutionalism” refers to the idea that authority to interpret and enforce the Constitution is not deposited exclusively or ultimately in courts (or in any agency of government, for that matter), but remains in politics and with “the people themselves”. It refers, in other words, to some idea that the people retain authority in the day-to-day administration of fundamental law. No one – not even the most legalistic of legal constitutionalists – has ever doubted or denied the authority of the people to make or amend fundamental law. The critical question for popular constitutionalism has always involved the locus of authority to resolve interpretive ambiguities that call for action short of affirmative change. Under Ackerman's theory, this authority is fully vested in judges, whose task is, indeed, to preserve “constitutional regimes” inviolate between the rare constitutional “moments” when “We the People” revise them”. KRAMER, Larry. Popular constitutionalism, circa 2004. **California Law Review**, v. 92, p. 961, nota de rodapé nº 3; 2004b.

¹⁶ Além de negar tal excepcionalidade, Tushnet (1999a, p. 68) traçará um marco distintivo entre a interpretação realizada nos momentos excepcionais, e nos ordinários, que contudo não será qualitativa. “Judgments in ordinary politics can be distorted by special interest group pressures or by excessive self-interest. Judgments made during constitutional moments may be distorted as well, by excessive enthusiasm at the prospect of developing rational rules that will permanently solve fundamental problems of social order. The general point is that decisions made in constitutional moments are different from, but not necessarily better than, decisions made during ordinary politics”. No segundo capítulo, haverá uma abordagem mais detida sobre a questão. Para um debate mais claro: KRAMER, Larry D. What's a Constitution for Anyway? Of History and Theory, Bruce Ackerman and The New Deal. **Case Western Reserve Law Review**, v. 46, pp. 885-934; 1995-1996.

¹⁷ “My purpose is not to defend or advance any particular version of popular constitutionalism. It is, rather, to present an overview of scholarly work on the matter and, in this way, to show the surprising breadth, strength, and coherence of the case for some form of popular constitutionalism. In fact, the body of work that can be described as falling within this rubric is enormous—with important contributions coming from scholars in law, political science, history, sociology, and philosophy” KRAMER, 2004b, p. 961.

¹⁸ Digo aspectos além da batalha contra a revisão judicial. Dentre as conclusões que apresento, ao final do trabalho, busco indicar as divergências que são possíveis verificar entre os autores. Por mais que considere relevante tomá-los em conjunto, então, penso não ser produtora ignorar importantes diferenças que

diagnóstico sobre a mudança de perspectiva adotada pelo campo não é de todo infundado. Ao longo do trabalho que se segue, será possível constatar como a narrativa histórica geral – delimitada por Ackerman através do conceito de momento constitucional, porém recorrente no imaginário do constitucionalismo estadunidense – oferece as bases para os autores do constitucionalismo popular formularem suas teses.

Afinal, se há exemplos disponíveis na história que ensejaram a transformação constitucional, a partir de um ponto de vista político e em confronto com as Cortes (principalmente durante os governos de Lincoln e de Roosevelt), não há motivos para a teoria constitucional não reconhecer a importância da interpretação popular, e não lhe reservar um papel de destaque.

Já no que diz respeito à questão da perspectiva histórica, no trabalho *The Arrival of History in Constitutional Scholarship* (2002)¹⁹, Edward White irá relacionar o fenômeno da decadência da legitimidade contramajoritária à ascensão da história no campo da teoria constitucional, através do que denomina *historical turn*²⁰. Do mesmo modo, à erosão de uma cultura partilhada de valores e atitudes, que haveria deixado de existir:

The collapse of countermajoritarian constitutional theory was ultimately related to its inability to supply adequate constraints on judges *or* legislatures. And its collapse was hastened by the collective loss, in the late twentieth century, of a sense of shared cultural attitudes and values that had once been thought of as making possible the judicial formulation of principles and the legislative formulation of policies that Americans understood to be foundational to constitutional democracy (WHITE, 2002, p. 618).

Por outro lado, dentre as diversas produções identificadas, na última década do século XX, representativas da tese, White apontará quatro espécies de guinada, nomeadamente: *originalista, crítica, liberal-Warren e neorrepublicana*²¹. Por mais que seu trabalho não lide com o problema do constitucionalismo popular, é interessante observar não apenas a menção aos trabalhos de Ackerman, Tushnet e Michelman, mas a diferenciação entre a linha crítica

atravessam suas obras. Diferenças essas que lhes conferem nuances próprias, e que também procuro indicar ao longo dos capítulos.

¹⁹ WHITE, Edward G. The arrival of history in constitutional scholarship. *Virginia Law Review*, v. 88, pp. 485-633, 2002.

²⁰ “The turn toward history initiated by the post-countermajoritarians has broadened and deepened over time, especially with respect to the methodologies of historical inquiry employed by contemporary constitutionalists. That last development, and the reasons for it, serve to illustrate the central themes of this article”. WHITE, 2002, p. 498.

²¹ Representam, na visão de White (2002, p. 571), os grupos onde se poderia constatar uma leitura histórica não dominada pelo paradigma da matriz contramajoritária.

(nela inserida Tushnet) e a neorrepublicana (Michelman) com base no critério da aceitação do protagonismo das Cortes²².

Nesse sentido, o trabalho que se segue, de certa forma, ao lidar com uma narrativa historiográfica que resgata o sentido republicano e democrático do constitucionalismo norte-americano, acabará por problematizar a diferenciação adotada por White, que reproduz um pressuposto de importante parcela da teoria política contemporânea²³, no sentido de que o republicanismo renovado, exija, necessariamente, a presença de um tribunal constitucional que intervenha no sistema político.

vi. O conflito entre a interpretação realizada dentro e fora das Cortes

Além da chegada da história à reflexão constitucional, há outro importante elemento que perpassa, de modo mais ou menos radical, o argumento dos autores que serão objeto de investigação. Trata-se do elemento do conflito entre a interpretação realizada dentro e a realizada fora das Cortes, caractere este que também servirá de pressuposto à grande tese defendida pelo campo (de que a interpretação popular seja melhor que a judicial).

Em uma série de estudos publicados desde 1998 (*The History of the Countermajoritarian Difficulty – I, II, III, IV e V*)²⁴, Barry Friedman se dedicará à

²² Da mesma forma que Habermas, White (2002, p. 596) irá relacionar a renovação do republicanismo constitucional ao nome de Michelman, ao longo da década de oitenta. A respeito da distinção: “(...) Critical scholars reasoned that since the distinctions between process or participatory values and substantive values, or between law and politics generally, were illusory, the remedy was to abandon those distinctions, and consider new ways in which law might be employed as a transformative political force (...) Neorepublicans agreed with Critical scholars that countermajoritarian-inspired constitutional scholarship had overestimated the weight of process constraints on judges and other powerholders. They also shared the Critical scholars’ assumption that legislative policymaking, in the 1980s, was more accurately described as reflecting the agendas of self-interested elites than as an embodiment of the collective wishes of the people. But they were disturbed by features of the Critical approach. (...) He [Michaelman] then suggested that the apprehensiveness the framers felt toward legislatures, as a potential source of demagoguery or tyranny, could be seen as grounded in a concern that legislative action might actually impede the capacity of the people to govern themselves. It followed that the judiciary, in its capacity as a constitutional check on legislatures, was serving as an agent for the people (...) All the groups, with the exception of Critical scholars, were interested in investigating the promise of historically-derived constraints on judges (...)” WHITE, 2002, pp. 601-607.

²³ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Paulo Astor Soethe. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política**. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, pp. 277-298, p. 281. Idem. A soberania do povo como processo. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade v. II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Pp. 277-292. Vide itens II.1 e II.2 Idem. Justiça e legislação: sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade v. I**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Pp. 297-354.

²⁴ FRIEDMAN, Barry. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. **New York University Law Review**, v. 73, pp. 333-433; 1998. Idem. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics, **University of Pennsylvania Law Review**. v. 148, pp. 971-1064; 2000a. Idem. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of

compreensão das raízes do que denomina *crítico contramajoritário*, que, segundo seu ponto de vista, não teria nascido com o termo *difficuldade contramajoritária* (após a segunda grande guerra), mas antes, e se revelado em diversos momentos da história constitucional norte-americana.

“Countermajoritarian criticism”, as used here, refers to a challenge to the legitimacy or propriety of judicial review on the grounds that it is inconsistent with the will of the people, or a majority of the people, whose will, it is implied, should be sovereign in a democracy.²⁵

Desse modo, no trabalho de Friedman, o denominado *crítico* terá por alvo a atuação política dos juízes, e sua independência frente os portadores da vontade (representantes) do povo. Há, então, uma oposição entre a função da jurisdição constitucional e a livre disposição do arbítrio popular (oposição entre independência das Cortes e autogoverno do Povo). Dessa forma, é identificada uma tradição, desde os primeiros anos após a independência, relacionada à crítica “popular” ao domínio do Judiciário²⁶.

Tal *crítico* irá assumir nuances distintas conforme o contexto histórico, e o conceito de democracia vigente no período. No entanto, a polarização, a ascensão do *crítico*, acompanhará todo movimento de afirmação da supremacia da revisão judicial²⁷.

vii. Existe um constitucionalismo popular? Os limites do debate.

Particularmente, penso que há alguns problemas de difícil solução para quem se proponha a fazer um trabalho que guarde semelhanças com o que se segue:

O primeiro diz respeito à questão da novidade – ou não – do constitucionalismo popular. À luz de leituras como a de Friedman, é possível que este pressuposto se fragilize, corroendo a ideia de contemporaneidade que confere certo brilho ao campo. No entanto, independente da atualidade do debate, o aporte decorrente da reunião e da análise dos

Lochner, *New York University Law Review*, v. 76, pp. 1383-1455; 2001a. Idem. The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship, *Northwestern University Law Review*, v. 95, p. 933; 2001b. Idem. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction’s Political Court. *The Georgetown Law Journal*, v. 91, pp. 1-65; 2002a. Idem. The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. *Yale Law Journal*, v. 112, pp. 153-259; 2002b.

²⁵ FRIEDMAN, 1998. p. 354

²⁶ A preocupação, sob essa perspectiva, não dizia respeito à revisão judicial, propriamente dita, mas a sua supremacia. Já no início do século XIX, Jefferson defenderia a interpretação constitucional pelo povo, em detrimento da interpretação judicial.

²⁷ Para cada era abordada por Friedman, há uma série de fontes e critérios apresentados. Como se trata de uma narrativa que lida com diversos momentos, não será oportuno resumi-la nesta introdução. No entanto, é possível indicar sua ideia central, que diz respeito à percepção da oscilação do chamado *crítico* contramajoritário ao longo da trajetória do constitucionalismo norte-americano.

argumentos que se atualizam não se diminui. Os elementos apresentados pelos autores selecionados (Kramer, Tushnet, Waldron) representam questionamentos a aspectos tradicionais, mas também a recentes, sobre a revisão judicial. Elementos esses que desafiam compreensões dominantes – inclusive epistemológicas – e oferecem novas perspectivas de entendimento para o sentido a ser extraído do constitucionalismo norte-americano, projetando ainda suas teorias para uma ideia imediata de futuro.

Já o segundo problema a se lidar concerne à pergunta, de fundo: “mas quem possui a razão?”, ou, mais precisamente, “quem está correto – a visão tradicional ou a revisão crítica?”. Nesse sentido, apesar da natureza recente do campo, já existiria uma literatura suficiente, e disponível, para realizar um trabalho que problematizasse seus pressupostos. Ao longo do texto, indico um ou outro ponto que é objeto de críticas, além dos debates assumidamente encampados pelos autores, no entanto, como será possível perceber, o maior objetivo do trabalho passa também por respeitar a coerência interna dos argumentos investigados.

Em último plano, observo ainda uma dificuldade relativa à classificação do campo, problema esse que decorre não apenas da revisitação de um debate tradicional (na história do constitucionalismo norte-americano, como visto, e também na trajetória do próprio pensamento político), mas, ainda, da natureza recente dos trabalhos. Torna-se delicado, portanto, desenhar em definitivo as linhas que delimitam o pensamento dos participantes, dado não existir ainda o distanciamento temporal necessário a este fim.

No entanto, penso que tais riscos não inviabilizam o desafio de compreender seus argumentos, e de propor chaves de análise que permitam investigá-los em conjunto. Tomada a coerência do constitucionalismo popular de maneira forte, ou fraca²⁸, ambas as possibilidades aportam ao debate. Por essa razão – por entender que a academia jurídica se empobrece a partir do momento em que adota (de modo dominante) apenas uma narrativa para a compreensão do fenômeno constitucional, em detrimento de outras possíveis – defendo que o trabalho que se segue tende a justificar-se²⁹.

²⁸ Entendo por constitucionalismo popular em sentido forte a noção de que existiria, entre seus autores, uma firme coesão e, em sentido fraco, o reconhecimento de que o campo existe, porém atravessado por uma série de incoerências. Retomarei esta ideia ao final do trabalho, no momento da conclusão.

²⁹ A pesquisa desenvolvida optou por priorizar a literatura norte-americana existente sobre o tema. De um modo geral, há entre os autores brasileiros (que refletem sobre a teoria constitucional) certa resistência ao debate proposto pelo campo, atrelando-o à demagogia, ou ao populismo - em sentido negativo. No entanto, é possível destacar os trabalhos de MENDES, Conrado H. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, e **Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, que consideram o debate para fins de reflexão sobre o modelo institucional brasileiro. E

1.

FUNDAÇÃO, POVO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: O CONSTITUCIONALISMO POPULAR EM LARRY D. KRAMER

Longe de propor uma teoria, a noção de constitucionalismo popular na obra de Kramer diz respeito a uma experiência histórica, que haveria predominado na América desde o período anterior à fundação até meados do século XIX. Em sua visão, a autoridade final para definição do sentido constitucional teria residido no povo, e não em qualquer dos poderes constituídos.

Derivado de uma tradição constitucional – britânica – onde já se operava uma distinção entre lei fundamental e ordinária, e dos mecanismos de sua interpretação (KRAMER, 2004a, p. 65), o modelo americano teria absorvido essa espécie de funcionamento onde Constituição não se confunde com direito comum e, conseqüentemente, não está ao alcance dos juízes.

Alertando para o pressuposto contemporâneo de Constituição enquanto documento legal, e conseqüentemente objeto de especialistas, Kramer busca desconstruir a visão dominante, segundo ele anacrônica, da gênese do *judicial review* norte-americano, para oferecer uma outra narrativa.

Nessa perspectiva, o primeiro guardião supremo conhecido pela Constituição de 1787 teria sido o próprio povo, cuja participação em rebeliões, no exercício do voto, na composição e interpretação enquanto jurado nos tribunais, e como detentor do direito de petição, indicaria o caleidoscópio de sua atuação republicana. Não que os poderes não interpretassem o conteúdo constitucional, mas simplesmente não possuiriam a palavra final, que caberia à comunidade.

Na verdade, Kramer busca atrelar a interpretação realizada pelos agentes como algo inevitável, decorrente de seu compromisso com a integridade constitucional. Diante de um

também de BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, cujo trabalho considera a perspectiva da Constituição enquanto documento político.

texto que afrontasse seus princípios, qualquer um teria o dever de não aplicá-lo, desde que a inconstitucionalidade fosse realmente inequívoca³⁰. A grande questão refere-se à supremacia na definição de seu sentido.

Em sua leitura, o nascimento da ideia de supremacia do *judicial review* teria se dado em meio à oposição partidária entre federalistas e republicanos, cuja disputa política acirra-se após a eleição de Jefferson, e não devido a uma natural evolução – como tradicionalmente compreendido pelos intérpretes do constitucionalismo.

Todavia, em que pese a força crítica dessa reconstrução, Kramer também direciona seus canhões à contemporaneidade que, além de não compreender o sentido histórico da fundação, teria aprofundado o abismo entre a interpretação realizada dentro e a realizada fora das cortes. Segundo seu diagnóstico, a ideia de supremacia do *judicial review* reinaria inquestionável, sem qualquer reação significativa por parte do povo ou de seus representantes.

Considerado o revisionismo de Kramer, e sua ofensiva à palavra final pelo Judiciário, o capítulo que se segue busca compreender os elementos críticos de sua narrativa, a partir, essencialmente, 1) dos aspectos que teriam configurado a experiência histórica do constitucionalismo popular; 2) da reinterpretação dos pensamentos de Madison e de Hamilton; e 3) do papel reservado às Cortes e ao Povo, e sua dinâmica específica dentro do arranjo em questão.

1. O CONSTITUCIONALISMO POPULAR ENQUANTO EXPERIÊNCIA HISTÓRICA

Kramer constrói seu argumento a partir da polarização das noções de constitucionalismo legal e de constitucionalismo popular, sendo este, no seu entendimento, o predominante no início da República norte-americana.

American constitutional law has, practically from the start, consisted of a struggle between two principles, which we can call "popular constitutionalism" and "legal constitutionalism". In a system of popular

³⁰ A respeito do papel então desempenhado pelas cortes, Kramer observa: “Like other forms of customary law, the content of this constitution was uncertain and open-ended. Indeed, the requirements of fundamental law were considerably less clear even than those of the common law, which after the fifteenth century had become centralized in the royal courts, and thus rested less on societal custom and practice than on formal judicial precedent and the opinion of legal professionals. No similar development took place with respect to fundamental law, and courts had no special role in settling disputes over the meaning of the constitution (...)”. KRAMER, 2004a, p. 14.

constitutionalism, the role of the people is not confined to occasional acts of constitution making, but includes active and ongoing control over the interpretation and enforcement of constitutional law. Legal constitutionalism, in contrast, relocates final authority to interpret and enforce fundamental law in the judiciary. Although both principles have been with us from nearly the beginning, popular constitutionalism came first and was dominant for most of American history-leaving the judiciary, like the political branches, subject to ultimate supervision by “the people themselves” (KRAMER, 2004b, p. 959).

O papel do povo como intérprete, ativo, na definição do sentido constitucional, seria passível de observação em diversos eventos, frequentes no período histórico situado entre os anos anteriores e os seguintes à ratificação da Constituição. Desse modo, o constitucionalismo legal, hoje dominante, viria a consolidar-se apenas com transformações ocorridas no século XIX, relacionadas à progressiva profissionalização e especialização do saber jurídico³¹.

1.1 Caracteres da experiência

Não existindo, portanto, significativa separação entre o legal e o político, Kramer observa uma racionalidade própria no período, cuja noção de legalidade seria menos restrita que a contemporânea. O fenômeno do constitucionalismo popular, além dessa mentalidade específica³², se revelaria em uma série de acontecimentos reiterados pela prática política da comunidade, então legítima intérprete final do conteúdo constitucional.

Tais atos, amparados pela mencionada noção de legalidade e definidos por Kramer (2004a, p. 25) como formas de resistência (*forms of resistance*), englobariam direitos celebrados e largamente praticados, tais como os direitos de voto, de petição, a um julgamento por júri e, além, a participação em turbas (*mobs*) ou rebeliões – fatos esses de amplo conhecimento da historiografia tradicional³³, mas que assumem sentido próprio em sua revisão.

Tal orientação, popular, analisadas as mudanças e as permanências do período pré e pós-revolucionário, não teria se alterado de modo significativo, restando a autoridade constitucional sempre no próprio povo (KRAMER, 2004a, p. 49).

³¹ KRAMER, 2004a, pp. 145-169 (capítulo 6).

³² “Eighteenth-century constitutionalism was less concerned with quick, clear resolutions. Its notion of legality was less rigid and more diffuse (...) understood by participants “to produce *legality* as opposed to acts of will, power, or grace”. Ibidem, p. 30.

³³ HORWITZ, Morton J. A Historiography of the People Themselves and Popular Constitutionalism. **Chicago-Kent Law Review**, v. 81, pp. 813-824; 2006

A) A tradição do constitucionalismo popular

A experiência do autogoverno nas colônias é capítulo comum daqueles que se dedicam a compreender o fenômeno do constitucionalismo norte-americano, entretanto, o sentido que daí decorre permanece alvo de disputas. Na visão de Kramer, tal experiência, longe de levar a um natural desenvolvimento da revisão judicial pelos juízes, estaria situada dentro de uma tradição onde a participação popular era a principal engrenagem do constitucionalismo, e não o elemento a ser limitado.

Eighteenth-century Americans had a less cramped image of popular constitutionalism. They took for granted the people's responsibility not only for making, but also for interpreting and enforcing their constitutions (...) This was intended not to limit, but rather to respect and preserve popular authority over constitution (...) (KRAMER, 2004a, p.53).

O primeiro caso, representativo, abordado por Kramer em *The People Themselves* refere-se ao júri de Gideon Henfield, realizado em 1793 (2004a, p. 3). Levado a julgamento por ter servido como corsário na França, e afrontado o então direito internacional vigente, todos os fatos arrolados pela acusação restaram incontestes. Em compensação, o argumento utilizado pela defesa fora o de que a acusação padeceria do vício da inconstitucionalidade, uma vez que nenhuma lei americana proibiria suas ações. A Corte, possuindo inclusive em sua composição *justices* como James Wilson e James Iredell³⁴, manifestara-se de modo contrário à interpretação da defesa, considerando-a fraca, do ponto de vista legal. Todavia, o júri viria a concordar com o entendimento, sendo sua decisão celebrada país afora em virtude do seu compromisso com a Constituição e com os direitos do homem³⁵.

O argumento de Kramer vale-se de outros exemplos, para indicar a predominância do chamado constitucionalismo popular, e seu vigor, à época da fundação. Nesse sentido, as turbas (*mobs*)³⁶ também revelariam uma importante ferramenta para o exercício da soberania popular, amparada por uma longínqua tradição constitucional:

Mobbing was an accepted, if not exactly admired, form of political action – common in England and on the Continent as well as in America. Crowd action represented a direct expression of popular sovereignty (...) Indeed,

³⁴ Ambos membros, indicados por George Washington, nos primeiros anos da Suprema Corte (em 1789 e 1790, respectivamente).

³⁵ “The *National Gazette* praised Henfield’s jury for upholding the Constitution against a court and an Administration whose views had been corrupted by “motives of policy”. KRAMER, 2004a, pp. 3-4.

³⁶ Para uma análise sobre a consideração do fenômeno, no campo da história constitucional ver: WOOD, Gordon. A Note on Mobs in the American Revolution. *The William and Mary Quarterly*, v. 23, n. 4, pp. 635-642, out. 1966.

custom and practice were more responsible than philosophy for shaping and legitimating crowd activity (KRAMER, 2004a, p. 27).

Tais mobilizações não caracterizariam o caos, ou a organização para o crime, mas conseguiriam orbitar ao redor de um alvo determinado, de modo surpreendentemente calculado³⁷. A história que Kramer busca revelar é aquela onde, dado o localismo do período³⁸, os instrumentos e as instituições do governo repousavam nas mãos da comunidade, independente e ativa.

O arranjo popular englobava ainda o direito de petição e, sobretudo, o direito de voto. Se, por um lado, garantia-se o direito à manifestação por escrito de suas razões, de modo a convencer os agentes do poder sobre determinada interpretação – fenômeno esse não apenas observado, mas, segundo Kramer, com tendência a anteceder formas mais violentas de ação – por outro, garantia-se a responsabilidade dos governantes, submetidos ao escrutínio público.

Todas essas formas de realização do princípio popular do constitucionalismo experimentado no período indicariam como a autoridade final para a interpretação teria residido, de modo inequívoco, no próprio povo: “(...) ‘the people’ – conceived as a collective body capable of independent action, were empowered to enforce the constitution against errant rulers.” (KRAMER, 2004a, p. 25). A comunidade é tida, no modelo apresentado, como a principal intérprete e relevante aplicadora da Constituição.

B) Transformações constitucionais e afirmação do princípio popular

Consideradas as mudanças e as permanências ocorridas após a ratificação do texto constitucional, o argumento desenhado é o de que a vitalidade do constitucionalismo popular teria permanecido intocada, persistindo a sofisticada mentalidade capaz de diferenciar o direito ordinário do fundamental (KRAMER, 2004a, p. 49). Entretanto, dada a emergência de um novo governo, importantes transformações seriam observadas.

Primeiramente, à independência seguiu-se a questão da responsabilidade dos governantes. Até então regulado pela Coroa britânica, o governo dos Estados Unidos passou a lidar com uma série de questões por ele antes desconhecidas, tais como a administração e

³⁷ Vide comentários à “Festa do Chá de Boston”, KRAMER, 2004a, pp. 18 e 27.

³⁸ A respeito do constitucionalismo federalista enquanto movimento contrário ao espírito de localidade, que tenderia a gerar anarquia e tirania: WOOD, Gordon S., **A Revolução Americana**: história breve. Lisboa: Círculo de Leitores, 2004; p. 143.

o financiamento bélico, a articulação política internacional, e as disputas entre os estados, em nível federal; mas também em nível local, onde as legislaturas passariam a lidar com temas antes reservados às autoridades do império (KRAMER, 2004a, p. 50).

Por outro lado, observa-se o fenômeno das novas constituições escritas. Tal constitucionalismo, ao invés de caracterizar uma tentativa de criar um documento predominantemente legal simbolizaria, na visão de Kramer, uma facilitação a seu acesso, a seu uso. Sobre a mudança, comparada a noção de direito fundamental, anterior, à seguinte, associada ao texto escrito, o argumento busca relativizar o problema da ambiguidade e da incerteza:

The customary constitution was unambiguous in many respects, while two centuries of wrestling with written texts has made their imprecision abundantly clear. There was, nevertheless, a difference in degree that mattered, and by reducing their constitutions to writing, Americans made that much more immediately, easily useable (KRAMER, 2004a, p. 51).

Ademais, a emergência do novo cenário trará consigo uma série de indefinições, decorrentes da inexperiência com os novos arranjos (KRAMER, 2004a, p. 54). Por exemplo, no que concerne à relação entre os governos estaduais e federal, assim como à relação entre os Poderes – Legislativo, Executivo, Judiciário – em um sistema balanceado.

Desse modo, o que seu argumento busca indicar é que, a despeito das mudanças ocorridas, o sentido popular-constitucional do período não teria sido afetado: “A sense of popular empowerment was pervasive, as Americans confidently decided that they could fashion their own constitution and control their own destinies”.

Por conseguinte, no que significativa parte da tradição enxerga uma tentativa de limitação à participação popular, através da adoção de um procedimento próprio para emenda à Constituição, Kramer (2004a, p. 55) identifica a afirmação do princípio da soberania popular, abraçado, segundo sua leitura, de modo explícito pelo republicanismo da fundação.

1.2 *Judicial review* fora de questão

Se por um lado, a compreensão oferecida por Kramer enfatiza o caráter explícito do princípio da soberania popular adotado pelo constitucionalismo pós-independência, por

outro, não admitirá a tese do caráter implícito do *judicial review* enquanto elemento-chave para o funcionamento do sistema balanceado de controle de poder³⁹.

Sua análise histórica parte da distinção entre a mera existência da revisão judicial, que estaria relacionada ao compromisso de qualquer agente público, inclusive dos juízes, da supremacia do *judicial review*, autoridade não apenas desconhecida, mas, segundo Kramer, rechaçada à época da fundação.

A) Os debates, a Constituição e um provocador silêncio

Apesar da existência de argumentos esparsos que defendessem um protagonismo pelo Judiciário, ao analisar as atas dos debates que precederam a ratificação da Constituição, além da circulação pública de programas e seu alcance, Kramer (2004a, p. 69) observa como, de modo aparentemente curioso, a questão do *judicial review* teria sido ignorada durante as deliberações, além do conhecido silêncio no texto final⁴⁰.

A revisão sobre o pensamento de Madison e de Hamilton será abordada de modo mais detalhado no próximo item, entretanto, cabe registrar, uma importante chave para compreender a proposta de Kramer é a diferenciação realizada sobre o federalismo dos anos oitenta, anterior à ratificação e realização do novo governo, ao dos anos noventa, a partir do qual surgirá um novo conflito. Se antes a disputa classificava-se em federalismo *versus* antifederalismo, a seguinte, com importantes consequências teóricas, viria a polarizar-se entre federalistas *versus* democrata-republicanos.

O que o recorte sugerido por Kramer busca destacar é a irrelevância do tema do poder de revisão da Constituição pelos juízes, à época das deliberações que levaram à redação do novo texto, o que não implicaria em uma aceitação tácita, mas em um desconhecimento do assunto. Analisadas as propostas votadas e rejeitadas, e os discursos realizados durante a

³⁹ Sobre a conexão entre ambos os fenômenos – a vitalidade do constitucionalismo popular e o papel coadjuvante do *judicial review* – em torno dos quais se estrutura a narrativa de Kramer, Richard Ross observa: “But Kramer’s approach is not just contextual in this way. It is contrapuntal. I say “contrapuntal” because judicial review and popular constitutionalism each stand, at different points in the book, as objects to be explained and as backgrounds or contexts for the other’s evolution. Both serve not only as contexts, but as challenges to the other. Each provokes intellectual and political changes to the other which, in the process, alters both. The contrapuntal engagement of judicial review and popular constitutionalism is not only the subject of the book, but it is also an engine that drives change”. ROSS, Richard J. Pre-Revolutionary Popular Constitutionalism and Larry Kramer’s *The People Themselves*. **Chicago-Kent Law Review**, v. 81, p. 905; 2006.

⁴⁰ Seu argumento é no sentido de que a maior preocupação teria girado em torno da questão do controle da lei federal.

convenção da Filadélfia, Kramer defende que o principal foco de preocupação, no que diz respeito ao controle de leis, estava relacionado à aplicação das leis federais, e que a resposta fora o controle pelo veto presidencial, e não o *judicial review*:

On further reflection, this silence is less inexplicable than it may seem at first. Judicial review was not the question before the Convention. The question was how best to prevent the enactment of unwise and unconstitutional federal legislative measures. The answer was an executive veto (KRAMER, 2004a, p. 77).

Além disso, a ideia de controle final exercido pelo próprio povo estaria disseminada. Analisado o pensamento federalista, por exemplo no que se refere à defesa da Constituição, seria então óbvia a resistência popular em caso de ofensa, através dos mecanismos que caracterizavam o constitucionalismo popular:

Let Congress try to misuse its powers, they said time and again, and federal lawmakers would find themselves facing formidable popular resistance – via elections, juries, popular outcries, or, in the unlikely event that all these failed, by more violent forms of opposition (KRAMER, 2004a, pp. 83-84)

Nesse aspecto, principalmente, o entendimento de Kramer desafia a compreensão histórica estabelecida sobre o sentido do constitucionalismo das colônias. Sobre a polêmica revisão, Horwitz observará como a interpretação, no que se refere à suposta ausência de uma mentalidade “legal” própria, difere de leituras-referência como as de Bernard Bailyn ou de Gordon Wood, que interpretam a emergência da Constituição americana, sim, enquanto concepção de um documento legal:

Enough has been said to see how different Kramer’s Picture of colonial constitutionalism is from the now standard accounts of Bailyn and Wood. All agree that in England on the eve of the American Revolution, judicial review had been marginalized and parliamentary sovereignty had become the constitutional norm. But both Bailyn and Wood emphasize that the small “c” English constitution was then understood not as a body of fundamental law is but as a frame of government. **For them, the emergence of the idea of a Constitution as an embodying fundamental law is one of the paramount achievements of the American Revolution** (HORWITZ, 2006, p. 815, destacado).

No entanto, o argumento de Kramer não se ampara somente sobre a mentalidade do período – em sua visão capaz de lidar com o dualismo “político-legal” –, mas, ainda, sobre a dinâmica entre os Poderes, então passível de observação, e cuja possibilidade de interpretação constitucional teria sido igualmente compartilhada.

B) A teoria departamental: igualdade e coordenação entre os Poderes

Segundo Kramer (2004a, p. 107), a necessidade de se delegar a interpretação final a um dos Poderes pertenceria à cultura do direito ordinário, e não à do constitucionalismo popular. O chamado departamentalismo, portanto, representaria a afirmação dessa cultura no novo arranjo, onde a autoridade suprema ainda residiria nas mãos da comunidade⁴¹:

Within this new political culture, the departmental theory made perfect sense. Each branch could express its views as issues came before it in the ordinary course of business: the legislature by enacting laws, the executive by vetoing them, the judiciary by reviewing them. **But none of the branches' views were final or authoritative.** They were the actions of regulated entities striving to follow the law that governed them, subject to ongoing supervision by their common superior, the people themselves (KRAMER, 2004a, p. 109, destacado).

A recepção da cultura popular (*populist culture*) pelo novo desenho constitucional, através da teoria departamental, teria se dado de modo consciente e através de uma adaptação refletida – realizada com o objetivo de conciliar as transformações pós-independência ao princípio popular, sem vinculá-lo ao caos ou à anarquia.

Todavia, no que se refere à assimilação dos valores populares, uma importante guinada se registraria no período. Com a emergência de uma cultura democrática, e o nascimento de uma esfera de opinião pública, as mobilizações mais violentas, antes pertencentes à gama dos “remédios populares” passariam a ser objeto de repúdio pelo pensamento político do período (KRAMER, 2004a, pp. 110-111).

Por essa razão, por volta dos mil e oitocentos, a ideia de opinião pública soma-se à de soberania popular, qualificando-a: “On the other hand, public opinion would work to secure rather than undermine republican government only if and for so long as the public was guided by reason” (KRAMER, 2004a, p. 114).

Ao enfatizar a relação de coordenação entre os Poderes em uma dinâmica departamental, além da manutenção da autoridade final para interpretação do conteúdo

⁴¹ A perspectiva utilizada por Kramer para compreender as engrenagens da teoria departamental, entretanto, também é objeto de debates: “By interpreting departmentalism in light of the values of popular constitutionalism, Kramer takes departmentalism to conclusions with which many departmentalists would disagree. Most theorists of departmentalism situate their analysis in the context of separation of powers, rather than popular constitutionalism. They frame their work by asking how the constitutionally assigned functions and distinctive interpretative capacities of the three branches of the federal government should be coordinated”. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular constitutionalism, departamentalism, and judicial supremacy. *California Law Review*, v. 92, pp. 1032-1033; 2004.

constitucional no próprio povo, Kramer busca desconstruir a narrativa que situa a gênese da trajetória do *judicial review*, e de sua supremacia, no ano de 1803.

Conforme apontado, seu trabalho defende a existência de uma mentalidade específica no período, cuja cultura política teria sido recebida pelo constitucionalismo pós-independência. Desse modo, existindo um esquema onde todos os poderes interpretavam igualmente a Constituição, não se poderia falar em nascimento da supremacia da revisão judicial. Não ao menos no período, em sua dinâmica ou em seus ideais.

Entretanto, cabe perguntar, se o *judicial review* não deve suas origens ao constitucionalismo da fundação, como tradicionalmente compreendido, a que deveria sua gênese? Que tipo de pensamento o haveria concebido? A que condições históricas se atribuiria sua ascensão?

1.3 1803: a natureza partidária de uma concepção

A resposta de Kramer apontará basicamente em duas direções. A primeira, de natureza ideológica, relacionar-se-á à tensão experimentada entre os partidos federalista e republicano, no entorno dos mil e oitocentos, cujas consequências teóricas teriam ensejado a posterior concepção do *judicial review*. Já a segunda, de natureza histórico-contextual, estaria vinculada a mudanças estruturais ocorridas no período, que teriam possibilitado a emergência de uma nova mentalidade jurídica, especializada.

A) O embate entre republicanos e federalistas

A partir desse recorte, as lideranças federalistas estarão associadas a um profundo temor à livre atuação das camadas populares (KRAMER, 2004a, p. 128), enquanto os denominados democrata-republicanos representarão, em contraste, a defesa do princípio popular como orientação do governo.

Nesse sentido, além das preocupações que estruturavam suas atuações partidárias, fatores como os desdobramentos da Revolução Francesa e a mudança de cenários eleitorais (especialmente a eleição de Jefferson, em 1800) viriam a influenciar a gestação de um ideal aristocrático por parte dos federalistas – semente essa, segundo Kramer, da noção moderna de *judicial review*, já que busca excluir a dimensão da autoridade popular na definição do conteúdo constitucional.

O primeiro marco significativo do período que se inicia na década de noventa, portanto, dirá respeito à tentativa de contenção das mobilizações populares ocorridas país afora. “Particularly after 1793, as news spread of the Terror in France, this anxiety to control popular politics veered toward hysteria” (KRAMER, 2004a, p. 130). Os *Alien and Sedition Act* de 1798⁴² simbolizariam essa reação, destinada a conter a disseminação das manifestações.

Além disso, de modo distinto ao esperado na década anterior, o sistema federativo, por si só, não garantia o equilíbrio entre os Poderes ou as esferas. O governo de Adams, federalista, tornava-se progressivamente acuado pelas mudanças eleitorais⁴³. À medida que as expectativas teóricas se frustravam, novas concepções constitucionais eram formuladas. Nesse contexto, a ideia de um Judiciário que possuísse autoridade e contrabalançasse o poder das maiorias começa a representar algo natural, e necessário ao funcionamento do sistema: “Here was another newfound claim: a constitution is ordinary law” (KRAMER, 2004a, p. 134). A Constituição, desse modo, passaria a ser compreendida por importante parcela dos atores políticos como um documento eminentemente legal.

Entretanto, o povo teria reafirmado seu apoio ao projeto republicano nas eleições do ano mil e oitocentos (KRAMER, 2004a, p. 138). Acirradas as tensões entre federalistas e democrata-republicanos, o segundo divisor de águas do nascimento do *judicial review* se daria no período imediatamente anterior à posse de Jefferson na presidência, em 1801. Derrotados nas urnas, os federalistas aprovam uma série de medidas destinadas a criar novas cortes e preenchê-las com seus nomes, antes do advento do novo governo⁴⁴.

Diante disso, insatisfeito com a extravagância das medidas, Jefferson viria a revogá-las, inaugurando uma crise entre os Poderes. Se, por um lado, as Cortes tentam legitimar-se pela necessidade de independência do Judiciário, por outro, os republicanos reclamarão a

⁴² “By the late 1790s, ideas such as these were no longer being expressed only by pamphleteers and politicians. (...) The Alien and Sedition Acts embodied the formal and legal manifestation of this campaign, but they were accompanied by a relentless stream of propaganda calling upon Americans to reject the French-influenced, popular politics of Jefferson and return to a virtuously passive and deferential concept of democratic citizenship.” KRAMER, 2004a, p. 134.

⁴³ “Alarmed Federalists watched in dismay as the opposition threat grew with each passing year. Jefferson’s supporters seemed to capture state after state, also taking possession of the House of Representatives and threatening, eventually, to control the Senate as well. So far as the Federalists were concerned, the Republicans’ leaders were all demagogues and agitators, their party the very avatar of a factional majority. Recklessly kowtowing to fickle public opinion and heedless of consequences, the Republicans seemed almost eager, to overthrow the Constitution’s balancing act”. Ibidem, p. 133.

⁴⁴ Assim, escreveria Jefferson a William Thompson, em setembro de 1807: “We had supposed we possessed fixed laws to guard us equally against treason and oppression. But it now appears we have no law but the will of the Judge.” Apud FRIEDMAN, 1998, p. 369.

dinâmica departamental, de modo a delegar aos juízes a mesma parcela de autoridade distribuída aos demais agentes (KRAMER, 2004a, pp. 133-134).

Em verdade, o que Kramer busca demonstrar é a natureza partidária dos argumentos que teriam fundamentado as primeiras tentativas de legitimação da palavra final pelas cortes⁴⁵:

But whether or not judges continued to speak more cautiously than politicians, by the late 1790s an argument that courts were peculiarly responsible for constitutional interpretation, that their word ought indeed to be final, had become part of the Federalist canon (KRAMER, 2004a, p. 135).

A partir desse recorte, o voto de Marshall em *Marbury vs. Madison*, em 1803, é visto não como inaugurador de uma tradição, mas como reflexo de uma série de variáveis do período, tais como a compreensão departamental da interpretação constitucional, a ascensão do ideal republicano e a decadência do partido federalista. Tal pensamento, contudo, não viria a desaparecer junto com o partido que o concebera, mas, segundo a leitura de Kramer, sobreviveria – adormecido – durante algumas décadas, para então despertar revigorado (KRAMER, 2004a, p. 144).

B) O passado popular e o futuro legal: transformações históricas

Considerado o argumento, cabe perguntar: mas que condições teriam sido essas? Se o *judicial review* não deve sua supremacia a uma tradição constitucional, como normalmente compreendido, tampouco à decisão em *Marbury vs. Madison*, em 1803, a que deveria sua origem?

Além do acirramento da mencionada partidarização, que teria gerado as primeiras formulações em defesa da supremacia das Cortes, Kramer entende que uma série de transformações ocorridas durante as décadas seguintes teriam preparado as bases para a afirmação da autoridade dos juízes.

Tais transformações, e suas devidas implicações teóricas, teriam girado em torno de alguns eixos fundamentais, notadamente, a progressiva partidarização do sistema político, o

⁴⁵ “Republicans did not reject judicial review altogether. A small number may have taken this position, but most did not. What all Republicans rejected, however, was judicial finality, judicial supremacy” KRAMER, 2004a, p. 143.

aprofundamento da especialização do saber jurídico e, principalmente, pelo estabelecimento de uma nova compreensão sobre a natureza, e o sentido, da Constituição.

De modo distinto ao período anterior, essa nova mentalidade, legal, passaria a ser incorporada pelo discurso dominante:

Gradually, imperceptibly, the meaning of statements like these began to change. The words were no different, but certain implicit assumptions that lay behind them were. In particular, the original sense of a constitution as popular law for the people themselves to interpret and enforce began to lose some of its vitality and immediacy.

(...) until this legalistic way of talking about the constitution came to seem so natural and normal that no one thought twice about it (KRAMER, 2004a, p. 149).

Por outro lado, a estrutura da prática jurídica viria a sofrer significativa mudança. A emergência de uma noção de direito como sistema coerente de princípios, cuja inteligência demandava um saber especializado, se alinharia à criação e expansão de novos cursos jurídicos⁴⁶. Por volta de 1830, avalia Kramer, o processo de profissionalização já se encontraria em estágio avançado.

Como resultado desses fatores, o mais importante mecanismo de realização do constitucionalismo popular – o júri – sofreria significativa perda de poder, passando a concorrer com a nova autoridade especializada nos tribunais (KRAMER, 2004a p. 164).

Além disso, o fortalecimento de uma esfera eleitoral da política, especialmente pela expansão dos partidos políticos, teria finalmente relegado ao passado o modelo do constitucionalismo popular, devido a seu caráter de absorção da participação popular.

Quanto a esse aspecto, mesmo que a partidarização tivesse vindo a solucionar o problema do entrelaçamento da República estendida, outrora objeto de preocupação durante os debates da ratificação, seus desdobramentos acabariam por canalizar a esfera da autoridade popular, antes independente e externa às instituições: “Popular politics was, in effect, swallowed up by party politics: and because party politics was all about winning office, popular politics started to lose its salience as a check operating outside to control political institutions” (KRAMER, 2004a, p. 168).

⁴⁶ “Hence, professional in the early nineteenth century worked hard to reform legal education: founding new law schools, changing the curriculum and style of teaching, and lobbying to make formal schooling prerequisite to joining the bar” KRAMER, 2004a, p. 163.

A decadência do constitucionalismo popular, portanto, e de seus mecanismos, tem início com o repúdio à atuação das turbas (*mobs*), em fins do século XVIII, passa pelo enfraquecimento da autoridade do júri e culmina com a absorção da participação popular pelos partidos políticos, que passam a determinar sua agenda. Simultaneamente, a ideia de *supremacia do judicial review*, antes desconhecida ou rechaçada, é progressivamente incorporada à dinâmica entre os Poderes (contudo não de modo incontestado).

Desde esse ponto de vista, a análise de Kramer busca sugerir uma relação excludente entre ambos os fenômenos: constitucionalismo popular e supremacia da revisão judicial. De uma perspectiva histórica, a derrocada de um estará conectada à ascensão do outro.

2. UM SENTIDO POPULAR PARA O FEDERALISMO DE HAMILTON E DE MADISON

Como visto, a narrativa sobre o *constitucionalismo popular* proposta por Kramer envolve uma análise que tem por foco os mecanismos populares de interpretação da Constituição – júri, direito de petição, participação em votações ou em mobilizações populares. Espectro esse que, aliado a uma compreensão específica sobre a circulação de ideias no período, comprovaria o papel exercido pelo povo enquanto intérprete final da constituição – antes costumeira(s) e, depois, escrita(s).

Entretanto, Kramer vai além em sua revisão. *Pari passu* à mencionada investigação histórica, também é possível encontrar em seu trabalho uma tentativa de desconstrução do sentido do pensamento político tradicionalmente atribuído aos pais fundadores, cuja concepção constitucional, a partir dessa perspectiva, estaria imbuída de um sentimento popular, em um contexto popular.

De modo coerente a sua leitura histórica, objeto do tópico anterior, Kramer atribui o problema da incapacidade da compreensão contemporânea a uma interpretação anacrônica, que enxergaria o passado com suas próprias lentes:

In 1789, however, this modern understanding of a constitution still lay decades in the future, the end result of a transition that was just getting underway. The Founding generation held a view of constitutional law as supreme but not ordinary: a kind of law qualitatively different from other forms of positive law because its function of restraining the government complicated its political dimensions.⁴⁷

⁴⁷ KRAMER, Larry D. Putting the politics back into the political safeguards of federalism. *Columbia Law Review*, v. 100, pp. pp. 215-293, 2000; pp. 236-237.

Desse modo, no que diz respeito à gênese da supremacia do *judicial review*, sua proposta buscará desconstruir compreensões tradicionais, que vinculam o pensamento federalista (da década de oitenta) à concepção da prerrogativa judicial para a revisão das leis.

Em que pese o nacionalismo de Hamilton, e o posterior afastamento partidário de Madison, o artigo 78 dos *federalist papers* não significaria uma aceitação do protagonismo das cortes, tampouco o desenho madisoniano uma tentativa de conter a participação popular. Se a fundação simboliza a afirmação de um modelo constitucional-popular, o pensamento dos pais fundadores não destoará de seu sentido.

Entretanto, diferentemente do que uma leitura apressada poderia sugerir, as propostas formuladas por Kramer não possuem a ambição de oferecer uma alternativa originalista. Apresentadas sua narrativa histórica e sua análise sobre o sentido do pensamento político dominante na época da fundação, proponho debater a intenção de seu trabalho para então, no tópico seguinte – terceiro e último desse capítulo –, abordar os termos que estruturam sua ofensiva ao *judicial review*.

2.1 O Judiciário de Hamilton

No que concerne à gênese do *judicial review*, e à sua legitimidade política enquanto intérprete último da Constituição, uma de suas origens é tradicionalmente vinculada ao pensamento de Hamilton que – ao avaliar a natureza dos Poderes – reporta-se ao Judiciário como o “menos perigoso”.

Entretanto, ao avaliar o contexto do debate, e sua repercussão, de modo coerente à percepção sobre o caráter popular do período, Kramer irá sugerir um sentido diverso para o notório argumento presente no Federalista de número 78.

A) Hamilton e judicial review: a visão tradicional

Segundo a compreensão usual da gênese do *judicial review*, sua trajetória remontaria não apenas a uma tradição constitucionalista de interpretação pelas cortes, mas, também, à concepção intelectual federalista, cujo desenho do sistema de controle balanceado de poder teria como implícita a autoridade judicial.

De tal maneira, o artigo de Hamilton indicaria essa formulação onde, comparados os Poderes, o Judiciário desponta com uma especial responsabilidade, decorrente de seu

funcionamento específico. Isto quer dizer, se o Executivo possui a força, e o Legislativo a vontade, ao Judiciário caberia apenas o julgamento – sem força ou discricionariedade.

Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, **the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them.** The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. **The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments** (destacado).⁴⁸

Em vista disso, o artigo de autoria de Hamilton costuma ser celebrado como marco de uma tradição judicial, inserido na linha evolucionária da afirmação da supremacia de sua revisão⁴⁹ Seu desenvolvimento teria ocorrido, principalmente, a partir desse substrato teórico, onde os juízes aparecem como dotados de especial responsabilidade para a interpretação das leis, diante dos demais poderes.

B) O Poder menos perigoso revisitado

Entretanto, critica Kramer, essa visão estaria permeada pela compreensão moderna da interpretação constitucional. Do mesmo modo que seria equivocado compreender a cultura do período como estritamente política, ou estritamente legal (já que haveria uma racionalidade própria, chamada “político-legal”), também seria equivocado avaliar suas obras a partir de parâmetros contemporâneos.

Desse modo, independente da direção política que Hamilton viria a seguir nos anos seguintes⁵⁰, no que se refere ao artigo 78, há questões que – caso observadas – desafiariam a história dominante.

A primeira diz respeito ao contexto da publicação. *Publius*, pseudônimo adotado pelos federalistas nos artigos dirigidos à cidadania de Nova York, teria saído em defesa do

⁴⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **American State Papers – The Federalist**. Chicago: William Benton, 1952, p. 229.

⁴⁹ Linha essa que tem como marco seguinte o voto de Marshall em *Marbury vs. Madison* (1803).

⁵⁰ No que concerne a sua atuação enquanto Secretário do Tesouro, onde torna-se um defensor da criação de um banco nacional, dentre outras medidas fortalecedoras da federação.

sistema federalista como um todo, e não apenas do Judiciário. O que isso significa? Significa dizer que a ênfase na defesa da revisão judicial deveu-se ao fato de, o artigo, ser uma resposta a uma provocação anterior, dirigida por *Brutus* – antifederalista.

Tal crítica consistia, basicamente, na alegação de que o desenho federalista não promoveria um adequado controle da atividade dos juízes e, conseqüentemente, colocaria em risco o governo dos estados:

I have said that the judges under this system will be independent in the strict sense of the word. To prove this I will show that there is no power above them that can control their decisions, or correct their errors. There is no authority that can remove them from office for any errors or want of capacity, or lower their salaries, and in many cases their power is superior to that of the legislature.

(...)

When great and extraordinary powers are vested in any man, or body of men, which in their exercise, may operate to the oppression of the people, it is of high importance that powerful checks should be formed to prevent the abuse of it.⁵¹

Em que pese, no entender de Kramer, o tom profético da crítica, o que importa é que Hamilton fora provocado a defender a revisão judicial dentro do federalismo e, longe de realizar uma apologia da supremacia do *judicial review*, o teria simplesmente defendido nas bases do departamentalismo – onde os poderes possuem igual parcela de autoridade para interpretação constitucional.⁵²

Entretanto, mesmo que Hamilton tivesse incorrido na defesa da supremacia, Kramer observa que, para além da questão do sentido intrínseco ao texto, pouca atenção teria sido dispensada ao tema da revisão judicial. Por exemplo, destaca como, além do silêncio durante os debates da Convenção, objeto do tópico anterior, o próprio artigo 78 teria tido irrelevante repercussão política no período, só sendo incorporado inclusive às compilações de *O Federalista* publicadas da partir de 1788⁵³.

⁵¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist With Letters of “Brutus”**. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 529, Letter XVI.

⁵² “Yet while comments such as these appear to assign courts an important role, nothing Hamilton said was incompatible with the accepted premises of popular constitutionalism, which, as Iredell and others had already argued, made room for courts to act as the people’s agent in checking legislative mistakes or abuses” KRAMER, 2004a, pp. 79-80.

⁵³ “Whatever Hamilton’s position, we can be fairly confident that it had no influence on ratification. (...) Of Brutus’s three essays on judicial review, two were not reprinted anywhere – not even in New York – while the third was reprinted only twice. Publius’s audience was hardly larger, the canonical status of *The Federalist* most definitely being a post-ratification phenomenon. **This is particularly true of Federalist 78, which was not included in the original newspaper series and first saw the light of day only upon publication of the second volume of *The Federalist* at the end of May 1788 – too late to influence any ratifying convention**

2.2 O papel do povo no desenho de Madison

Se a narrativa dominante costuma atribuir a Hamilton a concepção de um Judiciário garantidor e guardião da Constituição, caberá a Madison, por sua vez, o desenho de um sistema de governo cuja finalidade se realiza, principalmente, na contenção dos impulsos populares.

Nessa perspectiva, o sentido do constitucionalismo fundacional estaria atrelado à busca da estabilidade do processo político⁵⁴, pressupondo uma natureza facciosa inerente à condição humana.

No entanto, tal leitura tende a privilegiar os trabalhos publicados em *O Federalista* na década de oitenta, ignorando a atuação política de Madison nos anos seguintes à ratificação – seu rompimento com o partido federalista e consequente aproximação a Jefferson.

O problema é de conhecimento dos historiadores que investigam o período e, diante dele, articulam diversas soluções⁵⁵. A saída apresentada por Kramer buscará, essencialmente, apontar o ideal popular de seu pensamento, a partir de uma esmiuçada análise sobre a teoria deliberativa nele presente.

A) O povo enquanto facção

O constitucionalismo dos séculos seguintes viria a assimilar o Madison da década de oitenta. Visto a partir das atas da Convenção da Filadélfia, e dos artigos publicados em *O Federalista*, seu pensamento estará vinculado por um lado à criação da União enquanto elemento de salvaguarda e, por outro, à formulação do sistema balanceado de controle de poder – o dos *checks and balances*.

except (possibly) that of New York, where the question of judicial review never came up” KRAMER, 2004a, p. 81, destacado.

⁵⁴ “E era aí onde surgia o risco da tirania: a ausência de garantias legais era tão manifesta, que qualquer grupo no controle da força pública se tornava uma óbvia e imediata ameaça pra todos os demais” GARGARELLA, Roberto. Em Nome da Constituição. O Legado Federalista Dois Séculos Depois. In: **Filosofia política moderna**. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciencias Humanas, USP, Universidade de São Paulo, 2006a, p. 170.

⁵⁵ WOOD, Gordon. Is there a James Madison problem? In: WOMERSELY, David. **Liberty and American experience in the eighteenth century**. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em <<http://oll.libertyfund.org/title/1727/81746>> Acesso em: 11 dez. 2013.

Tida como “a principal tarefa das legislaturas modernas”⁵⁶, o problema das facções é debatido no mais famoso artigo federalista, o de nº 10⁵⁷. Nele, é criticado o frágil equilíbrio entre a defesa dos bens públicos e dos direitos privados; da manutenção do espírito e da forma popular de governo. Desses desequilíbrios decorreria a instabilidade dos governos, onde maiorias estariam livres para oprimir direitos de minorias.

Tais grupos facciosos⁵⁸, movidos por impulsos de paixão e de interesses próprios em prejuízo de outros cidadãos ou da comunidade, caracterizariam uma verdadeira ameaça à integridade constitucional.

By a faction, I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community (MADISON, 1952, p. 50).

Diante disso, considerada a inafastabilidade da natureza facciosa do homem (“If men were angels, no government would be necessary”, MADISON, 1952, p. 163, Federalista nº 51), a solução proposta apontará para a criação de uma grande República, capaz de absorver a exponencial diversidade dos grupos, de modo a possibilitar seu controle recíproco.

Nesse arranjo⁵⁹, onde poder controla poder, os interesses humanos são aproveitados como peça da engrenagem, admitindo-se a ambição também como uma forma de combater a ambição. Em uma via, o governo é controlado; em outra, os governados. Não se trata,

⁵⁶ “The principal task of modern legislation” HAMILTON, MADISON, JAY, 1952, pp 49-53, The Federalist n. 10.

⁵⁷ “It is difficult to overstate the importance of this theory to today’s understanding of the Constitution and American government. Best known from its later appearance as *The Federalist No. 10*, Madison’s theory of the extended republic is, as one commentator notes, the argument from the Founding “most often anthologized, taught, studied, and remembered in this century”. EPSTEIN, David F. **The Political Theory of The Federalist**. Chicago: Chicago University, 1984, p. 59.

⁵⁸ E, dentre os grupos facciosos, aqueles formados por maiorias seriam os mais perigosos à integridade da Constituição. Nesse sentido, escreverá Madison (1952, pp. 49-53): “If a faction consists of less than a majority, relief is supplied by the republican principle, which enables the majority to defeat its sinister views by regular vote. It may clog the administration, it may convulse the society; but it will be unable to execute and mask its violence under the forms of the Constitution. When a majority is included in a faction, the form of popular government, on the other hand, enables it to sacrifice to its ruling passion or interest both the public good and the rights of other citizens. To secure the public good and private rights against the danger of such a faction, and at the same time to preserve the spirit and the form of popular government, is then the great object to which our inquiries are directed (...)”

⁵⁹ O modelo norte-americano costuma ser contraposto ao francês: o primeiro teria uma natureza mais complexa e estabilizadora que o segundo. Nesse sentido, é no sistema dos *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos), federalista, que poder controlar poder, diferentemente da matriz francesa, onde há a separação pura.

portanto, de uma garantia moral ou religiosa, mas institucional, diferenciando-se do que Madison chamaria de “democracias puras”.

Ademais, particularmente a partir da década de trinta do século XX, com o advento dos regimes nazifascistas, viria a fortalecer-se uma compreensão onde, perante o assédio de grupos formados por maiorias, o Judiciário sobressai-se como único ator capaz de resguardar os direitos individuais. Compreensão essa que se insere na tradição constitucional nascida da preocupação com o assédio popular, cuja gênese teórica Kramer credits ao partido federalista, nos anos noventa do século XVIII.

B) O próprio povo como guardião

O que se percebe dessa recepção é a predominância de um entendimento específico sobre a natureza do povo: instável, facciosa, ameaçadora da ordem constitucional. Daí, a conseguinte necessidade de organizar-se uma estrutura cujo objetivo central dar-se-á no controle de sua atuação, no refreamento de seus impulsos.

Como último elo da trama da revisão de Kramer então, o recebimento de Madison é duramente questionado. Segundo sua perspectiva, a interpretação usual, além de anacrônica seria seletiva, privilegiando escritos de um determinado período para ignorar reflexões e atitudes de outro. Se o Madison da década de oitenta realmente manifesta preocupação com o assédio das facções, o dos anos noventa viria a demonstrar entusiasmo com a descentralização do governo, e com a forma de controle popular.

É esse Madison que Kramer propõe revisitar, indicando como seu afastamento do partido federalista, e defesa do republicanismo enquanto governo da opinião pública, definiria o constitucionalismo popular presente em sua teoria.

i. Um Madison mais democrático

Segundo Kramer, a expectativa de Madison, ao propor as comentadas inovações estruturais, seria justamente garantir o funcionamento de uma política democrática, não a de delegar seu exercício a uma elite⁶⁰. Por esse motivo, em oposição à ofensiva federalista da década de noventa, Madison defenderia uma relação inversa de controle: “the censorial

⁶⁰ KRAMER, Larry D. The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy. **Valparaiso University Law Review**. v. 41, n. 2, p. 706; 2006b.

power is in the people over the government, and not in the government over the people”⁶¹. O que estava em disputa era o sentido da Revolução e, sob esse ângulo, os federalistas passam a ser tidos como representantes de um ideal “monocrático” a ser combatido.

Entretanto, antes mesmo do acirramento das tensões partidárias ao longo da década de noventa, Madison já teria indicado a natureza de seu pensamento constitucional quando, em comentário a questões presentes em *O Federalista*, no período de 1791-1792, viria a reiterar diversas vezes o argumento da primazia da opinião popular no controle do governo republicano, e a simultânea obrigação que daí decorria, impondo aos cidadãos o dever de permanecerem vigilantes e participativos (KRAMER, 2006b, p. 717).

ii. *O constitucionalismo popular na teoria de Madison*

Dentro desse argumento, o papel reservado ao povo será o de supremo guardião da Constituição, e de sua liberdade. Em diálogo fictício publicado em dezembro de 1792, entre ‘Republicano’ e ‘Antirrepublicano’, à pergunta “Who are the best keepers of the people’s liberties?”⁶², o Republicano responde:

Republican., **The people themselves**⁶³. The sacred trust can be no where so safe as in the hands most interested in preserving it.

Anti-republican., The people are stupid, suspicious, licentious. They cannot safely trust themselves. When they have established government they should think of nothing but obedience, leaving the care of their liberties to their wiser rulers.

(...)

Republican., The centrifugal tendency then is in the people, not in the government, and the secret art lies in restraining the tendency, by augmenting the attractive principle of the government with all the weight that can be added to it. What a perversion of the natural order of things! to make power the primary and central object of the social system, and Liberty but its satellite (destacado).

Em vista disso, o Madison apresentado por Kramer é mediado. A partir de um enquadramento histórico mais amplo (1), de outra interpretação do contexto

⁶¹ Discurso de Madison no Congresso em 27 de nov. de 1794. **BANNING, Lance. “Self-Created Societies”. In: Liberty and order: the first American party struggle.** Indianapolis: Liberty Fund, 2004. Disponível em <<http://oll.libertyfund.org/title/875/63931>> Acesso em 31 ago. 2013.

⁶² James Madison, Who Are the Best Keepers of the People’s Liberties?, NAT’L GAZETTE, Dec. 20, 1792, in 14 PAPERS OF MADISON, supra note 14, at 426-27. Apud KRAMER, Larry D. The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy. **Valparaiso University Law Review.** 41(2):697-754, 2006. p. 719, vide nota de referência n° 44.

⁶³ A passagem é tão emblemática para a revisão histórica defendida por Kramer – para a compreensão do que seja o constitucionalismo popular, e o sentido constitucional da fundação –, que inspirou o título do livro de seu livro, em 2004 (*The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*).

constitucionalista (2), e de outro sentido para a Revolução (3), sua teoria assume cores mais populares. Para a operação desse entendimento, recorre-se à noção de opinião pública como fundamental engrenagem da República.

Assim sendo, entre o autoritarismo de um Executivo fortalecido e a tirania da democracia pura, entre o elitismo da “monocracia” e o *majoritarismo* faccioso, existiria a opinião pública. A deliberação em Madison, portanto, se sujeita a critérios como os da razoabilidade e o da justiça:

Not how the people’s control, while real and substantial, is not direct. It is indirect: (...) It is, nevertheless, genuine popular control, a system of constitutional regulation that avoids the pitfalls of Jefferson’s direct popular constitutionalism without betraying the basic commitment to republicanism (KRAMER, 2006b, pp. 737-738).

Entretanto, em que pese a força crítica da revisão formulada por Kramer, relativa desde a compreensão sobre a cultura política do período da fundação, passando pela desconstrução do mito da gênese do *judicial review*, até o questionamento da recepção tradicional do pensamento de atores como Hamilton e Madison, há de se ter atenção ao campo onde situar esta nova narrativa.

2.3 A questão do originalismo

Independentemente dos debates que o trabalho de Kramer suscita, e as críticas às quais tem sido submetido, sua intenção, declaradamente, não consiste em propor uma alternativa *originalista*. Mas o que isso significa?

Caracterizado como um método de interpretação, o originalismo busca revisitar o sentido originário da Constituição, com o objetivo de orientar decisões contemporâneas. Sob essa perspectiva, teria sido reservado à fundação o momento da limitação do conteúdo constitucional, não cabendo aos intérpretes posteriores sua revisão – ou transformação. Os aspectos históricos, nessa chave, assumem o papel de autoridade.

Fortalecido a partir da década de oitenta, especialmente devido à presença na Suprema Corte de *justices* seguidores do método (Antonin Scalia e Clarence Thomas)⁶⁴, a visão originalista, além de uma pauta reconhecidamente conservadora⁶⁵, também

⁶⁴ “In the 1980s various leading figures in constitutional law took aim at the contention that the Constitution should be interpreted according to the original intentions of its framers” BARNETT, Randy E. An Originalism For Nonoriginalists. *Loyola Law Review*, v. 45, n. 4, winter 1999, p. 617.

⁶⁵ “The role of historical evidence in constitutional law has always been of interest to scholars. Recently, however, it has become a matter of more pressing concern. Scholars began to question whether some crucial

apresentaria uma concepção própria sobre o constitucionalismo da fundação, que teria dividido o campo da política do legal:

At an even more general theoretical level, originalism seems to me more compatible with the nature and purpose of a Constitution in a democratic system. A democratic society does not, by and large, need constitutional guarantees to insure that its laws will reflect “current values”. Elections take care of that quite well. The purpose of constitutional guarantees-and in particular those constitutional guarantees of individual rights that are at the center of this controversy-is precisely to prevent the law from reflecting certain changes in original values that the society adopting the Constitution thinks fundamentally undesirable.⁶⁶

Entretanto, mesmo que a revisão de Kramer busque o sentido do constitucionalismo originário⁶⁷, o que poderia caracterizar outra face de uma mesma moeda originalista, seu trabalho não procura apresentar uma história que sirva como fonte de autoridade:

Given what I said in part I, it would be rather ridiculous of me to maintain that we should take this idea of an evolving Constitution seriously because the Founders did. But one noncontroversial use of history is to illuminate and illustrate problems (KRAMER, 1996, p. 1635)⁶⁸.

Em sua visão, o papel da história para a teoria constitucional seria, justamente, o de permitir a compreensão das transformações ocorridas, não em busca de um quadro fixo, mas de sua dinâmica:

It does not follow that history is irrelevant to constitutional theory. On the contrary, to conceive the Constitution as a dynamic framework of evolving institutions and restraints makes history central to the interpretive enterprise. But the history that matters is not confined to the Founding, or to specific Founding moments (KRAMER, 1996, p. 1638)⁶⁹.

constitutional decisions could be justified on the basis of original intent. Those scholars who support the Court's rulings on abortion, integration, and reapportionment began to look for alternative constitutional theories” FARBER, Daniel A. *The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed*. **Ohio State Law Journal**, v. 49, pp. 1088-1089.

⁶⁶ SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. **Cincinnati Law Review**, v. 57, 1989, p. 862.

⁶⁷ Sobre o problema da investigação histórica (originalista) para fins de interpretação constitucional, Fitzpatrick analisa: “Indeed, a good example of the difficulties with this historical inquiry can be found in the very Supreme Court case relied upon by Judge O’Scannlain in his defense of the middle course: *District of Columbia v. Heller*. Judge O’Scannlain relies on *Heller* as an example of the Supreme Court properly discerning one tenet of the natural law circa 1787 and using it to fill out the ambiguous text of the Second Amendment. But the historical inquiry into what the natural law encompassed in 1787 appeared to be just as ambiguous as is the text of the Second Amendment itself. The vote in *Heller* was 5-4 and the principal dissenting opinion, I think it is fair to say, was just as steeped in historicism as was Justice Scalia’s majority opinion. Despite the historicism in the *Heller* opinions, the Court split along perfectly ideological lines: the five more conservative justices interpreted the history consistently with the conservative policy outcome against gun control, and the four more liberal justices interpreted it consistently with the liberal policy outcome in favor of gun control”. FITZPATRICK, Brian T. *Originalism and Natural Law*. **Fordham Law Review**, v. 79, 2010-2011, p. 1543.

⁶⁸ KRAMER, Larry D. Fidelity to history – and trough it. **Fordham Law Review**, v. 65, pp. 1627-1655; 1996.

⁶⁹ Government is not a static abstraction; it consists of real institutions that have been operating for a long time, and we need to understand how these work and how they came to look as they do to understand them properly. The Founding is a starting place, not a fixed reference point. KRAMER, 1996, p. 1639.

Tal saída, contudo, não resolve a questão da história na narrativa de Kramer. O fato de alargar o período investigado, de modo a observar suas transformações não descaracteriza, por si, o papel de autoridade da revisão. Tampouco o fato de discordar da percepção *originalista* dominante sobre o sentido do constitucionalismo originário.

O que irá afastar seu trabalho do originalismo, no entanto, será o fato de a autoridade presente em suas leituras não advir da história, do sentido de determinado momento constitucional, mas de outro ator – suscetível a mudanças, imprevisível e impassível de interpretação judicial –, qual seja: o próprio povo⁷⁰.

3. O PAPEL DAS CORTES E DO POVO NO TRABALHO DE KRAMER

Há algumas questões que demandam atenção na narrativa de Kramer. Como visto, a história por ele apresentada não possui a ambição de servir como parâmetro para a interpretação constitucional, não ao menos de modo imediato. Além disso, não há uma teoria disponível sobre o constitucionalismo popular enquanto modelo – apenas enquanto experiência, ou conceito:

That last paragraph is actually misleading insofar as it refers to “the” theory of popular constitutionalism. **For there is no one theory.** Popular constitutionalism, as such, is just a general concept or broad idea (KRAMER, 2006b, p. 701, destacado).

No entanto, considerado seu argumento, é possível extrair sim algumas proposições teóricas formuladas, mesmo que não pertinentes à sistematização do fenômeno do constitucionalismo popular. A primeira, considerado o nexos entre o vigor desse constitucionalismo e a inexpressividade do *judicial review*, consiste em uma necessária relação de proporção inversa: o protagonismo de um implica o papel secundário do outro. Ainda, sua análise propõe uma segunda regra: o ápice de um antecipa a ascensão do outro: “For more than two centuries, every reaffirmation of popular constitutionalism has predictably been followed by efforts to restore or enlarge judicial authority” (KRAMER, 2004a, p. 227).

Tais proposições estruturam a trama do argumento de Kramer, mas não ocupam o papel principal. Para além da narrativa histórica, há uma afirmação mestra, esta sim

⁷⁰ No entanto, há outras leituras possíveis. Strang relativizará o tipo de perspectiva adotada neste capítulo: “In the end, one cannot say definitively whether originalism and popular constitutionalism are similar until one determines which form of originalism is correct” STRANG, Lee J. Originalism as Popular Constitutionalism: Theoretical Possibilities and Practical Differences. **Notre Dame Law Review**, v. 87, n. 1, 2011, p. 285.

assumida como normativa: a de que o protagonismo das cortes – contemporâneo – é um mal a ser combatido.

3.1 O diagnóstico de Kramer

Nesse sentido, o diagnóstico de Kramer, no que concerne à conjuntura da virada do século, é assertivo:

This sort of skepticism about people and about democracy is a pervasive feature of contemporary intellectual culture. We see it in persistent misreadings of the Founding that selectively focus on statements expressing fears of popular majorities, that do not even see the more important, more pervasive theme celebrating the rise of popular rule (KRAMER, 2004a, p. 243).

Nesse ponto, se encontram “as duas paralelas” de Kramer (o elo entre a via descritiva e a via normativa⁷¹): a história possui uma complexidade própria, entretanto a recepção seleciona os aspectos que lhe convém. Especificamente, a história da fundação é popular, mas o recebimento lhe confere um sentido conservador-legalista, e isto seria um problema.

A respeito, Kramer explora uma entendida divisão entre os aspectos descritivos e normativos do campo do constitucionalismo popular:

We can begin with a substantial body of scholarship that addresses popular constitutionalism from a descriptive rather than a normative perspective. Scholars writing in this vein seek, in myriad different ways, to rebut the assumption that “law”, and especially constitutional law, is or ever could be only what courts say it is. These scholars deny, in other words, that the judiciary even has the option to monopolize or fully control the resolution of constitutional disagreements (KRAMER, 2004b, p. 967).

Sob esse ângulo, segundo Kramer, haveria um importante passo a ser observado para que venha a estabelecer-se uma fusão entre as ditas perspectivas descritivas e normativas da abordagem: diante da constatação empírica do fenômeno do constitucionalismo popular como algo real, ou possível, a decisão de considerá-lo algo bom, a ser perseguido.

3.2 A ofensiva contra as Cortes

Tal objetivo, contudo, esbarra em um adversário concreto e imediato: o protagonismo das cortes. A partir desse incômodo partilhado, formulam-se soluções diversas. No que

⁷¹ Considerando que Kramer adota tal divisão conceitual para referir-se ao seu trabalho.

concerne a Kramer, sua crítica não irá dirigir-se à revisão judicial como um todo, mas especificamente, contra sua *supremacia*, contra o monopólio final da palavra pelo Judiciário.

Segundo esse entendimento (2004a, p. 233), a prerrogativa operaria uma função redutora da consciência dos cidadãos: “Supremacy is an ideological tenet whose whole purpose is to persuade ordinary citizens that, whatever they may think about the Justices’ constitutional rulings, it is not their place to gainsay the Court”. De um lado, a ascensão de uma autoridade de poucos e, de outro, o esvaziamento da autoridade do povo.

Tais cidadãos, infantilizados em um modelo que lhes nega a autonomia do pensamento, estariam apartados não apenas por uma visão filosófica dominante sobre o melhor intérprete, mas, ainda, pela burocratização da interpretação realizada pelas cortes.

Quanto a isso, o mito dos *justices* – enquanto personalidades mais sensíveis aos fatos e aos argumentos de direito presentes nos processos – não teria motivos para prosperar. Diferentemente do século anterior (XIX), onde os próprios juízes administravam seu trabalho, os processos hoje são vistos por assessores, os votos quase sempre redigidos por membros dessa equipe e, ainda, o momento dos debates entre os juízes – outrora mecanismo refinador da decisão final, seria quase inexistente. Disso não decorre um esvaziamento do controle pelos juízes, mas a caracterização do abismo entre o mito que romantiza e sua realidade concreta: “This does not mean that the Justices are not in control, but there’s is a considerable gap between this kind of control and the stories told to justify judicial supremacy” (KRAMER, 2004a, p. 240).

Todavia, o ponto central da crítica relaciona-se ao que Parker definirá como “questão de sensibilidade” (KRAMER, 2004a, p. 241), percepção antipopular que toma a atividade política como qualitativamente inferior à praticada nas cortes. Nesse recorte, o povo é compreendido como um ator manipulável, egoísta, tolo, incapaz de fundamentar racionalmente suas interpretações:

The modern Anti-Populist sensibility presumes that ordinary people are emotional, ignorant, fuzzy-headed, and simple-minded, in contrast to a thoughtful, informed, and clear-headed elite. Ordinary people tend to be foolish and irresponsible when it comes to politics: self-interested rather than public-spirited, arbitrary rather than principled, impulsive and close-minded rather than deliberate or logical. Ordinary people are like children, really. And being like children, ordinary people are insecure and easily manipulated. The result is that ordinary politics, or perhaps we should say the politics that ordinary people make, “is not just low in quality, but dangerous as well” (KRAMER, 2004a, p. 242).

É contra essa, entendida, moderna sensibilidade antipopular – que resume a atuação do povo como necessariamente tirânica –, que Kramer dirige seu trabalho.

3.3 O papel reservado ao Povo

O papel que o povo ocupa na narrativa de Kramer, portanto, é ambivalente: objeto e objetivo. A tentativa de revelar a experiência do constitucionalismo popular, no passado, e seu êxito, além de mostrar a seletividade da recepção, também indica como, seja em relação ao passado, seja em relação ao presente, a compreensão dominante se equivoca sobre a necessária natureza facciosa do homem.

Sua revisão, de um modo geral, se estrutura sobre a polarização entre o constitucionalismo popular e a supremacia das cortes, a mentalidade político-legal, outrora presente, e a mentalidade legal, moderna.

A análise da mencionada tensão portanto, entre o povo e uma elite, remontará à experiência da década de noventa, seguinte à ratificação. Sob tal perspectiva, a defesa do protagonismo popular é inserida no campo do republicanismo, e da democracia. Nesse sentido, Kramer irá comparar os apoiadores, hoje, do *judicial review*, aos aristocratas de outrora: “Simply put, supporters of judicial supremacy are today’s aristocrats”. O que ocorreria seria a renovação dessa batalha (KRAMER, 2004a, p. 247).

Todavia, Kramer tenta mediar a saída constitucional-popular. Desde o debate sobre o exemplo de Madison, onde populismo não se confunde com *majoritarismo*, até a relevância de uma cultura política capaz de diferenciar argumentos ordinários de argumentos constitucionais, o constitucionalismo popular é compreendido como um fenômeno complexo.

Desse modo, quando seu trabalho propõe resgatar o vigor perdido da autoridade popular, propõe também resgatar a participação do povo enquanto ator qualificado da dinâmica referente à interpretação da Constituição. Ator inserido em um jogo onde também é permitido aos Poderes invalidar as leis, mas cuja palavra final cabe ao próprio Povo.

Em que pese a dificuldade de compreender com clareza o que, afinal, significaria hoje devolver a interpretação final à população, já que, como visto, no entendimento de Kramer não haveria uma teoria única sobre o constitucionalismo popular, fato é que seu argumento convoca a sociedade a retomar sua autoridade:

The point, finally, is this: to control the Supreme Court, we must first lay claim to the Constitution ourselves. That means publicly repudiating Justices who say that they, not we, possess ultimate authority to say what the Constitution means. (...) It means refusing to be deflected by arguments that constitutional law is too complex or difficult for ordinary citizens. (...) Above all, it means insisting that the Supreme Court is our servant and not our master (...) The Supreme Court is not the highest authority in the land on constitutional law. We are. (KRAMER, 2004a, p. 248).

Nessa chave, a supremacia das Cortes aparece como o obstáculo a ser combatido, para fins de afirmação da guarda final pelo povo. Repise-se, a *supremacia*. O *judicial review* portanto é admitido, desde que não concorra como autoridade final. Aliás, no arranjo de Kramer, a nenhum dos Poderes é devida tal prerrogativa.

Apesar do tom crítico utilizado para justificar as bases da proposta, há essa importante mediação no arranjo sugerido em seu trabalho. Tal atitude colocará Kramer em um degrau menos radical que os demais companheiros de cruzada, por exemplo Tushnet, que propõe um mundo sem qualquer traço da revisão judicial, e o próprio Waldron, que renega qualquer ideia de integridade possível em matéria de interpretação sobre direitos.

No entanto, para a elaboração de seu argumento, Tushnet mobilizará também alguns aspectos oferecidos pela leitura histórica do constitucionalismo fora das cortes. A tensão entre Povo e Cortes, porém, é tomada de maneira diferente, adotando pressupostos mais problematizados que os de Kramer, de maneira a lidar, ainda, com o tema da qualidade da interpretação realizada pelo Judiciário. Seu ponto de vista então, como se passa a demonstrar, é o de que não há qualquer benefício na manutenção do *judicial review*, e que sua extinção é uma tarefa imediata.

2.

O CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO DE TUSHNET: A INTERPRETAÇÃO FORA DAS CORTES

Se é possível dizer que o constitucionalismo popular, como campo acadêmico, engloba desde o trabalho de historiadores como Akhil Amar e Stephen Griffin⁷², desenvolvidos a partir do início da década de noventa⁷³, serão os trabalhos desenvolvidos a partir de seu final, como os de Tushnet, Kramer e Waldron, que viriam a defender a agenda contrária à revisão judicial das leis, e propor o resgate da dimensão política da interpretação constitucional.

Sobre o resgate do entendido caráter constitucional-popular do contexto da fundação, realizado por Kramer, Tushnet irá declarar sua concordância, sublinhando a relação entre o

⁷² Tese que denominei como constitucionalismo popular (campo) em sentido forte: “Ackerman's theory is unlike that of his colleague Akhil Amar, whose argument for non-Article V amendments does sound in popular constitutionalism - indeed, in a notion so strong that it risks collapsing any distinction between ordinary and constitutional politics (KRAMER, 2004b, nota de rodapé nº 3) (...) These scholars deny, in other words, that the judiciary even has the option to monopolize or fully control the resolution of constitutional disagreements. Stephen Griffin, for instance, argues that “the meaning of most of the Constitution is determined through ordinary politics”. (Ibidem, p. 967). Da mesma forma, Roberto Gargarella: “al que hoy se hace referencia con el nombre de “constitucionalismo popular” y que agrupa a un notable conjunto de juristas. Entre ellos, encontramos a autores como Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker o Mark Tushnet, todos ellos reunidos por una común desconfianza frente al elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea, a la vez que críticos de la obsesiva atención que se dedica en ella al poder judicial.” GARGARELLA, Roberto. El Nacimiento Del “Constitucionalismo Popular”. **Revista de Libros de la fundación Caja Madrid**. 112. Abr. 2006b. Disponível em: <http://www.revistadelibros.com/articulo_completo.php?art=2799>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

⁷³ O principal elo entre os trabalhos se dá a partir do comum interesse pelo poder de definição de sentido constitucional a partir da interpretação realizada fora das cortes. O trabalho de Ackerman, portanto, é paradigmático enquanto representante de outro olhar para essa interpretação. Entretanto, será de menor interesse para os expoentes do constitucionalismo popular na medida em que reserva sua afirmação a momentos excepcionais da história: “Bruce Ackerman argues that ordinary people do not-and properly do not-pay much attention to constitutional issues in what he calls times of ordinary politics; instead, they leave policymaking to the processes of interest group bargaining. (...) Perhaps so, if we are considering the large-scale structure of our constitutional order. But Ackerman's account is clearly wrong with respect to some important questions, such as gun rights and abortion. Similarly, **Larry D. Kramer, The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review (2004)**, focuses primarily on how ordinary people historically contributed to large-scale constitutional transformations, but have ceased to do so today.” TUSHNET, Mark. Citizen as lawyer, lawyer as citizen. **William and Marry Law Review**, v. 50, p. 1383, nota de rodapé nº 24; 2009a. Destaque do autor.

constitucionalismo norte-americano e os valores sustentados pela sociedade, através da política:

The reason is that constitutionalism can be implemented through politics as people listen to arguments about why some policies they might initially prefer are inconsistent with deeper values they hold, values that find expression in the Constitution. As Larry Kramer, dean of Stanford Law School, argues in his recent book *The People Themselves*, the United States has a deep tradition of popular constitutionalism. **He suggests it should be retrieved today, and he is right**⁷⁴.

Entretanto, em que pese a proximidade das agendas, tais intelectuais apresentam pressupostos e arranjos próprios. No que se refere a Tushnet, por exemplo, seu objetivo orienta-se pela experiência de “um mundo sem *judicial review*”, onde sequer a revisão judicial pelas cortes é admitida (e não apenas sua supremacia). Por outro lado, apesar do sentido mais radical de sua proposta, seus pressupostos são mais mediados que os de Kramer, sem uma necessária polarização concreta entre a interpretação realizada pelo povo e a realizada pelos juízes.

Seu argumento, então, elabora-se através da desconstrução de fundamentos específicos da teoria constitucional de matriz norte-americana, tais como a conveniência de uma Corte que traga estabilidade à interpretação constitucional ou o (entendido) mito de que a interpretação realizada pelos juízes seja de melhor qualidade que a realizada por atores políticos, especialmente pelos legisladores.

Além disso, com vistas à realização de uma teoria que concilie direitos constitucionais e interpretação popular, Tushnet busca tradições específicas na história do constitucionalismo estadunidense, notadamente as de Jefferson e de Lincoln, para observar um caráter próprio da interpretação realizada fora das Cortes. Desenvolvimento esse que, independentemente de um conteúdo específico, orbitaria em torno do compromisso com a chamada *Constituição fina* – elo entre os valores de igualdade, liberdade, liberdade de expressão e prática democrática.

Em consequência, é desenhado um arranjo onde direitos constitucionais poderão ser assegurados mesmo sem *judicial review*, garantidos através da interpretação política da Constituição.

⁷⁴ TUSHNET, Mark. Democracy Versus Judicial Review – Is It Time to Amend the Constitution? **Dissent**, v. 52, n. 2, Primavera 2005, p. 59; 2005. Destacado.

1. A BUSCA POR NOVOS FUNDAMENTOS

A primeira parte (de três) desse capítulo busca compreender de que forma Tushnet desconstrói os fundamentos relacionados à conveniência de um tribunal que possua a última palavra sobre a Constituição, e em que sentido orienta sua alternativa. Desse argumento, é possível apreender três eixos elementares, responsáveis por dispensar a via judicial e, ainda, justificar o direito constitucional popular (*populist constitutional law*).

Diante disso, primeiramente, será abordada a crítica contra papel central que o problema da estabilidade desempenha para a teoria política e constitucional. Tushnet não apenas relativiza sua importância como, ainda, propõe que se absorvam discursos tradicionalmente deixados de lado. Quer dizer, afastado o foco da estabilidade, propõe-se a realização de uma nova racionalidade, capaz de incorporar argumentos múltiplos, inclusive os religiosos.

Em segundo plano, com vistas à realização do referido projeto democrático, apresenta-se a noção de Constituição fina (*thin Constitution*), utilizada para delimitar o conteúdo da interpretação fora das cortes. Nesse recorte, os princípios contidos na Declaração de Independência e no Preâmbulo Constitucional não apenas ofereceriam os parâmetros hermenêuticos como, ainda, possibilitariam o elo entre a sociedade norte-americana. Ou seja, alinhado à relativização da diferença entre interpretação judicial e política, seleciona-se uma parte específica da Constituição, tida como responsável pela integração do povo estadunidense.

Por último, analisados tais pressupostos, aborda-se ainda a questão da qualidade da interpretação, realizada dentro e fora das cortes, procurando-se compreender o motivo pelo qual Tushnet virá a defender o protagonismo do Congresso, e problematizar o papel histórico desempenhado pelo Judiciário na defesa de direitos individuais, eventualmente ameaçados.

1.1 Estabilidade e razão

No que se refere à interpretação constitucional, há dois importantes aspectos que fundamentam a prerrogativa exercida pelas cortes. O primeiro caracteriza-se pelo temor à instabilidade que uma ampla quantidade de intérpretes poderia gerar, decorrendo daí a necessidade de um intérprete único, que ponha fim à incerteza. O segundo aspecto diz respeito à qualidade desse intérprete, cuja motivação, subjetiva, não deve amparar-se em argumentos religiosos.

As questões da estabilidade e da racionalidade secular, portanto, possuem íntima relação com a justificação de uma corte que possua a última palavra, e, por outro lado, com a suspeição do sistema político enquanto eventual intérprete. Tushnet buscará, dentre outros, desconstruir tais pressupostos, em favor de uma alternativa popular, e política.

A) Anarquia interpretativa versus Estado de Direito

Quando se defende o papel a ser desempenhado pelas cortes na interpretação constitucional, um dos principais argumentos é o de que a concentração de sua atividade seria essencial para a manutenção do Estado de Direito. Caso contrário, estabelecer-se-ia uma perigosa anarquia, onde a multiplicidade de interpretações gera confusão e, consequentemente, não se pode apreender a conduta devida, ou o sentido, a ser observado. Nesse estado de coisas, sem a intervenção judicial que lhes dê fim, as discordâncias permanecem sem solução e os problemas, abertos.

Em vista disso, a Suprema Corte possuiria uma função de ajuste (TUSHNET, 1999a, p. 27), de estabilização, evitando, através de sua supremacia, a realização do temido caos. Segundo este raciocínio, a prerrogativa se justificaria devido à maior permanência dos *justices* em seus mandatos, além do disseminado respeito – entre as cortes, de julgados anteriores, que orientaria sua interpretação.

Entretanto, Tushnet questiona essa premissa. Substituir a sazonalidade do Legislativo pelo caráter randômico dos mandatos judiciais não seria uma escolha tão óbvia, do ponto de vista racional. Além disso, desde uma perspectiva da estabilização do sistema político, além da composição dos corpos (Legislativo e Judiciário), comparados, o tipo de aliança que a aprovação dos atos no Congresso exige requer uma maior composição, essa sim capaz de responder à necessidade de redução da contingência de interpretações.

Diante da pergunta sobre o melhor desenho, portanto, que garanta determinada estabilidade entre as instituições – e entre interpretações realizadas ao longo do tempo – Tushnet é enfático em não reservá-lo à supremacia do *judicial review*, enquanto principal ator:

What, then, does “good institutional design” require in the way of institutions to ensure the degree of stability sufficient to guarantee that law’s settlement function will be performed acceptably across institutions and over time? It almost certainly does not require judicial supremacy in any strong form. As Jeremy Waldron has put it, what reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who

are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgments of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President? (TUSHNET, 1999a, pp. 28-29).

Contudo, para além da questão empírica apontada, há uma importante questão de fundo, substantiva. Segundo Tushnet, o direito constitucional popular baseia-se, sobretudo, no compromisso com a democracia. Mas no que isso consiste? No compromisso com os princípios contidos na Declaração de Independência, com a denominada *Constituição fina*. Se o objetivo é a manutenção da ordem social, a democracia é o caminho para resolver as divergências, de modo a produzir resultados respeitáveis pelos atores envolvidos.

Nesse recorte, tais princípios delimitariam a própria interpretação, não se podendo atravessar seu conteúdo. A *Constituição fina*, portanto, é ambivalente, servindo tanto como parâmetro hermenêutico, através de seus limites, e como fator de coesão social, através de sua realização pela democracia (TUSHNET, 1999a, p. 31).

B) Moral e interpretação

Por outro lado, Tushnet não irá retirar da interpretação os eventuais aspectos religiosos que possam compor a motivação do intérprete. Buscando diferenciar-se de uma importante parcela da teoria política contemporânea, cuja concepção de cidadão ideal passa por uma orientação secular⁷⁵, seu trabalho procura desconstruir o mito de que a melhor conduta esteja necessariamente afastada de valores religiosos.

Tal pensamento, paradigma, seria largamente influenciado pelo trabalho de John Rawls, cuja teoria política, e inclusa noção de moralidade, abrange não apenas a interpretação realizada pelos juízes, mas também a conduta dos cidadãos. Como referência, contudo, Tushnet o considera excessivamente oneroso à sociedade americana, caracterizada, a seu ver, pela diversidade religiosa. Diante da exigência, argumenta, pouquíssimos se adequariam.

Ou seja, enquanto que para importante parcela da filosofia política, especialmente para o liberalismo político de Rawls, o pluralismo de cosmovisões é um problema a ser

⁷⁵ “They offer principles of political morality or what political philosopher Robert Audi calls ideals of civic virtue to guide our actions outside the courts. Examining what they have said deepens our understanding of the thin Constitution, particularly by showing how thin its prescriptions really are” TUSHNET, 1999, p. 73.

encarado ⁷⁶, o constitucionalismo político de Tushnet buscará incorporá-lo a seu funcionamento. Isso significa mitigar o caráter central que o problema da estabilidade possui, tradicionalmente, em termos teóricos. Diante disso, seu argumento tem um alvo claro: “The entire Rawlsian argument rests on the proposition that social stability has very great benefits, as indeed it does. But stability is not the only important thing in life” (TUSHNET, 1999a, p. 84).

A saída trabalhada por Tushnet, ao invés de recorrer a uma racionalidade específica então, buscará uma mediação, aceitando os argumentos religiosos – desde que sejam acompanhados por seculares, e esses predominem ⁷⁷. Trata-se, em sua visão, de uma questão de prudência, não de princípio ⁷⁸.

Na verdade, Tushnet busca construir uma ponte entre a racionalidade do cidadão comum e a de seu representante, através do que Waldron denomina como a necessária continuidade entre o discurso popular e o das pessoas por eles eleitas (tal questão será desenvolvida no próximo capítulo). Nessa chave, a Constituição fora das cortes não poderia se orientar por uma racionalidade restrita.

Não haveria portanto, na visão de Tushnet (1999a, p. 74), nenhum problema em um agente público possuir e agir sob motivações religiosas, no patrocínio de determinada legislação. O que está errado, desde esse ponto de vista, é a doutrina constitucional que toma como maculado qualquer ato que daí decorra, invalidando-o de modo incondicional.

Em vista disso, se por um lado, através da noção de Constituição fina, delimita-se o conteúdo da interpretação popular e sua forma de realização, por outro – relativizado o caráter central do problema da estabilidade –, propõe-se uma racionalidade mais ampla, capaz de absorver inclusive argumentos religiosos.

⁷⁶ “Rawls points out that disagreements about the Good have historically been the source of political violence and instability, and that liberalism as a political philosophy aims at guaranteeing stability in the face of deep differences. How can we achieve political stability when we disagree so much?” TUSHNET, 1999, p. 78.

⁷⁷ Jeremy Waldron também criticará a teoria da justiça formulada por John Rawls, no entanto, ao invés de uma saída substantiva (como a adotada por Tushnet), apresentará uma de natureza eminentemente procedimental. O próximo capítulo tratará desse aspecto.

⁷⁸ “This means that the use of religious rhetoric in political discussions is largely a matter of prudence, not principle” TUSHNET, 1999a, p. 90.

1.2 A Constituição fina (*thin Constitution*)

Mas no que consiste o conceito de Constituição? Considerada a perspectiva, quando se fala em interpretação política, ou popular, da Constituição, a que conteúdo exatamente se faz referência? Em que medida se propõe a retirada de seu domínio das Cortes?

Ao longo de seu argumento, Tushnet (1999a, p. 11) mobiliza uma noção específica – a de *Constituição fina* –, referente aos valores (assim entendidos), mais arraigados da cultura constitucional norte-americana, relacionados à igualdade, à liberdade de expressão e à própria liberdade, em sentido amplo. Tais valores, presentes na Declaração de Independência e no Preâmbulo Constitucional, ofereceriam o parâmetro para o exercício da atividade de interpretação fora das cortes, não restringindo sua realização a dispositivos específicos:

The Declaration and the Preamble provide the substantive criteria for identifying the people's vital interests. They show why we are dealing with a populist *constitutional* law rather than simple disagreements about the everyday stuff of political life. And the thinness of the populist Constitution is essential if the position I am developing is to be at all defensible (TUSHNET, 1999a, p. 13, destaque do autor).

Em vista disso, Tushnet aponta um sentido histórico para o constitucionalismo americano. De um lado, resgata a tradição democrática de Jefferson, realizada em uma linguagem própria – de direitos e de valores –, de outro a de Lincoln que, reconhecendo a importância da Declaração, através dos princípios da igualdade entre os homens e de direitos inalienáveis, apresenta um entendimento específico sobre sua relevância, coincidente com a denominada *thin Constitution*⁷⁹.

A teoria do direito constitucional popular (*populist theory of constitutional law*), a partir dessa perspectiva, reivindicará a noção de Constituição fina como central para sua realização, defendendo a existência de fundamentos que baseiam a interpretação constitucional fora das cortes, firmados através de lutas e de conflitos ao longo da história: “The thin Constitution protects rights that it has taken centuries of struggle for people to appreciate as truly fundamental” (TUSHNET, 1999a, p. 12).

Todavia, por que a Constituição fina é mais importante para o projeto do constitucionalismo político que o seu restante? Por que uma predomina no argumento

⁷⁹ “The project the Constitution established for the people of the United States, Lincoln believed, was the vindication of the Declaration's principles: the principle that all people were created equal, the principle that all had inalienable rights. This is the thin Constitution”. TUSHNET, 1999, p. 11.

constitucional-popular (*populist constitutionalism*), em detrimento dos demais dispositivos do texto? Em que medida o exercício da primeira pode ignorar a existência da segunda?

A) Apenas uma parte da Constituição?

A resposta aponta para o aspecto da integração social. O compromisso com o conteúdo da Constituição fina é que caracteriza, na visão de Tushnet, o povo enquanto estadunidense, e tal construção, adiciona, é um bom projeto – desde um ponto de vista moral. A divisão entre uma interpretação especial e uma ordinária da Constituição se revela neste argumento, onde os múltiplos intérpretes possuiriam capacidade de discernimento sobre a distinção, e estariam dotados de plena competência para decidir sobre seu conteúdo⁸⁰.

O papel que tal noção desempenha na proposta de Tushnet, atrelada aos princípios da Declaração de Independência, é que permitirá a construção de um caminho alternativo à anarquia quando derrubado o *judicial review*. A interpretação, portanto, não estará totalmente disponível à discrição daquele que venha a realizá-la (TUSHNET, 1999a, p. 14).

Seu ponto de vista é o de que tais princípios, contidos na Declaração, constituem uma espécie de direito fundamental. A divergência sobre seu conteúdo, no entanto, não implica em sua fragilidade, mas ao contrário, além de aceitável, tal desacordo seria melhor conduzido pelas discussões públicas, através das vias ordinárias de participação política:

I argue throughout this book that disagreements over the thin Constitution's meaning are best conducted by the people, in the ordinary venues for political discussion. Discussions among the people are not discussions by the people alone, however. Politics does not occur without politicians, and political leaders play an important role in the account of populist constitutional law I develop here (TUSHNET, 1999a, p. 14).

Em consequência, considerando que, de um modo geral, na visão de Tushnet, os mais admirados políticos são aqueles que conseguem conduzir os debates buscando embasamento em tais princípios, serão essas lideranças que desempenharão, no arranjo popular, um

⁸⁰ Em crítica à seletividade da proposta de Tushnet, que limita seu universo de possibilidades e restringe seu conteúdo, Mandel ironiza a limitação defendida: “But it is not the Constitution that the courts have administered for two centuries that Tushnet wants to give to the people. That Constitution, the racist and sexist document that entrenched slavery and protected the rich against having their debts not paid is headed for the trash can. The constitution he wants to give to the people is a radically pruned “thin” Constitution that is trimmed of everything but the Declaration of Independence and the Constitution's Preamble. And even these documents are not to be taken literally. (...) More specifically, it is a law committed to the principle of universal human rights justifiable by reason in the service of selfgovernment. Now that really is thin. If pressed to answer while hopping on one foot, like Hillel, Tushnet could probably reduce it all to the Golden Rule” MANDEL, Michael. *Against Constitutional Law (Populist or Otherwise)*. **University Of Richmond Law Review**, v. 34, 2000-2001, p. 453.

destacado papel, relativo ao encaminhamento das discussões públicas e à articulação de argumentos qualificados (TUSHNET, 1999a, p. 29).

B) A interpretação da Constituição fina

Assim sendo, parte-se do pressuposto sociológico do comprometimento com a Constituição fina como fator de integração social e definidor da sociedade norte-americana. É nesse elemento, e não em outros como raça, religião ou etnia, que Tushnet (1999a, p. 50) encontra o elo que constituiria o povo dos Estados Unidos, e sua identidade: “The normative argument for the thin Constitution holds that at the level of national self-definition, not race, not religion, not ethnicity, but a commitment to constitutional principles defines the people of the United States”. É essa “Constituição”, portanto, e não o seu texto integral, que possui relevância para seu argumento.

Diante disso, considerada ainda a pluralidade de visões sobre seu conteúdo, ao invés de adotar-se uma série de princípios imutáveis, a noção de Constituição estará relacionada à trabalhada por Ackerman, onde sua interpretação admite transformações, através da incorporação de novos princípios. Ao mesmo tempo, preserva o mencionado compromisso fundamental – e a identidade que daí decorre –, relativo aos princípios da Declaração de Independência e ao Preâmbulo constitucional (TUSHNET, 1999a, p. 50).

Ou seja, primeiramente é questionada a vinculação entre estabilidade e detenção da palavra final pela Suprema Corte, defendendo-se um protagonismo das lideranças políticas, cujas deliberações legislativas demandam uma maior composição – essa sim capaz de gerar estabilidade (TUSHNET, 1999a, p. 52). E, em segundo plano, delimita-se o conteúdo da interpretação a determinados princípios, notadamente as liberdades e a igualdade, capazes de gerar novas compreensões e, principalmente, de integrar a sociedade norte-americana.

O argumento de Tushnet, portanto, no que diz respeito à interpretação constitucional popular – ou política –, poderia ser resumido nos seguintes termos: se a interpretação realizada pelas Cortes não consegue introduzir mais estabilidade no sistema que a realizada pelo Congresso, desde um ponto de vista democrático, caberá à maioria do segundo a decisão final sobre o conteúdo da Constituição.

Todavia, além das questões da estabilidade e do conteúdo a ser interpretado, há outro importante eixo que sustenta o desenho de Tushnet: a crítica à competência das Cortes enquanto melhores intérpretes. Atacados os fundamentos da necessidade de uma instituição

que ponha fim à anarquia, e de um texto estritamente legal inacessível ao público em geral, o terceiro pilar a ser desconstruído será o da função contramajoritária do *judicial review*, e seu papel histórico na guarda dos direitos individuais.

1.3 O melhor intérprete

Retirada a prerrogativa da interpretação pelas Cortes, é natural que se questione a capacidade dos novos intérpretes finais⁸¹. Além disso, some-se o fato de a interpretação por atores políticos já ser vista com muita reserva pelo pensamento dominante, sendo tradicionalmente vinculada a lobbies, centralizações partidárias e negociações pragmáticas, em um espaço dominado por interesses – e não princípios.

A questão, portanto, consiste em responder se os novos intérpretes são confiáveis. Isso quer dizer, se tais pessoas possuiriam a capacidade de decidir de maneira séria sobre a Constituição fina, e, ainda, se o sistema – enquanto arranjo –, possuiria os incentivos necessários para orientá-las a comportarem-se desse modo.

A) O problema Joe McCarthy

Inicialmente, no que diz respeito à comparação da qualidade da interpretação realizada dentro e fora das Cortes, Tushnet (1999a, p. 55) parte do chamado *problema Joe McCarthy*, relativo à ofensiva contra os direitos civis, patrocinada por atores políticos: “Of course some legislators are constitutional fools.”. Afinal, o *McCarthyismo*, enquanto agenda, tornou-se exemplo histórico para refutar a capacidade de o Legislativo exercer a palavra final sobre direitos constitucionais.

Entretanto, por outro lado, Tushnet aponta uma série de *justices* igualmente ameaçadores, cujos votos estiveram repletos de antissemitismo ou segregacionismo⁸².

⁸¹ Desde um ponto de vista empírico, contudo, Tushnet vê restrições na análise sobre a interpretação desenvolvida pelos atores políticos. Quanto a isso, menciona o problema do excesso judicial (*judicial overhang*), que prejudicaria a análise da interpretação realizada fora das cortes: “We really cannot know how Congress would perform if the courts exited, if Congress does badly because the courts are on the scene (...) The judicial overhang may make the Constitution outside the courts worse than it might be (...) But liberated from the judicial overhang, testimony might make Congress as able as the courts to interpret the thin Constitution”. TUSHNET, 1999, pp. 55, 58 e 62.

⁸² “James McReynolds, so anti-Semitic that he broke with the Court’s custom in which each justice shakes the hand of the others, because he could not bring himself to shake Louis Brandeis’s hand; James Byrnes, a devoted segregationist; Charles Whittaker, so paralyzed by his inability to make decisions that he resigned from the Court to avoid a serious nervous breakdown. **And, because there have been so many fewer justices than members of Congress, it does not take a long list to get to the point where the proportion**

Diante disso, a questão passa a ser colocada de outra forma, concretamente: em que medida o Congresso pode ser considerado pior ou melhor que a Suprema Corte, enquanto intérprete constitucional?

From anyone's point of view, legislatures and the courts are bound to make constitutional mistakes. The real question is whether in general legislatures or courts make more, and more important, constitutional mistakes. And we must have a decent theory of constitutional interpretation outside the courts even to be able to pose that as a question (TUSHNET, 1999a, p. 57).

Sua resposta, portanto, reforça a importância da interpretação política, pelo Congresso. Analisado o mencionado recorte histórico, e a posição de ambos os corpos – Legislativo e Judiciário –, Tushnet defenderá o protagonismo do primeiro. Desde seu ponto de vista, a Suprema Corte, em seu melhor, seria mais apta que o Legislativo em seu pior. Entretanto, por outra via, o Congresso em seu melhor seria mais capaz que a Corte em seu pior. A Era McCarthy ilustraria o argumento.

Segundo esse ponto de vista, diante do assédio aos direitos fundamentais, as Cortes não conseguiriam se contrapor, não conseguiriam afirmar sua natureza guardiã de direitos individuais. Em consequência, a irresponsabilidade constitucional legislativa seria acompanhada da inércia judicial, que não se opõe com firmeza à constatada ameaça (TUSHNET, 1999a, p. 58).

O discurso popular (*populist narrative*), nessa chave, ao invés de buscar a última palavra nas Cortes, passa a buscar o significado da Constituição em si mesma (é inconstitucional não porque os juízes assim entendam, mas simplesmente por ser inconstitucional, independentemente da revisão judicial): “Senator McCarthy’s constitutional position is wrong, as they see it; the Supreme Court’s constitutional interpretation can be wrong too” (TUSHNET, 1999a, p. 57).

Por essa razão, desde que aprofundado um sistema que incentive a boa interpretação pelos congressistas⁸³, o Legislativo deteria plena capacidade para exercer sua autoridade enquanto último intérprete constitucional, sem qualquer demérito perante o Judiciário.

of constitutional fools on the Supreme Court approaches that in Congress”. TUSHNET, 1999, pp. 55-56, destacado.

⁸³ A partir desse aspecto, Tushnet (1999, p.62) irá propor uma comissão de análise de constitucionalidade: “The executive branch has several important institutions devoted to constitutional interpretation, most notably the Solicitor General’s office and the Office of Legal Counsel in the Department of Justice. We could easily improve legislative performance by creating similar institutions.”

B) O Legislativo como melhor intérprete

Assim sendo, considerada a mencionada capacidade, Tushnet propõe debater a questão dos incentivos institucionais a seu comportamento, quer dizer, as motivações existentes para que se observem os princípios e os valores da chamada Constituição fina, pelos legisladores.

Seu argumento parte de um diagnóstico pessimista: o de que os incentivos existentes não dariam conta da orientação do comportamento dos representantes: alguns observariam o compromisso com os princípios e com seus eleitores⁸⁴ mas a maioria estaria distante de ambos. No entanto, o problema será vinculado por Tushnet (1999a, p. 66) à existência do *judicial review*, cuja dominância influenciaria a omissão dos agentes políticos. No caso de sua eliminação, tanto o povo quanto seus representantes passariam a sentir-se responsáveis pela palavra final, e a guinada seria incorporada à dinâmica eleitoral e partidária.

Segundo a proposta, os candidatos aspirantes a cargos, ou eleitos, teriam interesse em desenvolver uma atitude responsável perante os direitos constitucionais, já que o próprio povo possuiria compromisso com tais direitos.

Ademais, tendo em vista a compreensão teórica estabelecida sobre o Legislativo, Tushnet (1999a, p. 68) relativiza-a, considerando-o capaz tanto de uma competência mais abstrata, tradicional, relacionada a questões gerais, quanto prática, capaz de responder às demandas concretas apresentadas (capacidade essa usualmente relacionada às cortes): “Legislators in ordinary politics are deeply embedded in the realities of public life. Interest groups make them acutely aware of the impact their proposals will have on daily life” (TUSHNET, 1999a, p. 68).

Relativizada a diferença entre lei e Constituição, entre intérpretes mais ou menos abstratos, há ainda um último e substantivo ponto. Tushnet argumenta que a alegada falta de compromisso popular com o conteúdo constitucional, na verdade, significaria uma falta de compromisso com o conteúdo entendido *pelos Cortes*. Tal fato, em sua visão, seria óbvio, já que se houvesse concordância, não haveria conflito entre leis e juízes (TUSHNET, 1999a, pp.70-71). A crítica, no entanto, que desacredita a interpretação popular é questionada, já que representaria na verdade uma visão antidemocrática⁸⁵.

⁸⁴ “Even more, these motivations may sometimes appeal to voters, which gives legislators a political incentive to be serious about the Constitution”. TUSHNET, 1999a, p. 66.

⁸⁵ “Of course it is a fact that the people are not committed to the Constitution’s principles as the courts have understood them. If they were, the courts would never find a law unconstitutional. And we can certainly

I doubt that the people of the United States have become so degenerate that the principles of the Declaration of Independence no longer mean anything to us. If the substantive skeptic is right, however, it seems wildly unlikely that the courts can save us from ourselves (TUSHNET, 1999a, p. 71)

Entretanto, mesmo que a crítica esteja correta, Tushnet observa que em um contexto onde sequer o povo possui respeito com os princípios constitucionais, não serão as Cortes que conseguirão salvá-lo de sua própria ameaça.

2. DIREITOS CONSTITUCIONAIS SEM REVISÃO JUDICIAL

O argumento portanto busca desconstruir a ideia de que a interpretação constitucional realizada por profissionais seja, qualitativamente, superior à praticada por representantes políticos. Seu encadeamento, porém, mobiliza determinadas tradições – políticas e teóricas –, para que seja possível sua afirmação. Especificamente, as de Jefferson e de Lincoln, e da importância da mobilização social para conquista e manutenção de direitos, independentemente da revisão judicial.

Em relação aos primeiros, Tushnet busca demonstrar como a história do constitucionalismo norte-americano, fora das cortes, passa pela afirmação dos valores contidos na Constituição fina e pela relevância que atores políticos podem assumir. Concretamente, como a igualdade e a liberdade, no seu modo de ver, tornaram-se os mais destacados princípios da Constituição, definindo inclusive a própria identidade do povo estadunidense.

A partir dessa constatação, é apresentado um sentido específico para o constitucionalismo dos Estados Unidos, que não possui relação com um conteúdo determinado, mas com o compromisso com a Constituição fina, enquanto valores e prática democrática. Ainda, consideradas as transformações ocorridas ao longo da história, como seu sentido é passível de disputa – inclusive na contemporaneidade.

Em vista disso, será possível compreender a importância que a mobilização social possui no desenho constitucional-popular de Tushnet, enquanto verdadeira guardiã dos direitos constitucionais.

expect mistakes to occur even if the people are committed to the Constitution's principles. The skeptical rejection of populist constitutional law, however, is powerfully antidemocratic" TUSHNET, 1999a, pp. 70-71.

Analisado o uso das comentadas tradições, e as afirmações que daí decorrem, propõe-se, ao final do tópico, situar seu pensamento dentro de dois campos específicos, nomeadamente, os do pensamento progressista e do constitucionalismo político. Tal inserção possui importantes consequências teóricas, que se desdobrarão no item seguinte – terceiro e último desse capítulo –, destinado a compreender a natureza da tensão entre interpretação política e legal da Constituição, e a saída apresentada por Tushnet.

2.1 O resgate de Jefferson e de Lincoln

Como visto, a ideia de *thin Constitution* possui um importante papel para o encadeamento do argumento em análise. Vinculada à Declaração de Independência e ao Preâmbulo Constitucional, seu conteúdo estará relacionado às garantias fundamentais de igualdade, liberdade de expressão e liberdade, em sentido amplo. Além, disso, deslocada a autoridade das Cortes para o Povo e seus representantes, o compromisso com seus princípios e valores passa a simbolizar um importante elo, realizado através da democracia.

Nesse contexto, o papel exercido pelas lideranças políticas é fundamental para a afirmação do projeto constitucional-popular. No que diz respeito às tradições mobilizadas por Tushnet, a alternativa à anarquia passa, primeiramente, pelo exemplo de Thomas Jefferson, cuja atuação política, além de contribuir com a redação dos mencionados escritos, também teria representado – enquanto agente –, um relevante compromisso com o conteúdo constitucional.

Passa ainda pelo exemplo de Abraham Lincoln que, através de sua liderança política, teria construído as bases da afirmação do postulado da igualdade enquanto expressão máxima dos princípios constitucionais, sendo responsável por um marco histórico que segue norteando a defesa da interpretação constitucional realizada fora das cortes.

Entretanto, a abordagem também busca compreender a problematização formulada pelo próprio Tushnet, na medida em que questiona a sacralização dos suscitados exemplos, cujo contexto – histórico e passado –, não deveria ser olvidado quando de sua análise.

A) Jefferson: a revitalização de um projeto de direitos e de democracia

Assim como a noção de *Constituição fina* se faz presente ao longo de todo o argumento de Tushnet, a dimensão de Jefferson enquanto fundador da tradição que concilia

a existência de direitos constitucionais com o exercício da democracia também se insere nessa compreensão.

Nesse ponto, Tushnet não debate a tradição iniciada com Jefferson, mas se apropria dela. A respeito, o legado do pai fundador é recepcionado essencialmente em duas vias: a primeira relaciona-se a sua obra e ao sentido filosófico nela inserido⁸⁶ e, a segunda, a sua própria atuação política, enquanto liderança e representante popular.

No que se refere à primeira, além da defesa da revisão constitucional periódica, cujo projeto tornou-se paradigma para os debates constitucionais seguintes, a concepção de um sistema de direitos inalienáveis, inatingíveis pela vontade humana mas também alcançados por outras compreensões – inclusive as religiosas – oferecem as bases da assimilação realizada:

The Declaration of Independence invoked “Laws of Nature and of Nature’s God.” Thomas Jefferson thought that secular laws (the laws of nature) coincided with religious laws (the laws of Nature’s God). In several religious traditions, they do so because God offers secular reasons available to all humans, rather than reasons available only to those who accept God’s authority. The views on public policy people in these traditions assert because of their understanding of God’s will are consistent with views that ought to be held by people with quite different understandings, including atheists (TUSHNET, 1999, p. 75).

Ainda, no que se refere a sua atuação, Tushnet a considera exemplo de compromisso com a Constituição, especialmente devido ao fato de seu exercício ter-se dado enquanto ocupava cargos políticos. Por exemplo, considerada a mencionada crise entre federalistas e republicanos (abordada no capítulo anterior), ao longo da década de 1790 e a posterior eleição de Jefferson à presidência, é sublinhada sua reação aos comentados *sedition acts* que, segundo Tushnet, demonstraria uma especial percepção sobre a dinâmica da interpretação constitucional – passível de realização tanto pelo Executivo quanto pelos demais Poderes⁸⁷.

⁸⁶ Normalmente, o legado de Jefferson costuma ser inserido na tradição liberal da política. Nessa linha, sua ideia de direitos inalienáveis seria devida à influência do pensamento de John Locke. No entanto, para problematização dessa leitura, sugiro o trabalho de ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. Tradução de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Onde é defendida a tese de que, na verdade, a expressão constante no Preâmbulo da Declaração de Independência consistiria em uma visão republicana da política (“Consideramos estas verdades como auto-evidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes são vida, liberdade e busca da felicidade”).

⁸⁷ A respeito do citado conflito, Tushnet (1999a, p. 15) observará: “The classic examples involve Presidents Thomas Jefferson and Andrew Jackson. As political controversy intensified in the 1790s, Jefferson’s opponents, the Federalist party, controlled Congress and the presidency. They enacted a law making it a crime to criticize the president (but not the vice president, who happened to be Jefferson). Several of Jefferson’s political allies were convicted under this anti-sedition statute. Jefferson pardoned them after he took office in 1801, asserting that the statute violated the First Amendment’s protection of free speech. A

Entretanto, em que pese a força dessa referência, Tushnet é claro em não utilizá-la de modo anacrônico. Desde sua perspectiva, uma análise que não perceba o racismo, o sexismo e “outras aberrações” igualmente existentes ao longo da história constitucional, não poderia ser levada a sério (TUSHNET, 1999, p. 184). Por conseguinte, quando Jefferson redige “todos os homens são criados iguais”⁸⁸, ele realmente quis dizer *homens*, e não *mulheres*⁸⁹. Tal questão passa a relacionar-se ao papel que as transformações históricas assumem na proposta constitucional-popular de Tushnet: a abertura de seu arranjo à multiplicidade de compreensões abarca não apenas a pluralidade de intérpretes, mas ainda, suas mudanças ao longo da história.

B) Lincoln: a igualdade para todos

Em vista disso, o exemplo de Lincoln significa não apenas uma questão de tradição, mas, também, a possibilidade de rompimento com interpretações anteriores, e judiciais, em favor de um novo entendimento constitucional – legado às gerações seguintes.

A partir desse recorte, a recepção de Lincoln por Tushnet busca destacar o caráter popular do presidente, cuja mensagem transferia ao povo o protagonismo da interpretação da Constituição e o comando das instituições⁹⁰.

Abraham Lincoln has appeared so often in this book because he worked to restyle the silver frame, the Constitution, around the apple of gold, the Declaration's principles. Astute observers have understood that the Constitution was a populist document, in the sense that the American people were constituted by our adherence to the thin Constitution. As Abraham Lincoln put it at Gettysburg, the United States was “dedicated to the proposition that all men are created equal”. But Lincoln's observation was only the most dramatic of many in our history (TUSHNET, 1999, pp. 181-182).

few years later Jefferson explained his position to Abigail Adams, the wife of his Federalist adversary John Adams: “You think it devolved on the judges to decide on the validity of the sedition law. But nothing in the Constitution has given them a right to decide for the Executive, any more than to the Executive to decide for them (...) The judges, believing the law constitutional, had a right to pass a sentence (...) because that power was placed in their hands by the Constitution. But the Executive, believing the law to be unconstitutional, was bound to remit the execution of it; because that power has been confided to him by the Constitution”.

⁸⁸ *All men are created equal*, no Preâmbulo da Declaração de Independência.

⁸⁹ “The Constitution compromised with slavery, failing to mention it but protecting it by allowing slaveholders to count three-fifths of the slave population toward representation in the House of Representatives. Our foreign policy in the twentieth century has been imperialistic, and not always defensible even as a flawed effort to guarantee fundamental human rights elsewhere in the world”. TUSHNET, 1999a, p. 184.

⁹⁰ “This country,” Abraham Lincoln said in his First Inaugural Address, “with its institutions, belongs to the people who inhabit it.” Populist constitutional law takes that to heart. And the Constitution belongs to us collectively, as we act together in political dialogue with each other— whether we act in the streets, in the voting booths, or in legislatures as representatives of others. TUSHNET, 1999a, p. 181.

A geração desse auto-entendimento constitucional é identificada em suas declarações e estratégias, com especial destaque para dois momentos:

O primeiro, relacionado a seu discurso de posse em 1861, dirigido aos estados do Sul – que então se preparavam para a guerra –, revela uma interessante percepção sobre a dinâmica da palavra final. Nesse pronunciamento, Lincoln reiterou seu entendimento sobre o precedente *Dred Scott*⁹¹, e sua problemática vinculação dos partidos políticos. Manifestado seu respeito às decisões praticadas pela Suprema Corte, Lincoln no entanto criticou a perspectiva de o povo perder sua autonomia, de deixar de se guiar a si próprio em virtude da submissão das disputas partidárias à supremacia daquela instância, judicial (TUSHNET, 1999, p. 9).

Desse modo, considerando a separação entre as questões ordinárias e extraordinárias, a matéria da escravidão pertenceria ao segundo grupo, diante o qual a nação deveria assumir o ônus de resolver uma crise constitucional (TUSHNET, 1999, p. 26)⁹². No discurso inaugural seguinte, em 1865, Lincoln viria a reforçar esse caráter, de uma inevitável luta a ser travada pelo povo⁹³.

Por outro lado, em 1861, Tushnet (1999, p. 23) destaca o evento da oposição militar enfrentada por Lincoln em Maryland – onde promoveu a prisão de secessionistas – para ilustrar o conflito entre as cortes e os atores políticos. Tendo ordenado a prisão do tenente Merryman, suspeito de aliar-se à secessão, viria a receber uma ordem de soltura, após pedido de *habeas corpus* apresentado por seus advogados de defesa. Em voto redigido pelo *Chief Justice* Roger Taney⁹⁴, mesmo autor do voto dominante em *Dred Scott*, é exigido às autoridades militares que levem o réu pessoalmente à Corte.

Desobedecida a ordem, é instaurada a crise. O *justice* exige a soltura de Merryman e Lincoln renova seu comando. O que daí decorre é a certeza de que, sem a submissão de forças que a executem, qualquer interpretação é vã. Melhor dizendo, que a própria dinâmica entre as forças políticas põe em cheque a utilidade da supremacia do *judicial review*, já que,

⁹¹ Decisão essa que, ao negar o direito de liberdade a um escravo (no ano e 1857) que estivera em território livre de escravidão, entraria para a história como exemplo de equívoco perpetrado pela Suprema Corte.

⁹² Caberia à liderança política, portanto identificar os interesses vitais do povo (*vital interests of the people*). TUSHNET, 1999a, p. 24.

⁹³ “Yet, if God wills that [the war] continue until all the wealth piled by the bond-man’s two hundred and fifty years of unrequited toil shall be sunk, and until every drop of blood drawn with the lash shall be paid by another drawn with the sword, as it was said three thousand years ago, so still it must be said, ‘the judgments of the Lord, are true and righteous altogether’” Apud TUSHNET, 1999a, p. 26.

⁹⁴ Porém, como juiz em *circuit court* no Distrito de Maryland.

como observa Tushnet (1999, p. 26): “tudo que um legislador, ou agente do Executivo, pode tentar fazer através das cortes, pode também sem utilizá-las”.

Desse modo, em coerência à mencionada ambição por absorver o conflito e a possibilidade de transformações para dentro da teoria constitucional, a discussão dos citados exemplos, ou tradições, não se dará em termos anacrônicos, ou mitificados. “Aberrações” existiram, e foram tidas como normais em seus respectivos contextos históricos, mas o sentido de integração – esse é o argumento central –, possuído pela Constituição fina, jamais teria deixado de orientar a ação e a interpretação realizada fora das cortes, especialmente aquela desenvolvida pelas lideranças políticas⁹⁵.

C) Um sentido histórico para o constitucionalismo

Em conclusão, o que se apreende da análise histórica que perpassa o argumento constitucional-popular de Tushnet é que, apesar de existir uma mobilização de tradições – notadamente as de Jefferson e de Lincoln –, há também uma preocupação constante com a necessidade de se relativizar o legado vindo de contextos passados, onde já se admitiu a escravidão, a segregação, o sexismo⁹⁶. Ou seja, o ato de relativizar compreensões passadas implica na abertura de questionamentos, também, ao presente, razão essa pela qual a interpretação política é observada, mas também defendida, enquanto projeto contemporâneo.

Diante disso, considerada a abordagem proposta, Tushnet substitui a expressão *all men are created equal* por *all people are created equal*, afastando ainda a noção de

⁹⁵ “Perhaps our national self-understanding should not treat racism, sexism, and nativism as commitments running as deep as our commitment to the Declaration’s principles, but it must not treat them as aberrations that everyone knew all along were inconsistent with who we were. Everyone did not know that. Many people were—and remain—entirely comfortable with the privileges that racism, sexism, and nativism confer on them. It demeans our national experience to read those people out of the narrative. Building the underside of United States constitutional history into our narrative gives it a richness and complexity that in the end makes the story more attractive than the purely celebratory account. Acknowledging that Thomas Jefferson owned slaves, and that Martin Luther King Jr. had numerous personal flaws, deepens our appreciation for what they accomplished. Piled by the bond-man’s two hundred and fifty years of unrequited toil shall be sunk, and until every drop of blood drawn with the lash shall be paid by another drawn with the sword, as it was said three thousand years ago, so still it must be said, ‘the judgments of the Lord, are true and righteous altogether’” TUSHNET, 1999a, p. 184.

⁹⁶ A questão, denominada por Tushnet (1999a, p. 141) como o lado inferior dos direitos constitucionais (*the underface of constitutional rights*) relativiza a importância da Corte para os ganhos sociais. Por exemplo, em *Brown vs. Board of Education* (1954), o ganho na Corte teria convivido com a persistência da segregação e ainda hoje haveria escolas quase apenas frequentadas por negros. Do mesmo modo, os *abortion rights* teriam criado uma esfera de privacidade que, depois, viria a acobertar a violência doméstica. A questão portanto, segundo Tushnet, teria a ver com o fato de os advogados não conseguirem controlar as diversas consequências do julgamento. O motivo apontado seria o fato de a postulação de direitos, sua linguagem legal, possuir um aspecto predominantemente individualista.

concessão divina dos direitos inalienáveis, contida na Declaração da Independência. O que se extrai dela, portanto, é um projeto de princípios, e democrático. O mesmo princípio da igualdade, que antes abrangia apenas os homens – não os escravos – e passou depois a incorporá-los. Ainda, o fato de Jefferson ter atribuído ao Criador a origem dos direitos não significa que não existam razões seculares para justificar os seus princípios (TUSHNET, 1999, p. 11):

Some think that the Supreme Court's elaboration of constitutional law has given us a rich vocabulary of practical political philosophy. It has not. It may have given the Supreme Court and some constitutional lawyers such a vocabulary. The populist constitutionalist believes that the public generally should participate in shaping constitutional law more directly and openly. The Declaration of Independence and the Preamble to the Constitution give all of us that opportunity. As Lincoln said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts (TUSHNET, 1999, p. 194).

Portanto, a análise em questão não admite o protagonismo da Suprema Corte desde um ponto de vista histórico e, comparados diversos legados, tampouco no que se refere à geração de um auto-entendimento constitucional relevante. Isso quer dizer, que sua linguagem na verdade teria dado origem a uma tradição individualista, restrita ao domínio de profissionais. Renegada a utilidade do *judicial review*, Tushnet resgatará a tradição popular (*populist tradition*) de reivindicação da Constituição e de seus princípios por intérpretes fora das Cortes. Se o seu conteúdo pertence ao povo, seria hora de reclamá-lo.

2.2 Direitos constitucionais sem *judicial review*

Dessa compreensão histórica, então, é possível perceber um relevante pressuposto teórico, que passa por toda a ideia de interpretação no trabalho de Tushnet: a verdade única sobre direitos constitucionais não apenas não existiria como, ainda, seria inacessível aos juízes – nenhum método utilizado seria capaz de gerar um resultado “correto”.

Além disso, os exemplos da Grã-Bretanha e dos Países Baixos ilustrariam a possibilidade concreta de um modelo onde, ausente o *judicial review* (nos padrões dos Estados Unidos), persistiriam as garantias de limitação do governo e de defesa dos direitos individuais (TUSHNET, 1999, p. 163).

Desse modo, a primeira questão que decorre dessa transferência diz respeito à implementação do projeto constitucional-popular. Como seria possível manter uma

linguagem de direitos, após a guinada democrática? Como garantir o exercício do direito de minorias, que já não poderão recorrer ao Judiciário para opor-se à interpretação política?

A partir daqui, passo a abordar a resposta de Tushnet. A solução oferecida residirá na realização do direito constitucional popular, promovido através de valores democráticos e do compromisso com a Constituição fina. Isso quer dizer, através do diálogo, das manifestações, e da participação enquanto eleitor ou representante.

Diante disto, o elemento da mobilização será central para o argumento: se não há verdade final que se extraia da interpretação constitucional, e se a história dos direitos constitucionais está mais ligada a conflitos e a articulações políticas fora das cortes que à linguagem criada pelos juízes, o mundo sem *judicial review* apenas será possível a partir da organização popular, reivindicando-se uma interpretação orientada por princípios.

A) Direitos constitucionais no arranjo constitucional-popular

Como visto, Tushnet relativiza a importância histórica das Cortes enquanto guardiãs dos direitos individuais, nos Estados Unidos, dada sua incapacidade de reação às eventuais ondas de assédio. Entretanto, transferida a prerrogativa da interpretação ao povo, à política, o que ocorreria com as garantias tradicionais?

A saída defendida é a de que a dinâmica da própria política seria capaz tanto de comportar a influência (direta ou ideológica) de grupos formados por minorias quanto de manter uma linguagem de direitos, firmada através de compromissos⁹⁷. Ou seja, é reforçada sua negação à tese de que as cortes seriam melhores guardiãs que os legisladores (TUSHNET, 1999, pp. 158-159).

A partir daí, delegará a responsabilidade pela construção da mencionada linguagem de direitos à população organizada. Tome-se como exemplo a debatida ascensão da população negra à igualdade: o próprio povo foi capaz de formular um novo discurso, que reivindicava uma nova interpretação para os princípios constitucionais (TUSHNET, 1999, p. 166).

⁹⁷ “The difficulty with this argument is that it overlooks politics” (TUSHNET, 1999a, p. 159). Mesmo as minorias poderiam articular-se nas votações (poder de barganha política), onde sua participação poderá ser determinante para a vitória de um ou de outro grupo (10% pode ser a peça fundamental na disputa entre 45% e 45%).

Dessa forma, segundo seu ponto de vista, não é a Constituição em si que determina o esforço dos políticos a implementarem direitos sociais, mas a pressão política dos representados. Além disso, segundo esta perspectiva, se promovida a guinada popular ocorreria um deslocamento do discurso dos direitos, de um campo individualista para um mais amplo, dos compromissos⁹⁸:

As legislators develop statutes, even civil rights statutes, they necessarily listen to their opponents and often develop compromises accommodating some of their opponents' concerns—accommodations that courts would be hard-pressed to create (TUSHNET, 1999, p. 169).

Por outro lado, em que pese o caráter radicalmente democrático da proposta, é interessante observar que, no desenho defendido, não há uma eliminação da ideia de direitos judicialmente exigíveis. A criação de compromissos relaciona-se à criação das leis, e a interpretação realizada pelas Cortes se relacionará a essas normas, de natureza legal. A tomada popular da interpretação constitucional não implica um necessário enfraquecimento do discurso judicial de direitos (TUSHNET, 1999, p. 168).

B) A importância da mobilização social

Desse modo, o projeto da fundação não é percebido como algo autônomo, apartado da realidade política e social, não se podendo celebrar a história dos direitos constitucionais como um processo evolutivo, linear e ininterrupto. A força que alavanca tais mudanças não residiria na interpretação constitucional, jurídica, mas na organização do próprio povo, interligado através de compromissos e alianças.

A retomada popular da Constituição, portanto, implica na revitalização coletiva da ação e do diálogo político, seja através de manifestações nas ruas, nas cabines de votação ou nas próprias legislaturas, enquanto representação eleita (TUSHNET, 1999, p. 181). Em consequência, o direito constitucional popular, desde um ponto de vista filosófico, conseguiria articular o compromisso com o princípio dos direitos humanos universais, justificados pela razão, e colocá-los a serviço do autogoverno.

Diante disso, o investimento em estratégias legais, por grupos sociais organizados, passa a assumir outro caráter, mais ou menos prioritário em proporção à eventual influência ideológica, e política, que uma decisão judicial possa vir a ter. Isso quer dizer, que a decisão

⁹⁸ Em referência à experiência de Roosevelt durante o New Deal, Tushnet (1999a, p. 171) observa: “Finally, populist constitutional law offers a way of thinking about social welfare rights as constitutional rights that makes sense of an important dimension of our national experience”.

final pelas Cortes passa a ser avaliada através de um tipo específico de cálculo, que considera não apenas a vitória do argumento, mas a solidez de seu resultado. Solidez essa que pode ser melhor alcançada por vias alternativas, populares (mobilização de comunidades através das igrejas, por exemplo, apresentada como uma das principais engrenagens do movimento dos direitos civis. TUSHNET, 1999, p. 216).

O risco de redução da mobilização popular após uma vitória nos tribunais seria o mais destacado elemento desse cálculo, mas há outros. Tais vitórias poderiam deter um importante componente ideológico, que teria relevância social, já que seu conteúdo se apresentaria a instituições que antes não consideravam sua importância. Entretanto, argumenta Tushnet (1999, p. 139), mesmo as vitórias ideológicas, após sua realização, perigam ter sua significação diluída com o passar do tempo.

2.3 Progressive constitutionalism

Considerado o debate acadêmico norte-americano sobre interpretação constitucional, pode-se dizer que há duas agendas distintas, e opostas: de um lado, a progressista e, de outro, a conservadora⁹⁹. Não é simples caracterizar os elementos que constituem cada posição, e há mediações¹⁰⁰.

⁹⁹ A respeito da polarização entre argumentos conservadores e liberais, e a questão da transformação constitucional em favor de ganhos sociais, Lipkin (1999, pp. i-ii) reflete: “How does progressivism differ from conservative and liberal constitutionalism? To paint in broad strokes, consider as a test case, the issue of segregation before the decision in *Brown v. Board of Education*. Conservatives typically defended the status quo and were reluctant to begin meddling with the fundamental traditions and institutions in American society. Because these practices have survived the test of history, they should be valued for their practical significance, and we should eschew broad self-conscious designs to systematically render them more just, even if some people in society suffer as a result. Broad-based change often has unintended consequences that can radically damage or bring down the status quo. If change is needed to rectify specific aberrations in the status quo, it should generally occur incrementally, and its source should be the changed needs and attitudes of the populace, not coercive governmental action. For example, a conservative constitutionalist could argue that segregation was necessary to a vital American economy - and most people do well by it - therefore, it should be defended against unrealistic utopian proposals for racial justice. Of course, a conservative could argue equally well (depending upon the empirical facts of the relationship between segregation and a healthy economy) that racial injustice detrimentally burdens economic efficiency. In that case, however, the conservative would expect individual actors (business people, and so forth) to incrementally begin eradicating segregation because it is in their interest to do so. Prior to *Brown*, the conservative was disinclined to oppose segregation merely to implement an untried conception of racial equality”.

¹⁰⁰ “Is there a progressive constitutionalism? No, there are many. There may be impulses and attitudes shared by work being done as progressive constitutionalism, but they do not yet unify the project into a simple, single whole”. SPINDELMAN, Marc. Progressive Constitutionalism Considered. Symposium: Reflections on Progressive Constitutionalism: Theory, Practice and Critique. *Ohio State Law Journal*, v. 72, n. 6, p.1070; 2011.

Em simpósio realizado sobre o tema (1999), concluiu-se que o pensamento progressista, de um modo geral, propõe um progresso moral através da expansão de direitos aos membros de uma comunidade, de modo a torná-la mais inclusiva. Defende uma postura ativa das principais instituições sociais, de maneira a enfrentar injustiças e, ainda, que instituições não-governamentais tomem parte do debate político e constitucional (LIPKIN, 1999, p. vi). Ou seja, desde essa perspectiva, o direito constitucional deveria se estruturar e modificar-se ao mesmo tempo em que oferece uma consciência de melhorias sociais e de avanços políticos.

No que se refere à importância das Cortes, no entanto, há aqueles que defendem sua participação na agenda progressista, assim como quem proponha seu afastamento. No caso de Tushnet, é notória sua filiação ao segundo grupo. Essa diferenciação é importante, e traz algumas pistas para a compreensão do debate do constitucionalismo popular, ou político.

A) O constitucionalismo progressista em sua versão popular

Em determinado momento, entre o final da década de noventa e início dos anos dois mil, começou a ganhar força, dentro do pensamento progressista, uma produção intelectual que também tomou por agenda a retirada, mais ou menos radical, da prerrogativa da interpretação constitucional pelo *judicial review*.

Progressive confidence in constitutional adjudication peaked during the Warren Court and its immediate aftermath. Courts were celebrated as “fora of principle”, privileged sites for the diffusion of human reason. But progressive attitudes toward constitutional adjudication have recently begun to splinter and diverge. Some progressives, following the call of “popular constitutionalism”, have argued that the Constitution should be taken away from courts and restored to the people.¹⁰¹

Segundo Tushnet, agir de modo diverso consistiria em uma incoerência: não se poderia admitir a separação dos direitos constitucionais em duas classes distintas, uma reservada às Cortes e outra a atores externos. Se o argumento progressista reclama a existência da Constituição fora dos tribunais, não seria possível conviver com dois tipos distintos de racionalidade – legal e política –, mas apenas uma. Por conseguinte, a

¹⁰¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, 2007; p. 373.

transferência da interpretação – e sua transição de um sentido jurídico para o popular – haveria de ser completa.¹⁰²

Entretanto, em que pese a discordância, Tushnet não propõe aprofundar a diferenciação entre aqueles que admitem a guarda pelas Cortes e os que não, já que, argumenta, muito pouco seria conhecido sobre os caminhos que levam à transformação constitucional progressista, e adotar uma postura inflexível seria pouco maduro.¹⁰³

Por outro lado, considerado o problema da definição do conteúdo do constitucionalismo progressista, é interessante observar como a compreensão formulada por Tushnet a respeito da experiência do constitucionalismo popular, especialmente na chave de Kramer, e seu sentido enquanto experiência histórica, podem esclarecer alguns aspectos da problemática.

B) O constitucionalismo popular como constitucionalismo político¹⁰⁴

Se há duas espécies distintas de constitucionalismo, o legal e o político – ambos paradigmas da agenda popular em análise –, também se poderia falar em dois tipos distintos de racionalidade, correlatas à prática da interpretação constitucional dentro ou fora das Cortes. Sobre o primeiro grupo, já existiria uma longa tradição, formada por especialistas do próprio campo jurídico, entretanto, em relação ao segundo, haveria uma lacuna, ou um simplismo de abordagem.

Tal tradição, que vê como menor a capacidade da interpretação realizada pela cidadania – e por seus representantes –, toma a política como um campo de interesses incoerentes, sem uma orientação pautada por princípios. O valor do trabalho de Kramer,

¹⁰² “Progressive constitutionalists cannot abandon the claim that courts can enforce the prescriptions of progressive constitutionalism. In our legal culture, the idea of constitutionalism is closely linked to the idea of judicial enforcement, but it need not be. Perhaps one part of the progressive constitutional agenda should be to destroy the link” TUSHNET, Mark. What Is Constitutional About Progressive Constitutionalism? **Widener Law Symposium Journal**, v. 4, spring 1999b; pp. 36-37.

¹⁰³ “I have argued that the first strategy is flawed, and I prefer the second. However, progressives are, as West says, already in hard times, and it seems to me a bad idea for us to treat as “unprogressive” people who choose to pursue any of these strategies. Since so little is known about how to achieve progressive constitutional change, I think it unwise to rule out any apparently sensible strategy”. Ibidem, pp. 38-39.

¹⁰⁴ “Recent U.S. literature on constitutionalism has used the term “popular constitutionalism” for political constitutionalism. I have come to think that the British term is more useful because it makes clear that the enforcement mechanism is politics broadly understood, including parties and the like which mediate the people's views, whereas the term “popular constitutionalism” suggests a less-mediated relation between the people and constitutional enforcement”. Progressive Constitutionalism: What Is “It”? Symposium: Reflections on Progressive Constitutionalism: Theory, Practice and Critique. **Ohio State Law Journal**, v. 72, n. 6, p. 1077, nota de rodapé nº 16; 2011a.

desde o ponto de vista de Tushnet, então, residiria em oferecer novas bases para pensar o constitucionalismo popular, e o possível refinamento da interpretação política da Constituição: “I take *The People Themselves* to be a sustained attempt to provide a rich body of historical information that provides the basis for thinking more deeply about the way in which constitutional law combines politics and law”.¹⁰⁵

Já no que diz respeito à diferença entre os dois tipos de constitucionalismo – o legal e o político –, Tushnet relativiza seus limites, dado o caráter complexo da história. Porém, apresenta algumas sugestões de análise:

A princípio, segundo o pensamento dominante, enquanto documento legal, a Constituição possuiria um caráter retrospectivo. Os juízes que decidem hoje buscam por precedentes, e a interpretação jurídica consiste, primordialmente, em buscar fundamentos em decisões prévias. Por outro lado, a política seria eminentemente prospectiva, menos atada que a interpretação legal, e buscaria o melhor para a sociedade independentemente de referências ao passado.

Entretanto, Tushnet entende que os políticos também analisam o passado quando propõem algo no presente, avaliando estratégias que tenham logrado maior ou menor êxito anteriormente. Ademais, e esse ponto tem relação direta com o trabalho de Kramer, o próprio povo teria sido capaz, em diversos momentos, de conciliar a ação política com a interpretação constitucional. Tal fenômeno contudo não estaria restrito ao passado e, por mais que tenha perdido força, também poderia ser observado na atualidade.¹⁰⁶

Além disso, o constitucionalismo popular poderia envolver um constitucionalismo “dialógico” (TUSHNET, 2006, pp. 998-999), cujo modelo compreende a interação entre os atores – políticos, jurídicos e sociais – através de uma conversa, onde a interpretação promovida pelas Cortes não possuiria qualquer superioridade sobre as demais.

3. A RELAÇÃO ENTRE O POVO E AS CORTES NO DESENHO DE TUSHNET

A preferência pela denominação “constitucionalismo político”, entretanto, revela um traço distintivo do pensamento de Tushnet: sua proposta ambiciona resgatar o papel dos

¹⁰⁵ Popular constitutionalism as political law. *Chicago-Kent Law Review*, v. 81, p. 992; 2006

¹⁰⁶ “A dramatic recent example is the debate over the adoption of torture and closely related techniques of interrogation as a method to extract information about threats to national security. An important component of the arguments made by those proposing a statute to ban further use of such techniques was that their use was a betrayal of who we are as Americans”. TUSHNET, 2006, p. 993.

representantes eleitos enquanto lideranças qualificadas da interpretação constitucional, em oposição ao protagonismo legal dos juízes. Ademais, não há em seu diagnóstico a existência de um necessário conflito entre a interpretação realizada dentro e a realizada fora das Cortes, ao contrário, pressupõe inclusive momentos de afinação ideológica¹⁰⁷.

Ou seja, diferentemente de Kramer, que mesmo sem definir um conteúdo específico para o constitucionalismo popular admite sua convivência com o *judicial review* (desde que esse não possua a prerrogativa da palavra final), Tushnet advoga a extinção da revisão judicial das leis, propondo um constitucionalismo com pressupostos mais problematizados que a experiência histórica narrada por Kramer. Ao invés de contrapor, concretamente, os atores históricos (povo, cortes, representantes), a oposição se realizará entre dois modelos: democracia versus *judicial review*.

Em vista disso, para além do debate progressista, que orbita o binômio liberal-conservador¹⁰⁸, a pergunta central de seu trabalho é colocada da seguinte forma: considerado o bom desenho do sistema constitucional, teria o *judicial review* as características necessárias que o tornem uma boa peça da engrenagem?

3.1 Um mundo sem *judicial review*

A resposta é negativa. A análise formulada observa que de certo modo, desde um ponto de vista histórico, as Cortes tenderiam a alinhar-se à coalisão política dominante, sendo raros os momentos em que sua interpretação escaparia ao pensamento majoritário. Isso quer dizer, sua interferência no sistema seria praticamente nula¹⁰⁹ e, argumenta Tushnet (1999a, p. 153), não compensaria sustentar um modelo à espera de situações excepcionais.

Desse modo, o questionamento aponta para a *conveniência* da manutenção da palavra final pelo Judiciário, se a sua predominância realmente faria diferença para a sociedade norte-americana ou para suas liberdades. Sob tal perspectiva, a extinção teria por efeito imediato o retorno da decisão constitucional à ação política, transformando o direito

¹⁰⁷ Como pode ser observado, a conclusão sobre a interação entre os atores (povo e cortes) reflete escolhas metodológicas prévias, tais como o recorte histórico adotado – mais ou menos amplo.

¹⁰⁸ “On balance, the question of whether judicial review benefits progressive and liberal causes more than it harms them seems rather difficult. TUSHNET, 1999a, p. 152.

¹⁰⁹ O mesmo raciocínio é aplicado à questão liberal-conservadora. Segundo Tushnet, as oscilações na interpretação das Cortes, ao longo da variação de suas composições (e componentes ideológicos), tenderia a oscilar sobre o mesmo eixo, gerando poucos efeitos em favor de quaisquer lados. Desse modo, ao arrolar exemplos favoráveis aos liberais e aos conservadores, a conclusão é a de que possuiriam uma mesma proporção.

constitucional popular no único direito constitucional existente: **“Doing away with judicial review would have one clear effect: It would return all constitutional decision-making to the people acting politically. It would make populist constitutional law the only constitutional law there is”**. (TUSHNET, 1999a, p. 154)

A) A problematização do judicial review

Como visto, considerada a análise de Tushnet (vide *O problema Joe Mccarthy – item 1.3, A, desse capítulo*) a ideia de que os juízes conseguem resistir à tirania das maiorias não possuiria qualquer amparo histórico e, tampouco, seria passível de comprovação empírica. Do mesmo modo, o pensamento de que o sistema político não seja capaz de conciliar os direitos de grupos formados por minorias: a própria dinâmica do Congresso comportaria a participação dos mencionados grupos, que conseguiriam adquirir força concreta através barganha política, negociando seu eventual apoio em disputas acirradas (TUSHNET, 1999a, p. 159).

Além disso, a denominada *dificuldade contramajoritária*, que tem sua legitimidade creditada à ascensão dos regimes nazifascistas, reportaria o temor que lhe funda a uma situação extrema de opressão, à qual seria impossível resistir:

It will help to distinguish between truly extreme cases of oppression—slavery and the Holocaust—and ordinary ones. As Ely pointed out, in extreme cases all bets are off. In the Holocaust Germany’s political leaders, supported by a majority of the nation’s people, were willing to exterminate other peoples. **It was not a country whose judges could resist in the name of the Constitution had there been one. Nor should we expect that judges in such a situation would be so out of line with the rest of the nation that they would want to resist. We can look around the world for examples of such resistance, and we will not find enough to take heart from** (TUSHNET, 1999a, p. 162).

Por outro lado, a prerrogativa da revisão judicial das leis envolveria um problema simetricamente proporcional: se sua extinção pode ter o efeito de prejudicar quem hoje dela se beneficia, sua manutenção, igualmente, nega direitos a outros grupos, não reconhecidos ou diminuídos em sua interpretação mas que, no entanto, possuem um discurso constitucional organizado¹¹⁰.

¹¹⁰ “Finally, we should not overlook the fact that we are dealing with a problem that is perfectly symmetrical: If abolishing judicial review hurts some who now benefit from it, retaining judicial review continues to hurt those who are now harmed by it. Specifically, in 1999 that means that maintaining judicial review harms African-Americans.” TUSHNET, 1999a, pp. 172-173

Um mundo sem *judicial review*, portanto, não seria um mundo dominado pela anarquia, tampouco pela tirania, mas, segundo Tushnet, pela ação política e pelo compromisso com a chamada Constituição fina, através de uma ação orientada pelos princípios e valores da Declaração de Independência e do Preâmbulo constitucional. A vantagem de sua adoção consistiria no fortalecimento do autogoverno, e na maior distribuição da responsabilidade constitucional entre a população (TUSHNET, 1999a, p. 174).

B) Direito constitucional popular: decisão e ação política

Em consequência, o direito constitucional popular traduz-se na ideia de que todos devem participar da criação do direito constitucional, através da atividade política. No mesmo sentido, a teoria constitucional passa a assumir o papel de compreender o constitucionalismo fora das Cortes.

Seguindo a definição proposta por Tushnet (1999a, p. X), o direito pode ser considerado como popular (*populist constitutional law*) na medida em que distribui, amplamente, a responsabilidade pela interpretação constitucional, e, ainda, quando não há qualquer carga normativa especialmente atribuída à interpretação realizada pelas Cortes, derivada do fato de serem compostas por juízes.

Apesar de não dedicar-se à questão de seu conteúdo, já que seus caracteres inevitavelmente se transformam ao longo do tempo, Tushnet (1999a, pp. 157-158) irá enumerar quatro pressupostos essenciais à vida política, com vistas ao adequado desenvolvimento da interpretação popular:

- i) O primeiro diz respeito ao próprio exercício de **votar**. A sociedade que não toma parte em votações, argumenta Tushnet, não teria condição de construir um direito constitucional popular;
- ii) O segundo refere-se ao exercício da **crítica ao governo**. O povo a quem não é permitido criticá-lo não teria capacidade de mudar seu rumo e, consequentemente, de aplicar seu entendimento sobre a melhor interpretação;
- iii) Já o terceiro concerne à necessidade de um **espaço para o desenvolvimento de visões independentes** sobre a melhor política e o direito constitucional, quer dizer,

de um local privado onde as pessoas possam desenvolver opiniões distintas das do *status quo*;

- iv) E, por último, de modo geral, a exigência de **lidar com crises reais**, já que uma maioria política realmente poderia vir a promulgar leis que ofendam princípios constitucionais e, nesse momento, já não caberá mais ao *judicial review* dar a palavra final.

Em síntese, o direito constitucional popular adquire conteúdo na medida em que os meios ordinários de participação comportam os debates conduzidos pelas lideranças políticas. Se o *judicial review* se limitasse a assegurar tais pré-condições, Tushnet entende que não haveria motivos para extingui-lo. Entretanto, dada a dificuldade de manter tal espécie de revisão, a única alternativa viável para sua realização seria através da incorporação de uma nova emenda à Constituição.

C) Saída: emendar a Constituição

A ideia não é nova. Desde a crise ocorrida na Era Roosevelt¹¹¹, passando pela proposta do *Judge* Robert Bork¹¹², o problema do “excesso de *judicial review*” tem sido debatido, e formuladas tentativas de redesenho do sistema. Entretanto, segundo a análise de Tushnet, tais projetos estariam imbuídos de um mesmo vício: o de admitir a possibilidade de defesa de direitos constitucionais via revisão judicial:

The proposals by Wheeler and Bork retain an important role for the Supreme Court. In doing so they may still lead to problems associated with the judicial overhang (...). And they may perpetuate the illusion that the Supreme Court can actually save us from ourselves. Why not go all the way? (TUSHNET, 1999a, p. 175).

Isso quer dizer, se a garantia de direitos constitucionais através da interpretação feita por juízes não passa de ilusão, não haveria sentido em mantê-la em atividade, de que forma

¹¹¹ “In response to President Franklin Roosevelt’s proposal that the Supreme Court’s membership be expanded so that it would no longer be able to obstruct New Deal legislation, Senator Burton Wheeler, a Democrat who supported the New Deal, countered by proposing a constitutional amendment: If the Supreme Court held a federal statute unconstitutional, Congress could override it by a two-thirds majority in both houses, as long as an election intervened between the Court decision and the override” TUSHNET, 1999a, p. 175.

Para uma análise histórica do conflito entre a interpretação política, e legal, no período: FRIEDMAN, 2000a.

¹¹² “More recently Judge Robert Bork has proposed an amendment allowing an override by a simple majority vote. As mentioned earlier, there is a comparative analogue to consider: the Canadian Charter’s provision, referred to as the “notwithstanding” or “override” clause, allowing the national parliament or a provincial legislature to declare that a statute shall go into effect notwithstanding provisions in the Charter that might make the statute unconstitutional” TUSHNET, 1999a, p. 175.

for. O direito constitucional popular portanto, na chave de Tushnet, é favorável a que se emende a Constituição, de modo a extinguir de vez o *judicial review*.

Ademais, considerado o objetivo de resgate da dimensão da ação política, não mais se pediria à Suprema Corte que desse a palavra final sobre determinada matéria, mas ao próprio povo, através de seus representantes eleitos.

Na proposta recentemente apresentada por Tushnet¹¹³, inspirada pelo artigo 120 da Constituição holandesa, além da extinção do poder de declarar leis promulgadas pelo Congresso inconstitucionais, é desenhado um sistema onde a participação política não implica uma ameaça mas uma virtude. Do mesmo modo, busca-se respeitar a multiplicidade de possíveis interpretações – pontos esses que, como visto, indicam o seu registro de constitucionalismo político.

Renegar o monopólio da interpretação pelas Cortes significa, então, também renegar a possibilidade de *uma* interpretação *verdadeira*. Mais uma vez, observar as transformações ocorridas ao longo da história em matéria constitucional levará à abertura de possibilidades no tempo presente, chamando à responsabilidade os atores políticos.

3.2 Democracia e compromisso: razões substantivas e procedimentais

Esse último ponto merece atenção. De certa forma, a preocupação com o pluralismo levará à relativização da legitimidade intrínseca à interpretação judicial, aproximando-se o modelo ideal de razões mais procedimentais que morais. Entretanto, Tushnet orbita entre ambos os polos, adotando tanto argumentos baseados em valores quanto em processo. Isso quer dizer, tanto no compromisso com os princípios da Constituição fina quanto com o autogoverno democrático:

Would this introduce an undesirable instability into our fundamental law? As things now stand, the Constitution is what a majority of the Supreme Court says it is—for the moment. This too can introduce instability as the Court's composition changes. The position I have developed would make the Constitution what a majority of Congress says it is (TUSHNET, 1999a, p. 52).

Portanto, se por um lado, a solução parte do compromisso com a Constituição fina, por outro, sairá da votação sob o princípio da maioria, no Congresso. Segundo tal ponto de vista, o objetivo do direito constitucional popular consiste exatamente em absorver a

¹¹³ Abolishing Judicial Review. *Constitutional Commentary*, v. 27, pp. 581-590; 2011b

compreensão da sociedade sobre aspectos fundamentais, mesmo que existam divergências sobre o que seja fundamental.

No entanto, a admissão de fundamentos substantivos, baseados em valores, estará adstrita à “simplicidade” de seu conteúdo. Ou seja, no modelo de Tushnet (1999a, p. 113), estarão vinculados exclusivamente aos princípios da Constituição, e não ao seu restante: “The Constitution outside the courts should be a thin Constitution if it is to be self-enforcing through a political process that combines structure-based and value-based incentives”.

Da mesma forma, no que diz respeito à eventual divergência entre tais atores políticos, sobre que visão da Constituição adotar, Tushnet sugere ainda que, a partir do momento em que não existirem mais as Cortes, não tendo a quem se recorrer, a palavra final caberá à opinião pública (à “corte da opinião pública”):

If each side is somewhat pessimistic—if each thinks it might lose—they might prefer a sure compromise deal now rather than taking their chances going to court, with outcomes they cannot be certain of (...) What would happen if the courts were not available? Instead of a real court, the president and Congress appeal to the court of public opinion. (TUSHNET, 1999a, p. 120)

Destaco essa espécie de registro teórico que, diante da divergência comporta tanto razões baseadas em processo quanto em conteúdo porque, no próximo capítulo, a teoria de Waldron será abordada com foco em seu eixo fundamental – o desacordo sobre direitos. Então, diferentemente de Tushnet, Waldron levará ao extremo a defesa das razões procedimentais, em detrimento das de conteúdo.

Ademais, ao defender a possibilidade de uma interpretação política que oriente a visão final sobre o conteúdo da Constituição, Tushnet entende que tal espécie de desacordo – que perpassa tanto os órgãos legisladores quanto os judiciais –, não seria capaz de inviabilizar a decisão. Quando não há consenso entre os juízes de uma Corte, procede-se à contagem de votos, e nem por isso sua palavra final perde autoridade – em termos jurídicos¹¹⁴. O fato de os membros do Legislativo discordarem entre si, portanto, não consiste em um desrespeito a direitos. Sua decisão poderá ser não apenas igualmente organizada e comprometida com a Constituição mas ainda, segundo Tushnet, melhor em termos de

¹¹⁴ “Some lawyers express discomfort at this sort of head-counting. We are, it is said, a government of laws and not of men and women. Counting heads to see what the Court will say the Constitution means makes it dramatically apparent that at least to some degree we are indeed a government of men and women. Whatever the theoretical merits of that concern, I doubt that a legislator is somehow required to ignore what he or she knows to be a fact, that the Court’s composition affects its constitutional rulings”. TUSHNET, 1999a, p. 21.

conteúdo – já que decorre de um processo político que integra a sociedade, através de alianças e de compromissos.

3.

**DESACORDO, PLURALISMO E O *LOCUS* DA DECISÃO
FINAL: A DEFESA DA DELIBERAÇÃO POLÍTICA EM
JEREMY WALDRON**

Diferentemente dos argumentos anteriores, que partem de observações mais concretas para formularem suas conclusões (no caso de Kramer, a partir de uma narrativa historiográfica e, de Tushnet, a partir de uma perspectiva oferecida pelas transformações históricas e pelos princípios – identificados –, firmados no transcorrer do constitucionalismo estadunidense), Waldron apresentará um vocabulário próprio, que dialoga com debates tradicionais da teoria e da filosofia política.

No entanto, é possível adiantar, por mais que tais argumentos anteriores sejam mais radicais em sua cruzada anti *judicial review*, quero dizer, mais “panfletários” (vem de Kramer o maior esforço em defender a relevância do campo, e de Tushnet a concreta proposta de se abolir a revisão judicial), será em Waldron que o argumento contrário à atuação dos juízes – em matéria de interpretação final sobre direitos –, encontrará suas bases mais profundas.

Em que pese Waldron reconhecer que uma análise histórica mais ampla (tanto em termos cronológicos quanto em termos de quantidade de atores) permita reavaliar a importância da cidadania para a redefinição do sentido constitucional, seu desenho será estruturado em bases exclusivamente teóricas. Da mesma forma, a ele não interessará o debate sobre boas ou más decisões, eventualmente proferidas pelo judiciário:

What I want to do is identify a core argument against judicial review that is independent of both its historical manifestations and questions about its particular effects—the decisions (good and bad) that it has yielded, the heartbreaks and affirmations it has handed down. I want to focus on aspects of the case against judicial review that stand apart from arguments about the way judges exercise their powers and the spirit (deferential or activist) in which they approach the legislation brought before them for their approval. Recent books by Mark Tushnet and Larry Kramer entangle a theoretical critique of the practice with discussions of its historical origins and their vision of what a less judicialized U.S. Constitution would involve. This is not a criticism of Tushnet and Kramer. Their books are valuable in large part because of the richness and color they bring to the theoretical

controversy. As Frank Michelman says in his blurb on the back cover of *The People Themselves*, Kramer's history "puts flesh on the bones of debates over judicial review and popular constitutionalism." And so it does. But I want to take off some of the flesh and boil down the normative argument to its bare bones so that we can look directly at judicial review and see what it is premised on (WALDRON, 2006, p. 1351).

Dessa maneira, mesmo partilhando premissas comuns, tais como o diagnóstico de que o "desconforto com a democracia"¹¹⁵ seja um caractere da revisão judicial contemporânea, e a interpretação política a melhor saída para o desenho constitucional, Waldron adentrará em um raciocínio eminentemente filosófico, sem grandes cores históricas ou sociológicas.

A preocupação para com o problema da autoridade, portanto, em meio a uma sociedade plural, dará o tom do argumento em defesa da deliberação política em assembleias legisladoras, representativas da população. Ao longo do capítulo que se segue, busco obedecer à mesma ordem de exposição e de análise dos dois capítulos anteriores, qual seja, uma divisão em três partes: na primeira, que tem por objetivo a apresentação dos elementos centrais do argumento contrário à revisão judicial das leis, e de seus pressupostos, buscarei indicar a relação existente entre a defesa do princípio majoritário, do desacordo sobre direitos e de uma assembleia como melhor espaço para a deliberação que as Cortes; na segunda, proponho abordar três interfaces de sua teoria, nomeadamente, sua divergência aos modelos de Rawls e de Dworkin, mas também sua disputa pelo sentido do pensamento político de Aristóteles, cuja ideia de "sabedoria da multidão" é vista por um ângulo próprio; e, por último – em terceiro lugar –, procuro compreender que tipo de tensão estaria presente no modelo de Waldron, quero dizer, de que maneira seu desenho acaba por reconstruir o paradigma Povo *versus* Cortes.

1. O CASO CONTRA A REVISÃO JUDICIAL

A primeira parte deste capítulo, portanto, tem por objetivo apresentar os termos da crítica formulada por Waldron à supremacia do *judicial review*, além dos fundamentos que sustentam a defesa das assembleias legisladoras enquanto *locus* legítimo da deliberação e da consideração do desacordo sobre direitos.

¹¹⁵ Menção essa ao argumento de Unger (UNGER, Mangabeira. **What should legal analysis become?** 1996), presente tanto no argumento de Kramer (2004a, p. 242) quanto no de Waldron (1999a, pp. 8-9).

Inicialmente, contudo, antes de proceder a esses termos, abordarei alguns pressupostos imprescindíveis à teoria desenvolvida. São eles: a existência e o adequado funcionamento das (1) instituições democráticas e (2) judiciais, além de (3) um partilhado e sincero compromisso sobre direitos entre a cidadania. Ainda, requer-se a existência de um (4) desacordo sobre direitos, orientado pela boa-fé, típico das sociedades plurais contemporâneas. Tais condições são fundamentais para a afirmação do argumento, como depois será possível observar.

Analisados os pressupostos, então, o argumento central de Waldron – pró-Legislativo e anti *judicial review*, é investigado. Nesse sentido, o desacordo é transferido de um campo “danoso” da política para um “elementar”, passando a ser compreendido como algo eticamente admissível já que não significa, necessariamente, um descompromisso com direitos.

Diante desse panorama portanto, já não se poderá falar em uma resposta mais ou menos correta, já que o desacordo razoável considera todas como igualmente possíveis (desde que respeitados os pressupostos). Havendo, então, diversas respostas possíveis aos dissensos existentes, Waldron concentrará suas forças na elaboração de uma teoria da legitimidade da decisão eventualmente alcançada.

A partir da distinção entre razões relacionadas ao resultado, e razões relacionados ao processo, o sentido do princípio da decisão por maioria é revisitado, e defendido o seu caráter igualitário. A decisão por maioria, portanto, em assembleia representativa, seria a única via capaz de conceder igual participação e voz a todos os cidadãos.

Por outro lado, as razões fundadas em resultado – substantivas –, usualmente atribuídas à justificativa de uma Corte que detenha a palavra final sobre direitos, concretamente: (1) a orientação para casos particulares, (2) a orientação por uma Declaração de Direitos, e (3) uma fundamentação mais racional que a dos legisladores, são objeto de dura crítica. Waldron entende que não apenas tais visões estariam mais próximas de um mito que da realidade, mas também que não seriam capazes de satisfazer à demanda do sistema político por soluções de controvérsias.

Finalmente, seu argumento baseia-se sobretudo na ideia de que os corpos legisladores são melhores guardiões que as próprias cortes, e que a melhor via de construção da autoridade da lei passa pelo reconhecimento, dos cidadãos, à legitimidade do processo de edição das leis. Waldron está preocupado, portanto, com a realidade plural das sociedades

contemporâneas, e com o resgate do sentido da deliberação política – sem cair em um relativismo moral, tampouco partindo da tensão entre democracia e direitos.

1.1 Quatro pressupostos

A proposta anti *judicial review* de Waldron não se destina a toda e qualquer sociedade onde exista a revisão judicial das leis, mas pressupõe a existência de alguns elementos, ou condições, para que o argumento se desenvolva (WALDRON, 2006, p. 1359). Assim sendo, *a priori*, são exigidos quatro pressupostos, de maneira a delimitar o modelo ideal que se tem em vista quando é posto em xeque o sentido da palavra final concedida aos tribunais¹¹⁶.

São eles: a) o correto funcionamento das **instituições democráticas**, exigido um corpo legislativo formado por representantes da sociedade, cujo sistema eleitoral se ampare sobre o sufrágio universal; b) um conjunto de **instituições judiciais** que também funcione adequadamente, fundado em bases não representativas, que receba ações individuais, seja capaz de resolver litígios e garantir o Estado de Direito; c) o **compromisso com direitos** individuais, e de minorias, pela maior parte da sociedade e dos agentes do governo; e d) um considerável, persistente e, de boa-fé, **desacordo sobre direitos** (inclusive sobre o que signifique “compromisso com direitos”) entre os membros da sociedade.

O argumento, portanto, é condicional. Não existindo um dos pressupostos, o modelo resta prejudicado. Considerado o esquema, Waldron defende que as instituições legislativas quem devem possuir a palavra final no que se refere à divergência sobre direitos. Isto é, pressupostas as mencionadas condições, não haveria sentido em levar a decisão última para as mãos do Judiciário.

A) Instituições democráticas

O primeiro pressuposto apresentado por Waldron refere-se ao regular funcionamento das instituições democráticas de uma sociedade. Tais sociedades, entende, seriam aquelas – ocidentais em regra –, que passaram por formas anteriores de governo como a monarquia, a tirania, a ditadura ou o domínio colonial, e onde hoje suas leis e políticas de governo são decididas diretamente pelo povo ou por seus representantes eleitos.

¹¹⁶ Entretanto, Waldron (2006, p. 1360) não recomenda a comparação imediata aos modelos concretos porventura existentes. Em sua visão, esse tipo de abordagem, que viria a desconsiderar o restante do argumento em virtude da não verificação de alguma condição, seria precipitado.

Considera-se portanto a existência de um sistema democrático amplo, baseado no sufrágio universal e em uma legislatura representativa, constituída através de eleições regulares e limpas. Waldron parte da condição de tal corpo legislativo – largo e deliberativo – ser capaz de lidar com questões sensíveis, inclusive relativas a justiça e a políticas sociais.

O ponto central é: pressupõem-se legisladores que deliberam e votam sobre questões públicas; procedimentos elaborados e responsáveis¹¹⁷ para a criação de leis; que aí estejam inclusas diversas garantias, tais como o bicameralismo, um sistema robusto de análise em comissões e, ainda, a existência de diversos níveis de debate e de votação. Waldron considera, também, que tais procedimentos formais estejam interligados aos debates informais ocorrentes na sociedade, através de audiências públicas ou de outras formas de consulta.

Cabe observar que nenhuma dessas exigências seria objeto de controvérsia, mas a regra nas sociedades democráticas. Nesse sentido, Waldron considera apenas o funcionamento regular de suas instituições, e não o conteúdo ou a qualidade do debate nelas realizado. O que se pressupõe, portanto, é que tais debates sejam promovidos em meio a uma cultura de democracia, que valoriza a deliberação responsável e a igualdade política. Além disso, que tais instituições sejam capazes de receber a crítica da própria sociedade¹¹⁸, de maneira a transformar-se continuamente.

Em consequência, pressupor a existência dessas instituições e cultura democrática não significa exigir determinado conteúdo ou conjunto de valores, afinal a visão do que seja justo ou injusto varia entre os cidadãos. Esse primeiro pressuposto diz respeito, essencialmente, a razões procedimentais¹¹⁹.

¹¹⁷ No sentido político moderno, cuja acepção diz respeito à possibilidade de os governados escolherem seus governantes, reconduzindo-os ou não ao cargo no qual se havia investido anteriormente.

¹¹⁸ Pressuposto idêntico ao de Tushnet (vide item 3.1, B, ii do capítulo anterior).

¹¹⁹ “One note of caution: When I say that the institutions are in good working order, I am not assuming that the legislation that the reasonably democratic legislature enacts is by and large good or just, so far as its content is concerned. I assume some of the legislation is just and some of it unjust (people will disagree about which is which), and that this is true both of the measures that might conceivably be subject to judicial review and of the measures that nobody is proposing to subject to judicial review. All that I have said about the legislative and electoral arrangements being in good working order goes to process values rather than outcome values” WALDRON, 2006, p. 1362.

B) Instituições judiciais

Já o segundo pressuposto concerne à existência de instituições judiciais funcionando regularmente. Para isso, é necessário que as Cortes existam de modo independente aos demais Poderes, recebam ações, resolvam litígios e garantam o Estado de Direito. Quanto a isso, Waldron considera que tais instituições estejam autorizadas inclusive a revisar atos do Executivo, a partir de parâmetros legais e constitucionais.

Por independência aos demais Poderes entende-se um tipo específico de *ethos*, onde os juízes não apenas não são eleitos como, ainda, diferentemente das instituições anteriores (democráticas), suas atividades não consistem em uma relação de representação, tampouco de responsabilidade perante a cidadania¹²⁰.

Dessa forma, Waldron parte da possibilidade da existência do *judicial review*, mas não da necessidade de sua palavra final. E por essa atividade, de revisão pelas cortes, entende-se: 1) aquela cuja ação dependa de impulso alheio, movido por interesses particulares e não abstratos; 2) lide com as questões a partir de um processo bipolarizado, entre partes; e 3) se reflita e se decida com base em interpretações anteriores, que pareçam relevantes ao caso em apreço. Pressupõe-se, ainda, a existência de uma hierarquia entre os tribunais, que permita a interposição de recursos e cujas cortes superiores sejam organizadas de modo colegiado.

Finalmente, independentemente dos critérios adotados para investidura dos juízes, Waldron argumenta que eles devem possuir um status distinto no sistema político, onde lhes seja garantida uma posição isolada do restante, fora do alcance de determinadas pressões. Supõe ainda que detenham uma educação e um reconhecimento, especiais, entre os demais membros da sociedade. Tais condições estariam atreladas, no seu entendimento, à autoridade relacionada à atividade judicial.

¹²⁰ Em relação aos casos existentes, em alguns estados da federação estadunidense, de investidura de juízes após escrutínio local, Waldron (2006, p. 1363) entende que, mesmo nesses exemplos, é possível verificar o mencionado *ethos*, distinto ao do Legislativo: “Many defenders of judicial review regard this as a huge advantage, because it means courts can deliberate on issues of principle undistracted by popular pressures and invulnerable to public anger. Sometimes, however, when it is thought necessary to rebut the democratic case against judicial review, defenders of the practice will point proudly to states where judges are elected. This happens in some states in the United States. **But even where judges are elected, the business of the courts is not normally conducted, as the business of the legislature is, in accordance with an ethos of representation and electoral accountability**” (destacado).

C) Compromisso com direitos¹²¹

Como terceira condição para afirmação do argumento anti *judicial review* de Waldron, além do funcionamento regular de instituições democráticas e judiciais, é exigido o denominado “compromisso com direitos”, relacionado a uma honesta crença na ideia de direitos. Mas o que isso significa?

Significa dizer que a maior parte dos membros da sociedade é capaz de respeitar a ideia de direitos individuais e de minorias, apesar do governo da maioria. De tal maneira, aquelas minorias possuiriam direitos e liberdades que não se sujeitam à sazonalidade da mera conveniência dos grupos dominantes (WALDRON, 2006, p. 1364).

Desse modo, Waldron entende uma sociedade largamente comprometida com um consenso geral sobre direitos humanos, cujos cidadãos tomam “os direitos seriamente”. Entretanto, isso não significa dizer que possuam uma mesma opinião. Nessa chave, o que se exige é um debate vivo, cujas diversas visões sejam permanentemente reconsideradas pelos participantes. É admitida, inclusive, a existência de uma *Bill of Rights*, cuja redação simboliza o mencionado compromisso¹²².

Por conseguinte, Waldron busca também apresentar a possibilidade da elaboração de uma crítica à revisão judicial das leis que parta de um profundo, e radical, compromisso com a ideia de direitos, fora da postura “cética” ou “relativista” usualmente atribuída ao campo. Consequentemente, não toma por objeto aquela sociedade onde não exista o mencionado compromisso, mas justamente aquelas onde ele se verifica.

D) Desacordo sobre direitos

Elencados os três pressupostos anteriores, a última condição apresentada por Jeremy Waldron consiste na existência de um desacordo geral sobre questões políticas, inclusive

¹²¹ Cabe registrar, como será visto adiante neste capítulo, que Waldron não polariza a ideia de direitos à de democracia. Em seu modelo, o desacordo está no próprio campo dos direitos, e é sobre esse aspecto, que foge aos padrões do debate tradicional, que é construído seu argumento.

¹²² “This is supposed to correspond to, for example, the rights provisions of the U.S. Constitution and its amendments, the Canadian Charter of Rights and Freedoms, the European Convention on Human Rights (as incorporated, say, into British law in the Human Rights Act), or the New Zealand Bill of Rights Act. Those familiar with the last of these examples will recognize that I am making no assumption that the Bill of Rights is entrenched or part of a written constitution. I want to leave that open. **All I assume at this stage is that a Bill of Rights has been enacted to embody the society’s commitment to rights.**” WALDRON, 2006, p. 1365, destacado.

sobre direitos, situação essa verificável nas sociedades liberais modernas. Um amplo dissenso sobre quais são os direitos e o que significam.

Segundo esse ponto de vista, tais desacordos podem se fundar em diversos níveis, desde os mais abstratos, ou filosóficos, aos mais concretos, ou individuais. Além disso, o que se sublinha é a importância de tais problemáticas na vida das pessoas, cujas decisões inevitavelmente terão consequências para a população. Como exemplo, Waldron destaca a questão do aborto, das ações afirmativas, da legitimidade do governo para intervir no mercado, dos direitos dos suspeitos criminais, da tolerância religiosa, dos direitos culturais de minorias, etc.

Entretanto, não se pode pressupor que haja uma saída correta para cada problemática. Na visão de Waldron, desde que assumido o sincero compromisso com direitos, as questões podem permanecer controversas, sem abalar a estrutura do modelo defendido¹²³. Em síntese, o fato de existir desacordo sobre direitos não implica um necessário desrespeito à ideia de direitos. Segundo sua compreensão, “canalhas” existem em toda sociedade, mas o modelo pressupõe que não são a maioria.

Nessa chave, portanto, o reconhecimento do desacordo busca afastar-se de um relativismo moral, e inserir o dissenso em um campo eticamente legítimo, onde o discurso sobre direitos é perfeitamente manejável pela população.

1.2 O desacordo sobre direitos e a decisão majoritária como melhor solução

Sendo o desacordo sobre direitos, portanto, eticamente legítimo, e não representando sua existência, necessariamente, um descompromisso com a ideia de direitos, advém a seguinte pergunta: se, nessas condições, não é possível estabelecer a solução “correta”, já que o dissenso inevitavelmente persiste, como formular uma decisão? Solução essa necessária para que as ações futuras, em uma sociedade, sejam traçadas?

A resposta de Waldron, ao invés de basear-se em *outcome related reasons* (razões fundadas nos resultados do sistema), volta-se para as razões procedimentais, buscando reencontrar as bases de um sistema de decisão por maioria, e o seu sentido igualitário.

¹²³ “For example, two people who disagree about whether restrictions on racist hate speech are acceptable may both accept that the right to free speech is key to thinking through the issue and they may both accept also that the case they disagree about is a central rather than marginal issue relative to that right. What this shows, perhaps, is that they have different conceptions of the right, but that is no reason to doubt the sincerity of their adherence to it” WALDRON, 2006, p. 1368.

Portanto, se por um lado, respeitados os mencionados pressupostos, a decisão por maioria (no Legislativo) deve ser o *locus* da solução do conflito sobre direitos, por outro lado apenas a decisão por maioria concederá um peso igual a todos os membros participantes.

A) O desacordo sobre direitos como engrenagem do modelo

Segundo Waldron, a necessidade de um “fim”, uma solução, às diversas visões existentes em uma dada sociedade sobre um mesmo problema, seria um conhecido e antigo tema do pensamento político. No caso dos que defendem a revisão judicial como último intérprete, diz-se que a legislação promulgada pelas assembleias permanece, exceto quando houver violação de direitos. Entretanto, a própria ideia do que signifique violação de direitos é objeto de divergências.

How should we answer this question? I have heard people say that the decision-rule should be this: The legislature’s decision stands, except when it violates rights. But clearly this will not do. We are assuming that the members of the society disagree about whether a given legislative proposal violates rights. We need a way of resolving that disagreement. The point is as old as Hobbes: We must set up a decision-procedure whose operation will settle, not reignite, the controversies whose existence called for a decision-procedure in the first place. (WALDRON, 2006, p. 1371)

A saída, portanto, passa pelo reconhecimento do desacordo, e pela escolha de um modelo de decisão que não reinicie o dissenso. O que Waldron busca apontar é que, para além do mérito das decisões finais, é preciso que a sociedade compartilhe um entendimento sobre a legitimidade dos procedimentos que levam à decisão final. Pensar sobre a construção desse procedimento, então, exige pensar sobre as razões partilhadas por todas as partes envolvidas em um mesmo desacordo¹²⁴. Assim sendo, a necessidade da construção da legitimidade dos procedimentos que levam à decisão é, de certa forma, uma resposta ao problema do desacordo moral.

Portanto, sua perspectiva é: diferentemente de importante parcela da filosofia política contemporânea, que considera o elemento do desacordo como um empecilho ao funcionamento da política, Waldron o traz para o cerne de sua teoria. O que normalmente é entendido como “uma arena na qual os membros de alguns grupos debatem e buscam

¹²⁴ “Another way of saying this is that a normative political theory needs to include more than just a basis for justifying certain decisions on their merits. It needs to be more than, say, a theory of justice or a theory of the general good. It also has to address the normative issue of the legitimacy of the decision-procedures that are used to make political decisions in the face of disagreement. A normative political theory that does not do that is seriously incomplete.” WALDRON, 2006, p. 1371, nota de rodapé nº 65.

maneiras de chegar a decisões, *apesar* do dissenso existente sobre os valores e princípios envolvidos” passa a respeitar a agora denominada “circunstância elementar da política” (WALDRON, 1999a, pp. 159-160).

Entretanto, Waldron também considera a reflexão crítica no sentido de que – já que existe desacordo – tal dissenso não alcançará apenas o mérito das decisões mas também o próprio procedimento que lhe dá origem. Diante disto, a controvérsia seria algo danoso à política não apenas por alcançar os resultados, mas também o processo. E, sendo necessário superar o dissenso, por que não superá-lo de modo substantivo? Em termos de mérito, de resultado, da própria decisão?

Sobre tal sorte de questionamento, a resposta formulada por Waldron (2006, p. 1373) apontará na direção da legitimidade, independentemente do desacordo. Em sua visão, há razões importantes que acompanham essa perspectiva, tais como equidade e participação, sendo impossível não considerá-las: “The fact that we will disagree about them is not a proper ground for pushing them to one side and simply taking a stand on one side or the other in the prior (or substantive) disagreement.”

Ademais, Waldron também entende que, substantivo ou procedimental, subordinado à revisão judicial ou ao Legislativo, nenhum sistema de decisões será perfeito. Eventualmente, produzirá decisões equivocadas, prejudicando direitos ao invés de garanti-los. Tal fenômeno, contudo, seria um dado inevitável da vida política.

B) O sentido igualitário da decisão por maioria

Por essa razão, diante da existência do desacordo e da necessidade de se organizar um modelo de decisões cujos procedimentos sejam reconhecidos pelos membros que divergem entre si e participam do sistema político, Waldron defende o princípio da decisão majoritária como melhor alternativa dentre as existentes. Isso quer dizer, através uma assembleia legislativa que represente a população.

Há duas perguntas, coloca, que devem ser respondidas por uma teoria da legitimidade que parta do respeito ao desacordo sobre direitos. A primeira é “por que uns decidem, e outros não?” e, a segunda “qual o peso dado a cada participante para a elaboração da decisão final?”. No seu entendimento, ambas devem ser satisfatoriamente contempladas na formulação da resposta teórica, e não apenas a primeira:

The answer to the first question is provided by the theory of fair elections to the legislature, elections in which people like *Cn** were treated equally along with all their fellow citizens in determining who should be privileged to be among the small number participating in decisions of this kind. The answer to the second question is given by the well-known fairness arguments underlying the principle of majority decision (MD). (WALDRON, 2006, pp. 1387-1388, Nota: *Cn* simboliza alguém que discorda do conteúdo do resultado final.)

Portanto, se a resposta para o primeiro problema, da seleção de uns, e não outros, para participação na decisão final é solucionado com a garantia de eleições limpas, a resposta ao segundo, relativo ao peso dado aos cidadãos na elaboração de tais conteúdos, é respondido pelo princípio da decisão majoritária.

Primeiramente, Waldron busca compreender toda uma tradição decorrente da organização política em assembleias legislativas. Diferentemente de um líder que representa todo o Povo (Presidente, por exemplo, chefe do Executivo), tais corpos legisladores têm justamente por função absorver as divergências existentes dentro da sociedade: “Instead, we almost instinctively associate the legislative function with the authority of a large *assembly*” (WALDRON, 1999a, p. 54, destaque do autor), portanto a autoridade da legislação estará diretamente atrelada a uma assembleia ampla e plural.

A preferência por uma grande assembleia legisladora estaria interligada, então, à concepção de direito alimentada por determinada sociedade. Ao buscar a gênese da moderna ideia de legislação, Waldron propõe demonstrar como a passagem do direito consuetudinário ao escrito significaria o reconhecimento da autonomia popular para formular suas próprias leis¹²⁵. Vontade essa distinta da do príncipe, esse sim portador de uma só voz e entendimento.

Existiria, então, uma espécie de “instinto constitucional” (WALDRON, 1999a, p. 60), uma sabedoria prática verificável nas sociedades modernas, que levaria à organização da produção de suas leis em uma assembleia representativa da população, corpo esse que inevitavelmente possui divergências entre si.

Retomado então o aspecto do princípio da decisão majoritária, o que se entende é que sua aplicação, mais que qualquer outra regra, seria capaz de manter-se neutra em relação aos resultados eventualmente obtidos, e, ainda, dar o máximo de peso possível à opinião de cada um perante os demais. Sua dupla realização, portanto, primeiro através das eleições e depois

¹²⁵ Em referência ao trabalho de Ullman (ULMAN, Walter. **Principles of Government and Politics in the Middle Ages**, pp. 125-126) Waldron (1999a, p. 57) cita a interessante distinção latina entre “*legis-datio*” (que consiste no ato de um superior face seus súditos) e “*legis-latio*” (que tem mais a ver com a ideia de *sustentar* o direito que de *entregá-lo*).

na votação dos projetos de lei, buscaria maximizar o ideal, afirmando-o perante a cidadania¹²⁶.

1.3 Assembleia Legislativa, deliberação e autoridade

Na proposta formulada por Waldron, a desconstrução da legitimidade da palavra final dos juízes passa, paralelamente, à reconstrução das bases da autoridade do direito produzido pelas assembleias legislativas. Em outras palavras, considerados os pressupostos do modelo, e as justificativas da razão procedimental adotada, Waldron busca desenhar um sistema cuja autoridade se erga sobre um campo além das disputas, além da controvérsia.

Em vista disso, primeiramente, no que se refere à deliberação realizada no Legislativo, seu trabalho propõe demonstrar como a noção de lei abarca a de pluralidade e de autonomia da população. A ideia de assembleia – esse “instinto constitucional” verificado em diversas sociedades – representaria justamente o reconhecimento do desacordo, incorporado à deliberação. O fato de as partes envolvidas no dissenso poderem eleger seus representantes, e ver seus argumentos considerados ao longo dos debates e das votações, seria o fator fundamental da legitimação do direito moderno – escrito.

No entanto, Waldron não se filiará à perspectiva da deliberação enquanto “conversa”, já que uma de suas maiores preocupações reside na elaboração de uma teoria que não prescindia de uma cultura homogênea, ou do consenso sobre direitos. Ao contrário, seu objetivo é justamente contribuir para a afirmação de um modelo onde os cidadãos envolvidos em uma mesma controvérsia possam respeitar a decisão final.

Após, a partir da divisão entre “razões relacionadas ao resultado” e “razões relacionadas ao processo”, proponho apresentar como são reinterpretadas as primeiras, de modo a derrubar a visão – substantiva –, normalmente associada ao *judicial review* e, ainda, o sentido próprio que a guinada à razão procedimental assume em Waldron, uma vez que sua teoria não parte de uma tensão entre democracia e direitos.

¹²⁶ “For legislatures, we use a version of MD to choose representatives and we use a version of MD for decision-making among representatives. **The theory is that together these provide a reasonable approximation of the use of MD as a decision-procedure among the citizenry as a whole (and so a reasonable approximation of the application of the values underlying MD to the citizenry as a whole)**”. WALDRON, 2006, p. 1388, destacado, nota: MD = *Principle of majority decision* (princípio da decisão majoritária).

A) A ideia de deliberação e o seu produto final

Ao buscar a gênese da assembleia legislativa como legítimo corpo possuidor da autoridade legisladora, e a passagem do direito consuetudinário ao escrito como símbolo da afirmação da pluralidade e da autonomia popular, Waldron também sublinha a especificidade de sua deliberação.

Desde esse ponto de vista, considerada a mencionada passagem, comparados os modelos costumeiro e escrito, o que significava a experiência e o consenso expresso na prática reiterada, para o primeiro, encontrará seu equivalente na deliberação e na votação, no segundo. Nas palavras de Waldron:

Presumably, the equivalent in the case of statute law is some form of deliberation, with *consensus majoris partis* (now defined rather less vaguely than in customary law) emerging from a discussion of the pros and cons of the legislative proposal. **Deliberation is the equivalent of experience and voting is the equivalent of the manifestation of consent in the viability of the practice. Without some such political procedure in the process of enactment, the parity between custom and statute would be completely unconvincing** (WALDRON, 1999a, p. 66, destacado).

Além disso, tanto a legislação produzida por uma assembleia quanto o direito produzido pelo costume têm, nesse esquema, as bases de sua autoridade fundadas sobre uma ideia de um processo – formal ou informal –, que incorpora a pluralidade das experiências e das opiniões daqueles que terão de viver sob a norma em questão.

Entretanto, diferente do que uma leitura apressada possa sugerir, a teoria política defendida por Waldron, apesar da crença na deliberação e em uma razão mais procedimental que substantiva, não irá assemelhar-se a propostas de outros filósofos contemporâneos, tais como Jürgen Habermas¹²⁷. A chave da distinção reside na objeção, por Waldron, à ideia de deliberação enquanto “conversa”.

A tendência contemporânea, de tomar a deliberação como um diálogo, traria consigo um risco, de não considerar seriamente o desacordo existente sobre direitos, originado na

¹²⁷ “There has been a renewed emphasis on *speech, discourse, and conversation* in recent political and legal theory, particularly in theory that has been influenced by the work of Jürgen Habermas. Jurists influenced by Habermas have suggested, for example, that a commitment to the US Constitution is 'less a series of propositional utterances than a commitment to taking political conversation seriously ... [T]he Constitution is best understood as supportive of such conversations, and requiring a government committed to their maintenance' (Levinson, *Constitutional Faith* 193) They suggest too that the authority of judicial decision-making is 'sustained less by the perceived correctness of the result than by the coherence of the result, for coherence permits conversation, and it is ultimately a faith in our ability to converse morally that holds us together (Carter, *Contemporary Constitutional Law-making* 143)”. WALDRON, 1999a, pp. 69-70.

pluralidade experimentada pelas sociedades: “So taken are we with models derived from ordinary conversation, we are inclined to ignore the formalities necessary for political discourse in a numerous and diverse society” (WALDRON, 1999a, p. 70).

Em síntese, a ideia de deliberação em Waldron pauta-se na autonomia da sociedade para elaborar suas próprias leis, na multiplicidade de visões e no respeito ao dissenso. O elo que garantirá a legitimidade, as bases da autoridade da decisão final (legislação), tem conexão com os aspectos formais, procedimentais, da deliberação.

Assim sendo, ao invés de uma proposta dialógica, sua teoria considera algumas especificidades da legislação (“*the task and the circumstances of legislation*”, WALDRON, 1999a, p. 71), tais como prazos, responsabilidade política, e deliberação constante – através dos filtros existentes no Poder (comissões temáticas, bicameralismo, consultas públicas, etc.) –, como mecanismos essenciais à deliberação. A assembleia legislativa é, portanto, o local onde pessoas com visões diversas, inclusive opostas, se reúnem, debatem e submetem-se a um mesmo processo.

Segundo Waldron, um bom desenho sobre tais corpos, inevitavelmente, buscará maximizar esses aspectos, de modo que a autoridade da lei originada no processo legislativo não demande qualquer premissa baseada na homogeneidade ética ou cultural.

B) A desconstrução da legitimidade da deliberação nas Cortes

Por outro lado, paralelamente à defesa da legitimidade da assembleia enquanto *locus* da deliberação política, Waldron também questionará uma série de elementos usualmente atribuídos à defesa da deliberação nas cortes, e em regra atrelados a razões substantivas ou de resultado.

Como dito anteriormente, o ataque patrocinado por Waldron ao *judicial review* não parte da polarização entre democracia e direito, mas da ideia de as próprias Cortes não serem as melhores guardiãs (últimas) dos direitos. Dessa forma, todo seu argumento pró-Legislativo é construído dentro do próprio campo dos direitos.

A respeito dessa leitura crítica, sua formulação pontua três eixos elementares, organizados de modo a desconstruir a visão tradicionalmente atribuída à natureza garantidora da revisão judicial: “People strain to associate outcome-related reasons with the judiciary, and in so doing they often peddle a quite unrealistic picture of what judicial

decisionmaking is like” (WALDRON, 2006, p. 1379). São eles: i) a especificidade dos casos submetidos às Cortes; ii) uma interpretação norteada por uma Declaração de Direitos; e iii) o papel preponderante da razão no encaminhamento da decisão.

i. *Orientação para casos particulares*

O primeiro argumento tradicionalmente utilizado para a legitimação da revisão judicial das leis diz respeito à análise concreta do desacordo sobre direitos, isso é, a análise específica de casos individuais, no Judiciário, de modo diverso ao que ocorre no Legislativo – que interpreta em abstrato. Diante disso, costuma-se dizer que o litígio individual seria capaz de dar contornos humanos às questões, antes, teóricas: “As Michael Moore¹²⁸ puts the point, ‘judges are better positioned for (...) moral insight than are legislatures because judges have moral thought experiments presented to them everyday [sic] with the kind of detail and concrete personal involvement needed for moral insight’” (WALDRON, 2006, p. 1380).

Na visão de Waldron, contudo, tal sensibilidade não passaria de um mito, uma vez que o funcionamento contemporâneo das cortes – altamente burocratizado e com tarefas delegadas a assessores¹²⁹ –, estaria significativamente distante desse ideal. Além disso, o que se observaria na advocacia praticada nos tribunais é a seleção de casos específicos que passam a representar temas em abstrato. Por conseguinte, a própria Suprema Corte haveria passado, também, a pronunciar-se de maneira abstrata, não considerando apenas os detalhes do caso concreto.

Por outro lado, Waldron também busca relativizar o caráter abstrato dos debates realizados durante o processo legislativo. A respeito, observa como a edição de uma dada lei também pode considerar casos individuais, seja através de *lobbying* ou de audiências públicas. Além disso, haveria uma tendência contemporânea à aprovação de textos legais a partir de casos singulares de ampla repercussão.

¹²⁸ Michael S. Moore, **Law as a Functional Kind**. Apud WALDRON, 2006, p. 1380.

¹²⁹ Quanto a isso, Waldron (2006, p. 1380, nota de rodapé nº 88) declara sua concordância com o diagnóstico apresentado por KRAMER (2004a), no sentido de que a ideia de uma deliberação mais sensível, pelas Cortes, não passaria de um mito, ao menos na contemporaneidade: “For a general critique of arguments that associate judicial review with careful moral deliberation among, for example, Justices on the U.S. Supreme Court (...) Kramer gives a fine description of the way in which Justices’ political agendas, and the phalanxes of ideologically motivated clerks in the various chambers, interfere with anything that could be recognized as meaningful collegial deliberation”.

Diante de tais constatações, Waldron (2006, p. 1380) então defenderá que, quando se trata da consideração sobre casos concretos, as legislaturas seriam melhores que as cortes, especialmente no que se refere à avaliação das consequências que sua decisão, sobre direitos, terá sobre a vida de milhares de pessoas.

ii. *Orientação por uma Declaração de Direitos*

Normalmente, a ideia de *judicial review* traz consigo o pressuposto de uma Declaração de Direitos, que servirá como parâmetro à interpretação realizada pelas cortes. A declaração representa, então, uma espécie de compromisso partilhado entre os membros da sociedade – sobre direitos individuais e de minorias – apesar do desacordo igualmente partilhado sobre o sentido de tais direitos.

Na visão de Waldron, a redução a termo de uma declaração de direitos, no entanto, também levaria ao enrijecimento de sua estrutura, ou à canonização de seus dispositivos. Uma das lições que a história constitucional norte-americana apresentaria, portanto, é que cada princípio enunciado acaba por ganhar vida própria e, em um sistema dominado pelas Cortes, seu texto ainda terminaria transformando-se em verdadeiro alvo de obsessão por parte da doutrina (WALDRON, 2006, p. 1381).

Por essa razão, somados o paradigma de uma declaração de direitos a um sistema dominado pelo *judicial review*, o que se obtém é uma interpretação que, ao invés de enfrentar diretamente os problemas morais envolvidos em determinado conflito, acaba por prender-se a argumentos doutrinários, não apresentando qualquer resposta minimamente satisfatória:

Because judges (like the rest of us) are concerned about the legitimacy of a process that permits them to decide these issues, they cling to their authorizing texts and debate their interpretation rather than venturing out to discuss moral reasons directly (WALDRON, 2006, p. 1381).

Como última crítica ainda, à utilidade de uma *Bill of Rights*, que oriente a interpretação sobre direitos, Waldron propõe que se reflita não apenas sobre os direitos enumerados ao longo de seu texto mas, também, sobre os que nele não constam. Tal omissão não implicaria apenas um debate sobre direitos que deveriam ser ou não anexados, mas, ainda, em controvérsias sobre o sentido dos que já estão nele incluídos. Por exemplo, no caso norte-americano, se os direitos do *welfare state* constassem em sua redação, talvez os direitos de propriedade e de liberdade de contrato passassem a assumir outras cores, e determinadas legislações não fossem tidas por inconstitucionais.

iii. *A fundamentação racional*

Como último fundamento normalmente relacionado à justificativa da supremacia do *judicial review*, Waldron propõe debater a ideia de que os juízes sejam capazes de conduzir uma decisão sobre direitos individuais a partir de parâmetros mais racionais que os utilizados pelo Legislativo. Tal oposição será denominada por Waldron (2006, p. 1382) como “falso contraste” já que, no seu entendimento, não só as Cortes fundamentam suas decisões mas também os legisladores justificam seus votos.

Waldron não nega que que as Cortes possam levantar o mesmo tipo de argumento que os que circulam no Legislativo, entretanto, da mesma forma que é possível uma interpretação judicial “engessada” sobre uma declaração de direitos, uma revisão judicial que parta de parâmetros endógenos e desconsidere os desdobramentos históricos dos debates periga oferecer uma interpretação antiquada, e insatisfatória para problemas contemporâneos.

Além disso, tal espécie de fundamentação – preponderantemente jurídica –, basear-se-ia em analogias e distinções entre a decisão atual e as anteriores, em uma discussão ardorosa e circular sobre precedentes, mesmo sabendo-se que tais precedentes são incapazes de resolver o problema (WALDRON, 2006, p. 1383). Nesse ângulo, o flanco exposto do *judicial review* consistiria em não compreender o desacordo razoável sobre direitos, em não encarar diretamente o possível dissenso moral porventura em jogo¹³⁰.

Waldron não desmerece esse tipo de argumentação, ao contrário – até entende que, em um espaço não organizado pela via da representação, seja natural que os juízes busquem uma legitimidade própria para construção de sua autoridade. Entretanto, o que se coloca em xeque é a legitimidade de tal tipo de linguagem, que orbita sobre si mesma, diante da racionalidade das decisões em assembleia. A respeito, Waldron busca demonstrar que, ao longo dos debates que dão origem às leis, todas as partes envolvidas no desacordo costumam ter voz, e a deliberação inevitavelmente considera seus argumentos.

¹³⁰ “And all the time, the real issues at stake in the good faith disagreement about rights get pushed to the margins. They usually take up only a paragraph or two of the twenty pages or more devoted to an opinion, and even then the issues are seldom addressed directly. In the Supreme Court’s fifty-page opinion in *Roe v. Wade*, for example, there are but a couple of paragraphs dealing with the moral importance of reproductive rights in relation to privacy, and the few paragraphs addressed to the other moral issue at stake – the rights-status of the fetus – are mostly taken up with showing the diversity of opinions on the issue” WALDRON, 2006, p. 1383.

Finalmente, o que se propõe desconstruir é a defesa das Cortes a partir de sua valorização como “fórum de princípio”, já que esse tipo de compreensão seria incapaz de lidar de maneira profunda com os desacordos submetidos à sua interpretação. Nesse ponto, Waldron se coloca de forma muito similar a Tushnet, questionando a validade de se retirar do Legislativo a supremacia da interpretação sobre direitos por um medo hipotético, remoto. Teme-se a tirania do Legislativo, entretanto não se considera o regular funcionamento do sistema – onde as assembleias são melhores intérpretes que os juízes¹³¹.

C) A legitimidade do processo como fundamento da autoridade do Direito

A distinção entre razões relacionadas ao resultado, e ao processo, permeia todo o argumento de Jeremy Waldron. Como razões procedimentais, são entendidas aquelas que são aplicadas e observadas independentemente do resultado, ao contrário das substantivas, que têm seu peso avaliado a partir de seu conteúdo.

Como visto no item anterior, as razões substantivas são tradicionalmente vinculadas à defesa do *judicial review*, já que os juízes seriam melhores intérpretes, capazes de garantir a correta aplicação do direito face à eventual tirania ou irracionalidade legislativa. Entretanto, sob o ângulo apresentado, não apenas tais fundamentos são rechaçados como, ainda, são defendidas razões procedimentais para fins de estabelecimento da decisão final.

Nesse sentido, ao levar o desacordo a sério, Waldron escolhe priorizar os fundamentos baseados no processo, ao invés de orientar-se pelos resultados. São então defendidos o princípio majoritário (que traz consigo a igualdade de participação); a organização da legislatura em assembleias amplas e representativas; e a ideia de autonomia popular, que escolhe seus próprios representantes e cria suas próprias leis.

Segundo constata Waldron (2006, p. 1373), na política, a maior parte das razões referentes ao processo costumam basear-se na igualdade de participação e no direito democrático de voto – o direito de ter sua visão considerada mesmo quando outros

¹³¹ “The question is this: Which defects in deliberation should be regarded as normal and which as aberrations in the way that the respective institutions – courts and legislatures – are supposed to behave? Despite Dworkin’s rhetoric about “forums of principle,” I think courts are expected to behave in the ways that I have criticized, focusing on precedent, text, doctrine, and other legalisms. Our assumption about courts – assumption two – is about institutions that behave in that way, indeed behave well by those (legalistic) standards. In the case of legislatures, however, hasty or sectarian legislating is not part of the normal theory of what legislatures are set up to do. It is not what we should assume for the core case of legislative decision-making in a society most of whose members respect rights” WALDRON, 2006, p. 1386.

discordam de seu ponto de vista. No mesmo sentido, o *design* do sistema de decisões deve ser estruturado fora do alcance dos desacordos existentes – afinal não cumprirá sua função de resolução se, ele mesmo, for a centelha que reinicia a controvérsia. Isto é, o sistema de decisões deve ser organizado com o objetivo de ser respeitado por todas as partes envolvidas no dissenso, independentemente dos seus resultados¹³².

Este parece ser o aspecto mais importante, então, que norteia as escolhas procedimentais de Waldron: assegurar o funcionamento de um sistema político que, sendo capaz de absorver o inevitável desacordo existente, consiga manter o elo entre a cidadania, sendo constantemente submetido à deliberação daqueles que – depois – observarão as próprias leis.

2. VERDADES, PRINCÍPIOS E MAIORIAS: O DEBATE COM TRADIÇÕES FILOSÓFICAS E TEÓRICAS

Em relação à primeira parte desse capítulo, após a análise do mencionado argumento anti *judicial review*, é possível observar alguns elementos que possuem um papel destacado para a elaboração filosófica de Waldron: *pluralidade, procedimento, estrutura, desacordo*. Em consequência, aspectos como uma deliberação que respeite as múltiplas respostas possíveis, uma filosofia do direito cuja maior preocupação não se dê em termos do conteúdo da decisão mas de sua legitimidade, e o resgate do direito à participação como protagonista do jogo político, anunciam as cores do caleidoscópio apresentado pelo professor.

Tal desenho, contudo, não é traçado de maneira isolada, e a articulação do argumento envolve também revisar paradigmas tradicionais da filosofia do direito, e da teoria política, desconstruindo-lhes ou mobilizando-os. Nessa segunda parte do capítulo, buscarei indicar a natureza de alguns desses debates, notadamente aqueles que envolvem a teoria da justiça de John Rawls, a teoria do direito em Ronald Dworkin e a teoria política em Aristóteles.

Em relação aos primeiros, pode-se dizer que a crítica de Waldron girará predominantemente em torno do *locus* do desacordo em suas teorias: “It’s puzzling therefore that some philosophers and jurists treat rights as though they were somehow beyond disagreement (...)” (WALDRON, 1999a, p. 12). Nesse sentido, busquei selecionar os

¹³² Waldron não considera os casos onde o desacordo é tão profundo que leva à divisão da sociedade, ao não reconhecimento do sistema político. Tais casos, possíveis, estariam fora de seu modelo ideal – que possui pressupostos definidos e procura abordar o desacordo razoável sobre direitos, durante o funcionamento político regular de uma sociedade plural contemporânea.

argumentos que, isolados, auxiliarão a compreender a investida filosófica contra a revisão judicial das leis.

Primeiramente, no que diz respeito à leitura crítica desenvolvida face ao trabalho de Rawls, proponho entrelaçar dois aspectos específicos do argumento, quais sejam, a crítica de Waldron à ausência de um debate mais profundo sobre a controvérsia em matéria de direitos, e a associação entre procedimento e resultado, que reproduziria uma teoria orientada pela decisão. Assim sendo, a problematização do critério da razão pública, por um lado, e da aplicação da dicotomia verdadeiro-falso às teorias da justiça, por outro, servirão como os eixos dessa parte do trabalho.

A partir daí, então, passo a apresentar os termos da crítica de Waldron a Dworkin, de modo a buscar compreender alguns aspectos centrais. O suscitado questionamento orbitará em torno da ideia de conflito entre integridade e justiça, princípios esses que – na visão de Waldron – não seriam concorrentes mas dependentes entre si. É debatida ainda a diferença entre a perspectiva de um sujeito participante da tomada de decisão e o que reflete, enquanto filósofo ou jurista, sobre o modelo.

Finalmente, após os exemplos de Rawls e de Dworkin, cujas formulações são objeto de consideração e discordância por Waldron, passarei ao exemplo de Aristóteles – cuja filosofia política e ética, e o sentido delas decorrente, são disputados por Waldron. Por essa razão, diferentemente dos dois itens anteriores, neste, ao invés de um debate aberto sobre pressupostos do modelo de tomada de decisões, o que está em jogo é a orientação de um determinado pensamento. Isso quer dizer, diferentemente do que é feito com os teóricos anteriores, Waldron não associará de modo forte o debate sobre o sentido da teoria presente em Aristóteles a sua agenda anti *judicial review*.

Todavia, como há pontos que se tocam, especialmente em relação ao uso que é feito da ideia de virtude, ou excelência, pelo pensamento jurídico moderno (tendente a justificar a ideia de *revisão judicial*), além das inegáveis similitudes entre o argumento pró Legislativo de Waldron, e a ideia de sabedoria da multidão identificada em Aristóteles, a passagem adquire sua razão de estar nesse trabalho.

Finalmente, cabe observar que, como será possível perceber, os três tópicos que se seguem possuem uma profundidade filosófica delicada de ser abordada, ao menos para o espaço que lhes é reservado nesse trabalho. Cada debate possui suas próprias ramificações e intersecções, de maneira que se torna bastante desafiador mapeá-los em um subitem de

capítulo, respeitando seus elementos constitutivos. No entanto, dado o objetivo deste tópico, qual seja, o de situar alguns debates visitados por Waldron, e as tradições por ele mobilizadas, a dificuldade se relativiza, uma vez que cede lugar à necessidade de uma compreensão mais ampliada dos debates, de modo a perceber os aspectos que lhes são comuns e que, ainda, atravessam o argumento pró-Legislativo em análise.

2.1 A teoria da justiça de Rawls e dois problemas

Ao articular as bases de seu argumento contra a revisão judicial das leis, Jeremy Waldron claramente estabelece um contraponto à teoria da justiça de John Rawls. Em vista disso, enquanto anuncia seus pressupostos teóricos, declara também um objetivo final: demonstrar que, ao contrário do modelo defendido por Rawls, uma sociedade bem-ordenada não precisa de *judicial review*:

My approach here is similar to that of John Rawls. I am using this device of the core case to define something like a well-ordered society with a publicly accepted theory of justice¹³³ (...) **Rawls seems to assume that judicial review of legislation is appropriate for even a well-ordered society¹³⁴** (...) **One of my aims is to show that he is wrong about that** (WALDRON, 2006, p. 1366, nota de rodapé nº 53, destacado).

Os problemas debatidos por Waldron (1999a, p. 151) partem, então, de uma mesma pergunta inicial: poderia existir, no modelo ideal rawlsiano, um desacordo razoável sobre justiça? Isso quer dizer, considerado o dissenso existente sobre diversas questões – éticas, religiosas, filosóficas –, qual o espaço reservado para a controvérsia sobre direitos?

A ausência de uma discussão mais detida a respeito dessa espécie de desacordo será o marco inicial da problemática abordada por Waldron. No seu entendimento, apesar do respeito à pluralidade presente em Rawls, essa seria referente apenas à compreensão sobre o *bem*¹³⁵:

¹³³ Referência ao Liberalismo Político (*Political Liberalism*) de Rawls (1993, pp. 35-26).

¹³⁴ Idem, pp. 165-66, 233-40; e também Uma Teoria da Justiça (*A Theory of Justice*, 1971), pp. 195-99, 228-31.

¹³⁵ A respeito da concepção de *bem*, Rawls definirá: “Em outras palavras: como as pessoas podem participar plenamente de um sistema equitativo de cooperação social, atribuímos a elas duas faculdades morais associadas aos elementos da ideia de cooperação social citados acima, quais sejam, a capacidade de ter senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção do bem. Senso de justiça é a capacidade de entender a concepção pública de justiça que caracteriza os termos equitativos da cooperação social, de aplicá-la e de agir de acordo com ela. Dada a natureza da concepção política de especificar uma base pública de justificação, o senso de justiça também expressa uma disposição, quando não o desejo, de agir em relação a outros em termos que eles também possam endossar publicamente. **A capacidade de ter uma concepção do bem é a capacidade de formar, revisar e procurar concretizar racionalmente uma concepção de vantagem racional pessoal, ou bem.** Além de ter essas duas faculdades morais, as pessoas também têm, em qualquer

However, Rawls quickly orients the burdens-of-judgment argument purely in the direction of disagreements about the good (...) Nowhere does he infer that for the same reasons, in a well-ordered society, reasonable people might be expected to disagree fundamentally about the basic terms and principles of their association. (WALDRON, 1999a, p. 152)

Diante disso, observa, o desacordo sobre justiça, e direitos, no modelo rawlsiano, seria resolvido com base na “razão pública”, critério distinto do aplicado aos demais desacordos.

A) O ideal da razão pública

O critério da “razão pública”¹³⁶ é, portanto, o cerne da primeira objeção formulada por Waldron (1999a, p. 154) à teoria da justiça de Rawls. Iniciada a controvérsia sobre direitos no modelo rawlsiano, os diversos argumentos existentes em uma sociedade passariam a concorrer de modo que, ao final, um seja aceitável como a base consensual para a razão pública.

Entretanto, após esse processo de competição entre argumentos, a emergência de um deles implica, necessariamente, no afastamento dos demais, que falharam à exigência da razão pública. Isto é, considerados os caracteres desse processo, antes de iniciada a controvérsia sobre os fundamentos da política é possível falar em *desacordo razoável*. Porém, superada essa etapa, a única controvérsia restante, no modelo de Rawls, diria respeito aos detalhes desse argumento final.

momento dado, uma determinada concepção do bem que procuram concretizar. Essa concepção não pode ser compreendida em termos estreitos: deve incluir uma concepção do que é valioso na vida humana. Assim sendo, uma concepção do bem normalmente consiste em um projeto mais ou menos determinado de fins últimos, isto é, fins que queremos realizar por eles mesmos, assim como ligações com outras pessoas e lealdades a vários grupos e associações. Essas ligações e lealdades dão origem a devoções e afetos e, por conseguinte, o florescimento das pessoas e associações que são objeto desses sentimentos também fazem parte de nossa concepção do bem. Vinculamos ainda a essa concepção uma visão de nossa relação com o mundo religioso, filosófico e moral – com referência à qual o valor e sentido de nossos objetivos e ligações são compreendidos. **Finalmente, as concepções do bem de que dispõem as pessoas não são fixas: formam-se e desenvolvem-se à medida que elas amadurecem, e podem mudar de forma mais ou menos radicalmente ao longo de sua vida.** RAWLS, John. O Liberalismo Político. 2ª ed. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000; p. 62, destacado.

¹³⁶ Isso quer dizer que o desacordo sobre justiça deve ser conduzido, então, pelos princípios e diretrizes aceitos na posição original, sendo este o conteúdo filosófico do conceito de razão pública. “Nem todas as razões são públicas, pois temos as razões não-públicas de igrejas, universidades e de muitas outras associações da sociedade civil. (...) A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual. O objeto dessa razão é o bem do público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir. Portanto, a razão pública é pública em três sentidos: enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base.” Ibidem, pp. 261-262.

Além disso, Rawls também considera o desacordo sobre procedimento, entre cidadãos orientados pelo bem público. Diante disso, com o objetivo de estabelecer um resultado que seja justo, o processo que leva a tal solução deve ser, segundo sua teoria, desenhado de modo a maximizar as possibilidades desse resultado (justo)¹³⁷.

Waldron identifica uma fragilidade nesse raciocínio, que ligaria fundamentos relacionados ao resultado (justiça) ao procedimento (escolhido o que torne mais provável o resultado):

How, though, can citizens agree on issues of constitutional choice if they disagree about the telos of such choice? A libertarian will seek participatory procedures that maximize the prospect of legislation that is just by his own free market standards, while a social democrat will seek participatory procedures that maximize the prospects for legislation embodying collective and egalitarian concern (WALDRON, 1999a, p. 157).

Waldron entende, então, que, considerados tanto “Uma Teoria da Justiça” quanto “O Liberalismo Político”, as diferenças razoáveis sobre política são lançadas para um campo cujo filtro é o critério da *razão pública*, materializada nos princípios e diretrizes que remetem à posição original. Ambos os livros indicariam então que, em certa medida, os participantes partilhariam – em um nível geral – dos mesmos princípios de justiça.

Por essa razão, o ponto sublinhado por Waldron é o de que em uma sociedade contemporânea as pessoas não partilham dos mesmos princípios: “Ours is a society whose politics are dedicated quite explicitly to grappling with fundamental *disagreements* about justice. For this reason, its not a well-ordered society in Rawls's sense” (WALDRON, 1999a, p. 158, destaque do autor). Em síntese, a crítica direcionada a Rawls é a de que sua teoria seria capaz de comportar outros tipos de desacordo – religioso, filosófico, de doutrinas morais – entretanto, sublinha, seria incapaz de lidar com o desacordo sobre justiça, ou direitos.

¹³⁷ “Quero agora examinar a justiça política, isto é, a justiça da constituição, e traçar o significado da liberdade igual para essa parte da estrutura básica. A justiça política tem dois aspectos que se originam do fato de que uma constituição justa é um caso de justiça procedimental imperfeita. Em primeiro lugar, a constituição deve ser um procedimento justo que satisfaz as exigências da liberdade igual; em segundo lugar, deve ser estruturada de modo que, dentre todas as ordenações viáveis, ela seja a que tem maiores probabilidades de resultar num sistema de legislação justo e eficaz. A justiça da constituição deve ser avaliada sob os dois aspectos, à luz do que as circunstâncias permitem, e as avaliações são feitas a partir do ponto de vista da convenção constituinte”. RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000; p. 241.

B) A dicotomia “verdadeiro-falso” aplicada à política

Por outro lado, o debate proposto por Waldron a respeito do desacordo sobre direitos em Rawls levará a outro eixo crítico – relativo à pretensão de verdade por um modelo de justiça em detrimento de outros. Isso quer dizer, se uma sociedade bem-ordenada é uma sociedade justa, então uma sociedade bem-ordenada será, necessariamente, aquela onde os princípios defendidos por Rawls (justiça como equidade) prevalecem sobre os demais.

A crítica recai sobre tal sorte de pretensão filosófica, de atrelar o modelo da sociedade bem-ordenada a princípios de justiça tidos como corretos, e interpretar os restantes como equivocados. Isto é, reclamar o caráter de verdade para sua teoria e renegar qualquer outra que a contrarie. Mais precisamente, o incômodo de Waldron (1999a, p. 159) com o modelo não tem tanto a ver com o desacordo sobre justiça, mas sobre política: “I have no objection to this as a way of thinking about justice. But I have misgivings about it as a way of thinking about politics”.

Sendo a política o campo, também, do desacordo razoável, Waldron propõe que se reflita sobre a distância que há entre o modelo ideal de Rawls e as demandas da realidade contemporânea:

Students of political philosophy need to be made aware of how much distance there is between the sort of theorizing about justice that goes on in works like *Political Liberalism* and the sort of theorizing that would be necessary if we were really to try making sense of the place that politics, process, and constitution have in a society like our own (WALDRON, 1999, p. 163).

Ademais, é identificado outro desdobramento dessa dicotomia entre argumentos verdadeiros ou falsos: a academia passaria a dividir-se entre teorias e seus respectivos seguidores, dispostos a comprovar a veracidade de seus modelos e a derrubar a validade dos demais. Contudo, o desacordo inevitavelmente persistiria. Diante desse panorama então (WALDRON, 1999a, p. 3), é colocado mais um desafio: o de se fazer com que filósofos preocupados com as questões públicas passem a frequentar mais os teóricos da democracia e da autoridade que da justiça.

2.2 Dworkin e o problema da integridade do Direito

A essa altura, já terá sido possível observar que, sendo o desacordo razoável sobre direitos um dos pilares da teoria formulada por Jeremy Waldron, naturalmente seu debate com outras teorias passará pelo *locus* reservado a essa espécie de controvérsia. No caso de

Dworkin não será diferente, sendo questionado, principalmente, o princípio da integridade do direito – que não seria capaz de absorver o dissenso legítimo.

Por integridade, no modelo de Dworkin, entende-se a resposta ao fato, tido por problemático, de que as diversas decisões políticas coexistentes em determinada sociedade não guardam, necessariamente, coerência entre si. A respeito do princípio, Waldron observa:

The theory is Dworkin's prescription for dealing with the possibility of a political patchwork – a prescription based on his particular sense of the values and ideals at stake in this problematic. Dworkin believes that there is a distinct political virtue in maintaining and promoting coherence in our existing principles and institutions (WALDRON, 1999a, p. 190).

Diante disso, Waldron observará em tom crítico que, apesar da existência dos diversos entendimentos sobre justiça entre os participantes da política, o ideal proposto por Dworkin pretende que apenas uma voz seja aplicada pelo Estado¹³⁸. Ainda, que o direito e a legalidade sejam identificados com um sistema coerente de princípios, que se impõe sobre a irracionalidade legislativa eventualmente em vigor.

A) A ideia de conflito entre justiça e integridade

Nesse sentido, o argumento proposto por Dworkin pressupõe que, frequentemente, determinadas visões da justiça e o princípio da integridade do direito entram em rota de colisão. E que, em tais situações, a primeira deverá ser sacrificada em favor do segundo¹³⁹. Por outro lado, Waldron questionará tal espécie de desenho, que considera o desacordo sobre direitos como um conflito entre *justiça e integridade*.

Isso quer dizer, haveria um equívoco em tratar ambos os princípios em um mesmo patamar, em uma relação de competição. Segundo Waldron (1999a, p. 196), sequer se poderia falar em *independência* entre justiça e integridade, já que uma seria interdependente à outra. Caberia a essa receber e elaborar o desacordo sobre justiça, natural em uma sociedade que não se pronuncia de forma unívoca.

Além disso, o suscitado conflito não seria apenas equivocados, desde um ponto de vista teórico, mas também confuso: considerar a possibilidade de contrabalançar justiça e integridade pressupõe que uma, eventualmente, pesará mais que a outra. Entretanto, observa

¹³⁸ “Integrity becomes a political ideal (...) when we insist that the state act on a single, coherent set of principles even when its citizens are divided about what the right principles of justice and fairness really are” DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986; p. 166.

¹³⁹ “(...) justice must sometimes be sacrificed to integrity” Ibidem, p. 178.

Waldron, o problema não está em pesar e contrabalançar, mas em concordar sobre o peso que vai ao prato. Por exemplo, em relação à regra: “Que a maioria prevaleça exceto nos casos onde sua decisão venha a ferir direitos individuais”. Ora, se as pessoas divergem sobre os direitos existentes, e sobre o que realmente os ameaça, esse princípio perderia o sentido.

Em síntese, Waldron busca desconstruir a possibilidade teórica do conflito, e do impasse, entre justiça e integridade. No seu modo de ver, seria equivocado desconsiderar a relação de interdependência necessária entre ambas, já que, sendo o desacordo sobre direitos algo natural, um existe para dar conta do outro:

Thus Dworkin's talk of competition between justice and integrity is misleading. Integrity is not a value which competes with justice. It is rather a value whose job is to come into play when the place properly assigned to justice in the life of a community – the role of determining a proper distribution of rights and duties, burdens and benefits, etc. - turns out to have been filled by disparate and competing conceptions of justice itself (WALDRON, 1999a, p. 198).

Além disso, a partir desse questionamento, será identificado ainda outro aspecto crítico na teoria de Dworkin, pertinente à diferença existente entre a compreensão do citado conflito pela filosofia, e a percepção de um participante.

B) A questão do ponto de vista do participante

Waldron não discorda que, eventualmente, o princípio da integridade possa alcançar um resultado distinto daquele que a justiça requer. Na verdade, tendo em vista o fato de haver desacordo – entre os participantes – sobre justiça, do ponto de vista de um deles, e apenas desde esse ponto de vista singular, seria possível falar em conflito entre integridade e uma compreensão sobre direitos: “No matter how often or emphatically we deploy words like ‘objective’, a claim about what justice *objectively* requires never appears in politics except as someone's view” (WALDRON, 1999a, p. 199, destaque do autor).

Segundo esse entendimento, não se poderia observar a ideia de justiça como uma verdade objetiva, passível de verificação empírica, mas apenas como uma visão entre outras existentes, e conflitantes. Por exemplo, a uma dada pessoa, que acredita em determinado conceito de justiça, pode parecer – caso sua opinião seja majoritária em uma sociedade – que a justiça esteja sendo sacrificada em prol da aplicação da integridade. “And he may be right”, observa Waldron. Contudo, no caso de sua opinião não corresponder à acordada pela

sociedade, o princípio da integridade pode despontar como algo que a justiça demanda, “And he may be right about that also”. (WALDRON, 1999a, pp. 198-199)

Em vista disso, a ideia de conflito entre *justiça* e *integridade* é admitida apenas se considerado o ponto de vista de *um participante*, singular e subjetivo, em uma sociedade onde exista o desacordo sobre justiça. Por outro lado, Waldron (1999a, p. 200) alerta que nem à filosofia, tampouco aos juristas, seria cabível falar em conflito, quando é analisada a sociedade como um todo: “From that perspective, we must not say ‘society faces a trade-off between justice and integrity’ (...)”.

O papel da teoria do direito, portanto, é colocado em xeque. Se a pergunta fundamental sobre justiça consistiria, conforme se remete Waldron (1999a, p. 201) ao trabalho de Thoreau¹⁴⁰, em “O que devo fazer?”, não caberia ao filósofo especular a partir do paradigma de “O que eu faria?”. Tal atitude depreciaria o valor da teoria política, e não partiria de um compromisso científico: “Do we think of ourselves or of the philosophers we read as prophets or lawgivers? Or do we accept that they are citizens, each of them one citizen among millions?”

Por esse motivo, não haveria nada de errado no fato de os participantes defenderem suas visões sobre justiça, atitude essa que inclusive tenderia a contribuir para o processo social de tomada de decisões. Entretanto, quando o discurso é formulado por aqueles que de certo modo representam a sociedade – ou falam em nome dela – o cuidado deveria ser, segundo Waldron, redobrado.

2.3 Aristóteles e a sabedoria da multidão

Por último, indicados os exemplos de John Rawls e de Ronald Dworkin, cujas teorias são criticadas por Waldron a partir, principalmente, de sua preocupação para com a incorporação do desacordo razoável sobre direitos como uma das circunstâncias elementares da política, e de uma teoria que sobre ela se debruce, passo ao terceiro diálogo desse segundo tópico: a referência ao conceito de “sabedoria da multidão”, presente em Aristóteles.

Diferentemente dos dois primeiros exemplos, diante dos quais Waldron se posiciona de modo crítico, a concepção política de Aristóteles não será enfrentada enquanto problema, mas enquanto marco filosófico ao qual se recorre. Isto é, Waldron propõe uma interpretação

¹⁴⁰ THOREAU, Henry. D. *Civil Disobedience*, 1849.

própria sobre o papel da deliberação política, na qual a razão de sua qualidade é medida em proporção ao número de participantes.

Vale sublinhar que esse argumento não aparece de forma explícita em sua proposta contrária à revisão judicial das leis¹⁴¹. Entretanto, considerado o conceito de política mobilizado¹⁴², e a disputa pelo sentido filosófico a ser extraído do argumento de Aristóteles¹⁴³, a análise do tema revela-se pertinente – uma vez que interligada ao problema objeto de investigação.

Isso quer dizer, a compreensão sobre o recorte realizado por Waldron, a respeito do tema da sabedoria da multidão em Aristóteles, alargará as bases para a análise dos fundamentos de sua proposta crítica ao *judicial review*.

A) A Doutrina da Sabedoria da Multidão

Por “Doutrina da Sabedoria da Multidão” é entendido o argumento de Aristóteles, em *Política*, onde, diante da questão sobre a quem caberia o poder supremo em um Estado, são avaliados os riscos de cada alternativa e, segundo reforça Waldron¹⁴⁴, concluído pela vantagem da participação da pluralidade de cidadãos:

For the many, of whom each individual is not a good man, when they meet together may be better than the few good, if regarded not individually but collectively, just as a feast to which many contribute is better than a dinner provided out of a single purse. For each individual among the many has a share of excellence and practical wisdom, and when they meet together, just as they become in a manner one man, who has many feet, and hands, and senses, so too with regard to their character and thought. Hence the many are better judges than a single man of music and poetry; for some understand one part, and some another, and among them they understand the whole.¹⁴⁵

¹⁴¹ Faço referência a **The Core of the Case against Judicial Review** (2006).

¹⁴² A importância do conceito de política como espaço capaz de absorver as diferenças, na teoria de Waldron, será objeto de análise no próximo tópico desse capítulo.

¹⁴³ Todavia Waldron (1999a, p. 6) não deixará de reconhecer a proximidade do problema: “(...) and Aristotle is more commonly associated with suspicion of democracy and the ideas of political virtue on the basis of which an enhanced role for the judiciary is often today defended. Nevertheless it is from Aristotle’s work, from Locke’s and from Kant’s, in the canon of political thought, that I shall try to recover some of what I think we need in the way of a philosophical account of the dignity of legislation”.

¹⁴⁴ WALDRON, Jeremy. *The Wisdom of the Multitude: Some Reflections on Book 3, Chapter 11 of Aristotle’s Politics*. **Political Theory**, v. 23, n. 4, pp. 563-584; Nov. 1995.

¹⁴⁵ Aristóteles, Apud. WALDRON, 1995, p. 564. Em português, na tradução de Mário da Gama Kury, corresponderá ao seguinte fragmento: “É realmente possível que os integrantes da maioria, apesar de não serem isoladamente homens bons, possam ser melhores quando reunidos, não individualmente, mas coletivamente, do que os poucos individualmente bons, da mesma forma que os banquetes públicos, para os quais muitos contribuem, são melhores que os oferecidos a expensas de um só homem; realmente, pode-se argumentar que onde há muitos homens, cada um tem uma certa porção de bondade e prudência, e que quando

O próprio Jeremy Waldron reconhece que, ao recortar esse fragmento, estaria exagerando sua importância para o pensamento de Aristóteles. Com essa reserva, é apresentada a Doutrina da Sabedoria da Multidão (“DWM” – *Doctrine of the Wisdom of the Multitude*), que em sentido fraco, significaria “O povo agindo como um corpo é capaz de produzir melhores decisões, através da associação de seu conhecimento, de sua experiência e de sua percepção, *mais do que qualquer indivíduo* membro do corpo, não obstante sua excelência¹⁴⁶, seja capaz de produzir por si próprio”¹⁴⁷, e, em sentido forte: “O povo agindo como um corpo é capaz de produzir melhores decisões, através da associação de seu conhecimento, de sua experiência e de sua percepção, *mais do que qualquer subconjunto* do povo agindo como corpo e associando seu conhecimento, sua experiência e sua percepção”¹⁴⁸.

Portanto, em sua versão forte, o princípio da sabedoria da multidão também se aplicaria contra a aristocracia¹⁴⁹. No entanto, para além da discussão sobre as formas de governo, e as consequências modernas do problema (expansão do sufrágio universal e embate entre democracia e *judicial review*), Waldron busca debater a Doutrina em sua acepção fraca:

For the purposes of my discussion, however, I shall focus mainly on DWM1. A number of the points **I want to make concern how we think about the relation between the individual and the polis**, and for that purpose the weaker version of

eles se reúnem, da mesma maneira que a multidão se transforma num só homem com muitos pés e muitas mãos e muitos sentidos, podem assumir também uma só personalidade quanto às faculdades morais e intelectuais. É esta a razão de a maioria ser melhor juiz para as obras musicais e as dos poetas, pois homens diferentes podem julgar aspectos diferentes do desempenho, e todos eles podem julgar o conjunto”. ARISTÓTELES, *Política*. 2ª ed. Brasília: UNB, p. 98, 1281b; 1985.

¹⁴⁶ O grego *Aretê* pode ser traduzido como excelência, ou como virtude. No caso, tanto a tradução utilizada por Waldron quanto seu debate utilizam o termo *excellence*.

¹⁴⁷ DWM1: “The people acting as a body are capable of making better decisions, by pooling their knowledge, experience, and insight, than any individual member of the body, however excellent, is capable of making on his own.” WALDRON, 1995, p. 564.

¹⁴⁸ DWM2: “The people acting as a body are capable of making better decisions, by pooling their knowledge, experience, and insight, than any subset of the people acting as a body and pooling the knowledge, experience, and insight of the members of the subset.” Ibidem, p. 565.

¹⁴⁹ “That case is harder to make, since an aristocratic regime may itself benefit from the application of the doctrine. Consider the ten best men in the polis. Each of them, individually, though better than each person in the remainder of the citizen body, may be outshone by the wisdom of the multitude of the citizen body considered as a collective. But the appropriate comparison is not between the people and the individual aristocrats, but between the people acting as a body, on the one hand, and the group of ten aristocrats also acting as a body, on the other hand. Just as the people can pool their individual knowledge, experience, and judgment, so the ten aristocrats can pool theirs too. Presumably the collective wisdom of the ten best is superior to the collective wisdom of ten citizens chosen at random, since they have better individual insights, etc. to pool. And so on, presumably, for any subset of the citizenry, designated on the basis of excellence. To make the case for the extension of sovereignty to the many, that is, for a democratic suffrage, we have to make it against all such groups” WALDRON, 1995, pp. 564-565.

DWM is sufficient to bring the important issues into focus. In most of what follows, **I shall not be trying to show that DWM is true in a way that is immediately important for constitutional design. I shall consider instead its theoretical importance for our understanding of certain themes and issues in Aristotelian political philosophy, and their indirect consequences for our philosophical thought about legislation by a popular assembly** (WALDRON, 1999b, p. 95, destacado).

De tal maneira, o argumento de Waldron se dará nos limites do debate a respeito do sentido do pensamento aristotélico sobre política e autoridade e, ainda, sobre as implicações teóricas da participação do indivíduo na *pólis* para a compreensão moderna da ideia de legislação e de assembleia popular.

B) Política, discurso e diversidade

A autoridade, portanto, diante do mencionado princípio da sabedoria da multidão, residirá no *todo*, e não na *parte* e, no ponto de vista de Waldron (1995, p. 569), ocupará um lugar central na concepção filosófica de Aristóteles sobre a política. Só o *todo* seria capaz de absorver a diversidade e, portanto, de realizar um julgamento melhor que a *parte*. Não apenas em matéria de fatos, mas também sobre ética, valores e natureza da boa vida.

Nesse recorte, a deliberação entre vários seria uma maneira de opor as percepções e as visões éticas de cada cidadão às dos demais, de maneira iluminarem-se e a oferecerem as bases para o questionamento recíproco. O resultado desse tipo de operação, então, seria melhor do que qualquer hipótese individual – isto é, vários agindo em conjunto promoveriam uma melhor deliberação que poucos, mesmo que bons.¹⁵⁰

Por outro lado, considerada a compreensão aristotélica do homem (o único animal capaz de organizar seu discurso), emerge a seguinte questão: se a política fosse tipicamente uma matéria de monarquia, um assunto onde o melhor governa, então esse poder de discurso

¹⁵⁰ Nesse sentido, Waldron considera que o argumento da diversidade enquanto fator que influencia a boa qualidade da deliberação não tem conexão apenas com aspectos práticos, mas também éticos: “The term traditionally used for the doctrine - “the summation argument” - suggests that all that is going on is the *aggregation* of what each person brings to the argument. But that may be misleading-not only in the way that David Keyt says, because it suggests nothing more than a random and unordered collection of experiences; even the application of a social welfare function is more than *that*. **It is misleading because it suggests a merely mechanical ordering, whereas I think Aristotle has in mind something more synthetic or even dialectical.** His view is that deliberation among the many is a way of bringing each citizen's ethical views and insights - such as they are - to bear on the views and insights of each of the others, so that they cast light on each other, providing a basis for reciprocal questioning and criticism, and enabling a position to emerge which is better than any of the inputs and much more than an aggregation or function of those inputs” WALDRON, 1995, pp. 569-570, destacado, itálico original mantido.

seria simplesmente redundante, e não existiria senão como veículo para a expressão de decisão e de comando.

O que Waldron (1995, p. 576) busca destacar é que, no seu entendimento, diante do pensamento geral de Aristóteles, o discurso aparece enquanto natureza política do homem porque é o meio através do qual a política se realiza. E, porque a política se realiza através do discurso, ela necessariamente se realiza em meio à pluralidade – contexto no qual há diversos falantes, cada um contribuindo para uma decisão coletiva que seria impossível de ser alcançada por qualquer participante individualmente.¹⁵¹

Finalmente, em síntese, o fragmento discutido (de modo hiperbólico) não representaria um argumento em favor da democracia, mas indicaria a centralidade da Doutrina da Sabedoria da Multidão no argumento geral de Aristóteles na *Política*. Waldron sugere então que a doutrina consistiria em uma espécie de modelo, ou de paradigma, sobre a natureza do ser humano enquanto ser que fala, ou que discursa.

3. A RECONSTRUÇÃO DO PARADIGMA *POVO VERSUS CORTES*

É interessante observar que, apesar da inserção de Waldron em um campo essencialmente crítico à supremacia da revisão judicial das leis, e favorável à interpretação política para fins de estabelecimento da decisão, seu argumento não usará da tensão entre democracia e direitos para afirmar-se¹⁵². Portanto, nas bases de seu modelo, não se verificará uma defesa da democracia em desfavor da ideia de direitos. Ao contrário, o sistema político de decisões é defendido exatamente porque, no seu ponto de vista, seria melhor garantidor de direitos que as cortes.

¹⁵¹ Em contraste a Hobbes, que consideraria o discurso como inaptidão para a vida em sociedade, Waldron (1995, p. 577) observa que o pensamento de Aristóteles sobre deliberação, ao estabelecer o elo entre diversidade e decisão, abarcaria o debate e a complementariedade entre opiniões: “(...) between divisiveness and unanimity is debate and complementarity: different views coming together in deliberation to contribute to a new synthesis.”

¹⁵² Faço menção, aqui, ao constitucionalismo político de Jürgen Habermas, cujos fundamentos procedimentais partem da tensão entre Estado de Direito e Democracia: HABERMAS, Jürgen. Habermas, Jürgen. The constitutionalization of international law and the legitimation problems for world society. **Constellations**. v. 15, p. 444-455, 2008; Idem. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. Tradução de Paulo Astor Soethe. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política**. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, pp. 293-305. Idem. O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 153-173.

Retomado o seu argumento, então, no que se refere à questão da legitimação do procedimento, e da aplicação do princípio majoritário para estabelecimento da decisão final, Waldron colocará a seguinte pergunta: quando se trata da deliberação legislativa, através da composição de maiorias, seu resultado é tido muitas vezes como irracional, caótico, incoerente. No entanto, diante do impasse em um órgão judicial colegiado, a saída é a mesma – contagem de votos, por cabeça. Ora, o que leva uma sociedade a substituir uma “contagem de cabeças” por outra?

O objetivo do tópico que se segue, portanto, consiste em retomar a essência do argumento contrário à revisão judicial das leis, e favorável à palavra final pela própria cidadania. Entretanto, proponho apresentá-lo nos moldes dos capítulos anteriores, onde passo a buscar, especificamente, a eventual tensão entre os elementos “Povo” e “Cortes”, encontrada de maneira mais ou menos abstrata.

No caso de Kramer, por exemplo, constatou-se uma polarização concreta, entre população e juízes, cujo poder da palavra final – em sua visão histórica –, implica sempre, necessariamente, na redução do outro; enquanto que, no argumento de Tushnet, tal conflito se dá em termos mais abstratos – entre modelos: democracia e *judicial review* –, não existindo uma necessária contraposição de atores.

Por sua vez, no que se refere a Waldron, e para que seja possível compreender seu argumento (que não se vale da tensão teórica entre democracia e direitos), é necessário também compreender o local reservado a cada elemento do vocabulário envolvido no problema: *tiranía da maioria, política, Cortes, Constituição, Legislativo*.

Sua afirmação portanto envolve a revisão de uma série de vocábulos tradicionais, com vistas ao desenvolvimento da ideia de que a pressão política, ao contrário da visão dominante, representa uma garantia de direitos, e não o contrário. Ademais, como todo o restante do argumento envolvido, se comparados os exemplos anteriores, seus termos serão os mais abstratos, e organizados teoricamente.

3.1 A tirania da maioria revisitada

A preocupação mais recorrente diante de uma legislatura democrática é que, devido a seu funcionamento em bases essencialmente majoritárias, ocorra a denominada *tiranía da maioria*, temor comumente propagado entre aqueles que se debruçam sobre a interpretação constitucional, desde um ponto de vista dos direitos. Devido a essa possibilidade, de maiorias

ameaçarem direitos de minorias, a revisão judicial seria um fator necessário de equilíbrio. Afinal, que outra defesa teriam esses grupos frente àquele dominante?

No entanto, Waldron entende que esse tipo de argumento não contaria com os elementos necessários à sua afirmação. Isso quer dizer, partindo de tal paradigma, qualquer decisão em um meio onde exista o desacordo sobre direitos poderia consistir, então, em uma espécie de tirania:

I believe that this common argument is seriously confused. Let us grant, for now, that tyranny is what happens to someone when their rights are denied. The first thing to acknowledge is that, according to this definition, tyranny is almost always going to be at stake in any disagreement about rights. In any disagreement about rights, the side in favor of the more expansive understanding of a given right (or the side that claims to recognize a right that the other denies) will think that the opposite side's position is potentially tyrannical (WALDRON, 2006, pp. 1395-1396).

A questão é: pode ser que eventualmente ocorra a tirania. Entretanto, aqueles envolvidos no desacordo razoável também poderão compreender-se desse modo, e esse é o cerne do problema. Segundo Waldron, é possível que o Legislativo incorra em erros sobre direitos, mas as decisões judiciais não estão imunes a tal sorte de equívoco. Em consequência, as Cortes também atuarão, eventualmente, de maneira tirânica.

Para além do debate sobre conteúdo da decisão, então, em cujo erro pode incorrer tanto o Legislativo quanto o Judiciário, Waldron (2006, p. 1396) retomará o debate sobre o sentido aplicado ao processo de tomada de decisões. Diante disso, a observância do princípio majoritário seria, ao contrário do usualmente entendido, o único aspecto não-tirânico da decisão – já que foi alcançada sem a exclusão de participantes, e sem retirar-lhes o tratamento isonômico.

Ademais, sob essa perspectiva, que considera essencialmente o aspecto procedimental, há de se relativizar a ideia de maiorias oprimindo o direito de minorias, uma vez que nem sempre as maiorias e as minorias que se formam no Legislativo correspondem, necessariamente, às observadas na sociedade.

Por exemplo, considerado o desacordo razoável sobre direitos, a sociedade tem de deliberar e chegar a uma conclusão. Quanto a isso, Waldron observa: “suponha que determinada sociedade utilize o princípio majoritário para estabelecer suas decisões e eu

tome parte nesse processo decisório, através do meu voto. Considere que o lado ao qual aderi perca. Sou então parte da minoria em tela, porém nada tirânico ocorreu a mim”¹⁵³.

Em síntese, o ponto de Waldron é que, no caso de a opinião de um cidadão não vir a orientar a decisão final, não significa que tal resultado seja necessariamente tirânico. O que importa, nesse arranjo, é que tal opinião não deixe de ser considerada, junto às demais porventura existentes.

A) A pressão política como elemento favorável à ideia de direitos, e não contrário

Waldron (2006, p. 1391) também debaterá as diferenças de funcionamento entre os corpos legislativos e os judiciais. A esse respeito, primeiramente, a submissão dos mandatos políticos à responsabilidade, em seu exercício, seria um importante elemento a favor do Legislativo, ao contrário do Judiciário, cujas bases se encontram distantes da influência da cidadania.

Assim sendo argumenta que, no fim das contas, no caso de verificação da persistência do desacordo sobre direitos em um órgão judicial (impasse) os juízes também procedem à apuração de votos por cabeça, tal qual em uma assembleia, porém sem a responsabilidade política:

Legislators are regularly accountable to their constituents and they behave as though their electoral credentials were important in relation to the overall ethos of their participation in political decision-making. None of this is true of Justices. Second, even if we concede that vexed issues of rights should be decided by these nine men and women, why should they be decided by simple majority voting among the Justices? Here, the situation gets worse for defenders of judicial review. I have always been intrigued by the fact that courts make their decisions by voting, applying the MD principle to their meager numbers (WALDRON, 2006, p. 1391).

O que se busca pôr em xeque em relação à deliberação judicial é que, em que pese toda a sorte de argumentos arrolados e o apreço a uma racionalidade específica – legal –, no fim das contas, no caso de impasse o procedimento adotado para superação será o mesmo, o

¹⁵³ Para que tal tirania se verifique, então, seria necessário, além do erro e do conteúdo tirânico sobre direitos, que as maiorias “tópicas” (de cujo tema se trata) se confundissem com as “decisórias” (que participam da decisão): “I use “topical” because their rights and interests are the topic of the decision. The term “topical minority” is a loose one, and there is always likely to be dispute about whom it comprises (and the same is true of “topical majority”). But the looseness is not a problem. Even loosely defined, the distinction between topical and decisional minorities enables us to see that not everyone who votes for the losing side in an issue about rights should be regarded as a member of the group whose rights have been adversely affected by the decision”. WALDRON, 2006, p. 1397, nota de rodapé nº 129.

da decisão por maioria. Entretanto, sem a possibilidade de influência direta da sociedade em geral. Nesse caso, o Legislativo seria melhor em virtude, exatamente, da inevitável sensibilidade existente nos mandatos, cuja instituição através do voto popular lhes exigiria maior atenção às visões existentes entre os cidadãos.

Por essa razão, considerado o modelo ora objeto de análise – que parte do pressuposto do desacordo razoável, e do compromisso sobre direitos –, será o Legislativo somado à regra da maioria, e não o Judiciário, que permitirá a melhor defesa dos direitos em uma sociedade plural.

B) A decisão majoritária como procedimento respeitável

Ademais, sendo interpretado o princípio majoritário como o mais capaz de tratar, no máximo possível, os cidadãos participantes como iguais, Waldron (1999a, pp. 114-115) o denominará como “a respectful procedure”, já que permitiria a ação conjunta em um corpo atravessado por divergências. O suscitado princípio emerge então como algo necessário à sociedade onde há desacordo: “It is because we disagree about what counts as a substantively respectful outcome that we need a decision-procedure” (WALDRON, 1999a, p. 116).

Como dito, Waldron não afasta a possibilidade de que maiorias ou decisões tirânicas eventualmente se formem, e venham a lesar direitos alheios, tendo em vista que qualquer corpo que decida está sujeito a decisões equivocadas. Seu argumento no entanto envolve demonstrar como tais situações seriam pontos fora da curva, e não corresponderiam à normalidade da política. Em consequência, é defendida a legitimidade do procedimento majoritário, em assembleia representativa, em detrimento da legitimidade dos juízes.

Finalmente, os procedimentos democráticos seriam respeitáveis na medida em que os sujeitos participantes considerem os direitos alheios, e realmente tentem compreender que direitos estão em jogo. A defesa das minorias, portanto, consistirá na possibilidade de a maioria dos cidadãos incorrer nesse tipo de análise, levando tais direitos a sério (WALDRON, 2006, p. 1400).

3.2 Novas fronteiras para a compreensão teórica

Dentre outros aspectos sensíveis, há duas preocupações – interligadas, que perpassam a teoria de Waldron: a primeira diz respeito a que aceção tomar para compreender a política

e, a segunda, a que critérios estabelecer para reconhecer o legítimo (e último) intérprete em matéria de direitos: “The reasons which make me think of the human individual as a bearer of rights are the very reasons that allow me to trust him as the bearer of political responsibilities” (WALDRON, 1999a, p. 223).

Nesse sentido, além da crítica anteriormente mencionada – relativa ao papel a ser cumprido pela filosofia do direito¹⁵⁴, ou pela teoria do direito –, há ainda um questionamento direto às bases da ciência política contemporânea. Questionamento esse que decorrerá de seu entendimento sobre a política, e que influenciará sua crítica à legitimidade das cortes.

Politics is a serious business. In modern societies, political decisions determine, by action or default, things like the distribution of food, housing, medical and educational services. Through legislation, they determine the details of respect for the individual, the pursuit of justice, and the parameters of civil and political freedom. And (in interaction with other states) political decisions by elected officials govern war and peace, co-operation and hostility, not to mention the control and unleashing of weapons of mass destruction (WALDRON, 1999a, p. 239).

Nesse sentido, Waldron busca apresentar uma teoria que resgate o papel do indivíduo e o potencial de sua ação em grupo. Apenas a partir da associação das pequenas partes de um todo que os problemas complexos poderão ser encarados¹⁵⁵. Portanto sua teoria, ao levar o desacordo sobre direitos a sério, mira exatamente criar as bases para que a decisão política seja possível em uma sociedade plural, e possua autoridade.

Em outra mão, no que diz respeito à metodologia na ciência política, Waldron (1999a, pp. 28-30) identificará três obstáculos à aludida construção teórica¹⁵⁶: primeiramente, em

¹⁵⁴ “Political philosophy – at least in the normative philosophy-and-public-affairs mode – is simply conscientious civic discussion without a deadline” WALDRON, 1999a, p. 229.

¹⁵⁵ A respeito do raciocínio, Waldron (1999a, pp. 240-241) apresentará uma analogia entre a participação através do voto e o exemplo do problema da poluição do ar por automóveis, onde a ação individual contribui para a solução do problema compartilhado: “Consider, for example, roadside pollution due to traffic: I may not be able to identify the contribution I make to the health problems of poor families living near freeways, but I am well aware that their health is imperilled by hundreds of thousands of drivers including me. I know too that it is only the fitting of emissions control devices to automobiles by most of these drivers that can possibly abate that threat. (...) The stakes are too high, and even though there are millions of us involved, nothing but millions of drivers making the right decision will avert the very great harm of pollution. (...) Something similar is true of the moral importance of voting. (...) If I fail to vote (for the candidate or measure that deserves to win), I have done a wrong comparable to that involved in the emissions example: I have failed to play my part in the collective action that is required in our political system in order to secure an important good or avoid a grave harm (...)”.

¹⁵⁶ “So the *focus* is right, so far the enterprise of this book is concerned: plurality, disagreement, and the structure of collective action. Still, the mood is different. The theories and models produced by empirical political scientists, though skillfully constructed for their own comparative, explanatory, and predictive purposes, have a number of drawbacks so far a normative jurisprudence is concerned” WALDRON, 1999a, p. 28.

relação ao fato de – analisado o corpo legislativo entre outros existentes –, a pesquisa empírica tender a compreendê-lo não através de sua fabricação de leis, mas de outras funções realizadas (a partir de outras variáveis, tais como o fator do apoio ao Executivo), o que dificultaria um entendimento mais abstrato, e normativo, sobre seu produto final – as leis –; em segundo plano, a persistência de um discurso que identifica outra fonte (real) para a geração das leis, que não o Legislativo (ideia de que o Executivo quem possuiria o poder real, em alguns exemplos, como dos Estados Unidos); e, em tom provocador, 3) “empirical models of legislative behaviour tend to be non-normative to the point of cynism”, quer dizer, os modelos empíricos não ofereceriam uma análise sobre a produção legislativa que avançasse sobre possibilidades de compreensão normativa.

Por conseguinte, o problema da ciência política contemporânea – em sua versão norte-americana –, estaria em entender a democracia, unicamente, a partir de um jogo de interesses entre grupos mais ou menos representados, desenhando uma imagem pouco atrativa da legislação ordinária. Analisadas, portanto, a visão do cidadão médio sobre si mesmo (ideia de que indivíduo não conseguiria influenciar o todo) e a pesquisa empírica (tendente a reduzir a legislação a um jogo de interesses), problematicamente, os textos legislativos tenderiam a ser vistos como dotados de pouca dignidade, com uma autoridade reduzida, e, da mesma forma, a possibilidade da ação política restaria desacreditada.

A) O significado da política (e a política como questão de julgamento)

Ao retomar a distinção entre as formas de governo, cuja compreensão mais tradicional remonta a Aristóteles, Waldron (1999a, p. 164) observa como, no fundo, a questão essencial diz respeito a, diante da necessidade da aplicação as leis, escolher quem as interpreta, quem as julga. Nesse sentido, a ideia de julgamento pressupõe a existência do desacordo e, em política, a questão sempre dirá respeito à solução dessa divergência entre os cidadãos, inclusive sobre direitos: “Different forms of government amount to different answers to the question: whose judgment is to prevail when citizens disagree in their judgments?”

No caso da resposta favorável aos juízes, no entanto, Waldron observa como o fato de desempenharem suas atividades enquanto “julgamento”, e não como “arbítrio” não sublimaria a natureza aristocrática de sua participação e, ainda, não mudaria o dado de – em outra via – ser também a política uma questão de julgamento. Nesse ponto, há uma

relativização do que significa a interpretação sobre direitos, tendo em vista que os cidadãos seriam os primeiros a os criarem:

This is Abraham's Lincoln's position in the 'First Inaugural Address', suggesting that if such questions were to be settled by the Supreme Court, in ordinary cases, 'the people will have ceased, to be their own rulers, having, to that extent, practically resigned their government, into the hands of that eminent tribunal' (WADRON, 1999a, p. 264, nota de rodapé nº 27).¹⁵⁷

Diante disto, do ideal de autogoverno, e da afirmação da cidadania enquanto juíza de seus próprios direitos, decorre o argumento de Waldron, no sentido de a crítica ao modelo do *judicial review* implicar também em uma defesa da liberdade:

For we cannot seriously think that liberty in general is safe in a society in which it is an accepted political tactic to regard ordinary citizens as nothing but selfish and irresponsible members of predatory political majorities. Taking liberty seriously means taking each other seriously as holders of views about liberty WALDRON, 1999a, pp. 310-311.

Ademais, no que se refere diretamente a que aceção tomar para falar em política, o que se observa no argumento de Waldron (1999a, p. 312) é a busca pelo ideal de convivência da *pólis*, e de reconhecimento – que fundamenta a ideia de direitos. Levar tais direitos a sério, portanto, em seu desenho teórico, significa lidar com o outro em sua diversidade, e em seu igual direito de participar da decisão.

B) O papel das Cortes frente à Constituição

Segundo a visão tradicional, que sustenta o *judicial review*, é dito que os juízes tenderiam a interpretar direitos sob os limites impostos pela própria sociedade. Limites esses autodirigidos em um momento prévio e, depois, sustentados pelas cortes. Entretanto, questiona Waldron, quando há desacordo, não estão claros os motivos pelos quais a decisão é transferida ao Judiciário, o porquê de lhe ser garantido a última palavra. Além disso, é dito que – caso o poder político possua interesse em transformar a Constituição –, lhes seria permitida a via da emenda. No entanto, tampouco a ideia de emenda poderia servir de paradigma, já que exige um quórum além da maioria.

Por outro lado, será também criticada a ideia de que, por serem indicados e subordinados à sabatina de agentes eleitos, os membros das cortes de certa forma absorvessem alguma legitimidade democrática. Segundo Waldron (2006, p. 1394), tais

¹⁵⁷ Apesar de Waldron evitar construir seu argumento sobre bases históricas, observo que referência coincide com um dos principais exemplos mobilizados por Tushnet (vide item 2.1, b, do capítulo anterior).

credenciais – democráticas –, sequer poderiam ser comparadas às dos mencionados agentes e, ainda – observe-se –, a defesa do *judicial review* seria quase sempre feita mirando uma racionalidade específica – legal, distinta da política. Nesse sentido, tal espécie de defesa, que tenta creditar aspectos políticos à legitimidade dos juízes, seria infundada, quaisquer que fossem seus argumentos: “Moreover, to the extent that we accept judges because of their democratic credentials, we undermine the affirmative case that is made in favor of judicial review as a distinctively valuable form of political decisionmaking”.

Finalmente, no que diz respeito à tese de que devido ao fato de participarem como litigantes no processo judicial a cidadania participaria da decisão (“às vezes os cidadãos acessam o sistema enquanto eleitores, às vezes como lobistas, às vezes como litigantes”, WALDRON, 2006, p. 1395), não obstante Waldron reconhecer a justeza do argumento que exige uma compreensão global dos elementos envolvidos no sistema político, o ponto central persiste: o procedimento adotado na decisão pelas cortes, de maneira problemática, não trata os participantes de maneira igual, isto é, não lhes concede o mesmo peso.

Em síntese, sua crítica – orientada pelo resgate da participação da cidadania – renega uma interpretação final pautada por poucos atores, sem legitimidade política. E sobre o argumento ainda de que, ao menos, o debate na Corte poderia gerar um saldo positivo em matéria de opinião pública sobre direitos, Waldron (1999a, p. 291) é enfático: “But independent ethical benefits of this kind are best desirable side effects, not the primary point of civic participation in republican political theory”.

De modo provocador, a respeito, o professor sugere que “o exercício do poder por poucas celebridades em vestes negras pode fascinar uma população articulada. Entretanto, não chega perto da essência de uma cidadania ativa” (WALDRON, 1999a, p. 291), de modo que, analisada sua crítica, não é possível verificar qualquer benefício advindo da supremacia do *judicial review*.

3.3 O resgate das assembleias legisladoras como *locus* da decisão final

Finalmente, recolocados os termos da discussão – para além da disputa sobre conteúdo ou valores – no campo da legitimidade da decisão (razões procedimentais)¹⁵⁸, é possível ver o argumento de Waldron sob outra perspectiva. Isto quer dizer, compreender

¹⁵⁸ Que, como visto, não se trataria de um aspecto puramente formal, a participação significaria que as diversas visões existentes serão igualmente consideradas.

que seu modelo demanda, além dos pressupostos elencados inicialmente, guinadas teóricas como a superação da dicotomia *democracia versus direitos*¹⁵⁹, ou da ideia de tirania da maioria, para sua afirmação.

It is sometimes suggested that structures of democratic participation take no cognizance at all of the independent importance of securing appropriate outcomes—they just blindly empower the majority. This is nonsense. All democracies limit the franchise in various ways in order to secure a modicum of mature judgment at the polls. They exclude children from voting, for example, even though children are affected by the decisions under consideration (WALDRON, 2006, p. 1378).

Por conseguinte, em detrimento da ideia dominante de que o Judiciário seja o melhor intérprete, Waldron defende a racionalidade da democracia, e das leis dela decorrentes. São as legislaturas representativas quem absorvem as diversas opiniões em seu processo decisório¹⁶⁰, quase sempre em duas instâncias (bicameralismo), de maneira que as majorias tenham de ser formadas diversas vezes ao longo desse processo.

Nesse sentido, diferentemente do entendimento tradicional – que toma o texto legislativo como fonte de uma única voz (a intenção do legislador), Waldron (1999a, p. 10) irá defender uma compreensão diversa. Sua proposta é a de atrelar a autoridade da lei justamente às diversas vozes que dela participaram: “Statutes, we should say, are *essentially* – not just accidentally – the product of large and polyphonous assemblies. And this feature should be made key to our understanding of how to deal with them”.

Considerando isto, é possível dizer que o desenho de Waldron acaba por construir uma ponte entre a filosofia do direito e a ciência política¹⁶¹, de maneira a possibilitar tanto uma inserção normativa do papel das legislaturas quanto um entendimento sobre as diversas vozes participantes da decisão final:

Mostly, however, what I want to insist on is this. The alternative to a self-interested model of politics is not a scenario in which individuals, as responsible moral agents, converge on a single set of principles which add up to **the truth** about justice, rights and common good. That would not be a credible alternative from a social science point of view. The proper alternative to the self-interested model is a model of opinionated disagreement – a noisy scenario in which men and women of high spirit argue passionately and vociferously about what rights we have, what justice requires, and what the common good amounts to, motivated in their

¹⁵⁹ “(...) the relation between democracy and the conditions of its legitimacy may be represented as a relation between rights” WALDRON, 1999a, p. 284.

¹⁶⁰ “Modern legislatures do not just respond to disagreement; they internalize it”. WALDRON, 1999a, p. 40.

¹⁶¹ “Legal philosophy can afford to treat the legislatures as a black box and leave its unwrapping to the political scientists” WALDRON, 1999a, p. 45.

disagreement not by what's in it for them but by a desire to get it right (WALDRON, 1999a, p. 305, destaque do autor).

O que se nota, portanto, é a construção de um tipo ideal, que não diz exatamente o que venha a materializar o desacordo razoável sobre direitos, porém o toma como elemento fundamental. Essencial também a ideia de liberdade¹⁶² e de autogoverno, em meio a uma cultura política que permita a maior participação possível da cidadania para estabelecimento da decisão final.

¹⁶² “If we are concerned about individual liberty, then, the first thing we should do is not call for a Bill of Rights to be enforced by a court, but develop among ourselves a culture of liberty in which the idea is appreciated and taken seriously among those who will be participating in major social and political decisions” WALDRON, 1999a p. 310.

CONCLUSÃO

Na introdução deste trabalho, mencionei que o denominado *constitucionalismo popular* (campo), poderia ser considerado em duas acepções: uma em *sentido forte*, trazendo consigo uma ideia de coerência, e de firme coesão entre seus autores, e outra em *sentido fraco*, que relativizaria a homogeneidade do grupo. Considerei ambas possíveis, dependendo dos critérios adotados, e declarei entender que ambas, igualmente, aportam ao debate.

Em defesa do primeiro sentido, o trabalho poderia ser lido através de uma linha contínua, cuja abstração ascendente garantiria a unidade dos argumentos: Kramer apresentaria a possibilidade histórica do constitucionalismo popular; Tushnet, por sua vez, atrelaria um sentido teórico (popular) à experiência constitucional norte-americana; e finalmente, Waldron, ofereceria as bases filosóficas para compreensão do que seja, ou do que devesse ser, a estrutura de tal perspectiva (eminentemente política).

No entanto, apesar da orientação crítica à revisão judicial, também será possível analisá-los de modo mais matizado (o que denominei *sentido fraco*), observando como pressupostos que se fazem presentes na perspectiva de um não estarão, necessariamente, na do outro. Diante disso, a imagem seria diversa da linear, e estaria mais próxima à de um pequeno universo tridimensional, com vetores indicando as eventuais concordâncias, e divergências.

Por conseguinte, para fins de desenvolvimento da conclusão, opto por oferecer ambas leituras, reconhecendo nelas uma relação de complementaridade, e não de exclusão. Os próximos parágrafos, portanto, estarão organizados da seguinte forma: inicialmente (i), abordarei a compreensão do campo no primeiro sentido, identificando as similitudes e as perspectivas comuns, verificadas ao longo do trabalho e que aproximam os autores; após (ii), buscarei identificar o que lhes distancia, indicando as diferenciações possíveis a partir de critérios distintos da crítica à revisão judicial; então (iii), proponho apontar algumas perguntas que não me pareceram devidamente respondidas pelos trabalhos investigados; e (iv) retomo a importância inicialmente defendida, de investigar seus argumentos –

especialmente em um contexto onde a narrativa que justifica a ascensão do *judicial review* é dominante.

i. O constitucionalismo popular em sentido forte

Conforme mencionado, tal acepção orbitará, sobretudo, em torno do questionamento à legitimidade do *judicial review*. Considerado esse critério, será possível identificar, de maneira evidente, uma coerência no campo. Portanto, ao relatar a experiência do constitucionalismo popular na era da fundação, Kramer não apenas demonstraria sua possibilidade de existência como, ainda, indicaria a realização de uma série de elementos tais como a reunião entre a racionalidade política e a legal, assim como a convergência entre a interpretação constitucional e a ação política.

O fenômeno se revelaria, então, nas práticas políticas da comunidade, através de uma ideia de legalidade menos rigorosa (especializada) que a contemporânea. Quanto a isso, haveria uma concordância entre Kramer, Tushnet e Waldron, sobre a crítica ao padrão de racionalidade jurídica vigente: nos três, é possível identificar uma ofensiva à ideia de Direito enquanto *sistema coerente de princípios*. Se no primeiro, a experiência histórica revelaria um padrão diverso do atual, no segundo a racionalidade (e conseguinte estabilidade) estará atrelada à assunção de compromissos e de alianças que criariam o elo social e, no terceiro, à crítica da oposição entre integridade e justiça.

Por outro lado, a interpretação popular da Constituição será apresentada como virtude, e não ameaça, ao sistema de direitos. Em vista disso, a partir da *relativização* dos aspectos *prospectivos* e *retrospectivos* da interpretação constitucional (Tushnet), assim como da divisão entre interpretação *concreta* e *abstrata* das questões constitucionais (Waldron), a definição de sentido da Constituição fora das Cortes passa a assumir novas cores. Do mesmo modo, a percepção de que a *interpretação popular*, tendo sido determinante em momentos anteriores, poderá vir a ser o *motor de novas transformações positivas*, a despeito do entendimento judicial.

Por outro lado, tal abertura à história, que permite reavaliar o peso da cidadania para a definição do conteúdo da Constituição, também permitirá oferecer outra conclusão, que diz respeito à constatação da *impossibilidade de se estabelecer uma verdade única* (e mais correta) sobre direitos. Mesmo em Tushnet, onde há uma delimitação do conteúdo da interpretação fora das Cortes, há um reconhecimento à contingência da transformação

constitucional ao longo da história, e à conseguinte impossibilidade da previsão de desdobramentos futuros.

Além disso, haverá uma forte *objeção à legitimidade contramajoritária* da revisão judicial. Sendo observado o dia-a-dia da política, e seu funcionamento regular, há sugestões ao improviso do sistema de edição de leis (inserção de novos filtros, por exemplo, que venham a refinar a decisão final), no entanto resta estabelecido que o poder político (o próprio povo ou seus representantes, especialmente em assembleia), seriam *melhores intérpretes que as Cortes*. É duramente questionada a ideia, portanto, de que o Judiciário seja capaz de realizar uma interpretação mais qualificada que a do Legislativo.

A desmitificação de tais órgãos colegiados então, que diante do impasse adotam – tal qual as esferas políticas – o princípio majoritário da contagem de votos, por cabeça, levará à desconstrução da ideia tradicional de melhor intérprete. Como Waldron sublinha, do mesmo modo que há desacordo na sociedade, haveria divergência nas Cortes. E, registra, *do mesmo modo que a tirania pode vir a ser praticada pelo Legislativo, também poderá vir a ser realizada pelo Judiciário*.

Cabe registrar que os expoentes do constitucionalismo popular buscam *evitar o relativismo em matéria de direitos*, e tanto em Tushnet quanto em Waldron, há menção a pressupostos essenciais ao funcionamento de suas teorias. O primeiro alude a: 1) o regular exercício de voto; 2) a possibilidade de crítica ao governo; 3) a existência de um espaço em separado para o desenvolvimento de visões independentes das do *status quo*; e 4) a capacidade de lidar com crises reais. Já o segundo mencionará: 1) o correto funcionamento das instituições democráticas; 2) o adequado funcionamento das instituições judiciais; 3) o compromisso com direitos individuais, e de minorias; e 4) o real, e de boa-fé, desacordo sobre direitos, entre os membros da sociedade.

ii. O constitucionalismo popular em sentido fraco

A menção a tais pressupostos, contudo, já indicará a outra chave possível para compreensão do campo: enquanto Tushnet propõe a *abolição* da revisão judicial das leis, Waldron *exigirá* sua existência (desde que não detenha a palavra final)¹⁶³, e Kramer

¹⁶³ E que se resuma à revisão de atos do Executivo, além da garantia do Estado de Direito. O que se lhe nega é a consideração sobre a legislação produzida pelo Congresso: “I assume that the society we are considering has courts—that is, a well established and politically independent judiciary, again in reasonably good working order, set up to hear lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law. I assume that these

simplesmente *admitirá* a convivência do constitucionalismo popular com a interpretação judicial. A *ofensiva ao judicial review*, portanto, se dará de modo mais ou menos radical, conforme a perspectiva adotada.

Por outro lado, apesar de Tushnet ser mais extremista que Kramer, em seu ataque à revisão judicial (o primeiro exige sua extinção, enquanto que o segundo, apenas, a de sua supremacia), a *maneira de refletir a história* no primeiro será mais mediada que no segundo. Quero dizer, Tushnet considera (diferentemente de Kramer) a hipótese de as Cortes virem a ser colonizadas pela interpretação política, algo que aparentemente é impossível no arranjo de Kramer. Como salientado anteriormente, apesar de Kramer defender que não propõe teoria alguma, é possível extrair uma clara proposição teórica de sua visão histórica, que diz respeito à contraposição entre Povo e Cortes, que se sucedem continuamente no poder da palavra final (a ascensão de um implica a decadência do outro).

Já no que diz respeito à *delimitação do conteúdo* a ser interpretado fora das Cortes, também é possível constatar divergências. Dos três, Tushnet é quem busca desenhar os valores e os princípios envolvidos na guinada popular da interpretação constitucional, defendendo inclusive a ideia de que a Constituição fina seja um bom projeto, *desde um ponto de vista moral*. Se selecionada essa afirmação, isoladamente, não haverá nada mais contrastante ao arranjo formulado por Waldron, que se recusa a debater quaisquer aspectos relacionados a valores, ou a princípios. Se forem comparadas as razões adotadas, ainda, as de Waldron serão *procedimentais*, enquanto que, as de Tushnet, predominantemente *substantivas*.

No entanto, em Tushnet, as razões não são apenas substantivas, mas também procedimentais. Assim sendo, a Constituição fina representa tanto valores quanto processo (valor através dos princípios nela contidos, e processo porque se realiza através da democracia, sob o *princípio majoritário*). A força concedida a esse princípio, contudo, também é objeto de variação ao longo dos argumentos.

No que se refere a Kramer, mesmo que não exista uma teoria formulada para fins de explicação do que seja o fenômeno do constitucionalismo popular, é possível, ao menos, compreendê-lo enquanto fenômeno histórico – e teórico, se considerada a compreensão oferecida sobre o pensamento de Madison. Diante disso (da teoria de democracia

institutions are already authorized to engage in judicial review of executive actions, testing it against statutory and constitutional law” WALDRON, 2006, p. 1363.

deliberativa presente no pensamento do pai fundador, nos termos da revisão crítica de Kramer), a decisão constitucional-popular não seria unicamente majoritária, mas passaria pelo filtro da *opinião pública*, caráter essencial ao governo republicano. Em Tushnet, verifica-se a menção ao princípio majoritário, no entanto há também o limite dos “princípios estabelecidos ao longo dos séculos” (Constituição fina).

Assim sendo, cada um teria uma maneira singular de lidar com o suscitado princípio (majoritário), existindo tanto em Kramer quanto em Tushnet limites, ou reservas, à sua livre aplicação. Já em Waldron, diferentemente, considerada a forte absorção do desacordo enquanto *circunstância elementar da política*, o princípio majoritário será alçado a uma categoria especial, como único parâmetro capaz de conceder o mesmo peso, ou voz, aos participantes da decisão.

Por outro lado, se analisadas as leituras históricas de Kramer e de Tushnet (e aqui não considero Waldron uma vez que o mesmo se recusa a entrar nessa seara), sobre a *excepcionalidade do constitucionalismo popular*, será possível identificar ainda outro contraste: a narrativa apresentada por Kramer tem seu término por volta do ano de 1840, sendo a decadência do fenômeno associada à progressiva partidarização da política, e à especialização do saber jurídico. No entanto, Tushnet não fará esse tipo de limitação, recebendo exemplos posteriores (notadamente, o de Lincoln) em sua teoria constitucional-popular, debatendo ainda com Ackerman, abertamente, a reserva do vigor do fenômeno a momentos singulares da história.

Esse ponto, do *reconhecimento da vitalidade do constitucionalismo popular* acabará nos levando ao último aspecto desse subitem, que diz respeito a *que pressupostos serão essenciais à sua realização*. Diferentemente de Kramer, tanto Tushnet quanto Waldron elaboram um desenho que exige a participação da representação política na definição do sentido constitucional. Neles, aparece a figura do Congresso como elemento central do chamado constitucionalismo político, e como espaço privilegiado para a deliberação (através da formação do discurso e também das alianças) e tomada da decisão final. No entanto, em Kramer, o fenômeno não apenas estará associado a formas de manifestação popular mais diretas (júri, mobilizações, votações) como sua perda de vigor estará associada, como mencionado, à partidarização da política.

iii. *Questões a serem refletidas*

De tais aproximações e distanciamentos (leitura linear ou vetorial dos argumentos abordados), decorrem ainda algumas questões, cujas respostas não considere possível elaborar a partir da realização do trabalho. Consistem, basicamente, em perguntas derivadas da própria leitura dos autores, mas também de argumentos críticos – externos –, que lhes são dirigidos por professores que participam do debate. Assim sendo, passo agora a apresentá-los para, depois, retomar os motivos que a despeito de tais problemas penso justificarem a pesquisa desenvolvida.

Primeiramente, no que se refere ao constitucionalismo popular enquanto campo, há uma dura crítica dirigida por George Thomas ¹⁶⁴ ao que ele denomina guinada preservacionista (*preservationist turn*), que consistiria em uma reação ao conservadorismo da Suprema Corte a partir da segunda metade da década de 1990, contrária à agenda progressista de alguns expoentes. Quanto a isso, haveria uma espécie de, no seu ponto de vista, oportunismo: “In this, Kramer seems to accept judicial supremacy of the Warren Court variety, as it protects rights, but rejects judicial review of “the whole constitution”, which includes governmental limits” (THOMAS, 2008, p. 88).

Trata-se de uma crítica bastante forte, que eliminaria qualquer possibilidade de influência do campo no debate sobre a revisão judicial. No entanto, por mais que Kramer, ao analisar o constitucionalismo popular, reforce que seu nascimento nada tem a ver com o conteúdo da interpretação desenvolvida pelas Cortes, mas simplesmente com sua existência, não há qualquer resposta mais firme oferecida por seus expoentes. Além disso, mesmo que Waldron não adentre nos aspectos substantivos da decisão, tanto Tushnet quanto Kramer o fazem (seja desde um ponto de vista teórico ou desde um ponto de vista histórico), razão pela qual, penso, a questão parece desafiar o campo.

Em segundo plano, destaco o comentário de Robert Post e Reva Siegel (2004, pp. 1029 e 1034), que põe em xeque a dicotomia adotada por Kramer para compreender a contraposição entre a interpretação realizada dentro e a realizada fora das cortes:

In contrast to Kramer, we do not understand judicial supremacy and popular constitutionalism to be mutually exclusive systems of constitutional ordering (...) Although we agree with Kramer that there can be deep tension between judicial supremacy and popular constitutionalism,

¹⁶⁴ THOMAS, George. Popular constitutionalism: The new living constitutionalism. **Studies in law, politics, and society**, v. 44, pp. 73 -105; 2008.

there are also vital interdependencies between judicial supremacy and popular constitutionalism that Kramer fails to appreciate.

(...) The question poses something of a dilemma for Kramer. If he affirms that the Court's decision is not final, and that the President is therefore not obliged to enforce it, he has effectively undermined the institution of judicially enforceable constitutional rights. But if Kramer believes that the Court's judgment must be obeyed, he has acknowledged that the Court's interpretation of the Constitution should remain final and definitive with respect to the parties in a case. As Kramer has framed the problem, he has sustained judicial supremacy by subordinating the people's understanding of the Constitution to the Court's.

Comparados os outros dois exemplos, inclusive, parece faltar uma melhor elaboração, em Kramer, do que significam as diferenças e as semelhanças entre o constitucionalismo popular e o constitucionalismo das Cortes, conforme seu contexto histórico. Mesmo que haja uma tensão fundamental, que não nasce com o campo, e que atravessa de maneira central os argumentos selecionados, a inexistência de uma análise mais detida sobre as eventuais convergências, de certa forma, enfraquece seu argumento.

Finalmente observo que, devido ao fato de tais autores possuírem pressupostos próprios, além de objetivos distintos (mesmo que a conclusão comum seja essencialmente crítica ao *judicial review*), é difícil extrair uma proposição teórica mais clara do campo. Mesmo que seja possível tomá-los em conjunto, não é simples retirar daí respostas para questões como: “quais os mecanismos para a afirmação do constitucionalismo popular?”; “qual o papel da representação política no arranjo (e quais as eventuais diferenças entre o representante singular, como por exemplo o Presidente, e o plural, como as assembleias)?”; e, ainda, “o fato de uma análise histórica se demonstrar equivocada implicará, necessariamente, no enfraquecimento do argumento crítico à revisão pelo Judiciário?”¹⁶⁵

iv. A relevância do constitucionalismo popular

No entanto, tais questões formuladas ao campo não diminuirão a relevância inicialmente defendida: enquanto o pensamento constitucional dominante buscar as bases de sua autoridade em uma narrativa pouco problematizada, e tida como inequívoca, debates como os suscitados pelo constitucionalismo popular revelarão o seu valor. Diante disso, o

¹⁶⁵ Faço menção a discussões possíveis tanto sobre a leitura da Kramer quanto de Tushnet, tendo em vista que o sentido do pensamento de figuras como Jefferson, Madison, Hamilton, e Lincoln são, à sua maneira, centrais para o desenvolvimento do argumento de ambos.

principal objetivo desse trabalho não consiste em uma defesa das visões apresentadas, mas no reconhecimento de seu mérito enquanto fomentadoras do debate.

É possível que existam razões que justifiquem a palavra final pelos juízes? Há argumentos nesse sentido. Igualmente, há argumentos em defesa da interpretação política da Constituição. Entretanto, é exatamente o fato de ambas as possibilidades existirem que põe em xeque o entendimento tradicional, tendente a naturalizar e a justificar apenas a ascensão do *judicial review*.

A verificação de tais compreensões divergentes – seja sobre os acontecimentos históricos, seja sobre os melhores fundamentos do sistema de tomada de decisões – revela o papel delicado da recepção, que seleciona os aspectos que lhe convém, e ignora, por motivos não declarados, outros possíveis. Isso quer dizer: por alguma razão, foi o Madison federalista (década de oitenta) quem entrou para a história do constitucionalismo através do papel preponderante do temor às maiores facções nos arranjos influenciados pelo federalismo da fundação, e não o da década seguinte, aliado de Jefferson e defensor da descentralização. Do mesmo modo, há uma justificação contramajoritária da jurisdição constitucional assimilada pelos intérpretes apesar da existência de pesquisas que demonstram a fragilidade das cortes em períodos de assédio faccioso. Exemplifico ainda a ideia de melhor intérprete que, para sua afirmação, muitas vezes desconsidera a qualidade da interpretação constitucional realizada fora das cortes, como se apenas uma fosse possível, ou apenas uma fosse essencialmente justa e íntegra.

A epígrafe dessa dissertação, ao aludir a Heródoto, na verdade busca lembrar que o debate sobre as formas de governo não nasce na contemporaneidade, mas muito antes. Já no século V a.C. há registro da discussão sobre a orientação dos governos sob paradigmas que, surpreendentemente, guardam semelhanças com os atuais. Ao observarmos tais tradições, que se desenvolvem a partir de dicotomias como *o governo de muitos versus o governo de poucos; o arbítrio do soberano versus a racionalidade da lei; caos versus ordem; Exceção versus Estado de Direito, controles legais versus controles políticos*¹⁶⁶, verifica-se que a teoria constitucional irá receber tais polarizações e, à sua maneira, adotar arranjos que, como se percebe, não serão capazes de encerrá-las.

¹⁶⁶ Para um estudo aprofundado sobre a construção do constitucionalismo moderno a partir de divisões como as mencionadas e, ainda, uma formulação crítica sobre a recepção do sistema dos *checks and balances*: MCILWAIN, Charles H. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

Por outro lado, em último plano, no que se refere à atualidade do debate em solo brasileiro, é possível destacar três interfaces específicas que possuem direta relação com as problemáticas abordadas. Concretamente: (1) o discurso (autocompreensão) da jurisdição constitucional, (2) o conhecimento disseminado nas faculdades de Direito e (3) a compreensão da opinião pública sobre o que seja interpretação constitucional.

Em relação ao (1) discurso da jurisdição constitucional (autocompreensão), é possível observar um vocabulário que adota, livremente, expressões como *tiranias das maiorias*, *legitimidade contramajoritária* e *necessidade de defesa de minorias*. Tal posicionamento acaba por justificar a autoridade exercida pelos juízes (desembargadores e ministros) na guarda da Constituição, porém deixa de considerar problemáticas como as abordadas nesse trabalho, que desafiam tais pressupostos.

Já no que se refere ao (2) conhecimento disseminado nas escolas de Direito, cabe registrar que, sendo o modelo brasileiro “híbrido” (conjugando as denominadas matrizes europeia e norte-americana), há uma larga abordagem sobre as raízes que teriam justificado a adoção do federalismo em matéria constitucional (especialmente em relação sistema dos *checks and balances*). No entanto, tal recepção também se dá, usualmente, em bases pouco problematizadas, tendente a simplificar ou a naturalizar a perspectiva tradicional.

Finalmente, no que se refere à compreensão da ação política (3), é possível verificar uma carência de conceitos para lidar com eventuais manifestações populares que, também, representem uma interpretação sobre direitos. Faço menção aos protestos ocorridos no último ano (2013), que foram noticiados como difusos e sem uma razão clara. No entanto, além da agenda inicial da mobilidade urbana, após a reação dos governos (com uso de forças policiais, edição de leis especiais e expedição de mandados pela justiça, todos buscando mitigar as agregações), as manifestações tiveram seus contingentes alargados. Isso quer dizer, de certa forma, demonstraram entender que a interpretação oficial – que negava o direito de ocupação das ruas – não coincidia com a desses cidadãos, que saíram em defesa da livre manifestação de pensamento, e do direito de crítica aos governos.

Diante disso, penso que a ideia de ação política enquanto interpretação constitucional pode abrir uma produtiva chave de análise. O constitucionalismo popular, portanto, além de aportar ao debate sobre a revisão judicial, contrapondo-se à visão estabelecida sobre sua afirmação, ofereceria ainda um vocabulário próprio, capaz de alterar a compreensão sobre o sentido dos fenômenos políticos, e da participação popular na definição do conteúdo constitucional.

BIBLIOGRAFIA

ADLER, Matthew D. Popular constitutionalism and the rule of recognition: whose practices ground U.S. law? **Northwestern University Law Review**, v. 100, pp. 719-805; 2006.

BANNING, Lance. "Self-Created Societies". In: **Liberty and order: the first American party struggle**. Indianapolis: Liberty Fund, 2004. Disponível em <<http://oll.libertyfund.org/title/875/63931>> Acesso em 31 ago. 2013.

BARNETT, Randy E. An Originalism For Nonoriginalists. **Loyola Law Review**, v. 45, n. 4, winter 1999, pp. 611-654

_____. Scalia's infidelity: a critique of "faint-hearted" originalism. **University of Cincinnati Law Review**, v. 75, pp. 7-24 ; 2006-2007.

BOBBIO, Norberto; **Teoria das formas de governo**. Brasília: UNB, 1981.

_____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Coordenação da tradução: João Ferreira. 11ª edição, v. 1. Brasília: UNB, 1998; p. 328.

CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. **University of Illinois Law Review**, n. 3, pp. 673-690; 2004.

DAHL, Robert. A. **How Democratic is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2001.

DONNELLY, Tom. Popular constitutionalism, civic education and the stories we tell our children. **The Yale Law Journal**, v. 118, pp. 951-1001, 2009.

_____. Making popular constitutionalism work. **Harvard Law School: Public Law & Legal Theory Working Paper Series**. Paper nº 11-29, Out. 2011.

ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound: Studies in rationality, precommitment, and constraints**. New York: Cambridge University Press, 2000.

EPSTEIN, David F. **The Political Theory of The Federalist**. Chicago: Chicago University, 1984.

FARBER, Daniel A. The originalism debate: a guide for the perplexed. **Ohio State Law Journal**, v. 49, pp. 1085-1106; 1988-1989.

FITZPATRICK, Brian T. Originalism and Natural Law. **Fordham Law Review**, v. 79, pp. 1541-1544, 2010-2011.

FORBATH, William E., Popular constitutionalism in the twentieth century: Reflections on the Dark Side, the Progressive Constitutional Imagination, and the Enduring Role of Judicial Finality in Popular Understandings of Popular Self-Rule. **Chicago-Kent Law Review**, v. 81, pp. 967-990; 2006.

FRIEDMAN, Barry. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. **New York University Law Review**, v. 73, pp. 333-433; 1998.

_____. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 148, pp. 971-1064; 2000a.

_____. Everyone's Doing Congressional Historiography, Where Are the Historians? **Social Science History**, v. 24, pp. 333-348; 2000b.

_____. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of *Lochner*, **New York University Law Review**, v. 76, pp. 1383-1455; 2001a.

_____. The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship, **Northwestern University Law Review**, v. 95, p. 933; 2001b.

_____. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction's Political Court. **The Georgetown Law Journal**, v. 91, pp. 1-65; 2002a.

_____. The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. **Yale Law Journal**, v. 112, pp. 153-259; 2002b.

_____. Mediated Popular Constitutionalism. **Michigan Law Review**, v. 101, pp. 2595-2632; 2003

GARGARELLA, Roberto. Em Nome da Constituição. O Legado Federalista Dois Séculos Depois. In: **Filosofia política moderna**. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo, 2006a.

_____. El Nacimiento Del "Constitucionalismo Popular". **Revista de Libros de la fundación Caja Madrid**. 112. Abr. 2006b. Disponível em: <http://www.revistadelibros.com/articulo_completo.php?art=2799>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

GERBER, Scott D. The Court, the Constitution, and the History of Ideas. **Vanderbilt Law Review**, v. 61, n. 4, maio de 2008.

GRABER, Mark A., The law professor as populist. **University of Richmond Law Review**, v. 34, pp. 373-413; 2000-2001.

_____. Popular constitutionalism, judicial supremacy, and the complete Lincoln-Douglas debates. **Chicago-Kent Law Review**, v. 81, pp. 923-951; 2006.

GRIFFIN, Stephen M. Constitutionalism in the United States: from theory to politics. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 10, pp. 200-220; 1990.

_____. Bringing the state into constitutional theory: public authority and the constitution. **Law and social inquiry**, v. 16, pp. 659-710; 1991.

_____. How to analyze the american state. **Law and social inquiry**, v. 16, pp. 731-735; 1991.

_____. Pluralism in constitutional interpretation. **Texas Law Review**, v. 72, pp. 1753-1769; 1993-1994.

_____. The problem of constitutional change. **Tulane Law Review**, v. 70, pp. 2121-2168; 1995-1996.

_____. **American constitutionalism: from theory to politics**. New Jersey: Princeton University Press, 1996.

_____. Constitutional theory transformed. **The Yale Law Journal**, v. 108, pp. 2115-2163; 1998-1999.

_____. Rebooting originalism. **University of Illinois Law Review**, n. 4, pp. 1185-1223; 2008.

HABERMAS, Jürgen. A soberania do povo como processo. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade** v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Pp. 277-292. Vide itens II.1 e II.2

_____. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política**. Tradução de Paulo Astor Soethe. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios. **Era das transições**. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 153-173.

_____. Justiça e legislação: sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade** v. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Pp. 297-354.

_____. Habermas, Jürgen. The constitutionalization of international law and the legitimization problems for world society. **Constellations**. v. 15, p. 444-455, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist With Letters of “Brutus”**. New York: Cambridge University Press, 2004.

_____. **American State Papers – The Federalist**. Chicago: William Benton, 1952.

HORWITZ, Morton J. A Historiography of the People Themselves and Popular Constitutionalism. **Chicago-Kent Law Review**, v. 81, pp. 813-824; 2006

KRAMER, Larry D. What's a Constitution for Anyway? Of History and Theory, Bruce Ackerman and The New Deal. **Case Western Reserve Law Review**, v. 46, pp. 885-934; 1995-1996.

_____. Madison's Audience. **Harvard Law Review**, v. 112, pp. 611-679; 1999.

_____. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**, New York, NY: Oxford University Press, 2004a.

_____. Popular constitutionalism, circa 2004. **California Law Review**, v. 92, pp. 959-1011; 2004b.

_____. Generating constitutional meaning. **California Law Review**, v. 94, pp. 1439-1453; 2006a.

_____. The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy. **Valparaiso University Law Review**, v. 41, n. 2, pp. 697-754; 2006b.

_____. Putting the politics back into the political safeguards of federalism. **Columbia Law Review**, v. 100, pp. 215-293, 2000.

_____. Fidelity to history – and through it. **Fordham Law Review**, v. 65, pp. 1627-1655; 1996.

LIPKIN, Robert J. Is American Progressive Constitutionalism Dead? **Widener Law Symposium Journal**, v. 4, pp. iv-viii, spring 1999.

MANDEL, Michael. Against Constitutional Law (Populist or Otherwise). **University Of Richmond Law Review**, v. 34, pp. 443-459, 2000-2001.

MCILWAIN, Charles H. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular constitutionalism, departamentalism, and judicial supremacy. **California Law Review**, v. 92, pp. 1027-1044; 2004.

_____. *Roe* Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, pp. 373-434, 2007.

REED, Douglas S. Popular constitutionalism: toward a theory of state constitutional meanings. **Rutgers Law Journal**, v. 30, pp. 871-932; 1998-1999.

ROSS, Richard J. Pre-Revolutionary Popular Constitutionalism and Larry Kramer's *The People Themselves*. **Chicago-Kent Law Review**, v. 81, pp. 905-910; 2006.

SCALIA, Antonin. Originalism: the lesser evil. **Cincinnati Law Review**, v. 57, pp. 849-865; 1988-1989.

SPINDELMAN, Marc. Progressive Constitutionalism Considered. Symposium: Reflections on Progressive Constitutionalism: Theory, Practice and Critique. **Ohio State Law Journal**, v. 72, n. 6, pp. 1069-1070; 2011.

SIEGEL, Reva B. Dead or alive: originalism as popular constitutionalism in Heller. **Harvard Law Review**, v. 122, pp. 191-245; 2008-2009.

STRANG, Lee J. Originalism as Popular Constitutionalism: Theoretical Possibilities and Practical Differences. **Notre Dame Law Review**, v. 87, n. 1, pp. 253-292; 2011.

THOMAS, George. Popular constitutionalism: The new living constitutionalism. **Studies in law, politics, and society**, v. 44, pp. 73 -105; 2008.

TUSHNET, Mark. Justice Brennan, equality and majority rule. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 139, pp. 1350-1372; 1990-1991.

_____. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999a

_____. What Is Constitutional About Progressive Constitutionalism? **Widener Law Symposium Journal**, v. 4, spring, pp. 19-40; 1999b.

_____. Democracy Versus Judicial Review – Is It Time to Amend the Constitution? **Dissent**, v. 52, n. 2, spring, pp. 59-63; 2005

_____. Popular constitutionalism as political law. **Chicago-Kent Law Review**, v. 81, pp. 991-1006; 2006.

_____. Citizen as lawyer, lawyer as citizen. **William and Marry Law Review**, v. 50, pp. 1379-1394; 2009a.

_____. Heller and the perils of compromise. **Lewis & Clark Law Review**, v. 13, n. 2, pp. 419-432; 2009.

_____. Progressive Constitutionalism: What Is "It"? Symposium: Reflections on Progressive Constitutionalism: Theory, Practice and Critique. **Ohio State Law Journal**, v. 72, n. 6, pp. 1073-1082; 2011a.

_____. Abolishing Judicial Review. **Constitutional Commentary**, v. 27, pp. 581-590; 2011b

WALDRON, Jeremy. The Wisdom of the Multitude: Some Reflections on Book 3, Chapter 11 of Aristotle's Politics. **Political Theory**, v. 23, n. 4, pp. 563-584; Nov. 1995

_____. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University, 1999a

_____. **The Dignity of Legislation**. New York: Cambridge University, 1999b.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, pp. 1346-1406; 2006.

WHITE, Edward G. The arrival of history in constitutional scholarship. **Virginia Law Review**, v. 88, pp. 485-633, 2002.

WOOD, Gordon. A Note on Mobs in the American Revolution. **The William and Mary Quarterly**, v. 23, n. 4, pp. 635-642; out. 1966.

_____. Is there a James Madison problem? In: WOMERSELY, David. **Liberty and American experience in the eighteenth century**. Indianapolis: Liberty Fund, 2006. Disponível em <<http://oll.libertyfund.org/title/1727/81746> on 2011-12-29> Acesso em: 29 dez. 2011.