

---

# O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS UNIDOS NA LIÇÃO DE STEPHEN GRIFFIN

---

*THE JUDICIAL REVIEW:  
STEPHEN GRIFFIN'S LESSONS*

*Daniel Almeida de Oliveira  
Procurador Federal*

**SUMÁRIO:** 1 “The Age of Marbury: Judicial in a Democracy of Rights”; 1.1 A análise histórica do judicial review; 2 Apresentando a Teoria Constitucional e a Teoria Democrática do Judicial Review de Stephen M. Griffin; 2.1 Mutação Constitucional em Griffin: a experiência dos estados e diálogo com Bruce Ackerman; 2.1.1 Mutação Constitucional na Teoria de Ackerman; 2.2 Qual é a Constituição estadunidense?; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo pretende expor a construção histórica e a atual aplicação da doutrina e jurisprudência do *judicial review* (controle judicial de constitucionalidade estadunidense). Pretende também responder a pergunta sobre como a Constituição muda e se é possível sua modificação sem alteração formal de seu texto, utilizando-se, para isso, de dados concretos e históricos. A fonte bibliográfica básica utilizada são os textos de Stephen Griffin, que revelam diversas falsas premissas e equívocos acerca do tema repetidas por autores estadunidenses e, reflexamente, por estudiosos brasileiros.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo. Constituição. Controle de Constitucionalidade. Judicial Review. Griffin. Ackerman.

**ABSTRACT:** This article aims to expose the historical construction and the current application of the judicial review doctrine and jurisprudence (U.S. judicial review). It also seeks to answer the question about how the Constitution changes and whether their modification is possible without text's formal amendment, using for this, concrete and historical data. The basic bibliographic sources used are the texts of Stephen Griffin, revealing a number of false assumptions and misconceptions about the theme repeated by American authors and, reflexively, by Brazilian scholars.

**KEYWORDS:** Constitutionalism. Constitution. Judicial Review. Griffin. Ackerman.

## 1 “THE AGE OF MARBURY: JUDICIAL IN A DEMOCRACY OF RIGHTS”

Griffin inicia seu terceiro ensaio sobre o *judicial review*, “*The Age of Marbury: Judicial in a Democracy of Rights*”, com uma minuciosa análise deste instituto (o controle judicial de constitucionalidade) desde o seu surgimento, no paradigmático caso *Marbury v. Madison*, até os dias de hoje. Destaca que a era de Marbury é a nossa própria era, a era da supremacia judicial incontestável: “The age of Marbury is our own age, the age of unchallenged judicial supremacy” (2005, p. 104). A Suprema Corte americana, hoje, não sentiria mais a necessidade de justificar a si mesma por meio de uma teoria do *judicial review*, conclui.

Consequentemente, a época em que as teorias do *judicial review* dominavam as preocupações dos estudiosos de direito constitucional cedeu lugar, nos últimos quarenta anos, para reflexões a respeito da interpretação constitucional.

Duas questões têm sido o coração das teorias constitucionais por décadas: o que a Constituição significa e quem decide o que ela significa. Griffin concentra seus estudos na segunda, dado o fato de que, como indicaria as recentes decisões da Suprema Corte, os estadunidenses estariam entrando numa era em que direitos criados mediante deliberação democrática estarão sujeitos a disputa judicial. Por este motivo, entende imperioso responder a questão de qual Poder estatal está na melhor posição para defender os direitos fundamentais.

### 1.1 A ANÁLISE HISTÓRICA DO JUDICIAL REVIEW

As justificativas utilizadas na época de *Marbury v. Madison* não são mais aplicáveis hoje em dia. O próprio instituto *judicial review* não é mais o mesmo, necessitando de adaptações para se adequar à realidade de uma *democracia de direitos* – expressão desenvolvida por Griffin. Dito de outro modo: embora o termo *judicial review* seja utilizado tanto para a prática de controle jurisdicional adotada hoje pela Suprema Corte americana quanto para a prática exercida no século XVIII por ela, Griffin destaca que existem diferenças abissais entre as mesmas.

Ao examinar o controle judicial de normas da República Antiga, Griffin afirma ser um equívoco usar o termo *judicial review* para a prática defendida por Alexander Hamilton (*The Federalist* n.º. 78) e pelo Juiz Marshall no caso *Marbury v. Madison*. Primeiro, pela obviedade de que nenhum dos dois juristas citados utilizava a expressão. Segundo, porque a prática que eles defendiam não se encaixa no instituto *judicial review* tal como configurada no século XXI. A compreensão do papel

do *judicial review* que a *founding generation* possuía era absolutamente diferente, além de não ser mais aceita.

As circunstâncias históricas acabaram por solapar a importância que a fundamentação de *Marbury v. Madison* para o controle judicial de legalidade possui nos dias de hoje.

O *judicial review* atualmente compreende quatro elementos centrais: o poder de invalidação (*the voiding power*), a independência judicial, a vitaliciedade dos Juízes (*life tenure*) e a supremacia judicial. Desses quatro, apenas dois estão presentes na Constituição americana (independência judicial e vitaliciedade), enquanto que os demais foram introduzidos através do tempo.

Griffin, por este motivo, traça uma distinção entre os elementos: *i*) que existiam na República Antiga e que permanecem até os dias de hoje; *ii*) aqueles que existiram na República Antiga e não mais existem e, por fim; *iii*) aqueles que foram criados posteriormente.

No grupo “*i*”, Griffin coloca a independência judicial, o poder de invalidação e a vitaliciedade dos Juízes, destacando que, diferente do que se possa imaginar, o *poder de anulação (the voiding power)* dos atos inconstitucionais não é equivalente ao poder do *judicial review* atual. A idéia de poder de anulação, tal como desenvolvida por Hamilton, incluía certos limites ao seu exercício que hoje não são mais aplicados e observados pelo Judiciário. Estes limites compõem exatamente o segundo grupo dos elementos citados, aqueles que existiam na República Antiga mas se perderam no tempo.

São dois os elementos que não existem mais – grupo “*ii*”: *a regra do caso duvidoso* e uma compreensão muito diferente da *relação entre direito e política* do que a que há hoje.

A *regra do caso duvidoso* estava presente tanto no texto de Hamilton em “*The Federalist*” quanto na fundamentação de Marshall em *Marbury v. Madison*. Ela estabelece que o judiciário só deve anular os atos legislativos quando eles forem manifestamente contrários à Constituição. Ou seja, em caso de dúvida, prevalece o ato democraticamente aprovado. Não obstante esta regra tenha sido observada em diversos julgamentos de casos importantes pela Suprema Corte, contemporaneamente ela não está mais presente. Passou a se ter o entendimento que, caso haja dúvida sobre a constitucionalidade de determinado ato, é exatamente o papel de o Judiciário resolvê-la; caso contrário, atos com acentuado teor de inconstitucionalidade poderiam permanecer válidos, pois não violariam tão explicitamente o texto constitucional.

Quanto ao segundo elemento, que versa sobre *a diferente compreensão da relação entre direito e política*, é possível dizer que o Judiciário

na República Antiga não resolvia casos políticos. Ele só podia julgar, então, casos concretos e controversos. Além disso, os juízes não deveriam realizar atividade legislativa. Hoje em dia se reconhece que em algumas situações os juízes modificam as leis, o que era impensável para a *founding generation*. Para tal geração, os juízes deveriam apenas implementar a vontade do povo, assegurando o cumprimento da Constituição. Por último, a Corte deveria evitar entrar em disputas políticas, o que também não acontece hoje. A Suprema Corte não deixa mais de julgar um caso por ser uma disputa política, ao contrário, hoje ela pode resolver problemas sociais significativos enquanto os outros Poderes estiverem inertes.

Já quanto ao terceiro grupo de elementos, os surgidos mais recentemente e, portanto, não faziam parte da teoria do controle judicial adotada na República Antiga, o principal deles é a *supremacia judicial*, consistente na idéia que a Suprema Corte é a última instância em matéria de interpretação constitucional. Marshall jamais disse que a Corte tinha alguma supremacia em *Marbury v. Madison*. Na verdade, a inovação trazida nesta decisão foi a afirmação de que a Corte teria um direito igual aos demais Poderes (*departments*) nesta tarefa. Ou seja, a afirmação deste elemento é uma construção recente do constitucionalismo americano.

Outro candidato menos óbvio para este grupo é o *controle praticamente absoluto que a Suprema Corte possui na escolha dos casos que ela irá julgar*. Este controle foi adquirido ao longo do século XX, em especial após a aprovação do *Judiciary Act*, em 1925, e contribuiu para a compreensão de que a Suprema Corte possui uma missão especial, que a diferencia das demais Cortes.

Prova disto são as palavras do juiz da Suprema Corte (*justice*) Vinson:

a Suprema Corte não deve se preocupar com a correção ou não das decisões tomadas em instâncias inferiores, e sim em decidir aqueles casos que tenham importância imediata além dos fatos particulares e das partes envolvidas. Ou seja, a Suprema Corte não existiria para dar justiça aos indivíduos, mas sim para decidir matérias importantes de política legal.

Este poder de selecionar casos relevantes na esfera pública não existia na República Antiga. A Suprema Corte era a última instância ordinária do Judiciário americano, servia como unificadora da jurisprudência nacional, revendo os julgados das cortes estaduais e federais, sem qualquer atribuição política.

Com tantas diferenças no instituto ao longo do tempo, a conclusão a que chega Griffin é a de que o *judicial review* contemporâneo não é mais a instituição que Marshall ajudou a consolidar em *Marbury v. Madison*. A

Suprema Corte atual é mais uma construção das circunstâncias do século XX do que uma descendente direta da Corte de Marshall. Há relativamente pouco tempo, seus juízes atentaram para o fato de que desempenham um papel numa instituição judicial que elabora políticas públicas. E isto tudo foi feito sem que tivesse sido proposta qualquer emenda constitucional – *v.g.*, para extirpar a *regra do caso duvidoso* ou para atribuir à Corte uma determinada participação na realização de políticas públicas.

As teorias sobre o *judicial review* preocupam-se com a legitimidade e a competência institucional da Suprema Corte para exercer o controle judicial de constitucionalidade de atos políticos. Elas geralmente focam-se em decisões que tenham conseqüências políticas significativas e situam o Tribunal e estas decisões dentro do contexto do governo democrático. Portanto, inevitavelmente as teorias do *judicial review* envolvem comparação entre a habilidade de o Judiciário tomar decisões e a habilidade dos outras instâncias do governo de fazê-lo – nos EUA, o Judiciário é admitido pacificamente como parte do governo.

Uma das ênfases da teoria de Griffin é mostrar que a necessidade de tais teorias não surge exclusivamente da “dificuldade contramajoritária”. Isto porque o contemporâneo poder do *judicial review* consiste não apenas num *voiding power* (poder de anular atos ilegais em sentido lato), como defendido por Hamilton e Marshall, mas consiste também num *judicial review* considerado como um *instituto*, já integrado no quadro institucional norte-americano e possuindo diversos poderes adquiridos ao longo do tempo. Em virtude da politização das decisões da Suprema Corte, possibilitada pelos poderes que foram integrando o *judicial review* bem como resultado da politização na indicação de seus membros, não haveria mais qualquer vantagem do Judiciário para exercer a defesa de direitos constitucionais, não havendo mais como justificar um controle judicial de constitucionalidade exercido de modo final pelo Judiciário. Esta é outra conclusão fundamental a que chega a teoria do *judicial review* de Griffin. Em suas palavras:

To use the term “judicial review” to describe both present practice and practice in the early republic ignores the crucial issue of what *conditions* were attached to the exercise of judicial review in the early republic. (GRIFFIN, 2005, p. 109).

[...]

[...] the point I wish to emphasize here is that the need for such theories does not arise exclusively from the countermajoritarian

difficulty. The “difficulty” with judicial review flows not only from a perceived conflict between majority rule and individual rights, but also from doubts about whether Marshall’s common law judicial method, understood in the light of legal realism, is adequate to the challenge posed by abstract constitutional provisions such as the Due Process and Equal Protection clauses of the Fourteenth Amendment. If such clauses cannot be interpreted in a satisfactory legalistic way, then judicial reasoning, no matter how well it is elaborated, will be little different from the policy reasoning used by the political branches. This places in jeopardy the supposed comparative advantage the judiciary has over the political branches in matters of rights. As I will try to show, the politicization of constitutional issues and the creation of a democracy of rights have substantially undermined, if not eliminated, any comparative advantage the judiciary had in the past. (GRIFFIN, 2005, p. 117) (Grifo nosso).

Outro ponto fundamental da teoria do *judicial review* de Griffin é a conclusão de que não é possível fazer uma teoria constitucional, e, portanto, também do *judicial review*, universal e ahistórica. Isto porque, para Griffin, uma teoria constitucional que se preze deve lançar mão da análise histórica e política do momento em que ela será aplicada. Ou seja, somente é possível elaborar uma teoria constitucional para valer durante um determinado período, enquanto estiver vigente o quadro institucional e político que lhe serviu de base, sob pena dela se tornar ou ser equivocada. Por isso Griffin afirma que sua teoria deverá valer por 20 ou 30 anos. Por isso, também, que ele critica a aplicação atual de teorias que ele mesmo reconhece como tendo sido muito bem elaboradas, como a de BICKEL e a de DAHL. Ele afirmar que estas teorias também foram válidas durante um determinado panorama encontrado nos EUA.

Assim, para compreender a teoria do *judicial review* proposta por Griffin, é preciso lembrar de antemão que ela é uma teoria elaborada em consonância com a conjuntura histórica e política tida nos EUA hoje, sendo adequada unicamente no que ele chama de *democracia de direitos*. É dentro deste contexto, de uma democracia em que o Judiciário não tem mais uma vantagem em relação aos demais Poderes para defender direitos, em que não haveria mais qualquer sentido em se tentar justificar uma suprema Judicial em relação aos demais Poderes na afirmação de direitos – supremacia tão propalada nas últimas décadas, quando este poder adotou a posição de “defensor das minorias”, posição que veio se invertendo nos últimos anos –, em que as reivindicações são baseadas

em direitos e limitadas por eles, em que todos os ramos do governo têm igual interesse e legitimidade para promover tais direitos.

## 2 APRESENTANDO A TEORIA DEMOCRÁTICA DO JUDICIAL REVIEW DE STEPHEN M. GRIFFIN

Griffin começa a expor sua teoria do *judicial review* analisando criticamente o pensamento de Alexander Bickel condensado em “*The Least Dangerous Branch*”, livro no qual é formulada a tese da *dificuldade contramajoritária*, responsável pela orientação do pensamento que irá dominar a teoria constitucional estadunidense por décadas.

Griffin afirma que é compreensível o fato de o Judiciário ali ser identificado como o ramo do governo menos poderoso. Porque a data da edição da obra coincide com uma composição extremamente conservadora da Suprema Corte, a qual, à época, 1958, era composta por uma combinação de segregacionistas do Sul com reacionários anticomunistas que, evidentemente, não tinham a menor pretensão de avançar na defesa dos direitos.

BICKEL, não obstante criticar Marshall por sua decisão em *Marbury*, não defendia a extinção do *judicial review*. Propunha, em vez disso, uma discussão sobre a função da Suprema Corte na Democracia norteamericana, atribuindo papel relevante à Corte na conservação dos valores mais importantes da sociedade. A Suprema Corte teria, para Bickel, um papel fundamental na articulação de uma visão moral à qual todos devem aspirar; teria uma situação única para desenvolver um corpo de princípios constitucionais coerentes e para a conservação de valores fundamentais. Griffin faz um resumo do pensamento de BICKEL sobre o Judiciário:

The picture Bickel drew was one of simultaneous isolation and engagement. Judges were isolated enough to pursue “the ways of the scholar” in sorting through society’s fundamental values. But they were also engaged by particular facts, “the flesh and blood of an actual case”. Finally, compared to the political branches, the judiciary was better able to educate the public as to their constitutional responsibilities, those principles to which we all hold allegiance, but may be forgotten “in the moment’s hue and cry.” (GRIFFIN, 2005, p. 122).

Griffin critica a aplicação de Bickel no cenário atual, afirmando que coerência e conservação são improváveis quando os desacordos e disputas políticas são transferidos para o Judiciário. A Suprema Corte, hoje, em razão da sua politização e da politização das questões levadas

ao Tribunal, foi enredada para a mesma política de direitos contenciosa que há nos Poderes eleitos. A concepção da Suprema Corte de BICKEL dependia de uma prática de consenso de valores que não existe mais.

Griffin acrescenta, aos argumentos de BICKEL, a doutrina de Robert Dahl.

Para DAHL, a Suprema Corte, com raras exceções, constitui uma parte da aliança nacional dominante no campo da política. O órgão máximo do Judiciário, portanto, teria pouca força para mudar os rumos da política nacional, já que ele mesmo está inserido na aliança que determina que política será esta:

justices were selectioned inevitably from the nation's political elite, the people most likely to be familiar with such verities. [...] the Court could not consistently 'counter' the majority if the justices were part of the majority.

O que Griffin julga mais importante extrair de ambos os autores, independente de suas posições, é o fato de tais teorias serem produtos de uma determinada conjuntura histórico-política-social, além do fato de que ambos são teóricos do consenso – “*theorists of consensus in distinctive but related ways*”. BICKEL afirmou que o Judiciário não possui legitimidade para a prerrogativa ampla do *judicial review* em virtude do impacto da batalha entre o *New Deal* e a Suprema Corte, que se recusava a aplicar a legislação social defendida pelo governo. Do mesmo modo, DAHL afirma que a Suprema Corte integra a própria aliança nacional dominante, dentro de uma conjuntura na qual o mesmo partido geralmente controlava as duas casas do Congresso, além da presidência. Ele não considera, em sua teoria, o que aconteceria em um longo período de governo dividido entre os partidos – justamente o que acabou por se tornar comum nos últimos anos. Sua teoria, assim, teria dificuldades para enfrentar a tarefa da Corte de navegar entre partidos tão antagônicos. Ou seja, fora de suas conjunturas momentâneas, as teorias de DAHL e BICKEL não têm validade.

Assim, adotando a metodologia que defende, Griffin também não pretende formular uma teoria que seja ahistórica. Pelo contrário, como já dito, ele entende fundamental assentar e assenta as bases sobre as quais desenvolve seu pensamento – “*such theory cannot be advanced without establishing the historical and political context*”. Duas realidades políticas e institucionais são destacadas por ele: a permanência de um governo dividido ao longo das últimas três décadas e a politização das matérias constitucionais e do processo de indicação dos juizes federais. Comprova a primeira assertiva com o fato de que desde o governo

Nixon, de 1969, o partido do presidente somente manteve o controle do Congresso por 8 (oito) anos e meio, até 2004.

Esta divisão privou o governo do consenso político presumido por teorias modernas do *judicial review*, como as apresentadas por DAHL e BICKEL. Durante o período de governo dividido não é possível existir uma “aliança nacional dominante”, nem, muito menos, uma maioria legislativa duradoura. Consequentemente, o risco da Corte Suprema tomar decisões que sejam efetivamente contramajoritárias aumenta significativamente, com o fator agravante de não serem elas passíveis de controle por parte dos Poderes eleitos – haja vista a dificuldade de se fazer uma emenda à Constituição dos EUA: aprovação do projeto de emenda por quorum qualificado do Congresso Nacional e depois aprovação por 3/4 (três quartos) dos estados norte-americanos, também por quorum qualificado.<sup>1</sup>

O governo dividido nos EUA, também, não fez amenizar o fenômeno da politização, pelo contrário. Temas outrora não relevantes para a política americana, como aborto, religião e ação afirmativa – “*believe it or not*” –, passaram a fazer parte da agenda de reivindicações da sociedade e os políticos não demoraram a se adaptar à nova realidade. A indicação para juízes da Suprema Corte, deste modo, que também despertavam pouca atenção dos políticos, passaram a ter grande interesse dos mesmos. O Senado passou a entender o Judiciário federal como uma instituição poderosa, capaz de nortear a agenda política nacional.

Como já dito acima, esta politização do processo de indicação para juízes da Suprema Corte é apenas uma das faces de uma politização mais geral de matérias constitucionais, como, por exemplo, das questões que são submetidas à Suprema Corte. A partir daí, a Suprema Corte passa a ter um relevante papel político nos EUA.

Passando a administração presidencial a controlar a composição da Suprema Corte, analisando previamente as posições políticas de cada um dos possíveis indicados – como feito meticulosamente por Reagan –, neste momento, a Corte perde seu potencial de defesa dos direitos de minoria e se torna apenas mais um porta-voz dos governantes. Porque, como já dito e afirma Griffin, “once majorities realized that certain

---

1 Constituição dos EUA, Artigo V. “Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado.”

Court decisions were contrary to their interests, they resolved to put their own representatives on the Court”.

De novo: a principal consequência da politização de questões constitucionais e do processo de indicação dos juízes federais sobre o *judicial review* é a de solapar com a propalada vantagem comparativa do Judiciário sobre os demais poderes. Na opinião de Griffin, a Suprema Corte não poderá ser representativa politicamente sem uma mudança institucional no procedimento de indicação dos juízes, para a qual seria necessária uma quase impossível aprovação de uma emenda constitucional. De todo modo, ainda que isso fosse feito, a utilidade da teoria do *judicial review* de Griffin se manteria, haja vista que aí, indubitavelmente, a Suprema Corte não teria qualquer vantagem na defesa de direitos em relação aos demais Poderes, mantendo-se a chamada *democracia de direitos*.

Griffin salienta que dentro de uma *democracia de direitos* é necessário devolver à arena eleitoral a decisão sobre questões constitucionais controversas e reconhecer que o Judiciário poderia ser apenas mais um dos poderes estatais a atuar no sentido de assegurar direitos aos indivíduos.

Finalmente, cabe mencionar a ressalva feita por Griffin. Diz que a noção de *democracia de direitos* não deve ser vista como opositora do *judicial review*. A teoria de Griffin não é pela extinção do *judicial review*. Afirma que, sendo os *direitos* bens políticos valiosos, é positivo que exista uma instância governamental que os assegure em momento nos quais os demais ramos do Poder os percam de vista.

## 2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM GRIFFIN: A EXPERIÊNCIA DOS ESTADOS E DIÁLOGO COM BRUCE ACKERMAN.

Os EUA não são governados apenas por uma Constituição, mas por cinquenta e uma – uma federal e as outras estaduais. Deste modo, para Griffin, nenhuma investigação sobre o constitucionalismo americano ou teoria de mudança constitucional seria completa sem a análise da experiência dos estados. A experiência estadual na mudança de suas constituições seria importante para iluminar o processo de mudança constitucional federal por demonstrar o impacto constitucional das mudanças nas responsabilidades do governo.

Contrastando com a cautela de MADISON com relação a ajustes constitucionais, os americanos mudaram continuamente suas Constituições estaduais desde a primeira onda pós-revolucionária de edição de constituição ter atingido os estados, no início do séc. XIX. No nível estadual, diz Griffin citando vários autores como base, as

mudanças ocorrem com muito maior freqüência por meio de emendas constitucionais, algumas vezes a constituição inteira era revisada em uma Assembléia Constituinte (*constitutional conventions*), e a constituição se tornava mais longa, prolixa, mais parecida com leis ordinárias. Ou seja, mais parecida com a Constituição brasileira.

Diz que, em 1860, a única constituição estadual dos EUA que datava de 1776 era a Constituição do estado da Carolina do Norte, que mesmo assim tinha sofrido uma revisão substancial em 1835.

Após a Guerra Civil americana (*Civil War*), muitas constituições novas foram escritas, em resposta à mudança social e econômica. Elas continham dispositivos muito mais específicos e extensos e assemelhavam-se muito mais a códigos legais do que os seus homólogos do séc. XVIII.

As mudanças formais da Constituição foram muito mais freqüentes no nível estadual do que no nível federal.

Os números mostrados por Griffin são de fazer inveja ao constituinte reformador do Brasil. Desde 1776, os cinquenta estados tiveram 146 constituições e trinta e um dos cinquenta estados tiveram pelo menos duas constituições. Ao longo dos anos, mais de 5.800 (cinco mil e oitocentas) propostas de emendas às Constituições estaduais foram aceitas, enquanto no nível federal foram propostas 10.000 (dez mil) emendas, tendo pouquíssimas sido aceitas – as conhecidas 27 emendas à Constituição americana.

Os americanos parecem estar submetidos a dois modelos completamente diferentes de mudança constitucional: um federal e outro estadual.

Qual o motivo desta diferença tão radical? Griffin responde.

Em primeiro lugar, emendar as constituições estaduais é fácil em comparação ao processo de emenda à constituição federal e, nos estados, a idéia de precaução com mudanças constituições foi pouco aderida. Além disso, as constituições estaduais não são consideradas uma estrutura básica (*framework*) de princípios permanentes, o que faz com que a constituição seja transformada numa espécie de super-lei (*superstatute*).

Em segundo lugar, encontram-se os motivos que levaram ao quadro do parágrafo anterior. No século XIX, o governo estadual tinha responsabilidade sobre as principais incumbências de governo: seguir com uma política mercantilista para estimular o desenvolvimento econômico, regular políticas financeiras e bancárias, subsidiar transportes, legislar e cuidar de crime, pobreza e várias questões morais e religiosas. Ou seja, o governo estadual era o responsável pela maior parte das obrigações normais de um Estado, enquanto que o governo federal, especialmente a partir do período jacksoniano (*Jacksonian*

*period*), era mais um governo provisório com uma burocracia rudimentar – nos termos de Leonard D. White, citado por Griffin.

Durante o séc. XIX, as Constituições estaduais foram reescritas em resposta a todo o embate referente à adaptação da política governamental exigida pelo desenvolvimento da economia norte-americana e em resposta às demandas ordinárias do eleitorado sobre variadas questões. Várias Constituições estaduais adquiriram dispositivos regulando corporações, sindicatos e associações trabalhistas, e sistema sobre educação superior, ou seja, tópicos não existentes da Constituição Federal.

Outro motivo para a freqüente mudança nas constituições estaduais era a desconfiança na legislatura estadual. Elas eram famosas por se auto-conceder uma variedade de privilégios especiais e por endividarem os estados. Por isso, no final do séc. XIX, as Constituições estaduais tornaram-se ainda mais codificadas, na tentativa de regular as legislaturas estaduais em detalhes.

Já o governo federal não era visto como um agente adequado para fazer as mudanças necessárias para responder às alterações sociais, econômicas e políticas. Por isso, não se sentia necessidade de alterar a Constituição Federal.

Após observar as características do sistema constitucional dos estados, Griffin afirma ser possível chegar a várias conclusões que iluminam a questão da mudança constitucional nos EUA.

Primeiro, que ao contrário do que afirma a saberia convencional, os americanos não têm uma filosofia consistente sobre mudança constitucional. Como a mudança é relativamente fácil nos estados, os americanos não estão presos ao tabu contra ajustes constitucionais.

Segundo, indica que a mudança constitucional geralmente segue mudanças gerais no ambiente político. Portanto, conclui Griffin, é razoável dizer que como o governo federal adquiriu novas responsabilidades no séc. XX – como resposta dos atores políticos às pressões das forças sociais, econômicas e tecnológicas –, responsabilidades que foram suportadas pelos estados sozinhos no séc. XIX, tinha de ocorrer mudança na Constituição federal.

Terceiro, a experiência estadual indica a dificuldade de se aderir ao “critério Randolph” (*Randolph’s criterion*) – de que a constituição deveria conter somente os princípios essenciais. O primeiro meio que os estados usaram para adaptar suas constituições às mudanças foi enchê-las de regras regulatórias específicas. Mas havia, para Griffin, uma via alternativa, uma que teria preservado a característica das constituições estaduais como uma ampla estrutura básica de sustentação e ordenação do governo (*as broad frameworks for government*). Se um governo estadual

precisasse de autoridade para lidar com um novo problema político, uma concessão do poder-geral poderia ter sido feita.

Para o autor, o melhor modo de explorar porque as mudanças na constituição federal praticamente não ocorreram por meio de emendas é o exame do período do *New Deal*, durante o qual o governo federal foi assumindo, de modo permanente, novos poderes e responsabilidades, muitos dos quais continuam a estruturar o sistema político-constitucional contemporâneo dos EUA. As mudanças feitas durante o *New Deal* alcançaram o status de uma verdadeira revolução constitucional (“*constitutional revolution*”). E, não obstante a revolução constitucional ocorrida durante o *New Deal* ter gerado uma das mais significativas mudanças na ordem constitucional americana, nenhuma delas foi ratificada através de emendas formais – ou seja, feitas sob o procedimento exigido pelo Artigo V da Constituição Federal; as principais mudanças ocorridas neste período não deixaram qualquer registro no texto da Constituição.

Sob a iniciativa do Presidente Roosevelt, pelo menos três foram as mudanças fundamentais na ordem constitucional americana: *i*) o prestígio e o poder da presidência aumentaram dramaticamente pela liderança de Roosevelt durante a Grande Depressão – tornou-se um novo tipo de escritório constitucional, permitindo ao presidente transpor a separação de poderes e tornar-se a cabeça do governo federal, senão do país como um todo –, *ii*) alterou a natureza do federalismo americano, pela assunção de novas responsabilidades pelo governo federal e da grande mudança no relacionamento entre estados e o governo federal, gerada por estas novas responsabilidades – a inabilidade dos governos estaduais para responder adequadamente à Depressão, foi um dos motivos para a transferência do *poder constitucional* para o nível nacional –, *iii*) o Congresso e os órgãos do governo para os quais foram delgados poderes de regulação adquiriram, praticamente, plena autoridade sobre a economia e permissão para lidar diretamente com vários problemas sociais.

Nenhuma destas três mudanças constitucionais foi processada do modo determinado pela Constituição federal dos EUA (artigo V) ou constaram do seu texto.

O motivo disso é explicado, segundo Griffin, por meio da análise do conflito entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte americana.

Ressalta o autor que as razões de Roosevelt para não processar as mudanças acima por meio de emendas à Constituição são igualmente aplicáveis a todas as mudanças constitucionais ocorridas após o *New Deal* e mostram porque estas mudanças não ocorreram por meio de emendas. Roosevelt, na metade de 1935, considerou seriamente a possibilidade de emendar a Constituição federal após a decisão da Suprema Corte que

anulou importantes leis de fomento econômico e ajuda social (decisões ocorridas entre 1935 e 1936), sob a alegação de inconstitucionalidade material. Mas mudou de idéia por, basicamente, quatro razões.

Após dois anos de estudo, em relação a todas as emendas pretendidas, ele continuava sem um acordo sobre qual linguagem deveria usar nelas – se utilizava um texto minucioso, analítico, prolixo, ou um texto com linguagem bem abrangente. O objetivo era assegurar, com essas emendas, que a Suprema Corte não pudesse julgar a legislação do *New Deal* inconstitucional. Se usasse um texto sintético, com linguagem ampla, as emendas poderiam ter efeitos imprevistos e não desejados pelo poder governamental. Por outro lado, não havia garantia de que um texto analítico, minucioso, extenso teria o efeito esperado, dada a natureza ampla do poder regulador que o governo precisava para enfrentar a crise.

A segunda razão era que qualquer nova emenda estaria sujeita a interpretação judicial. Se a emenda contivesse termos amplos, a Corte poderia eliminá-la por meio de uma interpretação concretista – a Corte esmiuçaria, determinaria, na verdade, o que a emenda expressava. Se a emenda fosse prolixa, detalhada, com o fim de derrubar precedentes judiciais específicos, ela poderia não ser aplicável a todas as circunstâncias nas quais o governo precisasse de novos poderes.

A terceira: o processo de emenda à Constituição, como previsto pelo artigo V, era muito trabalhoso (*cumbersome*), complexo, e não havia uma chance clara de sucesso. Como se sabe, para ser aprovada, uma emenda tem que ser ratificada por quorum qualificado não só no Congresso Nacional, mas também em todas as Casas Legislativas dos estados. Ou seja, bastava que um dos trinta estados americanos não ratificasse a emenda, que ela cairia – na época, este era o número de estados federados nos EUA. Isto preocupava muito Roosevelt.

A quarta razão era a estratégia de Roosevelt para a eleição presidencial de 1936. Uma eleição era sua maior chance para ganhar apoio popular para as emendas necessárias, mas ele mantinha uma plataforma democrática ambígua. O público respeitava a Corte como uma instituição e reverenciava a Constituição. E propor emendas constituiria não só uma crítica à Corte, mas também sugeriria que a Constituição não era adequada para enfrentar a crise. Isto daria um excelente tema de campanha para os Republicanos (*Republicans*) contra a campanha de Roosevelt. Eles poderiam lançar-se como defensores da doutrina constitucional e denunciar os Democratas (*Democrats*) como destruidores da Constituição. Por isso, Roosevelt abafou o debate constitucional nos meses que antecederam à eleição.

O Advogado-Geral da União (*Attorney General*) Homer Cummings encorajou Roosevelt a enxergar o problema sob outra perspectiva. O problema não seria com a Constituição, mas apenas com a interpretação míope, limitada da Constituição pela Suprema Corte. Bastaria mudar a composição da Corte. E foi o Roosevelt fez.

Portanto, para Roosevelt, mudar a Constituição por meio de emenda tornou-se um ponto irrelevante. Mudar a Constituição era muito perigoso. Era melhor preservar a Constituição como um documento a ser reverenciado do que mudá-la em resposta às novas condições.

Griffin afirma que isto prova que a análise de MADISON no *The Federalist* N° 49 estava correta: a veneração à Constituição estabelecida é a base estável para o governo, porque é muito difícil mudar um documento reverenciado.

Por isso, qualquer emenda, por mais razoável e necessária que seja, estaria impedida de ser feita pelo sentimento acima, uma vez que sugeriria que a ordem política nacional e seus valores são ou tornaram-se seriamente defeituosos.

E conclui Griffin: enquanto os americanos não acreditarem que os valores aprovados pelos fundadores (*the Framers*) e solenemente reafirmados pelas gerações seguintes são imperfeitos, haverá uma barreira enorme para adaptar a Constituição Federal às transformações históricas.

Então, o governo federal não pode dispor do mesmo método usado pelos estados para adaptação da Constituição às novas condições – emendar a Constituição. Todas as alterações significativas da Constituição no séc. XX foram feitas fora do que determina o artigo V da Constituição. Esta tendência contra a alteração por meio de emenda foi reforçada pela crescente institucionalização da política norte-americana, principalmente após o *New Deal*. Qualquer emenda que fizesse uma importante diferença estrutural no modo do governo operar está fadada a encontrar forte oposição – pelo estabelecido poder das burocracias do governo, pelas comissões do Congresso e pelo poder dos grupos de interesse.

Após levantar todos esses dados, Griffin entende possível tirar suas conclusões a respeito de como se pode mudar uma Constituição e, conseqüentemente, como ela efetivamente muda. Logrando isto, também é possível identificar qual é a Constituição vigente hoje.

Primeiro, conclui que se uma alteração do quadro estrutural tiver que ser feita na Constituição cada vez em que houver uma transformação nas circunstâncias históricas, toda a estrutura constitucional poderia, muito facilmente, ser posta em dúvida. Seria como se o Estado estivesse numa Convenção Constitucional (assembléia nacional constituinte)

eterna. E não é do interesse de ninguém, afirma Griffin, colocar em questão, numa base contínua, *as regras fundamentais do jogo político* previamente acordadas. Ou seja, a *ordem política* seria abalada, tornada incerta, pela constante necessidade de legalizar alterações fundamentais na Constituição em resposta às novas condições históricas.

Ter uma constituição permanente que serve como um quadro estrutural/base para o governo é um objetivo louvável. Mas, só se poderia usar o método formal de emenda à constituição para adaptá-la às mudanças históricas sob o preço de abandonar o compromisso de ter uma constituição como um quadro estrutural/base para o governo. Daí concluir Griffin que os dois objetivos da geração fundadora (*the founding generation*) – pretendia que o governo fosse baseado e guiado pela lei escrita e pretendia manter o quadro base característico da Constituição, que subsistiria através dos séculos –, não obstante serem louváveis, são inconsistentes quando se percebe a necessidade de adaptar a Constituição às novas circunstâncias.

Griffin conclui então que o método de alteração constitucional usado pelos estados – por meio de emendas formais – é bastante desvantajoso em relação ao federal – alteração da Constituição sem tocar no texto constitucional, mas apenas atribuindo novos poderes aos Poderes e órgãos estatais e estes sendo aceitos pelas instituições governamentais. Especialmente por engrandecer o caráter antidemocrático da Constituição por permitir que maiorias temporárias bloqueiem políticas em particular, bloqueio este que não poderia ser eliminado por uma maioria legislativa ordinária. Isto dificulta severamente a habilidade dos governos de responder a novos problemas sociais e econômicos. A detalhada restrição contida nas maiorias das Constituições estaduais fez isto com os seus respectivos governos durante a Grande Depressão, além de ajudar a criar um vácuo no qual o poder constitucional federal teve que ser exercido. Ainda nos anos 1950 e 1960 as Constituições estaduais continuavam a ser criticadas por emperrar o desenvolvimento econômico.

Há, entretanto, uma similitude crucial entre a experiência federal e a estadual. Em ambos os casos, a opção pela atualização da Constituição através de emendas formais que preservassem o quadro característico do documento não foi perseguida, adotada. Os estados foram capazes de mudar suas constituições através de emendas, mas a maioria das emendas transformaram suas constituições em super-códigos (*superstatutes*). As emendas à Constituição Federal têm sido tão difíceis que a maioria das mais significativas alterações constitucionais do século XX não foram impressas no documento.

Outro ponto importante neste tema é o papel da Suprema Corte na tarefa de adaptar a Constituição às transformações históricas. E Griffin entende necessário fazer uma análise em apartado dele.

O autor discorda da tese aceita por muitos observadores de que a interpretação judicial tem sido o meio primário para a adaptação da Constituição, sem passar pelo processo exigido pelo artigo V, às mudanças. De acordo com ela, a Suprema Corte tem servido de *guardião primário do portão por que passariam as alterações constitucionais* (*primary gatekeeper of constitutional change*) – idéia próxima à brasileira de *guardião primário da Constituição*. A Corte teria o poder de selecionar as alterações que passarão pelo “portão”, excluindo as que não desejar. Isto indicaria que a Corte estaria no controle do processo de alteração constitucional.

A despeito da plausibilidade da “tese do porteiro” (*gatekeeper thesis*), Griffin afirma que ela, como abordagem para a compreensão da mudança constitucional federal, é profundamente errada. Para ele, duas características do constitucionalismo americano impedem que a Suprema Corte venha a ser o agente primário da alteração constitucional.

Primeiro, a positivação (*legalization*) da Constituição significava que a Suprema Corte tinha que agir como outras Cortes e esperar por uma litigância efetiva antes de proferir um julgamento – então, em suas primeiras decisões, diminuiu o poder de emitir pareceres consultivos aos outros Poderes do governo. Ou seja, a Suprema Corte não se envolvia nas mudanças constitucionais enquanto não se gerasse um litígio judicial. Um dos exemplos citados por Griffin para demonstrar isso foi a não possibilidade de a Corte analisar os novos poderes adquiridos pela Presidência da República no *New Deal*. Então, conclui Griffin, quando alterações constitucionais forem necessárias para atender interesse do Congresso, do Presidente, dos estados e dos cidadãos em geral, a alteração não envolverá a Corte, porque ninguém terá interesse para iniciar uma disputa judicial.

Griffin reconhece, entretanto, que geralmente as mudanças constitucionais significativas resultarão em algum tipo de disputa judicial. Mas isto não significa que a Corte é quem inicia ou é a maior contribuinte para uma alteração constitucional. A Corte não é capaz, nem mesmo, de servir de guardião primário da Constituição, o guardião do portão das alterações constitucionais (*primary gatekeeper of constitutional change*) pela sua fraqueza institucional (GRIFFIN, 1998, p. 43). Esta fraqueza adota a forma de *auto-restrição* (*self-restraint*) quando se depara com o exercício de um poder constitucional que ela não consegue influenciar com sucesso. É um equívoco dizer que a Corte aprovou os novos poderes e responsabilidades do governo federal como

se a Corte tivesse a escolha, de fato, de continuar a supervisionar a constitucionalidade da regulação social e econômica. Ela não tinha tal poder de escolha. A Corte recusou-se a exercer qualquer papel significativo no controle da legislação econômica federal e estadual. Para comprovar isto, cita TRIBE: “in the years after 1937, the Supreme Court essentially offered the Congress *carte blanche* to regulate the economic and social life of the nation, its actions subject only to the requirements of the Bill of Rights.”. Isto também se deu em relação aos casos envolvendo relações internacionais dos EUA.

Ou seja, o Congresso e o Presidente, não a Corte, iniciaram a mudança constitucional em tela e a efetivaram. O papel da Corte foi, para Griffin, nitidamente secundário.

Portanto, conclui Griffin, a idéia da Suprema Corte como o guardião primário do portão por que passariam as alterações constitucionais é inerentemente implausível. Também é equivocada a idéia de que a interpretação judicial seria o principal meio de adaptação da Constituição às mudanças fora do Artigo V.

Pela natureza fluida da alteração constitucional sem observância do artigo V, a idéia do guardião do portão (*gatekeeper*) seria válida apenas se a Corte fosse o mais poderoso dos Poderes. Este argumento é bem próximo do utilizado por alguns constituintes responsáveis pela Constituição brasileira de 1891 vencidos quanto ao tema do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (que substituiu o Supremo Tribunal de Justiça, previsto pela Constituição do Império no art. 164), que mesmo após sua promulgação afirmavam ineficaz, na prática, o controle judicial de constitucionalidade, dado que o poder estava nas mãos do Executivo, este só cumpriria as decisões judiciais se quisesse. Sem adentrar na análise dos motivos que poderiam (e estavam) por trás do seu posicionamento, cabe mencionar o Senador Aristides Lobo:

É preciso não ser cego. A maior necessidade do momento não é correr atrás de um suposto e imaginário constitucionalismo, mal pensado, aliás, pelo primeiro de seus guardas, o Supremo Tribunal de Justiça [sic], mas o fortalecimento do executivo, única garantia, não se iludam, da permanência da República.” (17.08.1893, apud. RODRIGUES, 1965, p. 37-38).

No jogo de nossas instituições, a garantia institucional não está na mão desse tribunal (o S.T.F.), que não tem a força nem os meios de agir com eficácia, mas sim nas mãos do Poder Executivo, depositário fiel da execução de todas as leis, imediato representante das garantias

de todos os direitos e fiel intérprete da ordem e da segurança social. (19.08.1893, apud. RODRIGUES, 1965, p. 37-38).

E, obviamente, a Corte nunca teve este tipo de poder. Griffin cita Sidney George Fisher, que escreveu logo após o início da Guerra Civil americana: “If the Constitution be immutable, what was law in 1787, must be law as long as the Constitution lasts. To maintain it, therefore, the Judiciary must be stronger than the people, stronger than the representatives of the people. In a popular government this is impossible.” (Se a Constituição for imutável, o que for lei em 1787 deverá ser lei enquanto a Constituição permanecer em vigor. Para manter isto, entretanto, o Judiciário tem que ser mais forte que o povo, mais forte do que os representantes do povo. E num governo democrático, popular isto é impossível).

Griffin ressalta a importância de se ter em mente o fato de as mais famosas decisões da Suprema Corte, inclusive *Lochner v. New York* e as opiniões pós-*New Deal* como *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade* serem casos relativos ao poder dos governos estaduais, e não do governo federal. Decisões verdadeiramente significativas limitando o poder do Congresso Nacional ou do Presidente após o *New Deal* são raras.

Após o *New Deal*, a Corte tornou-se uma especialista, preocupando-se, principalmente, com o atendimento dos *standards* encontrados no *Bill of Rights* e nas emendas da Guerra Civil americana (*Civil War Amendments*) pela legislação estadual. Então, o impressionante corpo de jurisprudência constitucional da Suprema Corte formado a partir do *New Deal* é baseado em uma porção relativamente pequena da Constituição Federal. Essa jurisprudência, ademais, trata de apenas uma mínima porção das políticas totais produzidas por todos os Poderes, órgãos e entes do governo federal. Como então se poderia afirmar que a Suprema Corte seria o guardião do portão das mudanças constitucionais e que sua interpretação é que seria responsável pelas alterações da Constituição Federal fora do artigo V?

Sendo esta idéia totalmente descabida, por que então ela é tão largamente aceita e difundida?

Para Griffin, parte da resposta encontra-se justamente no substancial corpo jurisprudencial relativo aos estados, noticiado acima. Obviamente, esta jurisprudência não pode ser fonte de iniciativa das mudanças ocorridas no Executivo e no Legislativo. Entretanto, o principal problema da análise convencional sobre mudança constitucional é a ausência de apreciação das diferenças existentes entre a Constituição e a lei (*ordinary law*), expressas na primeira seção do livro de Griffin. E a principal delas é que a Constituição não pode ser garantida como

as leis ordinárias podem. A legalização/positivação/normatização da Constituição fez com que ela fosse tratada como se fosse um outro tipo de lei, norma legal. Todos os Poderes são responsáveis, simultaneamente, por obedecer e fazer cumprir a Constituição. Enquanto eles têm algum apoio popular, eles somente poderão ser responsabilizados por alterarem a Constituição quando eles assim desejarem. Então, por exemplo, se o Executivo desejar alterar seus poderes e responsabilidades e o Legislativo concordar ou for indiferente, não há muito o que a Suprema Corte possa fazer. Se a Corte adotar uma linha dura contra as mudanças que os Poderes eleitos consideram necessárias, a Corte sabe muito bem que a objeção de ministros da Corte pode ser sobrepujada por outros ministros que sejam mais condescendentes.

A Constituição foi projetada para ser garantida pelos tribunais e interpretadas pelo mesmo método usado para outros tipos de lei. A partir do momento em que a Constituição estrutura políticas e sistema de governo, dar ao Judiciário o único poder de garantir a Constituição é equivalente a transformar o Judiciário no mais poderoso Poder do governo. A partir do momento em que isto não é sustentável politicamente, o escopo do Direito Constitucional é necessariamente limitado.

É justamente isto que significa o movimento da “teoria” para o “político”, referido por Griffin no título de seu livro. O constitucionalismo americano deslocou-se da teoria na qual toda a Constituição poderia permanecer separada da política para a situação onde o significado da maioria da Constituição é determinada através de políticas fixadas pela legislação ordinária. Este deslocamento da Constituição não era óbvio até o governo federal tornar-se efetivamente ativista, um Estado intervencionista, no século XX. A experiência do *New Deal* tornou evidente que o Judiciário somente pode garantir uma pequena porção da Constituição. O significado da maioria dos dispositivos constitucionais é, portanto, determinado pela interação entre Executivo e Legislativo. Enquanto é possível para estes Poderes alterarem suas interpretações sobre a Constituição por meio de procedimentos legalistas cuidadosamente fundamentados em argumentos escritos – como se supõe que uma mudança ocorra no Judiciário –, não é muito freqüente que tais mudanças ocorram deste modo. Entretanto, os Poderes políticos alteram a Constituição no curso da disputa política ordinária, sem prestar muita atenção aos valores legais e constitucionais que os advogados e juízes pensam importantes.

Griffin, neste ponto, faz uma última indagação: como nos sabemos que houve significativas alterações constitucionais no século XX fora do artigo V, se tais mudanças ainda estão em andamento?

Há certo consenso entre muitos estudiosos de que alterações constitucionais fundamentais ocorreram durante o *New Deal*. Entretanto, a experiência constitucional dos estados mostra que as mudanças nos poderes e responsabilidades do governo conduzem a uma contínua mudança constitucional – as emendas formais às constituições estaduais comprovam isto. O mesmo teria ocorrido com a Constituição Federal dos EUA caso o processo de emenda fosse mais simplificado e não houvesse o tabu contra as mudanças na Carta Magna, tal como ocorria nos estados.

Então, a ausência de emenda constitucional para validar o *New Deal* não significa que não houve alteração na Constituição. Significa, ao contrário, que a mudança constitucional assumiu outras formas. Os importantes períodos de alteração constitucional do século XX, dentre eles o do *New Deal*, fluíram através do Executivo e do Congresso Nacional, e não da Suprema Corte e da Constituição positivada (*legalized Constitution*) – ou Constituição normativa ou positiva ou legalizada, aquela identificada e afirmada pela técnica jurídica.

### 2.1.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA TEORIA DE ACKERMAN

Bruce Ackerman produziu, pouco tempo antes de Griffin escrever seu livro, uma importante teoria sobre mudança constitucional, que Griffin considerou que merecia uma consideração à parte. Focou sua análise na idéia central de ACKERMAN, a de que os EUA é uma *democracia dualista* – estabelecida pela Constituição –, e numa alegação chave dele que segue esta idéia.

A concepção de ACKERMAN deve ser distinguida de duas concepções mais familiares e aceitas sobre o constitucionalismo dos EUA: *i*) a idéia a respeito da diferença entre lei e Constituição, tratada por Griffin na primeira seção do primeiro capítulo de seu livro, e *ii*) a concepção sobre o contraste entre emendas à Constituição que ocorrem através do processo especificado no artigo V e aquelas mudanças constitucionais que ocorrem sem observar o artigo V. Griffin tratará da concepção dualista de Ackerman relacionada a esta segunda idéia, ressaltando que tal concepção é bem mais complexa e controversa.

O dualismo de ACKERMAN extrai uma distinção entre a *política ordinária* e a *política constitucional* e uma distinção relacionada entre o *legislador ordinário* e o *legislador maior* ou *constituente* (*higher lawmaking*). Como Griffin, ACKERMAN afirma que a mudança constitucional nos EUA decorre de um episódio qualificado. Verdadeiras alterações fundamentais na estrutura constitucional dificilmente ocorrem e não necessariamente resultam numa emenda formal à Constituição. A teoria de ACKERMAN

é, no fim das contas, uma tentativa de justificar e de mostrar sentido a esta característica do constitucionalismo norte-americano.

ACKERMAN, como reconhece Griffin, defende plausivelmente que ocorreram somente três verdadeiros momentos fundamentais (ou momentos transformadores, nos termos de ACKERMAN) de mudança constitucional na história dos EUA: a) a adoção original da Constituição e da Carta de Direitos (*Bill of Rights*), b) a Reconstrução estadunidense (*Reconstruction*), e c) o *New Deal*. Todos estes momentos são exemplos sobre o legislador maior/constituente, um especial tipo de política que envolve todo o povo americano agindo na sua condição de soberano.

Por outro lado, para Griffin, houve muitos períodos da política constitucional em que uma maior conscientização e debate das questões constitucionais, no entanto, não resultaram num momento transformador editado pelo legislador maior. Este momento constitucional fracassado inclui o *Populist e Progressive Eras* do final do século XIX e do início do século XX e o movimento pelos direitos civis dos anos 1960 (*the civil rights movement of the 1960s*).

Para colocar todos estes três momentos constitucionais num mesmo plano – haja vista que o *New Deal* não constava originalmente do texto Constitucional adotado, nem foi aprovado por meio de emenda formal à Constituição, como foi a *Reconstruction Amendments* – Ackerman procura solapar o entendimento legal convencional sobre a fundação (*the founding*) e sobre a Reconstrução dos EUA. Afirma que todos os momentos de transformação constitucional na história americana ocorreram independentemente do processo especificado no artigo V da Constituição – ou melhor, ocorreram sem obedecer à legislação vigente à época, ou seja, ocorreram de modo ilegal, eram ilegais.

Esta assertiva é facilmente comprovada pelo episódio da adoção original da Constituição Federal dos EUA, já que, obviamente, ocorreu independentemente do artigo V, por ser anterior a ele. Entretanto, ACKERMAN vai mais fundo. Para ele, todos os momentos de transformação constitucional ocorreram ilegalmente, num certo sentido – ocorreram fora dos meios aceitos de realização de tais mudanças, como dito. A Reconstrução e o *New Deal* ocorreram fora do que determina o artigo V, enquanto que a *founding* ocorreu fora dos meios especificados na legislação da Confederação (*Articles of Confederation*).

ACKERMAN pretende que ensaios de James Madison e de Alexander Hamilton no *The Federalist* demonstrem que sua teoria sobre mudança constitucional fora do artigo V teria o apoio dos *pais fundadores* (*founding generation*). Ele foca-se em numerosos ensaios que tentam responder a duas objeções levantadas por anti-federalistas – ou seja,

contrários às idéias de Madison e de Hamilton, dentre outros federalistas: a) a Constituição é ilegal porque a Convenção Federal adotou um plano inteiramente novo para o governo em vez de apenas emendar os artigos da Confederação, e b) o processo de ratificação previsto no artigo VII da Constituição não estava adequado aos artigos da Confederação, que requeriam um consenso unânime dos estados antes que as emendas pudessem ser aprovadas. Nestes ensaios, Madison e Hamilton, para ACKERMAN, produziram a *teoria da política constitucional* e a *teoria do legislador maior*, a fim de justificar a não observância do processo de mudança especificado nos artigos da Confederação.

Madison, no *The Federalist* N.º. 40, argüi que a partir do momento em que a Constituição fosse submetida à Convenção, seria, então, aprovada ou desaprovada pelo povo como um todo. Se o povo aprovasse a Constituição, isto teria o efeito de solapar qualquer erro ou irregularidade antecedente que por ventura tivesse ocorrido na Convenção Federal – que aprovou a Constituição Federal de 1787.

Mas há uma diferença significativa, para Griffin, entre o *founding* e os períodos subseqüentes de mudança constitucional. Estes, como a Reconstrução e o *New Deal*, ocorreram sempre à sombra do artigo V e, infelizmente para a teoria de Ackerman, não há razão para pensar que Madison e Hamilton aceitassem tal procedimento como adequado ou como uma verdadeira alteração na Constituição. Embora não apareça na exposição de ACKERMAN, eles dois discutiram o artigo V e indicaram que eles entendiam que este era o meio adequado para se alterar a Constituição – até porque eles defenderam e fizeram aprovar o artigo V. Tanto que os fundadores usaram o artigo V para emendar a Constituição não menos do que doze vezes nos vários anos que se seguiram à sua aprovação. Ainda segundo o autor, nem mesmo o argumento de ACKERMAN no sentido de que tais emendas – as feitas formalmente, obedecendo ao artigo V – não seriam transformações constitucionais verdadeiras salvaria sua tese neste ponto, haja vista que dentre elas está a ratificação do *Bill of Rights*, que atende ao disposto no artigo V e é geralmente entendido como fundamental para a ordem constitucional americana.

Griffin também critica o uso de Ackerman da tese de Madison no *The Federalist* N.º 49 – “a constitutional road to the decision of the people, ought to be market out, and kept open, for certain great and extraordinary occasions”, estas ocasiões seriam, para Madison, aquelas em que emendas foram aprovadas na forma do artigo V – e da tese de Hamilton sobre o Judiciário no *The Federalist* N.º 78. Mas concluí que, não obstante a teoria de ACKERMAN não ter sustentação no *The Federalist*, sua avaliação sobre a história constitucional dos EUA continua desafiadora;

a resposta dada por ACKERMAN sobre como os americanos distinguem *os momentos de legislação maior que resultam em emendas constitucionais transformadoras* dos *momentos constitucionais fracassados* não tem relação com o pensamento da geração fundadora, mas subsiste ainda que sem apoio nela. Ele demonstra não só uma evidente ilegalidade da Constituição americana, mas também o desconfortável fato de a emenda constitucional da Reconstrução não ter sido ratificada validamente, uma vez que os estados da Confederação vencedores impuseram aos estados da Confederação vencidos a sua aceitação – e obviamente a previsão normativa de emenda exigia aceitação de todos os estados sem coação.

Griffin critica ACKERMAN por ele, não obstante sempre estar atento ao contexto histórico e político, se contentar em analisar esses momentos transformadores como sendo legal ou ilegal – a limitação a esta análise seria um erro para Griffin. A despeito dos seus desvios do processo de emenda especificado nos artigos da Lei Maior, o Congresso da Confederação aprovou a Constituição proposta nos estados e os estados elegeram delegados para ratificarem a Convenção. Este processo poderia ter sido anulado em qualquer fase caso cidadãos o bastante estivessem convencidos que *a questão da legalidade* era importante. Isto não ocorreu, no entanto. Para Griffin, então, o contexto político no qual a Convenção Federal foi convocada e a Constituição foi ratificada – a inadequação dos dispositivos da Confederação gerou a crise política e constitucional na qual os membros da Convenção Federal desejaram resolver – elimina qualquer vício que o procedimento pudesse ter em relação à legislação em vigor – a concepção sobre legalidade aqui é totalmente irrelevante, como os *Federalists* defendiam. O mesmo em relação às emendas da Reconstrução. A Guerra Civil gerou uma crise política e constitucional na qual ações como a exigência forçada de aceitação de emendas pelos estados relutantes tornaram-se necessárias.

Outra crítica importante de Griffin a ACKERMAN é que não há dúvida de que ocorreram períodos de política constitucional importantes na história dos EUA, nos quais questões constitucionais tornaram-se prioritárias e mudanças fundamentais foram feitas no sistema constitucional, mas eles foram bem mais do que os três momentos admitidos por ACKERMAN. Especialmente a *Progressive Era* e o *Civil Rights Movement*, classificados por ACKERMAN como momentos constitucionais fracassados.

Para Griffin, os aspectos questionáveis da teoria de ACKERMAN também sugerem que é um equívoco tentar transmutar a alteração constitucional fora do artigo V para dentro da alteração legal – analisá-la com base nos conceitos utilizados para verificar a alteração legal. Dado

o contexto produzido pela Constituição positivada (*legalized Constitution*), chamar *alterações constitucionais significativas* de “emendas”, implicaria dizer que elas têm o mesmo status das emendas editadas na forma do artigo V – das emendas legais, as que passaram pelo procedimento exigido pelo Direito Positivo. Uma vez compreendido que a *Constituição positivada* limita a esfera na qual a Constituição pode ser garantida da mesma maneira que uma lei ordinária/comum, alterações fora desta esfera não podem ser legais nos termos requeridos pela teoria de ACKERMAN – não poderiam contar com as garantias, idênticas às de uma lei comum, que detém a Constituição positivada. O que Griffin afirma é que, segundo o argumento de ACKERMAN que ele discorda, a normatização da Constituição serve para que ela possa ser garantida tal qual uma lei comum. Assim, para ACKERMAN, apenas uma emenda que observe a Constituição positivada, uma emenda formal à Constituição, poderá ter o mesmo tratamento. Isto porque a alteração constitucional feita sem a observância da Constituição positivada – portanto ilegal, para ACKERMAN –, não irá se integrar a esta, mas apenas à parte não positivada/legalizada da Constituição (GRIFFIN, 1998, p. 52-53). Abaixo, será visto que, para Griffin, ambas as alterações à Constituição, a emenda formal à Constituição (conforme o artigo V) e a alteração constitucional sem a observância do artigo V, são funcionalmente equivalentes, ou seja, na prática, tem mesma natureza e características – alteram a Constituição e devem ser respeitadas da mesma forma.

Compreender a Constituição positivada (*legalized Constitution*) – a Constituição reconhecida como norma jurídica – significa aceitar a realidade na qual significativas transformações constitucionais podem ocorrer por meio de políticas do legislador ordinário, fora do domínio do Direito Constitucional, conclui Griffin.

## 2.2 QUAL É A CONSTITUIÇÃO ESTADUNIDENSE?

Se for assim, qual é então a Constituição em vigor nos EUA?

A Constituição americana muda mais por outros meios do que por emenda. Assim, a soma total da Constituição americana, obviamente, não é aquela guardada sob os vidros do Arquivo Nacional americano – a Constituição de 1787. Por este motivo, entende Griffin que a dificuldade de definir a Constituição somente pode ser superada após o problema de a alteração constitucional ser bem compreendido.

A tarefa de definir a Constituição torna-se ainda mais complicada pelo fato de exigir uma cuidadosa distinção entre *tentativa de descrever e explicar o sistema constitucional* e *tentativa de traçar os limites da ordem normativa estabelecida pela Constituição*.

Griffin inicia seu raciocínio com uma definição convencional, usualmente aceita nos EUA, de Constituição: “the content of the 1787 document as ratified and validly amended plus valid precedents interpreting the document issued by the federal judiciary” (GRIFFIN, 1998, p. 53). Isto seria o Direito Constitucional (*constitutional law*). Mas, muito embora esta definição pareça inquestionável, Griffin afirma que ela pode ser criticada, implicitamente, pelo fato de que não só os precedentes da Suprema Corte podem vir a fazer parte da Constituição. Muitos estudiosos já afirmaram que algumas práticas do Presidente e leis federais têm o status de quadro estrutural da legislação (*framework legislation*) – Gerhard Casper, citado por Griffin, define *framework legislation* como sendo uma legislação diferente da legislação comum “in that it does not formulate specific policies for the resolution of specific problems, but rather attempts to implement constitutional policies”, como, por exemplo, o *National Security Act*, de 1947, o *Congressional Budget* e o *Impoundment Constrol Act*, de 1974, o *National Emergencies Act*, de 1976 e o *War Powers Resolution*, de 1973. Ou seja, são leis que visam implementar a Constituição, dar concreção a seus dispositivos, e não resolver um específico problema político, como no caso das leis ordinárias.

Esta definição convencional de Constituição também é criticável pelo fato de não reconhecer a discussão exposta acima sobre mudança constitucional sem o procedimento exigido pelo artigo V e sem a interpretação judicial – alteração da interpretação do Judiciário a respeito de um dispositivo da Constituição.

Isso sugere que essa definição de Constituição deve ser revista, a fim de incluir verdadeiras mudanças fundamentais como parte do sistema e aquelas que seguiram o *New Deal* – como fez Ackerman, dentre outros poucos.

Entretanto, essa nova definição de Constituição também é questionável, uma vez que é incerto se o sistema legal reconhece tais mudanças como sendo parte da Constituição, afirma Griffin.

Concluindo, existe um dilema: um sentimento de que a definição convencional não captura toda a realidade da mudança constitucional e, ao mesmo tempo, a crítica no sentido de que expandir a definição convencional gera o risco de obscurecer o claro status do texto como lei suprema. Essa foi a base de um longo debate sobre se a Constituição é melhor caracterizada como escrita ou como não escrita.

Griffin tem uma solução para o dilema: nós devemos apreciar ambas as definições de Constituição (a convencional e a revisada) não como necessariamente antagônicas. Isso porque podemos entender a revisão sugerida (a definição de Constituição revisada) como uma

tentativa de descrever e explicar a Constituição que temos, percebendo que normas que não estão no texto são *funcionalmente equivalentes* a normas que estão no texto da Constituição. Alguns estudiosos, tal como Carl J. Friedrich (*The Impact of American Constitutionalism Abroad*. Boston: Boston University Press, 1967), tem visto uma convergência entre a “escrita” Constituição Norte-americana e a “não escrita” Constituição Britânica. Enquanto a Constituição Britânica se tornou mais escrita e formalizada ao longo dos anos, à Constituição Americana foram embutidos compromissos políticos e interpretações judiciais. Então, a definição convencional continua válida, mas só enquanto se estiver considerando a Constituição legalizada, a Constituição positivada. Para entender a Constituição como um todo, é preciso recorrer também à definição revisada de Constituição – o que for reconhecido como fazendo parte da Constituição, seja pela incorporação feita pelos compromissos políticos, seja pelas interpretações judiciais, terá que ser respeitado como se norma constitucional fosse – como se *Constituição positivada* fosse. Isto evita que se retire o claro status – e, portanto, a eficácia social, e não só jurídica – de norma fundamental do texto escrito da Constituição.

Cabe, aqui, fazer uma observação. Griffin utiliza o conceito *Constituição positivada* (*legalized Constitution*) para indicar aquilo que os juristas afirmam ser, empregando a técnica jurídica, a Constituição. Ele utiliza este conceito para distinguir a Constituição que é afirmada pelos Poderes eleitos, que poderia ser chamada de simplesmente *Constituição* ou de *Constitucionalismo*. Para Griffin, este é mais abrangente que a *Constituição positivada*, tem função idêntica, mas o espaço que um ocupa não é ocupado pelo outro. Esta classificação de Griffin (*Constituição v. Constituição positivada*) serve, basicamente, para diferenciar quando a Constituição foi concretizada ou esmiuçada por meio da técnica jurídica (*theory*) – e, portanto está resguardada pelo Direito – do momento em que ela está sendo concretizada ou esmiuçada por meio da disputa política (*politics*) – e, portanto é resguardada apenas, a princípio, pelo sistema político, ou seja, pela Democracia, no caso dos EUA. Ambas compõem a Constituição Federal.

Finalmente Griffin dá a sua definição de Constituição, à qual pega emprestada de MUNZER and NICKEL: “a text-based institutional practice in which authoritative interpreters can create new constitutional norms”. Estas normas são parte da estrutura do Estado. A partir do momento em que intérpretes autorizados a interpretar a Constituição podem criar novas normas constitucionais, o texto da Constituição é somente uma fonte de tais normas. Mas, por óbvio, uma

vez criadas essas novas normas constitucionais, passam elas a integrar a Constituição. Portanto, a Constituição é o todo.

Então, para o propósito de descrever e explicar como a Constituição muda ao longo do tempo, a Constituição é melhor compreendida como *um texto baseado na prática institucional*.

## REFERÊNCIAS

GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. *Has the Hour of Democracy Come Round a Last? The New Critique of Judicial Review*. 17 Const. Comm. 683, 2000.

\_\_\_\_\_. *Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights*. 4 U. Pa. J. Const. L. 281, 2002.

\_\_\_\_\_. *The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights*. In: TUSHNET, Mark (Ed.). *Arguing Marbury v. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I – 1891 - 1898 – *Defesa das Liberdades Civis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A, 1965.

ACKERMAN, Bruce. *We the People: foundations*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

