

A CONSTITUIÇÃO VIVA ESTADUNIDENSE NO DEBATE ENTRE DAVID STRAUSS E JACK BALKIN

THE LIVING CONSTITUTION IN THE DEBATE BETWEEN DAVID STARUSS AND JACK BALKIN

*Almir Megali Neto**
*Flávio Couto Bernardes***

RESUMO

Este artigo se propõe a compreender a evolução do constitucionalismo estadunidense com o passar dos anos. Sendo assim, o debate instaurado entre David Strauss e Jack Balkin sobre a legitimidade democrática de uma constituição viva será o fio condutor deste trabalho que também se dedica, em um primeiro momento, a recuperar parte do debate existente sobre a forma encontrada pelo constitucionalismo estadunidense para se adequar às novas demandas surgidas no seio da sociedade estadunidense. O método utilizado foi o da revisão de bibliografia.

Palavras-chave: Constituição viva. David Strauss. Jack Balkin. Mecanismos formais e informais de mudança constitucional.

ABSTRACT

This article aims to understand the evolution of american constitutionalism over the years. In doing so, the debate between David Strauss and Jack Balkin on the democratic legitimacy of a living constitution will be the guiding thread of this work, which is also dedicated, at first, to reco-

* Doutorando, mestre e graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Teoria da Constituição. E-mail: almir_megali@hotmail.com. O autor informa que não recebeu qualquer financiamento ou benefícios de fontes comerciais ou não.

** Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas e da UFMG. Procurador do Município de Belo Horizonte e advogado. Tem interesse nas áreas de Direito Constitucional, Direito Financeiro e Direito Tributário. E-mail: flavio.bernardes@bernardesadvogados.adv.br. O autor informa que não recebeu qualquer financiamento ou benefícios de fontes comerciais ou não.

ver part of the existing debate on the way that american Constitution found to actualize itself according to the new demands arisen within american society. The method used was the bibliography review.

Keywords: Living constitution. David Strauss. Jack Balkin. Formal and informal mechanisms of constitutional change.

INTRODUÇÃO

Para comemorar o bicentenário da Constituição estadunidense, a Revista *Time* publicou uma edição especial na qual denominava esta Constituição como “um presente para todas as nações”¹. De fato, desde que a Convenção da Filadélfia tornou pública sua proposta de Constituição em 1787, este modelo constitucional produziu grande impacto sobre o constitucionalismo ao redor do globo².

De acordo com Stephen Gardbaum, os Estados Unidos da América teriam sido pioneiros ao institucionalizar um sistema constitucional dotado de uma constituição escrita, à qual se atribui caráter supralegal e que preveja um rol de direitos fundamentais bem como a possibilidade do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Porém, somente a partir do segundo pós-guerra tais características se tornaram compartilhadas por outros sistemas constitucionais, de modo que, agora, os países que não compartilham algum ou todos desses elementos é que são considerados excepcionais³.

Por outro lado, Jack Balkin, por exemplo, reconhece o fato de que a Constituição estadunidense foi responsável por uma série de injustiças, seja por permiti-las, seja por ter sido utilizada para evitar que reformas fossem promovidas, até mesmo nos dias atuais⁴. No Brasil, destaca-se a leitura de Emilio Peluso Neder Meyer, que, apesar de reconhecer a importância dessa matriz constitucional para o desenvolvimento do constitucionalismo a nível comparado, apresenta uma leitura crítica do constitucionalismo estadunidense, demonstrando, a partir de elementos constitutivos dessa mesma tradição, que os avanços institucionais ali alcançados conviveram com práticas autoritárias e restritivas de direitos fundamentais, em uma relação muito mais tensional do que aparenta ser⁵.

¹ GREENWALD, John. The world: a gift to all nations. *Time*. Monday, 6th July, 1987. p. 1.

² BILLIAS, George. *American constitutionalism heard round the world, 1776-1989: a global perspective*. New York: New York University Press, 2009. p. 15.

³ GARDBAUM, Stephen. The myth and the reality of American constitutional exceptionalism. *Michigan Law Review*. Michigan, v. 107, n. 3, p. 393, dez. 2008.

⁴ BALKIN, Jack M. Agreements with hell and other objects of our faith. *Fordham Law Review*. New York, v. 65, n. 4, p. 1703-1738, 1997.

⁵ MEYER, Emilio Peluso Neder. Um processo de desmistificação: compreendendo criticamente o constitucionalismo estadunidense. *Revista Direito Público*. Porto Alegre, v. 15, n. 83, p. 9-32, set./out. 2018.

De todo modo, há pelo menos um aspecto do constitucionalismo estadunidense que torna essa tradição distinta de boa parte dos sistemas constitucionais contemporâneos. Trata-se da forma encontrada para atualização da sua Constituição. Desde a elaboração deste texto, o território dos Estados Unidos da América aumentou consideravelmente, sua população se multiplicou e se diversificou, além de que a tecnologia se desenvolveu, o cenário internacional se transformou, os modos de produção foram aprimorados e os costumes sociais mudaram sensivelmente. Tudo isso de uma forma que ninguém poderia prever no momento no qual a Constituição foi redigida e entrou em vigor.

Diante disso, parece inevitável que a Constituição estadunidense também tenha mudado. No entanto, apenas vinte e sete emendas constitucionais foram acrescentadas ao seu texto. A maioria das alterações constitucionais naquele país se deu, pelo menos a nível federal, por meio de interpretações do texto constitucional, fazendo disso uma peculiaridade da tradição constitucional estadunidense em relação às demais experiências constitucionais ao redor do globo.

O objetivo deste trabalho, portanto, é compreender os termos a partir dos quais pretende-se explicar o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense para além das poucas emendas acrescidas à Constituição. Como uma forma de demonstrar a evolução do processo de autodeterminação política do povo estadunidense com o passar dos anos, adota-se o debate entre David Strauss e Jack Balkin sobre a legitimidade democrática da evolução do sistema constitucional estadunidense para guiar a discussão aqui proposta. Antes, porém, será preciso recuperar parte do debate existente sobre a forma encontrada pelo constitucionalismo estadunidense para se adequar às novas demandas surgidas no seio da sociedade.

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL ESTADUNIDENSE: ENTRE PROCESSOS FORMAIS E INFORMAIS DE MUDANÇA CONSTITUCIONAL

Até a Revolução Americana, a possibilidade de sugerir qualquer forma de mudança na estrutura do poder divinamente concebido e estabelecido soaria como heresia. Naquele tempo, formas de autogoverno não existiam em nenhum lugar da terra. Pois bem, se de acordo com os ideais que inspiraram a Revolução Americana, o poder estabelecido retiraria seu fundamento de legitimidade do consentimento dos governados, parecia clara a necessidade de se garantir ao povo a possibilidade de alterar os termos estabelecidos nas leis que regiam suas formas de vida e regulamentavam o exercício do poder estatal.

Nesse sentido, a expressão “*We the people*”, que inaugura texto constitucional estadunidense, traz em si o ideal de autogoverno proclamado pela Revolução. Por isso, costuma-se afirmar que “uma das principais contribuições estaduni-

dense para a Ciência Política é a ideia de que deve haver previsão para que se possa fazer alterações na Constituição” (SHEIPS, 1950, p. 48)⁶. Esse movimento teve início logo após a declaração de independência das ex-colônias britânicas na América. Entre 1776 e 1787, oito constituições estaduais, além dos Artigos da Confederação, continham previsão de alteração de seus próprios termos⁷. Referido entendimento foi consagrado no Artigo V da Constituição dos Estados Unidos da América que estabeleceu os “fundamentos da rigidez constitucional, organizou a técnica da emenda à constituição e ofereceu as primeiras manifestações da intangibilidade de matérias constitucionais”⁸. Modelo este que, desde então, tem sido seguido por boa parte das constituições ao redor do mundo.

Não obstante isso, devido ao fato de que, naquele país, a maior parte das alterações da Constituição se dá por vias informais, há quem sustente, no debate constitucional estadunidense, a irrelevância dos procedimentos formais de reforma da Constituição⁹. Por outro lado, a nível global, emendas constitucionais são cada vez mais comuns. Ginsburg e Melton observaram que, “atualmente, cerca de trinta constituições são emendadas por ano ao redor do mundo”¹⁰. A prática também vem sendo seguida pelas constituições estaduais estadunidenses. Sendo assim, por mais que o processo formal de reforma da Constituição estadunidense não tenha sido a principal via de alteração deste texto constitucional, o mesmo não pode ser dito em relação às constituições estaduais daquele país¹¹.

Nesse sentido, quando se diz que na prática constitucional estadunidense o recurso às emendas constitucionais como forma de alteração do texto constitucional é desimportante por ter caído em desuso ao longo dos anos, obviamente, só se pode estar se referindo à Constituição federal daquele país¹². Pelo menos neste aspecto, é certo que a Constituição estadunidense se mostra excepcional,

⁶ SCHEIPS, Paul. Significance and adoption of article V of the constitution. *Notre Dame Law Review*. Indiana, v. 26, n. 1, p. 48, 1950. Tradução livre de: “There seems to be little, if any, doubt that one of America’s principal contributions to political science is the idea that provision should be made for making legal changes in basic Law”.

⁷ *Ibid.*, p. 49.

⁸ HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 29, n. 115, p. 5-6, jul./set. 1992.

⁹ STRAUSS, David A. *The living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

¹⁰ GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. *International Journal of Constitutional Law*. New York, v. 13, n. 3, p. 689, jul. 2015. Tradução livre de: “At present, approximately thirty constitutions are amended each year”.

¹¹ TARR, Allan G. Explaining state constitutional changes. *Revista do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 3, n. 2, p. 9-32, mai./ago. 2016.

¹² ALBERT, Richard. American exceptionalism in constitutional amendment. *Arkansas Law Review*. Fayetteville, v. 69, n. 2, p. 217-252, 2016; VERSTEEG, Mila; ZACKIN Emily. American constitutional exceptionalism revisited. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 81, n. 4, p. 1641-1707, 2014.

já que ela se distingue tanto da tendência observada no interior do próprio território estadunidense, quanto se comparada com a tendência observada nas demais experiências constitucionais mundo afora.

Segundo Ginsburg e Melton, a Constituição estadunidense encontrou nos juízes e tribunais uma forma de garantir sua atualização ao longo dos anos. De acordo com os autores, “pode haver uma cultura de resistência, ou de aceitação, a alterações do sentido da constituição pela via jurisdicional em paralelo à cultura de emenda”.¹³ Sendo assim, seria perfeitamente possível que em um país no qual haja pouca aderência aos processos formais de reforma da constituição, haja aceitação à atualização de seu sentido pela via judicial. Não sem resistência, essa parece ter sido a fórmula encontrada em solo estadunidense para a evolução do seu sistema constitucional. Decisões de juízes e tribunais, em especial da Suprema Corte, combinadas com emendas constitucionais (em raros momentos da tradição constitucional estadunidense), ajudam a explicar a vigência daquela Constituição duzentos e trinta anos depois e após.

O EMBATE ENTRE INTERPRETATIVISTAS E NÃO INTERPRETATIVISTAS: A RESISTÊNCIA AOS MECANISMOS INFORMAIS DE MUDANÇA CONSTITUCIONAL

A Constituição estadunidense, portanto, é composta não apenas pelo texto elaborado pelos convencionais da Filadélfia, mas também pelos precedentes e tradições desenvolvidos durante sua vigência. Sendo assim, a compreensão do sistema constitucional estadunidense deve estar atenta tanto para aquilo que foi e continua sendo construído por tribunais, juízes e pela própria sociedade, quanto para o texto que corporifica este documento. Nesses termos, torna-se preciso conciliar essas duas partes do sistema constitucional daquele país. Isto é, compatibilizar uma Constituição dinâmica com um texto que possui pretensão de permanência e que ao mesmo tempo assume importância central para o desenvolvimento informal deste sistema.

Como destaca Bernardo Gonçalves Fernandes, parte relevante do debate constitucional estadunidense se refere à disputa entre interpretativistas e não interpretativistas. De um modo geral, a primeira corrente defende que a interpretação da Constituição, principalmente aquela realizada por juízes e tribunais, deveria se limitar à captação do sentido expresso pelo dispositivo constitucional interpretado. Quando muito, o intérprete deveria recorrer à compreensão dos fundadores sobre o sentido das disposições constitucionais como forma de orien-

¹³ GINSBURG, Tom; MELTON, James., *op. cit.*, p. 688. Tradução livre de: “There may be a culture of resistance to, or acceptance of, judicial lawmaking that itself parallels the amendment culture”.

tar sua empreitada. Alterar o sentido originariamente conferido às disposições constitucionais desvirtuaria, em última instância, a própria compreensão do princípio do *rule of law*. Já para os não interpretativistas, o objetivo deveria ser o de concretizar o projeto constitucional a partir da exploração do potencial interpretativo das disposições constitucionais nele inseridas, considerando-se, para tanto, as tradições e os precedentes construídos pela própria tradição constitucional estadunidense¹⁴.

Para Keith Whittington, a relação entre interpretativistas e não interpretativistas pode muito bem ser representada pelo debate havido entre o Senador Sam Ervin e o futuro *Justice* Thurgood Marshall, durante a sabatina deste último perante o Senado estadunidense no ano de 1967. Ervin perguntou a Marshall: “o papel da Suprema Corte não seria o de simplesmente apurar e dar concretude à intenção dos autores e das pessoas que ratificaram a Constituição?”¹⁵. Marshall respondeu: “sim, Senador, com o entendimento de que a Constituição foi projetada para ser um documento vivo”¹⁶.

A revolução de direitos promovida pela Corte Warren potencializou o debate em torno do papel que deveria ser desempenhado pela Suprema Corte. Setores conservadores da sociedade estadunidense se opunham à expansão de direitos ocorrida neste período ao argumento de que os juízes estariam impondo à sociedade suas concepções pessoais sobre os assuntos políticos da nação. Como afirma Whittington, “à medida que a revolução dos direitos da Corte Warren se tornava cada vez mais controversa no final dos anos 1960, os críticos da Corte recorreram frequentemente à intenção original dos fundadores para fundamentar seu desacordo”¹⁷.

Como demonstra Ronald Dworkin, Dwight Eisenhower, ao deixar a presidência dos Estados Unidos da América em 1961, condenando aquilo que ele mesmo denominou de ativismo judicial, disse a um jornalista que cometeu dois grandes erros durante o período que exerceu a presidência e que ambos estavam na Suprema Corte. Eisenhower referia-se a Earl Warren e a William Brennan, ambos indicados por ele à Suprema Corte, que, na sua leitura, fizeram com que a Corte viven-

¹⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 195-197.

¹⁵ WHITTINGTON, Keith. The new originalism. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*. Washington, v. 2, p. 600, 2004. Tradução livre de: “Is not the role of the Supreme Court simply to ascertain and give effect to the intent of the framers of this Constitution and the people who ratified the Constitution?”.

¹⁶ *Ibid.* Tradução livre de: “Yes, Senator, with the understanding that the Constitution was meant to be a living document”.

¹⁷ *Ibid.*, p. 599. Tradução livre de: “As the Warren Court’s rights revolution became increasingly controversial in the late 1960s, critics of the Court frequently recurred to original intent to ground their disagreement with the Court’s innovative rulings”.

ciasse o período “mais ativista” da sua história, tendo em vista a interpretação extensiva conferida naquele período, pela Corte, aos direitos fundamentais¹⁸.

Como parte de sua campanha presidencial de 1968, cujo lema era “*Law and order*”, Richard Nixon criticou repetidamente o papel da Suprema Corte durante a presidência do *Justice* Earl Warren. Nixon havia se comprometido a indicar somente *Justices* que se limitariam a interpretar as leis e a Constituição tal como entendidas no momento da sua elaboração, em contraposição ao modelo *judge made law* que havia perdurado durante a Corte Warren¹⁹. Segundo Dworkin, Ronald Reagan e George Bush também se mostraram perplexos com aquilo que denominaram de “usurpação” dos privilégios do povo pela Corte. Tanto é assim que teriam afirmado que estavam “determinados a só indicar para a Suprema Corte juízes que não desafiassem a vontade popular, mas a respeitassem”²⁰.

De acordo com Strauss, a princípio, interpretar a Constituição estadunidense deveria ser uma tarefa fácil. O documento é pequeno e escrito de forma acessível. Então, questiona o autor: “por que não fazer apenas o que suas palavras dizem?”²¹. Em alguns casos, o autor afirma que isso seria possível. Na sua visão, “muitos dispositivos da Constituição estadunidense são bastante precisos e não deixam espaço para disputas interpretativas”²², como se passa, por exemplo, com o Artigo II, Seção 1, que estabelece a idade mínima de 35 anos para a presidência da República, o Artigo I, Seção 3, que determina o número mínimo de senadores por estado, dentre outros. O problema residiria em alguns dispositivos que, apesar de escritos de maneira clara, não forneceriam um comando inequívoco. São justamente essas “questões que são disputadas nos tribunais e pela sociedade em geral”²³.

Nesses termos, para os interpretativistas, se no momento de elaboração de um dispositivo constitucional o mesmo teria sido compreendido como permitindo ou proibindo algo, então ele deveria continuar sendo entendido da mesma maneira nos dias atuais. Pois, para essa corrente, o mesmo seria expressão da vontade soberana do povo estadunidense, que, por sua vez, estaria contida única e tão somente na redação do próprio dispositivo. Na hipótese de dúvida, a única solução plausível seria recorrer à história dos debates dos tempos que o mesmo teria sido aprovado.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 7.

¹⁹ WHITTINGTON, Keith., *op. cit.*, p. 600.

²⁰ DWORKIN, Ronald., *op. cit.*, p. 7.

²¹ STRAUSS, David., *op. cit.*, p. 7. Tradução livre de: “Why not just do what the words say?”

²² *Ibid.*, p. 7. Tradução livre de: “Many provisions of the U.S. Constitution are quite precise and leave no room for quarreling, or for fancy questions about interpretation”.

²³ *Ibid.*, p. 9. Tradução livre de: “These questions are the ones that are disputed in the courts and in society at large”.

Para essa corrente de pensamento, contudo, a Constituição não deveria ser inteiramente imutável, tampouco seria um documento que não precisaria de ajustes no decorrer do tempo e, muito menos ainda, seria um documento que não contivesse problemas quando teria sido elaborado. Justamente por isso, segundo os interpretativistas, havia no texto constitucional estadunidense a previsão de alteração dos seus próprios termos por meio do processo de emenda à Constituição, única via por meio da qual seria possível atualizar o sentido do texto constitucional de maneira legítima.

Em “*The Living Constitution*”, David Strauss está preocupado em demonstrar como seria possível ter uma Constituição viva que garanta estabilidade e ao mesmo tempo seja capaz de evitar a manipulação humana. Logo no início do texto, o autor pergunta se os Estados Unidos da América teriam uma Constituição viva. Sua resposta é enfaticamente afirmativa. Uma constituição viva seria, para Strauss, “aquela que evolui, [que] muda com o tempo e [que] se adapta a novas circunstâncias, sem ser formalmente emendada”²⁴. Pois bem, se a constituição não seria uma constante, alegam os críticos da constituição viva, alguém estaria alterando-a de acordo com suas preferências pessoais, sendo os juízes os principais agentes dessa mudança. Dessa maneira, uma constituição viva não poderia ser de modo algum uma constituição, nem mesmo Direito. Ela não passaria de uma coleção de opiniões proferidas por um grupo de pessoas (os juízes) que, por contingências históricas, estão no poder em um dado momento impondo ao restante da sociedade suas visões pessoais.

A imagem que ilustra a capa do livro “*The Living Constitution*”, além de bela, é também bastante significativa da tese sustentada por David Strauss. Uma árvore magistral fica acima de um antigo pergaminho da Constituição estadunidense. Seus galhos crescem para todos os lados e, ao invés de folhas, possuem belas estrelas azuis e vermelhas em suas pontas. Segundo Jack Balkin, a escolha de Strauss pela árvore se justifica, pois ela representaria uma metáfora do que é vivo e orgânico, sugerindo que a verdadeira Constituição estadunidense se desenvolveu para além dos limites do seu antigo texto, a ponto de transcender o documento. Seus galhos, em cujas pontas há estrelas, sugeririam que aquela Constituição se desenvolveu em vários sentidos inicialmente não imaginados pelos seus autores, os convencionais da Filadélfia. As estrelas representariam importantes casos julgados pela Suprema Corte, como, por exemplo, *Brown v. Board of Education* ou *McCulloch v. Maryland*.²⁵

²⁴ *Ibid.*, p. 1. Tradução livre de: “A ‘living Constitution’ is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended”.

²⁵ BALKIN, Jack M. The roots of the living Constitution. *Boston University Law Review*. Boston, v. 92, n. 249, p. 1119, 2012.

A escolha dessa árvore, portanto, não se deu por acaso. É que para Strauss o sistema constitucional estadunidense teria sido construído sob o sistema do *common law* e não sob o texto escrito da Constituição. Isso quer dizer que, ao invés de um desenvolvimento por ele denominado de autoritário, o sistema constitucional estadunidense teria se desenvolvido a partir de precedentes e tradições que se acumularam ao longo do tempo. Ao invés de seguir estritamente os mandamentos inscritos no texto constitucional, preferiu-se seguir, sem que se percebesse, as interpretações feitas deste texto pelas gerações posteriores à dos fundadores. Nas palavras do autor, “o *common law* não é um sistema que se desenvolve a partir de um texto autoritário, fundamental e quase sagrado como a Constituição. Pelo contrário, o *common law* é construído a partir de precedentes e tradições acumuladas no decorrer do tempo”²⁶. Os colonos teriam implantado em solo estadunidense um modelo de *common law* bem aos moldes do *common law* britânico, baseado nas tradições, práticas institucionais e nos precedentes. Assim, para Strauss, o sistema constitucional estadunidense “se tornou um sistema de *common law*, no qual as práticas e os precedentes do passado são, à sua maneira, tão importantes quanto a própria Constituição escrita dos Estados Unidos da América”²⁷. Como explica Balkin,

A capa do livro simboliza importantes características da tese de Strauss. Strauss acredita que a verdadeira constituição dos Estados Unidos da América não seria seu texto propriamente dito, mas algo vivo e crescente além do texto, que evoluiu por meio do sistema de decisões do *common law*, cujas características centrais e muitas de suas realizações mais orgulhosas são decisões judiciais²⁸.

A importância do texto constitucional, para Strauss, seria bastante reduzida, a ponto deste autor afirmar que nos casos submetidos à apreciação dos tribunais estadunidenses envolvendo questões constitucionais, a Constituição raramente seria mencionada. Para ele, grande parte das discussões estão centradas em demonstrar qual seria o entendimento anteriormente fixado pelos tribunais sobre a matéria em disputa e como o caso em questão se enquadraria nos precedentes

²⁶ STRAUSS, David., *op. cit.*, p. 3. Tradução livre de: “The common law is a system built not on an authoritative, foundational, quasi-sacred text like the Constitution. Rather, the common law is built out of precedents and traditions that accumulate over time”.

²⁷ *Ibid.*, p. 4. Tradução livre de: “Our constitutional system, has become a common law system, one in which precedent and past practices are, in their own way, as important as the written U.S. Constitution itself”.

²⁸ BALKIN, Jack. p. 1129, 2012. Tradução livre de: “The book’s cover symbolizes important features of Strauss’s argument. Strauss believes that the real constitution in the United States is not its text, but a living, growing thing beyond the text that has evolved through common-law decision making, and that its central features and many of its proudest accomplishments are judicial decisions”.

já estabelecidos. O mesmo não aconteceria nos casos em que o que está em questão é a interpretação da legislação infraconstitucional. Em tais hipóteses, os textos legais são fundamentais para a solução do caso submetido à apreciação jurisdicional. Advogados e juízes se dedicariam, portanto, a extrair exatamente o sentido expresso pelas palavras utilizadas na legislação.

Quando um caso se refere à interpretação de uma lei infraconstitucional, os *briefs*, os argumentos orais e os votos geralmente se concentram na captação do preciso sentido das palavras empregadas pela lei. Mas quando um caso envolve a Constituição, o texto rotineiramente não recebe atenção²⁹.

Ora, se assim o for, os Estados Unidos da América realmente teriam uma Constituição? Para David Strauss, sim. No entanto, essa Constituição não seria “apenas o documento que está sob o vidro do Arquivo Nacional”, aliás, segundo o autor, se se pensar assim sequer será possível “começar a entender o Direito Constitucional estadunidense”³⁰. O argumento de Strauss vai no sentido de que a Constituição estadunidense é um documento relativamente curto que, em mais de dois séculos de vigência, teria sido emendado apenas vinte e sete vezes. Nesse sentido, grande parte da tradição constitucional estadunidense se desenvolveu para além do texto constitucional. A combinação entre a constituição que efetivamente operaria na realidade político-social (por ele denominada de *small-c constitution*) e a Constituição guardada no Arquivo Nacional é o que formaria a Constituição viva dos Estados Unidos da América.

Então, para Strauss, a grande questão passa a ser como explicar o processo informal de mudança da Constituição que não se limite a reduzir o texto constitucional àquilo que os juízes dizem que ele é e que tampouco deixe os direitos e as garantias fundamentais à mercê da opinião pública que, por sua vez, é sempre cambiante. Trata-se, assim, de enfrentar o argumento dos interpretativistas no sentido de que o modelo de uma constituição viva não é uma autorização para que os juízes façam aquilo que eles queiram. Para David Strauss, a crítica dos interpretativistas direcionada à constituição viva poderia ser traduzida da seguinte maneira: “a Constituição viva é infinitamente flexível e seu conteúdo é definido tão somente pelos pontos de vista pessoais do intérprete. O constitucio-

²⁹ STRAUSS, David., *op. cit.*, p. 34. Tradução livre de: “When a case concerns the interpretation of a statute, the briefs, the oral arguments, and the opinions will usually focus on the precise words of the statute. But when a case involves the Constitution, the text routinely gets no attention”.

³⁰ *Ibid.* Tradução livre de: “What’s going on here? Don’t we have a Constitution? We do, but if you think the Constitution is just the document that is under glass in the National Archives, you will not begin to understand American constitutional law”.

nalismo vivo significa que as restrições estão desativadas e que vale tudo³¹ quando o assunto é mudança constitucional.

Segundo Jack Balkin, ao colocar a questão dessa maneira, Strauss coloca os originalistas conservadores como seus principais adversários. Contudo, ao fazê-lo, Strauss acabaria por concordar com seus oponentes em pelo menos um aspecto fundamental: “o foco central da interpretação constitucional é e deve ser os juízes, e o problema central que o constitucionalismo vivo enfrenta é o de restringir os comportamentos judiciais”³².

Sendo assim, para Balkin, essa não seria a melhor maneira de apreender o constitucionalismo vivo, pois, na sua visão, os juízes são apenas um dos vários atores importantes para o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense. Nesse sentido, Balkin afirma que apesar de relevantes para a evolução do sistema constitucional estadunidense, os juízes não seriam atores solo nesse processo. Muito antes pelo contrário, de acordo com Balkin, o “desenvolvimento constitucional estadunidense conta com uma variedade de atores e instituições que lutam continuamente sobre o que é razoável e desarrazoado, ‘on the wall’ e ‘off the wall’ na cultura constitucional”³³.

EXPLICANDO O DESENVOLVIMENTO DE UMA CONSTITUIÇÃO VIVA: O DEBATE ENTRE DAVID STRAUSS E JACK BALKIN

A Constituição viva dos Estados Unidos da América não seria formada apenas pelo conjunto de decisões da Suprema Corte e dos demais tribunais fede-

³¹ *Ibid.*, p. 31. Tradução livre de: “The living Constitution is infinitely flexible and has no content other than the views of the person who is doing the interpreting. Living constitutionalism means that the restraints are off, and anything goes”.

³² BALKIN, Jack. p. 1131, 2012, Tradução livre: “The central focus of constitutional interpretation is and should be judges, and the central problem that living constitutionalism faces is constraining judicial behavior”.

³³ *Ibid.* Tradução livre de: “American constitutional development features a variety of players and institutions that continually struggle over what is reasonable and unreasonable, ‘on the wall’ and ‘off the wall’ in constitutional culture”. Aqui vale um esclarecimento. Para Balkin, a cultura constitucional consiste nas crenças dos integrantes de uma comunidade política sobre o significado da sua constituição. Uma cultura constitucional, como qualquer outra cultura, muda e evolui, ou seja, é composta por diferentes compreensões, formando um todo que é dinâmico: pessoas com visões distintas de mundo disputam, a todo momento, o sentido da sua constituição. Como resultado, o sentido normativo que é expresso pela constituição se altera em resposta às lutas políticas e sociais travadas em torno dele. Assim, Balkin apresenta os conceitos de “off the wall” e “on the wall” como categorias importantes para a compreensão de uma cultura constitucional, pois, considerando que culturas são definidas em parte pelos seus limites, seria preciso compreender o que os participantes de uma cultura constitucional consideram consistente e inconsistente com as normas e valores desta cultura. Isto é, o que estaria, respectivamente, “on the wall” e “of the wall”. Sobre isso, com maiores detalhes, BALKIN, Jack. p. 139-225, 2011.

rais daquele país. Apesar de não deixar isso claro em seu texto, até mesmo David Strauss reconhece que os precedentes, as tradições e os entendimentos construídos sobre a Constituição estadunidense fora dos tribunais constituem parte indispensável da Constituição viva dos Estados Unidos da América³⁴. Sendo assim, o modelo decisório construído a partir do sistema do *common law* “deve incluir mais do que o trabalho da Suprema Corte, ou mesmo dos tribunais em geral; também deve incluir o trabalho dos governos federal e estadual e outros atores governamentais não especificados”³⁵.

Em verdade, conforme aponta Jack Balkin, a constituição que efetivamente operaria na realidade político-social seria composta por um conjunto de leis, instituições, doutrinas e práticas desenvolvidas ao longo do tempo³⁶. Além disso, vale ressaltar que, para Balkin, boa parte desses elementos nunca seria objeto de deliberação perante os órgãos jurisdicionais³⁷. Assim, apesar de Strauss focar “na santíssima trindade formada por precedentes, práticas e tradições, grande parte do regime constitucional é institucional e é formado por leis e atos administrativos”³⁸.

Um regime constitucional é constituído por crenças sobre o sentido constitucional. Isto é, por um conjunto de costumes, práticas e instituições aceitas pela sociedade como expressão do significado das disposições constitucionais. Para dizer com Jack Balkin, em qualquer ponto da história os estadunidenses vivem dentro daquilo que se costumou denominar de regime constitucional. Um regime constitucional combina uma série de crenças sobre o significado constitucional em conjunto com uma série de práticas, costumes e instituições aceitas pela sociedade. Assim, um regime constitucional inclui “(1) princípios e pressupostos básicos sobre direitos, deveres e o papel dos poderes constituídos e (2) as instituições e práticas que crescem em torno desses princípios e pressupostos”³⁹.

A explicação oferecida por David Strauss para o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense é criticada por Jack Balkin. Para esse último autor, os tribunais não estariam necessariamente à disposição da sociedade para ouvir

³⁴ STRAUSS, David., *op. cit.*, p. 35.

³⁵ BALKIN, Jack., p. 1134, 2012. Tradução livre de: “What Strauss means by ‘common law decision making’, then, must include more than the work of the Supreme Court, or even courts in general; it must also include the work of the federal and state governments and other unspecified government actors”.

³⁶ BALKIN, Jack. 2011 b, p. 35, 49 e 69.

³⁷ BALKIN, Jack. p. 1135, 2012.

³⁸ BALKIN, Jack. p. 1136, 2012. Tradução livre de: “Although Strauss tends to emphasize the holy trinity of precedents, practices, and traditions, much of the constitutional regime is institutional and was built through statute and administrative regulation”.

³⁹ BALKIN, Jack. 2011 b, p. 109. Tradução livre de: “We might define a constitutional regime as consisting of (1) basic principles and assumptions about constitutional rights, duties, and powers and the proper role of government and (2) the institutions and practices that grow up around these principles and assumptions”.

suas demandas por mudanças do regime constitucional. Ao contrário do que Strauss pretende comprovar com sua tese, os órgãos do Poder Judiciário não teriam apenas essa função responsiva aos anseios sociais. Eles seriam também atores importantes para a explicação, legitimação e manutenção do regime constitucional em vigor⁴⁰.

Isso porque “os tribunais seriam parte do regime constitucional em vigor. Muito do que eles fazem é manter o regime, legitimá-lo e garanti-lo”⁴¹. Assim, a ideia da possibilidade de manutenção do regime constitucional pelos próprios tribunais oferece uma leitura alternativa à pretensão de Strauss explicar o desenvolvimento constitucional segundo o modelo decisional do *common law*. Dessa maneira, “os tribunais não estariam simplesmente mantendo os ouvidos atentos e se ajustando às demandas sociais por mudanças; em vez disso, estariam participando ativamente da construção do regime dominante e legitimando-o também”⁴².

Além disso, considerando a pluralidade de vozes que necessariamente compõe uma sociedade, seria difícil sustentar algo parecido como demandas inequívocas que precisariam ser reconhecidas pelos tribunais. É que David Strauss caracteriza o *common law* como um sistema “no qual precedentes evoluem, moldados por noções de justiça e boa governança”⁴³. A questão, portanto, argumenta Jack Balkin, seria melhor colocada se o interesse de Strauss fosse direcionado a saber quais seriam as questões levadas aos tribunais, como tais questões seriam respondidas pelos órgãos jurisdicionais e o porquê o sistema do *common law* deveria respondê-las.

O modelo tradicional de desenvolvimento do *common law* vê os juízes como responsáveis a algo chamado “sociedade”, em vez de mudanças e desafios ao regime constitucional. Mas pode não haver uma única coisa chamada “sociedade”; em vez disso, a vida social pode ser bastante heterogênea e diferenciada em várias instituições e subculturas, com lutas por poder e reconhecimento entre muitos tipos diferentes de instituições e grupos. Se a sociedade é heterogênea dessa maneira, então, dizer que através do processo de tomada de decisão típico do *common law*, os juízes respondem à sociedade, pode nos dizer algo que não seja muito útil ou interessante. O que queremos saber é a quais elementos, institui-

⁴⁰ Sobre isso, em maior detalhe, BALKIN, Jack. 2011 b, p. 287-293; BALKIN, Jack. p. 1136-1138, 2012.

⁴¹ BALKIN, Jack. p. 1136, 2012. Tradução livre de: “Courts are part of the existing constitutional regime. Much of what courts do is maintain the regime, legitimate it, and police it”.

⁴² *Ibid.*, p. 1137. Tradução livre de: “Courts are not simply keeping their ears to the ground and adjusting to changing times and mores; instead they are actively participating in the construction of the dominant regime and legitimating it as well”.

⁴³ STRAUSS, David. p. 36, 2010. Tradução livre de: “The kind of development I describe – in which precedents evolve, shaped by notions of fairness and good policy”.

ções ou aspectos da vida social os juízes respondem e por qual razão eles o respondem. Se a sociedade é heterogênea e institucionalmente diferenciada, seus interesses e valores podem não ser unitários ou mesmo coerentes; eles podem ser competitivos e fraturados. A sociedade pode não ter um conjunto claro ou coerente de costumes, necessidades ou demandas às quais o modelo de tomada de decisão do *common law* poderia responder; em vez disso, a vida social pode apresentar uma mistura complicada de afirmações feitas por diferentes grupos e interesses que estão constantemente mudando e evoluindo⁴⁴.

David Strauss sustenta a tese de que o *common law* explicaria as transformações pelas quais a Constituição estadunidense passou durante seu período de vigência. Nessa linha de raciocínio, os tribunais trabalhariam com conceitos e precedentes que somente deveriam ser abandonados ou transformados quando os mesmos se mostrarem insuficientes. A noção por detrás desta tese é a de que os entendimentos sobre o sentido de uma disposição constitucional formados em determinado momento perderiam sua funcionalidade no decorrer do tempo.

No entanto, conforme anota Jack Balkin, a perspectiva defendida por Strauss ocultaria uma série de fatores que seriam imprescindíveis para a compreensão do processo de evolução do sistema constitucional estadunidense. Fatores institucionais poderiam influenciar diretamente esse processo. A renovação dos membros do Poder Judiciário poderia, por exemplo, fazer com que entendimentos constitucionais fixados anteriormente sejam revistos, ou até mesmo superados. Da mesma maneira, o resultado das eleições presidenciais e a composição do Senado Federal também poderiam influenciar diretamente esse processo⁴⁵.

Por outro lado, a ideia de que a manutenção de um precedente foi se tornando insustentável ao longo do tempo também é questionada por Balkin. Ora, considerando o pluralismo característico das sociedades modernas, sempre ha-

⁴⁴ BALKIN, Jack. p. 1138, 2012. Tradução livre de: “The traditional model of common-law development sees judges as responsive to something called ‘society’, rather than to changes in and challenges to a constitutional regime. But there may not be a single thing called ‘society’; rather, social life may be quite heterogeneous and differentiated into various institutions and subcultures, featuring struggles for power and recognition among many different kinds of institutions and groups. If society is heterogeneous in this way, then saying that through common-law decision making judges respond to society may not tell us very much that is helpful or interesting. What we want to know is what elements, institutions, or aspects of social life judges respond to and why. If society is heterogeneous and institutionally differentiated, its interests and values may not be unitary or even coherent; they may be competitive and fractured. Society may not have a clear or coherent set of mores, needs, or demands that common-law decision making could respond to; rather, social life may feature a complicated mixture of claims made by different groups and interests that are constantly shifting and evolving”.

⁴⁵ Sobre os constrangimentos institucionais impostos aos juízes pelo sistema constitucional estadunidense, BALKIN, Jack. 2011 b, p. 16-20, 74-99, 293-296; BALKIN, Jack. p. 1145, 2012.

verá defensores e opositores de um entendimento constitucional. Para aqueles, uma doutrina constitucional formada no passado não apenas poderia ser sustentada no tempo em que a mesma fora construída, como também continuaria parecendo adequada até os dias atuais. Para estes, no entanto, o mesmo entendimento sobre o sentido constitucional poderia ser inadequado desde o momento em que fora firmado.

Isso quer dizer que nem sempre objeções a determinado precedente serão apenas de ordem funcional. Elas também poderão ser de ordem política e ideológica. Nesse sentido, ao contrário do que defende Strauss, um entendimento constitucional se mostraria passível de superação não porque algum observador externo, apolítico e não especificado entenda que, por razões pragmáticas, o mesmo mereça ser revisto ou abandonado, mas devido à pressão de atores sociais e de fatores institucionais nas disputas do sentido constitucional.

Em contraste, uma abordagem do *common law* na qual as decisões são gradualmente derrubadas porque os juízes acabam por considerá-las “impraticáveis” não toca nessas características fortemente políticas – e fortemente contingentes – do desenvolvimento constitucional. De fato, tal abordagem as obscurecem. No entanto, devemos prestar atenção a essas e outras características institucionais do sistema constitucional, se quisermos entender como a Constituição viva realmente funciona na prática. Tais fatores institucionais incluem o sucesso de mobilizações e contra-mobilizações, resultados eleitorais, as demandas políticas enfrentadas pelos presidentes, a composição do Senado, os candidatos qualificados e confirmados disponíveis aos Presidentes no momento da nomeação [aos órgãos do Poder Judiciário e à Suprema Corte], o papel dos meios de comunicação e o tempo e esforço investido pelas organizações da sociedade civil na reformulação da opinião pública sobre questões constitucionais e na organização de campanhas de litigância estratégica⁴⁶.

Mantendo a metáfora arbórea de Strauss, Jack Balkin sustenta ser mais importante investigar as origens das raízes da Constituição viva estadunidense do que

⁴⁶ BALKIN, Jack. p. 1149, 2012. Tradução livre de: “By contrast, an account of the common law in which decisions are gradually overturned because judges eventually find them ‘unworkable’ does not touch on these strongly political – and strongly contingent – features of constitutional development. Indeed, it obscures them. Yet we must pay attention to these and other institutional features of the constitutional system if we want to understand how the living Constitution actually works in practice. Such institutional factors include the success of mobilizations and countermobilizations, election results, the political demands facing presidents, the composition of the Senate, the qualified and confirmable candidates available to Presidents at the time of appointment, the role of mass media, and the investments of time and effort by civil society organizations in reshaping public opinion about constitutional issues and in staging concerted litigation campaigns”.

saber para onde seus galhos crescem. É que para Balkin, em diálogo com Strauss, uma árvore não é algo que simplesmente cresce e se alastra por aí. Pelo contrário, ela é fixada em algum lugar pelas suas raízes que a estabiliza, alimenta e a mantém viva. Igualmente, uma matriz institucional de restrições e influências estabilizaria, constringeria, nutriria e sustentaria a Constituição viva dos Estados Unidos da América. A partir de então, essas instituições da cultura política estadunidense permitiriam que os mais variados grupos sociais articulassem e expressassem suas opiniões na sociedade civil, na mídia, nas ONGs, nos partidos políticos, nas campanhas de litígio estratégico nas legislaturas e nos tribunais estaduais e locais.

Em “*Living Originalism*”, Jack Balkin sustenta que a Constituição viva estadunidense seria constituída pelos processos de construção e de manutenção do regime constitucional⁴⁷. Da sua perspectiva, o constitucionalismo vivo não deveria ser uma corrente que tentaria prescrever um modelo decisional a ser seguido pelos juízes. Não seria, portanto, uma teoria de como os juízes deveriam decidir os casos submetidos à sua apreciação para tornar o trabalho destes mais consistentes com as exigências de ordem democrática. Em vez disso, o propósito de Balkin é o de descrever os processos por meio dos quais a mudança constitucional ocorre, tanto no âmbito dos poderes constituídos, quanto no âmbito da sociedade civil, para, a partir de então, explicar como esses processos promoveriam a legitimidade democrática do sistema constitucional estadunidense como um todo ao longo do tempo. Nesse sentido, apenas parte da construção e da manutenção do regime constitucional poderia ser descrita a partir do modelo decisional do sistema do *common law*, que, por sua vez, não se preocuparia em explicar os propulsores da mudança e da manutenção, seja nas instituições estatais, seja na sociedade civil⁴⁸.

Da perspectiva de Jack Balkin, o constitucionalismo vivo não deveria ser compreendido como uma teoria direcionada somente aos juízes. Segundo o autor, o constitucionalismo vivo deveria estar direcionado a todos os cidadãos que queiram saber como sua Constituição opera na prática e como seu sistema constitucional se modifica ao longo do tempo de maneira legítima, por meio do processo por ele denominado de construção constitucional (*constitutional construction*)⁴⁹. Como uma das faces da interpretação constitucional, a construção constitucional (*constitutional construction*) envolve a implementação e aplicação da Constituição por meio de todos os métodos interpretativos disponíveis⁵⁰.

⁴⁷ Os parágrafos que se seguem, resumem os argumentos utilizados pelo autor nos capítulos 13 e 14 da obra *Living originalism*. Sobre isso, BALKIN, Jack. 2011 b, p. 277-339.

⁴⁸ Sobre isso, BALKIN, Jack. 2011 b, p. 278.

⁴⁹ Sobre as pressuposições que devem orientar a doutrina do constitucionalismo vivo para uma abordagem mais útil, *Ibid.*, p. 279.

⁵⁰ Sobre isso, *Ibid.*, p. 5. Nas palavras do autor: “O que as pessoas chamam de ‘interpretação constitucional’ envolve mais de uma atividade. A primeira é a determinação do significado. A segunda atividade é a construção constitucional – implementação e aplicação da Constituição

Para Jack Balkin, o texto constitucional estadunidense constitui um projeto (*framework*) aberto ao futuro e que, justamente por isso, deve perdurar ao longo de várias gerações. Da sua perspectiva, cada geração deveria fazer sua parte para manter a continuidade deste projeto inaugurado pelos convencionais da Filadélfia, de modo que o seu sentido permaneça sempre adequado às necessidades e aos valores do povo estadunidense⁵¹. Esse projeto se realizaria pelo método interpretativo do texto e princípio (*text and principle*).

O método do texto e princípio requer fidelidade ao significado original da Constituição e, em particular, às regras, padrões e princípios estabelecidos pelo texto constitucional. Também requer que nós apuremos e fiquemos fiéis aos princípios que fundamentam o texto, e que façamos construções constitucionais que melhor apliquem o texto constitucional e os princípios a ele associados à luz das circunstâncias atuais⁵².

Da perspectiva dos participantes, o processo de construção constitucional (*constitutional construction*), por meio do método do texto e princípio (*text and principle*), faria com que eles se vissem como responsáveis pelos rumos tomados pela sua própria Constituição, na medida em que a participação no projeto constitucional permitiria a eles alterar, argumentativamente, o sentido das disposições constitucionais. Por outro lado, a relação entre os poderes constituídos também contribuiu para o processo de evolução daquele sistema constitucional. Para o autor, portanto, mudanças constitucionais ocorreriam devido a (1) mudanças na cultura constitucional; (2) na forma encontrada pelos tribunais para racionalizar e legitimar as políticas públicas implementadas pelo governo federal; e (3) na composição dos órgãos do Poder Judiciário, por meio dos processos de nomeação de novos juízes⁵³.

por meio de todas as modalidades de interpretação: argumentos históricos, de estrutura, de ethos, consequencialistas e precedentes”. Tradução livre de: “What people call ‘constitutional interpretation’ involves more than one activity. The first is the ascertainment of meaning. [...] The second activity is constitutional construction – implementing and applying the Constitution using all of the various modalities of interpretation: arguments from history, structure, ethos, consequences, and precedent”.

⁵¹ Sobre isso, *Ibid.*, p. 21-34.

⁵² *Ibid.*, p. 3. Tradução livre de: “The method of text and principle requires fidelity to the original meaning of the Constitution, and in particular, to the rules, standards, and principles stated by the Constitution’s text. It also requires us to ascertain and to be faithful to the principles that underlie the text, and to build out constitutional constructions that best apply the constitutional text and its associated principles in current circumstances”.

⁵³ Isso quer dizer que, apesar de terem sido promulgadas doze emendas constitucionais durante o século XX, essas emendas não oferecem um retrato exato das principais mudanças ocorridas no constitucionalismo estadunidense nos últimos cem anos. De acordo com o autor, essas emendas dizem pouco sobre as grandes transformações constitucionais ocorridas naquele país, dentre elas: o crescimento do Estado de bem-estar social, a expansão dos poderes presidenciais, a criação do estado de segurança nacional, ou a revolução dos direitos civis. Sobre isso, *Ibid.*, p. 318-320.

Devido ao fato de que a Constituição estadunidense está envolta a uma série de forças políticas, econômicas e sociais, a expressão “constituição viva” compara a Constituição a um organismo vivo que se desenvolve e se transforma em resposta aos estímulos oferecidos por tais forças. Justamente por isso, Jack Balkin argumenta que os juízes não deveriam estar situados no centro dos processos de mudança constitucional, pois, por mais que quisessem, eles mesmo assim não conseguiriam controlar as pressões por mudanças impostas ao sistema constitucional estadunidense.

Aliás, não apenas os juízes não conseguiriam, por assim dizer, tomar as rédeas dos processos de desenvolvimento constitucional estadunidense. É que de acordo com Balkin, ninguém e nenhuma instituição poderia garantir qual o caminho será seguido por uma constituição viva no futuro. Não haveria como garantir para onde os processos de mudança constitucional levarão a Constituição estadunidense. Se a um futuro permeado por grandes injustiças ou até mesmo por desastres políticos, ou, ao contrário, a um futuro marcado pela superação das desigualdades e pelo aprimoramento das formas de boa governança. O sucesso de uma constituição não é garantido por seu texto, nem pelas suas instituições e tampouco pela capacidade supostamente distintiva do povo que vive sob seus preceitos. Não há um roteiro que deva ser seguido para que se alcance, por meio de uma constituição, o progresso e a justiça.

Isso quer dizer que por mais que a Constituição ofereça as condições de possibilidade para a evolução do sistema constitucional estadunidense, ela não é capaz de por si própria garantir que este projeto constitucional tenha um final feliz. A história da humanidade mostra que instituições não duram para sempre e com a Constituição estadunidense não seria diferente. Não há nada que garanta a permanência e tampouco o sucesso daquele projeto constitucional. Nesse sentido, sustenta Balkin, que é preciso ter fé, não apenas no texto constitucional, mas também nas práticas herdadas das gerações passadas e no trabalho que será realizado pelas gerações do presente e do futuro no sentido de dar continuidade ao desenvolvimento do projeto constitucional.

Ao conceber que o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense está diretamente relacionado às disputas interpretativas sobre o melhor sentido que deveria ser extraído das disposições constitucionais, Balkin acredita que o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense seria dependente das disputas em torno do melhor sentido das disposições constitucionais daquele país à luz das necessidades do presente⁵⁴. Não é sem motivo que, segundo o autor, “o fato de a Constituição estar nas mãos dos cidadãos estadunidenses, e não simplesmente nas mãos dos juízes, é a razão pela qual aquela Constituição ainda vive”⁵⁵.

⁵⁴ Sobre a postura que deve ser adotada pelo povo estadunidense para a legitimação do seu projeto constitucional e os riscos inerentes a essa postura, BALKIN, Jack. 2011 a, p. 33-138.

⁵⁵ BALKIN, Jack. 2011 b, p. 339. Tradução livre de: “The fact that the Constitution is in all of our hands, and not simply the hands of the justices, is the reason why our Constitution still lives”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do debate instaurado entre David Strauss e Jack Balkin é possível constatar em quais aspectos os autores diferenciam o processo de evolução da Constituição estadunidense. Para Strauss, o processo de tomada de decisão jurisdicional proporcionado pelo sistema do *common law* garantiria a legitimidade democrática necessária para o desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense. Isso porque, na sua visão, juízes e tribunais se manteriam responsivos aos anseios sociais por mudanças do sentido que se expressaria nas disposições constitucionais daquele país, sem desconsiderar, contudo, as tradições, as práticas institucionais e os precedentes acumulados ao longo do tempo.

Por sua vez, segundo Jack Balkin, Strauss daria uma ênfase excessiva aos processos de tomada de decisão dos órgãos jurisdicionais, acabando, assim, por desvalorizar outros atores relevantes para o desenvolvimento constitucional estadunidense. Balkin sustenta que as mudanças constitucionais observadas em solo estadunidense são produto da influência de uma série de fatores que vão desde as pressões exercidas pelos cidadãos e pelas instituições da sociedade civil em geral, até questões relativas ao desenho institucional adotado pela Constituição de 1787. Assim, juízes e tribunais seriam apenas mais um dos atores que participam do processo de evolução do sistema constitucional estadunidense. Preocupado em focar nas raízes da Constituição viva estadunidense, Jack Balkin sustenta que os juízes são importantes atores no processo de evolução constitucional estadunidense, contudo eles não estão sozinhos nesta empreitada, razão pela qual seria preciso considerar que o sentido da Constituição se altera em resposta às lutas políticas e sociais e a estímulos institucionais em torno dela. Tendo em vista o embate entre interpretativistas e não interpretativistas, originalismo e constitucionalismo vivo, a proposta do autor se mostra sensível à necessidade de compatibilizar ambas as perspectivas teóricas. Por isso, seu projeto teórico denomina-se originalismo vivo. A evolução do sistema constitucional estadunidense, então, é compreendida como um processo que guarda fidelidade ao texto constitucional cujo sentido está aberto à construção, no presente, pela sociedade civil e pelos poderes constituídos.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Richard. American exceptionalism in constitutional amendment. *Arkansas Law Review*. Fayetteville, v. 69, n. 2, p. 217-252, 2016. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2094&context=lsfp>. Acesso em: 20/09/2020.

- BALKIN, Jack M. Agreements with hell and other objects of our faith. *Fordham Law Review*. New York, v. 65, n. 4, p. 1703-1738, 1997. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss4/26/>. Acesso em: 20/09/2020.
- BALKIN, Jack M. *Constitutional redemption: political faith in an unjust world*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- BALKIN, Jack M. *Living originalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- BALKIN, Jack M. The roots of the living Constitution. *Boston University Law Review*. Boston, v. 92, n. 249, p. 1129-1160, 2012. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4609/. Acesso em: 20/09/2020.
- BILLIAS, George. *American constitutionalism heard round the world, 1776-1989: a global perspective*. New York: New York University Press, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.
- GARDBAUM, Stephen. The myth and the reality of American constitutional exceptionalism. *Michigan Law Review*. Michigan, v. 107, n. 3, p. 391-466, dez. 2008. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol107/iss3/1/>. Acesso em: 20/09/2020.
- GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. *International Journal of Constitutional Law*. New York, v. 13, n. 3, p. 686-713, jul. 2015. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/13/3/686/2450807>. Acesso em: 20/09/2020.
- GREENWALD, John. The world: a gift to all nations. *Time*. Monday, 6th July, 1987. Disponível em: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,964901,00.html>. Acesso em: 28/09/2020.
- HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 29, n. 115, p. 5-25, jul./set. 1992. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176002/000468011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20/09/2020.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. Um processo de desmistificação: compreendendo criticamente o constitucionalismo estadunidense. *Revista Direito Público*. Porto Alegre, v. 15, n. 83, p. 9-32, set./out. 2018.
- SCHEIPS, Paul. Significance and adoption of article V of the Constitution. *Notre Dame Law Review*. Indiana, v. 26, n. 1, p. 46-67, 1950. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3758&context=ndlr>. Acesso em: 20/09/2020.
- STRAUSS, David A. *The living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

TARR, Allan G. Explaining state constitutional changes. *Revista do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, v. 3, n. 2, p. 9-32, mai./ago. 2016. Disponível: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46487>. Acesso em: 20/09/2020.

VERSTEEG, Mila; ZACKIN Emily. American constitutional exceptionalism revisited. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 81, n. 4, p. 1641-1707, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2416300. Acesso em: 20/09/2020.

WHITTINGTON, Keith. The new originalism. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*. Washington, v. 2, p. 599-613, 2004. Disponível em: https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/new_originalism_0.pdf. Acesso em: 20/09/2020.

Data de recebimento: 06/10/2020

Data de aprovação: 28/12/2020