



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS (IFCH)

Lucas Suárez de Oliveira Tozo

**Considerações sobre John Rawls e o
pensamento constitucional americano do pós
Segunda Guerra**

Campinas

2021



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS (IFCH)**

Lucas Suárez de Oliveira Tozo

Considerações sobre John Rawls e o pensamento constitucional americano do pós Segunda Guerra

Tese apresentada ao Instituto de
Filosofia e Ciências Humanas da
Universidade Estadual de Campinas
como parte dos requisitos exigidos
para a obtenção do título de Doutor em
Ciência Política

Orientadora: Prof(a) Dr(a) Walquíria Gertrudes Domingues Leão Rego

Este trabalho corresponde à versão final da tese
defendida pelo aluno Lucas Suárez de Oliveira
Tozo, e orientada pela prof(a). dr(a). Walquíria
Gertrudes Domingues Leão Rego.

Campinas

2021

Ficha catalográfica
Universidade Estadual de Campinas
Biblioteca do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas
Paulo Roberto de Oliveira - CRB 8/6272

Tozo, Lucas Suárez de Oliveira, 1986-
T669c Considerações sobre John Rawls e o pensamento constitucional americano
do pós-Segunda Guerra / Lucas Suárez de Oliveira Tozo. – Campinas, SP :
[s.n.], 2021.

Orientador: Walquíria Gertrudes Domingues Leão Rego.
Tese (doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de
Filosofia e Ciências Humanas.

1. Rawls, John, 1921-2002. 2. História constitucional - Estados Unidos. 3.
Constitucionalismo. I. Rego, Walquíria Gertrudes Domingues Leão, 1946-. II.
Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências
Humanas. III. Título.

Informações para Biblioteca Digital

Título em outro idioma: Considerations on John Rawls and post-World War II American
constitutional thought

Palavras-chave em inglês:

Constitutional History - United States
Constitutionalism

Área de concentração: Ciência Política

Titulação: Doutor em Ciência Política

Banca examinadora:

Walquíria Gertrudes Domingues Leão Rego [Orientador]

Andrei Koerner

Samuel Rodrigues Barbosa

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Data de defesa: 30-04-2021

Programa de Pós-Graduação: Ciência Política

Identificação e informações acadêmicas do(a) aluno(a)

- ORCID do autor: <https://orcid.org/0000-0003-2812-0971>

- Currículo Lattes do autor: <http://lattes.cnpq.br/5363263309763286>



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS (IFCH)

A Comissão Julgadora dos trabalhos de Defesa de Tese de Doutorado, composta pelos Professores Doutores a seguir descritos, em sessão pública realizada em 30 de abril de 2021, considerou o candidato Lucas Suárez de Oliveira Tozo aprovado.

Prof^a. Dra. Walquíria Gertrudes Leão Rego

Prof. Dr. Andrei Koerner

Prof. Dr. Samuel Rodrigues Barbosa

Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

A Ata de Defesa com as respectivas assinaturas dos membros encontra-se no SIGA/Sistema de Fluxo de Dissertações/Teses e na Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

AGRADECIMENTOS

Expresso aqui minha gratidão à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES pelo financiamento, indispensável, de minha pesquisa. Um privilégio em tempos tão sombrios. Ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – IFCH, em especial ao Programa de Pós Graduação em Ciência Política, pelo ambiente de pesquisa. À Universidade Estadual de Campinas, por sua excelência e humanismo. Aos muitos amigos que fiz.

Devo especialmente agradecer minha orientadora, desde o mestrado, Prof. Dra. Walquíria Gertrudes Domingues Leão Rego, pelo interesse, estímulo e provocações para com a minha pesquisa. Por seus valiosos comentários para o trabalho e a vida.

Agradeço muito a minha banca de qualificação, e agora da banca final por suas valiosas sugestões.

Agradeço à Prof. Dra Neri de Barros Almeida, Diretora Executiva de Direitos Humanos da UNICAMP, pela grande oportunidade de aprender e contribuir com a implementação da DeDH, entre outras ações, a Política Institucional de Direitos Humanos e o Código de Conduta da universidade.

Também falei e ouvi acerca do presente trabalho com amigos amados de sempre: Luiza Testa, Livia Bartolomei, Gabriel Schainer, Sara Dias, Marcelo Lombardi, Thiago Amaral, Marina Junqueira, Gregory Valente, Pedro Neves, Vitor Abreu, Caio Diniz, Jayme, Leo Segura, Daniel Elias, Rodrigo Mello, Vitor Nascimento, Camillat, Pedro Pio, Rafael Fonseca, Fernando Falcon, Maria Antônia Balbo entre tantos outros...

À minha família, especialmente meus pais, meu irmão, minha tia Dani, pelo indispensável e constante suporte e força para seguir em frente. Não foi fácil. Comecei a pós, no mestrado, ouvindo o nefasto “Vem pra Rua” e terminei com o sombrio “fica em casa” da pandemia e um presidente genocida.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

RESUMO

Se a literatura dedicada à teoria política liberal contemporânea numa perspectiva histórica é escassa, pouco existe, sobretudo nacionalmente, acerca da obra de um dos seus autores centrais, John Rawls. Conforme uma narrativa comum de apresentação deste autor, em 1971 apareceu sua obra *Uma Teoria da Justiça* e a partir de então, se restabeleceu a possibilidade de uma grande teoria filosófica sobre os fundamentos da ordem política. Tal narrativa, em geral, não leva em conta que quando *Uma Teoria da Justiça* apareceu, ela consolidava sistematicamente escritos de Rawls das décadas anteriores, portanto, respondendo a preocupações de outros momentos da história americana, no caso, do pós-Segunda Guerra. Assim, o que queremos afirmar com a presente tese, a partir da análise da ideia de neutralidade e outros conceitos implicados (e.g. consenso, procedimento) e da literatura histórica, que podemos perceber com alguma clareza que o pensamento político rawlsiano compartilha historicamente de dois aspectos fundamentais que atingem a proeminência no pensamento constitucional norte americano do pós-guerra, no caso, a prioridade normativa da igualdade moral como igual autonomia fundamento de uma interpretação liberal das liberdades civis, e uma leitura procedimental da constituição.

Palavras Chave: John Rawls, História Constitucional – Estados Unidos, Constitucionalismo liberal

ABSTRACT

If the literature devoted to contemporary liberal political theory in a historical perspective is scarce, there is little, especially nationally, about the work of one of its central authors, John Rawls. According to a common narrative of this author's presentation, in 1971 his work *A Theory of Justice* appeared and from then on, the possibility of a great philosophical theory on the foundations of political order was reestablished. Such a narrative, in general, does not take into account that when *A Theory of Justice* appeared, it systematically consolidated Rawls' writings from previous decades, therefore, responding to concerns from other moments in American history, in this case, post-World War II. Thus, what we want to affirm with the present thesis, from the analysis of the idea of neutrality and other implicated concepts (eg consensus, procedure) and the historical literature, that we can perceive with some clarity that the rawlsian political thought historically shares two fundamental aspects that reach prominence in the post-war North American constitutional thought, in this case, the normative priority of moral equality as equal autonomy, the foundation of a liberal interpretation of civil liberties, and a procedural reading of the constitution.

Key Words: John Rawls, Constitutional History – United States, Constitutionalism

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – A HISTÓRIA DO PENSAMENTO POLÍTICO RAWLSIANO E A LINGUAGEM DOS DIREITOS DO PÓS-SEGUNDA GUERRA NOS ESTADOS UNIDOS	15
1.1 – Uma agenda emergente: a história do pensamento político rawlsiano	15
1.2 – A prioridade do justo e a neutralidade	18
1.3 - Neutralidade e o Pensamento Constitucional americano.....	24
1.4 - A “linguagem dos direitos” do pós-guerra nos Estados Unidos: a democracia frente ao totalitarismo.	29
CAPÍTULO 2 – A ASCENSÃO DAS LIBERDADES CIVIS AO CENTRO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL AMERICANO	41
2.1 – A autonomia, as liberdades fundamentais e sua prioridade em Rawls	41
2.2 – A ascensão das liberdades civis no pensamento constitucional americano e a afirmação da liberdade de escolha como paradigma das liberdades	47
2.3 – Da liberdade republicana à liberal no pensamento constitucional americano.....	65
2.4 – A liberdade liberal como consenso universal: a configuração de um paradigma constitucional do pós-guerra.....	84
CAPITULO 3 – A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DA SUPREMA CORTE E A ELABORAÇÃO DA LEITURA PROCEDIMENTAL DA CONSTITUIÇÃO	90
3.1 – A constituição como justiça procedimental em Rawls	90
3.2 – A Corte na direção da proeminência política nos Estados Unidos: dois momentos do controle de constitucionalidade	93
3.3 – O cenário de dificuldade apresentado ao pensamento constitucional do pós-Segunda Guerra.	99
3.4 – A alternativa nas ideias de consenso, procedimento/processo e o otimismo na razão	102
3.5 – As ideias de consenso, procedimento/processo e o otimismo na razão em Rawls	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
BIBLIOGRAFIA	124

INTRODUÇÃO

A Teoria Política Analítica de origem anglo-americana, hoje de grande influência na disciplina de Teoria Política no Brasil e em muitos países, tem como autor central o filósofo político norte americano John Rawls, conhecido amplamente por sua obra *Uma Teoria da Justiça* publicada em 1971.

Consoante uma narrativa comum divulgada na disciplina, presente, inclusive, na “apresentação da edição brasileira” de *Uma Teoria da Justiça* por Álvaro de Vita de 2007¹, Rawls representa uma guinada na disciplina da Teoria Política por recuperar, ante um clima teórico desfavorável, a grande teorização normativa.

Nesta linha, pela reconstrução histórica de Steve Buckler (2002, p.172 - 176)², sob a égide do positivismo lógico, questões normativas da filosofia política tornaram-se sem sentido. Isso porque, com a separação entre *fato* e *valor*, uma verdadeira reavaliação das bases do que se entendia por conhecimento válido ou objetivo ocorreu. Com tal distinção, todo conhecimento possível do mundo provinha de generalizações de experiências empíricas particulares e, mesmo as abstrações, lidavam em última análise com fatos. A única outra forma de conhecimento válido era a lógica, advinda do conhecimento matemático, pela qual se organizavam as relações entre as ideais oriundas da experiência.

Sendo os fatos nossa única fonte confiável de conhecimento, que nos informariam apenas como o mundo *é* e não como *deveria ser*, qualquer juízo de valor passou a ser considerado irracional, apenas uma expressão emotiva convencional. Questões sobre a melhor ordem política convidando ao exame moral foram consideradas erros quanto ao que se entendia por conhecimento válido ou objetivo.

Desta forma, neste cenário, ficou restrita a atividade da filosofia política. Erradicando todas as questões consideradas “especulativas” e “ilusórias” da filosofia, tais quais as questões tradicionais da filosofia política, ao filósofo, portanto,

¹ Edição brasileira que utilizaremos ao lado de *O Liberalismo Político* (2011), ambas traduzidos por Álvaro de Vita, reconhecido estudioso da obra rawlsiana no Brasil, ambas a partir das edições revistas. Para o argumento da presente tese, cotejando com as versões originais, entendemos as citações a partir das referidas traduções suficientes e adequadas.

² Conforme adotamos em nossa dissertação de mestrado “O Pluralismo em John Rawls e Isaiah Berlin” (TOZO, 2016).

restou apenas um papel limitado diante das descobertas da ciência. Estando a investigação empírica na província da ciência, ao filósofo caberia apenas a investigação, no plano da lógica, das relações entre conceitos, basicamente uma tarefa de análise linguística.

Confinado o filósofo político à clarificação dos conceitos políticos advindos da experiência empírica, o estudo por excelência da política logo passou, já na metade do século XX, para a ciência política centrada na investigação dos fatos, especificamente no “comportamento político”, conforme a visão - ainda em um paradigma positivista - da denominada Revolução Behaviorista.

Diante deste clima intelectual foi possível para muitos afirmarem a morte da filosofia política e a inviabilidade de qualquer teorização normativa. É o que constata a famosa introdução de Peter Laslett em 1956, no primeiro volume de uma coletânea³ que organizou, segundo a qual, a tradição que vem de Hobbes a Bosanquet foi interrompida, a filosofia política estava morta⁴.

A mudança de perspectiva na filosofia analítica, conhecida como “virada pragmática”, ocasionada entre outros por Wittgenstein, deu novo fôlego a teorização normativa ao incluir novamente no horizonte das análises filosóficas, o elemento normativo como parte das linguagens constitutivas da realidade inteligível. A força normativa presente na linguagem moral e política passou a ser novamente levada a sério.

Somado a esse novo clima filosófico favorável ao pensamento normativo, ao longo da segunda metade do século XX, novas ameaças surgiram. A realidade das armas nucleares na Guerra Fria mostrou a imprecisão de qualquer fé utilitarista - perspectiva moral até então dominante na filosofia política anglo-americana - na obsolescência dos problemas morais promovido pelo avanço técnico da humanidade. Ficava cada vez mais clara a necessidade da discussão dos fundamentos morais de novas ideias. Os “direitos humanos” e os “crimes contra a humanidade” invocados nos julgamentos de Nuremberg, a questão dos crimes de

³ A coletânea em questão é a *Philosophy, Politics and Society* organizada por Peter Laslett de 1956 até 2003. As apresentações de cada volume ao longo das décadas dão o testemunho do desenvolvimento da disciplina no contexto anglo americano na segunda metade do século XX como nos mostra Jonathan Wolff (2013, p. 801-812).

⁴ Certamente um diagnóstico exagerado ao levarmos em conta, como nos lembra Bikhu Parekh (1998, p.504-506), que no período das décadas de 50 e 60 encontramos a produção, entre outros, de importantes autores da filosofia política como Hannah Arendt, Karl Popper, Leo Strauss, Eric Voegelin, Habermas, Marcuse, Althusser, Oakeshott e Isaiah Berlin.

guerra em face da guerra do Vietnã e as reivindicações dos movimentos de direitos civis nos EUA são alguns exemplos que convidavam ao pensamento de maior envergadura quanto aos fundamentos morais da política (SHAPIRO, 1990, p.4-5).

Foi então que, consoante tal narrativa, precisamente em 1971, apareceu o livro de John Rawls reacendendo a possibilidade de um pensamento filosófico respeitável sobre os fundamentos da ordem política. *Uma Teoria da Justiça* logo se tornou objeto de controvérsias: atacada, defendida, reformulada, imitada, enfim, transformou o cenário intelectual de tal forma que não pode ser ignorada. O argumento rawlsiano catalisou uma explosão de teorização acadêmica sobre os fundamentos morais da política e contribuiu decisivamente para o “ressurgimento” da disciplina nos moldes quase clássicos.

A narrativa comum possui problemas históricos e, em geral, não leva em conta que quando *Uma Teoria da Justiça* apareceu em 1971, ela consolidava sistematicamente escritos de Rawls das décadas anteriores⁵, portanto, respondendo a preocupações de outros momentos da história americana que já nos anos 70 passava a trilhar rumo diferente do pensamento do pós-guerra. *Teoria* não é um produto, como se costuma presumir, do *Great Society*, mas da Segunda Guerra mundial (Forrester, 2019, p.XIII).

Foi na direção de uma compreensão histórica mais apurada de Rawls como um autor cujo pensamento político pertencia ao pós-guerra nos Estados Unidos que trilhou a obra recentíssima de 2019 de Katrina Forrester, uma grande contribuição à infrequente, rara, história intelectual da teoria política contemporânea, em especial, de Rawls e do liberalismo igualitário.

Forrester (2019, p.IX) observa que a filosofia política liberal do mundo anglo-saxão – e cada vez mais em outros lugares – em seu funcionamento e propósito, está associada a certas ideias como justiça, igualdade e a obrigação dos cidadãos num Estado de Bem-Estar Social capitalista. Sob a forma de julgamentos éticos recorrendo a princípios morais, busca-se captar o que a Justiça requer de nossas instituições: a fé de que o mundo político será melhor se puder ser reformado na direção de tais princípios. Em geral, um pensar sobre as instituições a partir de teorias igualitárias da justiça distributiva.

⁵ A lista completa dos escritos de John Rawls pode ser observada em Freeman (2003, p.521 -524).

O interesse da autora, portanto, é o de como tal modo dominante de filosofia política liberal se configurou e, ainda que tenha se aproximado das políticas públicas, se afastou cada vez mais da realidade política. A resposta decorre essencialmente da proeminência exercida pelo modo de teorização de Rawls que, surgido no contexto do pós-guerra, sobreviveu ao contexto de seu próprio surgimento, como uma sombra sob a qual autores seguintes da disciplina vão operar, a égide do que denomina “sombra da justiça” (FORRESTER, 2019, p.X-XI e XVIII).

Ao fim da década de 50 muito da Teoria da Justiça de Rawls já estava de pé e, ainda que demorasse a publicar sua obra madura por uma década, a dos anos 60 de crescente turbulência com os movimentos por direitos civis, críticas da *new left* e, já nos 70 com a crise material, tais eventos não afetaram a essência da teoria rawlsiana enquanto variedade de um liberalismo do pós-guerra que se manteve como que um “âmbar filosófico”.

Como filósofo do pós-guerra, portanto, Rawls aproveitou ideias de escolha hipotética aptas a forjar sua teoria institucional da justiça onde figurou de forma proeminente, como em muitos autores do pós-guerra nos Estados Unidos, o pressuposto de um *consenso* na sociedade democrática, o que perdurou em todo desenvolvimento posterior de sua obra “que sempre olhou para trás” (FORRESTER, 2019, p.XIII-XIV e 3).

Como pressuposto nuclear da teoria de Rawls, portanto, o de que no coração das democracias haveria um consenso racional cujo apelo poderia acontecer, pelo método filosófico adequado, para encontrar princípios aptos a justificar normas e decisões. Assim, uma sociedade de cidadãos iguais se desenvolve de uma estrutura geral comum, consensualmente aceita, que se materializa através de procedimentos constitucionais que reduzem os conflitos de classe, grupos, ideologias e paixões (FORRESTER, 2019, p.6-8 e 18).

Um exemplo clássico desta visão consensual da democracia americana, então dominante nos anos 50, justamente do pós-guerra, foi a expressa por Louiz Hartz em “A tradição liberal na América” de 1955 onde uma particular leitura sobre a “unidade na pluralidade” que pode ser denominada “liberal cosmopolita” se apresenta. Essencialmente, que a identidade americana não estaria limitada a um grupo étnico, mas a uma “religião civil”, um credo composto dos valores da democracia, individualismo, liberdade, igualdade e direitos de propriedade.

Inevitavelmente tal visão da identidade cultural americana seria atacada em várias frentes nas décadas seguintes entre outras, pela questão racial e outras discriminações como a sofrida pelos imigrantes (CITRIN; SEARS, 2014, p.1-2).

Como atenta Forrester (2019, p.246), no caso de Rawls, o foco no consenso e na coesão social representa um excesso de uma “filosofia legalista” que, com suposição num acordo original fundado num consenso racional, trata a moralidade nos moldes de um *common law* necessário para resolução dos “casos difíceis”. Desta percepção, portanto, no intuito de seguirmos no presente trabalho com uma investigação histórica do pensamento político de John Rawls, cremos ser possível avançarmos, pontualmente, explorando as conexões que tal pressuposto de um consenso racional e seu atributo de “neutralidade” possuem com a configuração assumida pelo pensamento constitucional americano do pós-Segunda Guerra.

Enquanto uma das ideias “mais importante e problemática” (PRIMUS, 1999, p.220, nota) do pensamento constitucional americano do pós-guerra, a neutralidade, o princípio da neutralidade estatal, nos permite que identifiquemos justamente aquilo que, figurando de forma central no pensamento rawlsiano, encontra sua forma exemplar na experiência americana com o pensamento constitucional do pós-guerra.

De forma específica, o que queremos afirmar a partir da presente tese, é que, a partir da análise da ideia de neutralidade e outros conceitos implicados (e.g. consenso, procedimento) e da literatura histórica, podemos, então, perceber com alguma clareza que o pensamento rawlsiano compartilha historicamente de dois aspectos fundamentais que atingem a proeminência no pensamento constitucional norte americano do pós-guerra, no caso, a **prioridade normativa da igualdade moral como igual autonomia**, como fundamento de uma interpretação liberal das liberdades civis – que passam ao centro do constitucionalismo americano, e uma **leitura procedimental da Constituição**.

A seguir, portanto, dividimos a nossa narrativa em 3 capítulos: o primeiro percorrendo sobre a emergência de uma história do pensamento político rawlsiano, pressupostos e a configuração geral da “linguagem dos direitos” do pós-Segunda Guerra nos EUA; o segundo sobre a ascensão das liberdades civis ao centro do pensamento constitucional americano e da afirmação de uma leitura liberal de tais liberdades; e o terceiro, sobre a questão da legitimidade da

Suprema Corte com o pós-guerra e a elaboração de uma leitura procedimental da constituição americana.

CAPÍTULO 1 – A HISTÓRIA DO PENSAMENTO POLÍTICO RAWLSIANO E A LINGUAGEM DOS DIREITOS DO PÓS-SEGUNDA GUERRA NOS ESTADOS UNIDOS

1.1 – Uma agenda emergente: a história do pensamento político rawlsiano

Se a literatura dedicada à teoria política liberal contemporânea numa perspectiva histórica é escassa, pouco existe, sobretudo nacionalmente, acerca da obra de um dos seus autores centrais, John Rawls. Para além do maior esforço nessa direção, o recentíssimo *In the Shadow of Justice* (2019) de Katrina Forrester, quase 50 anos depois da publicação de *Uma Teoria da Justiça* (1971) - *magnum opus* de Rawls, até então o que encontramos são capítulos biográficos como os de Thomas Pogge (2007) e Samuel Freeman (2007), seus ex-alunos em Harvard, alguns artigos e capítulos⁶, ou as tradicionais “histórias da filosofia”, muitas vezes nada “históricas”⁷, situando o autor em meio a sucessões de “escolas filosóficas” (morais ou políticas), quase sempre, marginalizando uma recondução de seus argumentos ao contexto social, político, económico ou intelectual mais abrangente (além do debate estritamente académico) dos Estados Unidos da América, país onde nasceu e viveu.

Em uma coletânea dedicada ao exame do papel da história e da política real na teorização normativa, Gordon Graham (2011, p.84) observa que autores como Habermas ou Rawls certamente serão estudados em cursos de filosofia política contemporânea, contudo, é muito menos provável que constem na bibliografia dos cursos de *história do pensamento político*. Desta forma, “para o propósito de estudar suas ideias filosóficas eles *não* são figuras históricas – pelo menos não ainda” (GRAHAM, 2011, p.84, grifo original), como suposta causa para isso, a própria contemporaneidade de suas obras:

por que podemos separar Rawls e Habermas de outros grandes filósofos políticos dessa maneira? Uma sugestão plausível é que

⁶ Por exemplo, as recentes investigações históricas de Rawls com relação à filosofia ética (BOK, 2017; GALIŠANKA e BEVIR, 2012), a economia política americana (ZHICHAO, 2015) e o desenvolvimento da teoria da escolha racional (AMADAE, 2003).

⁷ Cf. a clássica crítica de Skinner (1969) sobre as histórias não históricas da filosofia.

nós, seus leitores atuais, somos também seus contemporâneos, e isso significa que compartilhamos com eles um contexto implícito de pensamento e entendimento que não compartilhamos com Hobbes e Locke. É isso que nos permite ler suas filosofias diretamente da página, por assim dizer, ao passo que, ao contrário, o contexto de importantes pensadores do passado precisa ser explicitado, se quisermos compreendê-los. É por isso que precisamos nos engajar na investigação histórica - da história do pensamento (GRAHAM, 2011, p.84)⁸.

O problema da escassez da abordagem histórica no estudo dos autores da teoria política liberal contemporânea também é notado, no âmbito nacional – onde tal problema é ainda mais agudo, em artigo de Alvaro Bianchi dedicado a examinar historicamente a gênese da ideia de “igualdade de oportunidade” no pensamento rawlsiano:

Há mais de duas décadas as teorias da justiça têm sido objetos de estudos e discussões no Brasil. O que a teoria política, principalmente aquela praticada neste país, tem procurado fazer é, na maioria das vezes, expor a teoria de um autor ou um conceito no interior dessa teoria. Nas variantes mais sofisticadas dessa prática interroga-se sobre a consistência lógica da versão apresentada ou confronta-se um autor com outros autores. Essa modalidade de teoria política que pode ser chamada de estrutural, caracteriza-se, na maior parte das vezes, por não dar atenção à gênese dos conceitos no pensamento de um autor e à maneira como essa gênese se articula com o debate político público (BIANCHI, 2015, p.21).

Apesar do apelo intuitivo da resposta de Graham para a existência deste problema, a contemporaneidade destes autores, não nos parece levar em conta, contudo, as grandes diferenças que certamente existem entre o contexto político dos Estados Unidos dos anos 50, 60, 70 e a nossa atual segunda década do século XXI, ainda mais se fizermos sua leitura a partir do contexto brasileiro.

Falamos em tais décadas pressupondo, portanto, que toda produção rawlsiana pode ser dividida em dois grandes períodos, contando o primeiro com certa preponderância na configuração de todo desenrolar de sua obra. *Uma Teoria da Justiça* apareceu em 1971 sistematizando os artigos das décadas anteriores (50 e 60)⁹ lançando, então, as vigas mestras de toda sua obra que, a partir dos anos 80,

⁸ Visando a fluidez e acessibilidade do texto, optamos por traduzir todas as citações originais do inglês. No caso de decisões judiciais, o original em nota de rodapé.

⁹ Com efeito, do prefácio original de TJ em 1971: “ao apresentar *Uma Teoria da Justiça*, tentei reunir em uma visão coerente as ideias expressas nos trabalhos que redigi nos últimos doze anos. Volto a discorrer sobre todos os temas principais desses textos, em geral de maneira bem mais pormenorizada. Também discorro sobre as questões adicionais necessárias para aperfeiçoar a teoria” (RAWLS, 2008, p.XLIII). LP, de 1993, também é uma consolidação dos escritos do final da década de 70 e 80 (RAWLS, 2011, p.XIII-XIV).

sem haver verdadeira ruptura, foi de reformulação de seus escritos iniciais. Esta é, inclusive, a leitura do próprio autor sobre a relação de sua segunda grande obra, *O Liberalismo Político* de 1993, com *Teoria*¹⁰:

certamente, como já enfatizei, existem diferenças importantes. Mas para entender a natureza e a extensão das diferenças é preciso vê-las como um esforço para resolver um grave problema interno à justiça como equidade (RAWLS, 2011, p.XVI).

Também interpreta a obra rawlsiana de forma unificada Leif Wenar (2004) numa reconstrução a partir de 4 tópicos: legitimidade numa sociedade liberal; a justiça numa sociedade liberal; legitimidade entre povos decentes e legitimidade numa sociedade dos povos bem organizada; Wenar mostra como em três livros (TJ, LP e O Direito dos Povos) conceitos estruturais se encaixam. O ponto inicial de sua leitura é o problema da legitimidade numa sociedade marcada pelo “fato do pluralismo razoável” e a solução para uma métrica pública numa “concepção política” de justiça, reinterpretada em LP, mas já pormenorizadamente discutida em sua obra principal TJ. Seguinte a LP, a Justiça e a legitimidade são estendidas ao cenário internacional em O Direito dos Povos.

Outra persuasiva leitura unificada, também dividindo a obra rawlsiana em dois períodos, possuindo o segundo duas partes (a última em DP com a extensão da discussão ao cenário internacional), é a de Sebastiano Maffettone (2010, p. 16-19) para quem as mudanças internas ao longo das obras de Rawls se devem mais a ajustes do paradigma a problemas revelados do conteúdo original do que a mudanças teóricas drásticas.

Assim, ainda que críticos apoiem a tese da descontinuidade em virtude de uma suposta mudança de foco da justiça social para a legitimidade na obra tardia, Maffettone observa que o tema da legitimidade surge fundamentalmente por sua centralidade na compreensão da justiça social, caminho já aberto em TJ onde a dependência da concepção de justiça de uma prática institucional estava posta. A sugestão, novamente, é reinterpretar TJ a partir de LP: não há justiça sem legitimidade e estabilidade de um regime.

Maffettone nota ainda que a continuidade da obra rawlsiana convive com descontinuidades locais a exemplo da explícita rejeição da TJ como “capítulo da

¹⁰ Vamos nos referir a tais obras, respectivamente, pelas siglas TJ e LP.

teoria da escolha racional” e de parte do argumento da estabilidade da parte 3 de TJ, além da introdução na obra tardia LP, de conceitos como “concepção política de justiça”, “construtivismo político”, “consenso sobreposto” e “razão pública”.

De forma pontual, um argumento de Maffettone pela continuidade da obra de Rawls é distinção entre legitimidade e justificação. Enquanto a justificação é a força normativa de um argumento teórico, a legitimidade remonta a um consenso nas questões institucionais fundamentais e aceitação do poder político. Portanto, haveria uma complementariedade entre as duas noções como instrumentos indispensáveis na exploração da arquitetura rawlsiana: dado o “fato do pluralismo razoável” nas democracias liberais, podem ser encontradas diferentes e plausíveis justificações, mas que devem-se apoiar, em nome da estabilidade, numa mesma legitimidade institucional (MAFFETTONE, 2010, p.19-28).

Outro argumento, sob um aspecto metodológico, a nosso ver, de forma mais interessante como recorte para contextualização da obra rawlsiana com o pensamento constitucional americano do pós-guerra, como veremos, é a unidade da obra de Rawls manifesta pela inegável centralidade da noção da “prioridade do justo” e seus imediatos desdobramentos. Como atenta Maffettone, é tal ideia, precisamente, que fornece um fio condutor apto a contrastar a teoria rawlsiana com seus principais alvos.

1.2 – A prioridade do justo e a neutralidade

No prefácio original de TJ Rawls (2008, p.XLIII-XLIV) resume assim seu objetivo: “em grande parte da filosofia moral moderna, a teoria sistemática predominante tem sido alguma forma de utilitarismo”, dado que tal teoria traria incongruências com nossos sentimentos morais, seria, portanto, necessário “construir uma concepção moral sistemática e viável para opor-se a ele”. No prefácio da edição revista, o motivo para buscar-se uma alternativa sistemática ao utilitarismo seria sua fragilidade “para servir de base às instituições da democracia constitucional” (RAWLS, 2008, p.XXXVI).

Pela lógica utilitarista, se é racional aos indivíduos elevarem ao máximo a realização de seus desejos, o justo em termos de escolha social é elevar ao máximo o saldo líquido de todas as satisfações dos membros da sociedade. A incongruência

com nossos sentimentos morais, portanto, estaria na possibilidade do princípio da utilidade permitir a violação da liberdade de poucos em nome de um saldo líquido maior de satisfação da maioria. Se a “pluralidade de pessoas diferentes com diversos sistemas de objetivos” é uma característica evidente da sociedade humana, percepção que ganhará expressão como “fato do pluralismo razoável” em LP, estender o princípio da escolha de um indivíduo para toda sociedade é não levar a sério a distinção entre as pessoas (RAWLS, 2008, p.32-35).

A partir de “convicções do bom senso” como pressuposto a todo seu empreendimento teórico, Rawls parte de uma distinção entre, de um lado, as exigências de liberdade e do direito, e do outro, o desejo de aumentar o bem-estar agregado; “e que damos certa prioridade, quando não um peso absoluto, àquelas exigências”. Desta forma, “cada membro da sociedade é visto como possuidor de uma inviolabilidade fundamentada na justiça ou, como dizem alguns, no direito natural, à qual nem mesmo o bem-estar de todos os outros pode se sobrepor” (RAWLS, 2008, p.33-34). Essa seria a expressão de “nossa convicção intuitiva da primazia da justiça” (RAWLS, 2008, p.4).

Para oferecer um “alicerce moral mais apropriado à sociedade democrática”, Rawls (2008, p.XLIV) apresenta sua alternativa ao utilitarismo trabalhando a concepção de justiça implícita da tradição contratualista de Locke, Rousseau e, sobretudo, Kant, recorrendo a simplificações expositivas que respondam as objeções mais óbvias a tal tradição. A meta, com sua teoria batizada de Justiça como Equidade, pode-se então dizer, é “justificar essas convicções de bom senso relativas à prioridade da justiça, demonstrando que são consequência dos princípios que seriam escolhidos na posição original” (RAWLS, 2008, p.34).

O “estado de natureza” tradicional dos contratualistas se apresenta como o método expositivo da “Posição Original” onde Rawls sugere uma situação hipotética de deliberação racional que reconheça a situação de igualdade moral fundamental entre as partes pelo motivo de possuírem cada qual “concepções próprias do bem” (planos do que é valioso na vida) e um “senso de justiça”. Tal igualdade é garantida por uma característica do cenário da deliberação (posição original) denominada “véu de ignorância”. Ou seja, os princípios são escolhidos sem que ninguém conheça “seu lugar na sociedade, sua classe ou seu status social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero”. Ademais, presume-se “até mesmo que

as partes não conhecem suas concepções do bem nem suas propensões psicológicas especiais” (RAWLS, 2008, p.15).

A característica do véu da ignorância na Posição Original tem a finalidade de impor restrições “razoáveis”¹¹ a argumentos a favor de princípios de justiça e, por conseguinte, ter sua razoabilidade traduzida nos próprios princípios. Isto posto, Rawls (2008, p.22) acredita oferecer uma descrição filosoficamente preferida de uma situação original de escolha por levar em conta “pressupostos de aceitação geral”; entre tais “premissas amplamente aceitas”, como a de uma igualdade fundamental, estão que “ninguém seja favorecido ou desfavorecido pelo acaso ou pelas circunstâncias sociais na escolha dos princípios” ou seja, que “determinadas inclinações e aspirações e concepções individuais do bem não tenham influência sobre os princípios adotados”.

Para não dizermos que Rawls abstrai completamente uma realidade humana e social, para que as partes na Posição Original tenham algo cuja divisão será deliberada a despeito de qual concepção de vida poderão vir a possuir em sua sociedade, Rawls (2008, p.76, 110 e 490) também inclui como pressuposto uma “teoria rasa do bem”, isto é, “coisas que se presume que um indivíduo racional deseje, não importando o que mais ele deseje”. Numa lista não exaustiva de “bens primários sociais”, estão direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza; fala-se em “sociais” pois saúde, vigor e inteligência, por exemplo, mesmo sendo influenciados por uma “estrutura básica”, não são diretamente controláveis.

O cenário da Posição Original, conseqüentemente, está apto, por suas características, a gerar princípios supostamente moralmente neutros quanto às concepções do bem de cada indivíduo singular, isso quer dizer, que tais princípios, para serem formulados, não pressupõem um julgamento moral intrínseco entre formas de vida de cada indivíduo. Como as características do véu e da teoria rasa do bem tão somente impõem restrições “razoáveis”, aquelas comumente aceitas na argumentação para escolha de princípios de justiça, qualquer concepção do bem numa sociedade regida por estes princípios deverá aceitá-los. É assegurado desde o começo da deliberação “uma liberdade igual para tentar realizar qualquer plano de vida que lhe agrade, contanto que não transgrida o que a justiça exige” (RAWLS 2008, p.112), ou seja, aquilo que, em situação de igual liberdade e abstração de

¹¹ Conceito que ganhará melhor contorno ao longo do caminho até LP.

contingências naturais e sociais, seres racionais acordariam. Daí, inclusive, o motivo do nome da concepção de justiça a que Rawls chega: a Justiça como Equidade, justiça como produto de uma escolha inicial de equidade moral.

Essa condição sinaliza que o conceito do *justo* precede o do *bem*, ainda que se pressuponha uma “teoria rasa” do bem na formulação do justo. Essa “prioridade do justo sobre o bem”, na leitura do próprio Rawls (2008, p.38), se apresenta como “a característica principal” de sua concepção da justiça. A sociedade justa rawlsiana apresenta um “âmbito dentro do qual os indivíduos devem criar seus objetivos, e serve de estrutura de direitos e oportunidades e meios de satisfação, dentro da qual e pela qual se pode procurar alcançar esses fins”.

Não à toa, portanto, já nas primeiras críticas a sua teoria (e.g Thomas Nagel e Adina Schwartz)¹², Rawls foi criticado em sua pretensão à **neutralidade**. Ainda que só utilize tal termo com ressalva em um artigo¹³ de 1988, posteriormente incorporado a LP, mesmo assim, com TJ a ideia de “neutralidade” ou o “princípio da neutralidade estatal” emergiram como importante tópico de discussão da filosofia política liberal (KIS, 2012, p.319; KLOSKO, WALL, 2003, p.2-3). Dworkin (2001, p.269) em 1978, que mais tarde revisou o uso do termo¹⁴, apresenta tal princípio como “nervo do liberalismo”, Bruce Ackerman (1980, p.10), por sua vez, como “o princípio organizador do pensamento liberal”.

De forma geral, podemos dizer que, pelo princípio da neutralidade estatal, numa democracia constitucional, o Estado não deve forçar seus cidadãos a viverem de forma que eles próprios não endossam, em outras palavras, a ação do Estado deve ser neutra em relação às convicções sobre o que tem valor intrínseco na vida ou, ainda, que a justificativa dos atos do Estado deve ser neutra em relação às crenças básicas dos cidadãos. Tal princípio é comumente manifesto na interpretação de provisões constitucionais concernentes aos direitos de liberdades e igualdades dos cidadãos (KIS, 2012, p.319).

¹² Precisamente em *Moral Neutrality and primary goods* de Schwartz (1972) e *Rawls on Justice* de Nagel (1973), ambos coletados em Smith (2002).

¹³ O artigo “A prioridade do justo e ideias do bem” que reaparece como conferência V em LP.

¹⁴ Em *Foundations of Liberal Equality* de 1990.

Assim, ao final dos anos 70, tomou forma na teoria política anglo-americana um debate entre “neutralistas”¹⁵ (e.g. Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, Will Kymlicka, Charles Larmore) contra “perfeccionistas” (e.g. Joseph Raz, George Sher e Thomas Hurka), aqueles para os quais ao Estado cabe a promoção de certos ideais morais.

Ainda mais famoso, já nos anos 80, foi a crítica aos liberais por parte dos “comunitaristas”¹⁶ centrada especialmente nas premissas individualistas dos liberais e a consequente defesa do princípio da neutralidade do Estado, apresentada, então, como instrumental à preservação da autonomia dos indivíduos, ou seja, do respeito a igualdade moral dos indivíduos se autodeterminarem (AVINERI, DE-SHALIT, 1996, p.1-5; GARGARELLA, 1999, p.125; KYMLICKA, 2006, p.254-261).

¹⁵ Entre os “neutralistas”, muito se discutiu sobre os contornos da ideia de neutralidade liberal, que em geral se desdobram em dois momentos: o primeiro, uma formulação do princípio da neutralidade; e um segundo, a justificativa deste princípio. Como mencionamos acima, o princípio da neutralidade estatal, numa formulação genérica, é aquele pelo qual, numa sociedade plural, o Estado não deve favorecer ou tomar partido entre as diferentes concepções do bem de seus cidadãos. Desta formulação genérica, o primeiro aspecto interpretativo disputado é o referente ao termo “Estado”, precisamente a extensão do princípio da neutralidade. Com relação à extensão, a neutralidade pode se apresentar de forma ampla (*comprehensive*) ou estreita (*narrow*). De forma estreita, a neutralidade estatal impõe-se apenas à estrutura constitucional básica do Estado, não se aplicando, portanto, a toda política. Contrariamente, na forma ampla, a neutralidade se aplica tanto à Constituição como à totalidade da política estatal (KLOSKO; WALL, 2003, p.6-7; RAZ, 2011, p.103). Um segundo aspecto diz respeito ao termo “favorecer”, que distingue uma neutralidade de justificação (*of justification*) de uma de efeito (*of effect*). Para a neutralidade de justificação, o Estado não deve favorecer nenhuma concepção do bem ao menos que tenha uma justificativa neutra para sua ação; já a neutralidade de efeito, o Estado nunca deve atuar se sua ação tiver como efeito a promoção de alguma concepção do bem (KLOSKO; WALL, 2003, p.7-9; KYMLICKA, 1989, p.883-884; LARMORE, 1987, p.44; RAZ, 2011, p.99; WALDRON, 1993, p.149-151). Um último aspecto de destaque na formulação do princípio da neutralidade se refere à força moral deste princípio, isto é, se é rigoroso ou flexível, comportando exceções, na sua aplicação (LARMORE, 1987, p.67; KLOSKO; WALL, 2003, p.10).

Ao lado das formulações do princípio da neutralidade, seus defensores também formularam justificativas diversas para tal princípio. Entre os proponentes de uma justificativa neutra para o princípio, manifestam-se uma abordagem ecumênica pela qual há uma série de caminhos para se chegar à neutralidade sem a necessidade que algum seja escolhido, e uma abordagem dedutiva a partir de algumas considerações morais compartilhadas. Há também autores críticos de uma justificativa neutra, que propõem uma abordagem dedutiva ainda que de considerações morais controversas (ACKERMAN, 1980, p.355-357; LARMORE, 1987, p.51-53; KLOSKO; WALL, 2003, p.11-13).

¹⁶ Como assinala Roberto Gargarella (2008, p.137), a corrente teórica comunitarista é formada por uma diversidade de autores mais vinculados por sua visão crítica do que por suas propostas particulares (e.g. Michael Sandel, Walzer, Charles Taylor e MacIntyre). A disputa entre comunitaristas e liberais “pode ser vista como um novo capítulo de um enfrentamento filosófico de longa data, como o que opunha as posições ‘kantianas’ às ‘hegelianas’”. De fato, e em boa parte, o comunitarismo retoma as críticas que Hegel fazia a Kant: enquanto Kant mencionava a existência de certas obrigações universais que deveriam prevalecer sobre aquelas mais contingentes, derivadas do fato de pertencermos a uma comunidade particular, Hegel invertia essa formulação para dar prioridade a nossos laços comunitários. Assim, em vez de valorizar - junto com Kant - o ideal de um sujeito ‘autônomo’, Hegel defendia que a plena realização do ser humano derivava da mais completa integração dos indivíduos em sua comunidade”.

Voltando ao que dissemos, a característica da “prioridade do justo” na obra de Rawls, interpretada como exigência de neutralidade da teoria com relação às concepções do bem, representa assim, enquanto característica principal da Justiça como Equidade, um fio condutor ao longo da obra de Rawls que fornece o contraste principal de sua teoria moral *deontológica* com as teorias *teleológicas*, exemplificadas, entre outras, pelo utilitarismo e o perfeccionismo.

Rawls (2008, p.29) observa que dois conceitos principais da ética são o “justo” e o “bem”; logo, a estrutura de uma teoria ética pode ser “em grande parte definida pelo modo como define e interliga essas duas ideias elementares”. A forma mais simples de interligá-las é a adotada pelas teorias teleológicas, aquelas que definem primeiro o bem¹⁷ e em seguida o justo, que será definido como a maximização do bem. Contrariamente, a Justiça como Equidade se apresenta como teoria deontológica, “não especifica o bem independentemente do justo, ou não interpreta o justo como aquilo que maximiza o bem”. Por consequência, uma característica¹⁸ estrutural e constante de toda sua teoria será que o justo precede o bem e condiciona este às exigências daquele (RAWLS, 2008, p.36-38).

A partir de tais considerações sobre a unidade da obra rawlsiana, sintetizada na ideia de neutralidade, afigura-se como recorte histórico fundamental de nossa investigação os anos 50 a 70 nos EUA, quando já se configura tal “característica principal” da Justiça como Equidade. Em tal período, para além da discussão na teoria política, a ideia de neutralidade figurou de forma central no discurso dos direitos do pós-Segunda Guerra, exemplarmente manifestado no pensamento constitucional onde, então, cremos encontrar evidências relevantes para um olhar histórico de uma obra reconhecidamente abstrata como a rawlsiana¹⁹.

¹⁷ A diferença entre as doutrinas teleológicas ocorre, assim, nas diferentes especificações do que é o bem: como realização de uma perfeição humana (perfeccionismo), como prazer (hedonismo), como felicidade (eudaimonismo) e como satisfação de um desejo racional (utilitarismo clássico) (RAWLS, 2008, p.31).

¹⁸ Para uma discussão na teoria política se deontologia e prioridade do justo são sinônimos, cf. Freeman (1994).

¹⁹ Levando-se em conta, inclusive, que Rawls certamente não foi um intelectual público. Muito tímido e recluso, conforme relatos pessoais de Pogge (2007), Freeman (2007) e Maffettone (2010), para além de seus trabalhos estritamente acadêmicos, possivelmente só existem três entrevistas conhecidas já ao final de sua vida, voltadas à sua teoria não ao contexto político geral, e uma participação como *amicus curiae* conhecida como *The Philosophers' Brief* (junto de Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, Thomas Scanlon e Judith J. Thomson) num caso de suicídio assistido perante a Suprema Corte americana em 1996.

1.3 - Neutralidade e o Pensamento Constitucional americano

Como dissemos, a partir de uma narrativa comum, algo bastante conhecido por parte daqueles que se dedicam ao estudo da teoria política contemporânea é a afirmação de que, na segunda metade do século XX ocorreu um reavivamento da teorização liberal nos círculos acadêmicos norte-americanos, em boa parte, ao redor da obra de John Rawls. Contrariamente à autoimagem do “liberalismo filosófico” que daí se difundiu, apresentado como universal, Freedén (1996, p.226-233) busca neste um fenômeno ideológico e, pontualmente no caso de Rawls, mesmo este havendo privilegiado em sua obra uma suposta estrutura lógica das crenças políticas em detrimento de uma cultura específica, nota que

sua teoria também possui as características de uma ideologia, características que exigem que qualquer posição lógica inicial esteja ligada a preferências culturais conscientes ou inconscientes para um bloco de construção fundamental sobre o qual construir a lógica (FREEDEN, 1996, p.233).

Evidente, portanto, que encontraremos credenciais culturais americanas na teoria rawlsiana; o que fica ainda mais claro em sua obra tardia, reconhecidamente menos universalista e abstrata, LP, explicitamente voltada para o caso específico de uma “democracia constitucional”.

O “liberalismo filosófico” americano com seu universalismo de influência kantiana capitaneou o valor de igualdade ao centro normativo do liberalismo. Entretanto, conforme a leitura de Freedén (1996, p.241-245) da história americana, supostamente a ideia de igualdade quando comparada a outros valores variou marcadamente e, desta forma, central para a configuração contemporânea deste valor foi o tom igualitário do movimento por direitos civis e de algumas decisões da Suprema Corte nos anos 60.

Para Freedén (1996, p.245-246), a tendência geral do igualitarismo do período está na promoção do acesso igual das minorias aos bens básicos de forma efetiva. À “moderada” igualdade de oportunidade do passado, equivalente ao banimento de impedimentos formais ao acesso dos bens sociais, se soma a percepção de que, por exemplo, “ações afirmativas” fazem parte da essência da ideia de igualdade. Assim, seria revelador da influência desta configuração contemporânea da igualdade na obra de Rawls quando, em seu segundo

princípio, com o “princípio da diferença”, tal autor faz uso da recorrente ideia do período, a redistribuição dos benefícios aos menos favorecidos.

Freeden também nota que, no liberalismo filosófico americano, a concretização do ideal de igualdade em termos institucionais, comumente fez uso da noção de neutralidade das decisões do Estado com relação às considerações do que deve ser uma vida “boa” de cada visão pessoal (e.g. ética ou religiosas) dos cidadãos. Sem entrar nos méritos filosóficos ou das possibilidades práticas da ideia de neutralidade, Freeden (1996, p.259-261) aponta que nessa linha, tal liberalismo ficou reduzido a um procedimento que garantiria a integridade de todas as concepções privadas do bem: “um ponto normativo arquimediano incorporado num procedimento acordado, a partir do qual pode ser dispensado tratamento igual para diferentes *Weltanschauungen*”.

Em termos culturais, a ideia de um procedimento que trate as pessoas com igual respeito pode ser reconduzida ao apelo “intelectual” e “emocional” da constituição norte americana apresentada como quadro definidor do espaço político democrático; algo certamente instrumental na crença de que uma teoria da justiça, possa, tal qual na expressão rawlsiana tardia, encontrar um “consenso sobreposto”. Dessa forma, conclui Freeden (1996, p.269-270), teve impacto fundamental na cultura política americana a ideia de uma constituição apresentada como instrumento pacificador que

parece oferecer a possibilidade de decisões impessoais – códigos ou conjunto de regras que aparentam transcender as vontades humanas conflitantes e apelar para um denominador extra político comum, cumprindo assim a mesma função para a política que a religião ou a ciência foram chamadas a desempenhar no passado (FREEDEN, 1996, p.270).

Além disso, outra parte da resposta para a configuração da teoria liberal nos moldes rawlsianos, que reforçou tal visão da constituição do imaginário político norte americano, Freeden (1996, p.271) reputa ao cenário internacional do pós-Segunda Guerra quando, para fazer frente ao horror nazista e construir padrões para avaliar a conduta dos Estados, ocorreu um renovado interesse pelo pensamento jurídico e político de Kant.

John Gray (2002, p.12) também relaciona a ideia de neutralidade da teoria liberal contemporânea ao pensamento político constitucional americano.

Em texto crítico do que chama de liberalismo tradicional, que em sua forma americana se apresentou como uma “doutrina legalista”, Gray identifica entre outras características que para ele devem ser abandonadas, justamente a prioridade do justo sobre o bem, ou seja, a apresentação da justiça como virtude suprema da sociedade e a neutralidade desta como característica marcante do Estado Liberal.

Em sua visão a partir de um “liberalismo agônico” que reconhece como inevitável o conflito entre liberdades e entre outros direitos fundamentais, manifestação da “incomensurabilidade dos valores”, a teoria liberal universalista que busca um “ponto consensual arquimediano”, está fadada ao fracasso. O mesmo destino para suas implicações em termos institucionais, conforme as visões de autores como John Rawls, Ronald Dworkin e Bruce Ackerman que retiram da arena política as discussões que envolvem restrições a direitos e liberdades fundamentais para as Cortes Constitucionais, supostamente neutras, ou seja, teorias que privilegiam o *judicial review* em detrimento da atividade legislativa (GRAY, 2002, p.12-13).

Para Gray esta filosofia política deriva de uma filosofia do direito, como um braço que lida com a justiça e os direitos fundamentais e seu maior objetivo é formular uma constituição ideal que, ao final, nada mais é que uma versão idealizada da jurisprudência americana. Consequentemente, no caso específico de Rawls, a teoria liberal, de forma utópica e irrealizável, não deixa nada de importante para ser decidido pela política, mas por decisões judiciais disciplinadas das Cortes: um “legalismo liberal”, algo especial do contexto americano, onde a cultura legalista forte, ao marginalizar a política, tem como resultado uma politização do direito já que a batalha das questões políticas fundamentais ocorre nas Cortes (GRAY, 2000, p.14; 2002, p.13-15).

Se atentarmos para o período de produção inicial de Rawls, as décadas de 50 e 60, culminando em 1971 na sistematização de *Uma Teoria da Justiça* que lança as vigas mestres de todo seu pensamento, podemos notar que praticamente coincide com o período em que a Suprema Corte americana foi comandada pelo *Justice* Earl Warren, precisamente de 1953 a 1969, a famosa Corte Warren de célebres decisões liberais, criticadas como “ativistas”, à exemplo de *Brown v. Board of Education* (1954) declarando unanimemente inconstitucional a segregação nas escolas públicas norte americanas.

A Corte Warren e sua influência nos acadêmicos liberais americanos é destacada por Frank Michelman (2003, p.408) ao examinar as possíveis contribuições de Rawls, seu contemporâneo em Harvard, ao constitucionalismo e ao direito constitucional²⁰. Michelman observa que a influência da Corte ocorre, sobretudo, num país de tradição da *common law*, onde em larga medida os precedentes formam o direito e, no caso do direito constitucional, principalmente a partir das *opinions* no exercício do forte controle de constitucionalidade americano. Sobre TJ, pontua que tal obra apareceu em 1971, no contexto em que “*Justices* como William Brennan haviam produzido os ingredientes doutrinários básicos para um direito constitucional americano liberalizado”, e prossegue:

Mas a principal inspiração para os professores liberais das décadas de 1970 e 1980 provavelmente foi a da própria Warren Court. Se o liberalismo igualitário estava inundando as escolas de direito do país naquele período, a imitação do judiciário de elite por um vicariato profissional parece uma explicação mais à mão do que as elucubrações de qualquer filósofo (MICHELMAN, 2003, p.408).

Ao analisarem a ideia de “democracia liberal”, Bellamy e Castiglione (1997, p.595-596) afirmam que tal ideia envolve dois termos potencialmente opostos. Se por um lado a ideia de democracia implica a noção de exercício do poder pelo *demos* de forma unificada e não restrita, de outro, a ideia de constitucionalismo remete ao exercício dividido e restrito do poder. Assim, para lidar com este “nó górdio”, os autores identificam duas formas pelas quais as filosofias política e do direito americanas tentaram tornar a suposta oposição em complementariedade, que podem ser associadas a duas leituras específicas da história constitucional americana²¹.

²⁰ As distinções analíticas de Frank Michelman (2003, p.394) são as seguintes: o *Constitucionalismo* consiste na ideia da sujeição da autoridade política a limites na forma e força do direito, o que exatamente são esses limites, como são postos em prática ou de que forma justificam moralmente o governo pertencem às discussões da teoria política normativa. Do ponto de vista jurídico, uma *Constituição* é o quadro normativo de maior hierarquia do Estado que nenhuma outra forma jurídica pode contrariar. O *direito constitucional* é o corpo de conhecimento destinado à especificação e aplicação da Constituição aos casos concretos; que invariavelmente recorre ao conhecimento de fundo e mais abstrato do constitucionalismo ao lidar com questões, por exemplo, sobre a finalidade e condições de certos limites à autoridade política ou de como devem proceder os juízes e outros oficiais.

²¹ Como salientam os autores, a relação entre constitucionalismo e democracia é trabalhada numa literatura vastíssima, em boa parte baseada na experiência americana (BELLAMY e CASTIGLIONE, 1997, p.597).

A primeira, identificada como uma leitura “republicana”, interpreta a constituição como um produto do processo político e coincidente com as instituições e práticas do sistema político; já a segunda, uma interpretação “liberal”, que assimila a democracia ao constitucionalismo pois vislumbra na constituição uma condição, um quadro prévio de direitos e liberdades fundamentais, possibilitador da democracia, do “processo democrático”.

Entre os autores examinados encontra-se Rawls que, segundo Bellamy e Castiglione, oferece uma interpretação liberal contemporânea da democracia constitucional: “a teoria de Rawls deriva de uma interpretação liberal bastante comum da Constituição americana que dá lugar de destaque à Declaração de Direitos e ao poder de revisão judicial da Suprema Corte” (BELLAMY e CASTIGLIONE, 1997, p.603).

Assim, na linha da interpretação liberal da constituição americana, o esquema proposto por Rawls envolve a restrição da discussão constitucional à uma Suprema Corte, composta de juízes juridicamente treinados e relativamente independentes quando comparados aos políticos e mais inclinados ao raciocínio com valores públicos constantes no “direito superior” do texto constitucional (BELLAMY e CASTIGLIONE, 1997, p.607). Se a interpretação constitucional republicana prioriza o caráter “formativo” da constituição – no caso americano, a estrutura original federalista, as formas de representação e o *Checks and balances*, prévios às emendas, a interpretação liberal, a exemplo de Rawls, se caracteriza pela prioridade dada ao quadro normativo prévio de direitos da *Bill of Rights*, possuindo como defensora por excelência destes direitos a Suprema Corte atuando, sobretudo, pelo instrumento do controle de constitucionalidade.

Assim, do delineamento apresentado por autores como Freedman, John Gray, Michelman, Bellamy e Castiglione, cremos possível afirmar a relação histórica do pensamento rawlsiano, particularmente no tocante a dimensão justificatória pretensamente neutra de sua teoria e de sua consequente visão de governo constitucional com o pensamento constitucional americano.

De forma específica, pretendemos demonstrar, a partir da ideia de neutralidade e outros conceitos implicados (e.g. consenso, procedimento) e da literatura histórica, que o pensamento rawlsiano compartilha de dois aspectos fundamentais que atingem a proeminência no pensamento constitucional norte americano do pós-guerra, no caso, a **prioridade normativa da igualdade moral,**

manifesta na ascensão da autonomia como fundamento de uma interpretação liberal das liberdades civis – que passam ao centro do constitucionalismo americano, e uma **leitura procedimental da Constituição**, ambos aspectos bem observáveis a partir da ideia de neutralidade, quando o pensamento constitucional americano passa a enfrentar dois problema centrais: o da reafirmação dos fundamentos normativos para uma sociedade democrática, plural, oposta ao “totalitarismo” e o da legitimidade da concomitante ascensão política da Suprema Corte no esquema de governo americano.

1.4 - A “linguagem dos direitos” do pós-guerra nos Estados Unidos: a democracia frente ao totalitarismo.

A história do pensamento político pode ser descrita como história do *discurso* político. Para o pensamento ter uma história, explica Pocock (2003b, p.64), precisamos observar uma atividade, continuidade de ação, uma performance, bem como as condições desta ser realizada e representada; condições que também sofrerão com as ações destas performances. O campo de estudo da história do discurso político, portanto, é constituído por esses “atos de discurso” performados (orais ou escritos) e os contextos em que tais atos são realizados, cujo “contexto primário”²² será o da “linguagem política”²³:

Para cada coisa a ser dita, escrita ou impressa deve haver uma linguagem na qual ela possa ser expressa. A linguagem determina o que nela pode ser dito, mas ela pode ser modificada pelo que nela é dito. Existe uma história que se forma nas interações entre *parole* e *langue* (POCOCK, 2003b, p.64).

Com a terminologia emprestada de Saussure, Pocock (2003, p.27-28) propõe então que o autor pode ser tratado como habitante de um universo de

²² O contexto linguístico, deste modo, não é o único doador de sentido e história ao ato de fala, mas “é um contexto promissor para se começar” (POCOCK, 2003b, p.64).

²³ Diferenciando a empreitada do filósofo e do historiador, Pocock (2009, p.117-118) afirma que, ao passo que o filósofo aborda um texto clássico com a finalidade de realizar um ato de fala original seu, o historiador aborda o texto no intuito de reconstruir o ato de fala *pelo* contexto histórico, no caso linguístico, do autor. Enquanto o filósofo diz “Hobbes disse” significando “Hobbes para mim” ou, “Hobbes ao dizer x me permite dizer y”; para o historiador significará “Hobbes (1588-1679) disse ou pretendia dizer” dado tal contexto.

langues que dão sentido as *paroles*, em outros termos, respectivamente, o contexto linguístico e o ato de fala. Aqui cabe, no entanto, a ressalva de que não se trata de um determinismo, mas de uma relação complexa em que o autor é tanto um expropriador de uma linguagem já existente quanto um inovador que, atuando sobre a linguagem, induz mudanças, às vezes duradouras, nesta. Essas inovações dos atos de fala na linguagem são possíveis uma vez que a linguagem enquanto estrutura apresenta um rico campo de ambiguidades e contradições esperando para serem exploradas. O autor age conforme a linguagem mas, também, de forma inesperada (POCOCK, 2009c, p.47).

O texto, enquanto encapsulamento de uma diversidade de atos de fala performados, constitui o evento histórico; a linguagem é a matriz onde tal evento ocorre. Por causa disso, a história do discurso nesta perspectiva se torna menos a história de performances individuais e mais a história de linguagens ou continuidades do discurso (POCOCK, 2009, p.113; 2009b, p.77).

Desta forma, o “discurso” ou “linguagem” que nos interessa, é a dos direitos, central na cultura política americana. Como nota Richard Primus (1999, p.1), praticamente toda grande questão na história política americana tem sido apresentada como uma questão de direitos, isto é, debatida na linguagem dos direitos. Mesmo quando na academia tal linguagem foi alvo de severas críticas, a exemplo dos *Critical Legal Studies* (CLS), por permitir a manutenção das classes privilegiadas ou, no caso dos Comunitaristas, por permitir uma sociedade individualista em detrimento do compromisso comunitário, ambas as perspectivas reconhecem que o resultado substantivo que criticam da política americana é condicionado pelo uso da linguagem dos direitos.

Por tais críticas aos “resultados substantivos indesejáveis” da linguagem dos direitos, são possíveis, ainda, algumas observações sobre a relação entre linguagem e política. A primeira que a linguagem pode ser vista como detentora de um caráter constitutivo da política, mas que, num exame mais atento, em verdade, há uma relação de constituição recíproca: “a linguagem molda a política, mas a política molda a linguagem também” (PRIMUS, 1999, p.2).

Outra observação é que tal influência da linguagem na política não é sempre igual, e isso se dá pelo caráter polissêmico da linguagem que confere a possibilidade de usuários com distintas visões políticas a utilizarem em sua

vantagem. Primus (1999, p.2) ilustra tal ideia, no caso da linguagem dos direitos, ante a questão da escravidão no contexto americano do século XIX: do lado dos republicanos e abolicionistas evocou-se o direito natural de liberdade, o direito ao trabalho livre e de liberdade de expressão; do lado dos sulistas e proprietários de escravos, argumentou-se, numa mesma linguagem dos direitos, em nome do direito à propriedade e do direito dos estados.

Assim, a linguagem dos direitos pode ser entendida como “uma ferramenta versátil apropriada para muitas diferentes agendas”, liberais ou não (PRIMUS, 1999, p.3). Além disso, a linguagem dos direitos desempenha uma amplitude de funções: retórica, reflexiva e adjudicatória; que predominarão em diferentes círculos de discussão. Nem todos seus usos, portanto, serão de mera retórica, é de se esperar que as reflexões dos juízes ou de acadêmicos, frequentemente irão diferir em caráter com a dos agitadores políticos. Mesmo assim, ainda que regras de uso e interpretação não sejam idênticos entre os círculos específicos, não há, adverte Primus (1999, p.4), tratando-se da linguagem dos direitos, uma linha clara que separe a jurisprudência da filosofia política e da política em si. Variando em sofisticação, de forma geral

a linguagem dos direitos, então, é um poderoso e coerente método não apenas de expressão mas também de privilegiar compromissos políticos substantivos, um método apropriado para uma extrema variedade de fins e regularmente empregado por acadêmicos, políticos, advogados e virtualmente todos os outros que discutem sobre questões políticas (PRIMUS, 1999, p.8)²⁴.

De forma especial, o emprego da linguagem dos direitos nos EUA pode ser identificado numa variedade de lutas sobre o significado da constituição. Desta forma, a história constitucional americana pode ser descrita como a disputa apaixonada entre vários grupos para que o texto constitucional, com sua carga simbólica emancipatória, fundacional, seja o reconhecimento e expressão de suas aspirações legítimas quanto aos seus direitos, cuja consciência, permite articularem seus problemas e identidades (HARTOG, 1987, p.1014-1019)²⁵. Ao

²⁴ Primus (1999, p.54) atenta ainda que “os jogos de linguagem do jurídico, político e filosofia se sobrepõe, e cada um influencia o modo que os outros concebem os direitos”. Daí, portanto, a necessidade de exame dos desenvolvimentos nos âmbitos da política, do jurídico e filosófico ao se analisar a linguagem dos direitos.

²⁵ Podemos, também, falar em uma “Cultura dos direitos” como aquela onde a linguagem dos direitos desempenha um papel central (HAAKONSSSEN e LACEY, 1991, p.3).

falarmos de linguagem de direitos, portanto, neste contexto, é quase sempre equivalente a linguagem de direitos constitucionais.

Mas o que se entende por “direitos”? Ao invés de tentar responder tal questão pela tradicional busca por um quadro *a priori* de propriedades analíticas comuns entre os direitos, Primus (1999, p.28-31) sugere, na linha do Wittgenstein tardio, que o “jeito que aqueles que participam na prática utilizam o conceito de ‘direito’ mostra o que significa para algo ser direito”. Portanto, ao se debruçar nos usos da prática relevante, em seu jogo linguístico próprio, no caso, o discurso americano dos direitos ao longo da história, Primus (1999, p.32) observa que existem “padrões de uso” aptos a identificar quando estamos diante do conceito de direito em operação, conseqüentemente, da linguagem dos direitos sendo empregada.

A partir desses padrões, modificando ligeiramente a clássica taxonomia desenvolvida por Wesley Hohfeld²⁶, Primus propõe que o termo “direito” é regularmente usado significando quatro categorias: títulos (*entitlements*), liberdades, poderes e imunidades. Somado a tais categorias, e na ocorrência de qualquer uma delas, quem enuncia “existe (deve existir) um direito a x”, implicitamente argumenta três coisas: a) que alguma autoridade normativa ou obrigação moral determina “x” ; b) “x” deve ser entrincheirado da política²⁷ e, c) que “x” deve ser considerado de suma importância, senão reverência (PRIMUS, 1999, p.34-42).

Em suma, a sugestão de Primus (1999, p.42-43) é que as semelhanças entre os direitos não são de forma ou conteúdo, mas de função: “tendo a ver como reivindicações de direitos são usadas e compreendidas nos discursos jurídicos e políticos” isto é, de uma prática linguística onde imperativos morais são declarados direitos por sua importância normativa e assim, merecedores de proteção especial. As fronteiras desta prática são dadas pelo longo período histórico de uso que são capturadas pelas categorias de títulos, liberdades,

²⁶ Primus (1999, p.36-37) acompanha o *insight* de Hohfeld de que quatro categorias analíticas operam pelo nome “direito”. Entretanto, para Hohfeld, direitos só existem propriamente numa relação em que as partes são formalmente definidas, algo que na modificação terminológica de Primus remete apenas a uma modalidade de uso do termo direito, qual seja, a de “título”. Logo, reconhecer o termo direito a apenas um tipo de relação seria, do ponto de vista do discurso político dos direitos, de sua prática, limitado.

²⁷ Primus (1999, p.41) salienta que é justamente tal aspecto que coloca o discurso dos direitos em tensão com o majoritarismo.

poderes e imunidades; em qualquer questão que envolva uma delas, portanto, estaremos diante do uso da linguagem dos direitos com sua variada agenda política.

Com estes pressupostos, a tese de Primus (1999, p.54) é mostrar que a prática do discurso dos direitos recebe regularmente seu conteúdo ao longo da história americana num processo de concreta negação de adversidades históricas específicas, um “padrão reativo”. Tal processo não é descrito em termos de leis gerais, o que olvidaria a complexidade do processo político em questão; o caminho trilhado é oferecer as características comuns da interação entre a história e as concepções dos direitos observadas em cada um dos períodos históricos dos Estados Unidos que analisa: A Revolução Americana e a Fundação, a Reconstrução pós-guerra civil e, por fim, o pós-Segunda Guerra.

As características são descritas como “adversidade”, “reação” e “síntese” (PRIMUS, 1999, p.61). A primeira característica do processo é a adversidade, exemplificada nas guerras, situações de pobreza, repressão política, a ameaça de tais eventos ou de qualquer um que possa ser percebido como indesejável e que, por seu significado, persuade que os arranjos reguladores da vida política, social ou econômica são inadequados.

A segunda característica é a reação que visa corrigir a adversidade e preveni-la, o que envolve geralmente reformas sociais de acordo com algum princípio norteador e ou, total rejeição de coisas particularmente associadas à adversidade em questão. No caso americano, pontua Primus (1999, p.63), por sua matriz cultural associada à tradição da *common law* e a filosofia do iluminismo, as reações as adversidades têm sido articuladas na linguagem dos direitos.

A reação articulada na forma de direitos opera num já existente sistema de direitos. Sendo assim, sucessivas adversidades criam sucessivas camadas de direitos, que não são eliminadas e continuarão a exercer sua influência em outros momentos históricos: “americanos em 1997 possuem direitos que nasceram como reações a diferentes conjuntos de condições em diferentes tempos por um período de mais de duzentos anos” (PRIMUS, 1999, p.64).

Ao final, tem lugar a terceira característica do processo, a síntese, que busca racionalizar a camada mais recente de direitos com as prévias. A síntese ocorre no plano da teoria que, quando bem-sucedida - ainda que quase sempre

possua contradições -, articula princípios e justificativas que unificam os novos direitos aos antigos, isto é, fundem um significado antigo a um novo sugerido pelas novas circunstâncias. Primus (1999, p.64) sugere que tal síntese é visível, por exemplo, quando no Discurso de Gettysburg Lincoln deu aplicação no século XIX do “todos os homens são criados iguais” da Declaração de Independência; e, anos mais tarde, já no século XX, com a mesma frase, Martin Luther King a empregou no seu discurso “Eu tenho um sonho”.

Em meados do século XX, guardando marcas de outros períodos, a linguagem do direito americana ganhou novas forma e conteúdo ante o encontro com um novo quadro de compromissos políticos do pós-Segunda Guerra. Seguindo o “padrão reativo” descrito por Primus (1999, p.177) – adversidade, reação e síntese -, a principal adversidade a desencadear tal processo veio da Alemanha e da União Soviética, sintetizada no conceito de “totalitarismo”. Esse encontro mudou novamente o discurso dos direitos nos EUA, uma nova síntese na forma de uma agenda antitotalitária se configurou.

A nova adversidade na figura do totalitarismo, ressalta Primus (1999, p.180), não ditou um quadro uniforme de reações. Outros elementos como o surgimento do Estado de Bem-Estar, as aspirações dos grupos minoritários (negros e mulheres) e os imperativos pragmáticos da Guerra Fria garantiram variações.

É comum na história constitucional americana, a exemplo de Bruce Ackerman (1991), quem atribua ao *New Deal* como a grande força por trás do pensamento constitucional que prevaleceu na geração do pós-guerra. Contudo, acompanhando o recorte de Primus (1999, p.180-181), ainda que se reconheça um destacado papel ao *New Deal* em tal transformação, que de fato importantes elementos do discurso dos direitos americano do pós-guerra tenham sido estabelecidos na luta pela constitucionalização deste programa, tal evento não deve ser creditado como a grande força por trás do discurso dos direitos do pós-guerra.

Isso porque, quando atentamos para o discurso dos direitos nos anos 30, profundamente impactado pela Grande Depressão, nota-se uma centralidade sem precedentes nos EUA aos direitos econômicos. De forma distinta, no pós-guerra, a centralidade foi deslocada aos direitos de privacidade, procedimento penal, liberdade de expressão e igualdade racial. Além disso, se no período do

New Deal foi esperada uma maior deferência ao congresso por uma Suprema Corte que deixava sua postura de décadas de vigorosa defesa da propriedade privada contra a regulação estatal, período conhecido como “Era Lochner”, o controle de constitucionalidade em nome dos direitos fundamentais se tornou central ao discurso dos direitos do pós-guerra. Também ilustrativo de uma mudança, o próprio Roosevelt não usou os “direitos humanos” para tratar dos direitos de seu *New Deal*, o que mudou com a guerra e seus sucessores já em um pós-guerra (PRIMUS, 1999, 182 e 195).

Para fundar sua oposição ao totalitarismo nazista e soviético, os americanos sentiram a necessidade de buscar um quadro normativo para além do direito positivo, o que repercutiria em mudanças nas concepções dos direitos como liberdade de expressão, igualdade racial e privacidade. É o que Primus (1999, p.182) identificou como o retorno de um “fundacionalismo” (*foundationalism*) que exploraria temas como “direitos humanos”, “dignidade humana” e “universalismo”. Tais temas estiveram na base de onde uma renovada filosofia política elaboraria suas teorias de moralidade política cada vez com maior relevância num cenário de busca por direitos para além dos textos legais (PRIMUS, 1999, 225).

Particularmente importante foi a recuperação do Kantismo, filosofia famosa pela centralidade da “dignidade humana”, que auxiliou acesso ao re-emergente tema da justiça universal. Além da urgência política de uma moralidade universal, a recuperação do Kantismo também pode ser reputada a uma geração de emigrados alemães (e.g Hannah Arendt, Leo Strauss) antes, durante e após a guerra, que passaram a integrar a universidade americana (PRIMUS, 1999, p.182-183). Ponto alto nesta recuperação de Kant no pós-guerra foi, justamente, *Uma Teoria da Justiça* de Rawls, explicitamente influenciada pela filosofia kantiana.

Considerando assim aquilo que mais estaria sob ameaça com o totalitarismo, o discurso dos direitos do pós guerra assumiu dimensões universalistas e anti-positivistas. Tornou-se central nesse discurso a proteção do indivíduo contra a discriminação injusta como as baseadas na raça ou religião, a reação contra isso foi uma concepção dos direitos universalista e *a priori*, que permitiria aos americanos condenarem moralmente os Estados totalitários europeus a despeito de seus direitos positivos (PRIMUS, 1999, p.185).

Quando comparado, por exemplo, ao período anterior, iniciado a partir da Reconstrução pós-guerra civil, o discurso dos direitos do pós guerra se apresentou, portanto, de forma mais abstrata. Segundo Primus (1999, 190-191), duas razões para isso são: a primeira, que o inimigo na Reconstrução era doméstico, já o totalitarismo, por remeter a inimigos internacionais, demandou razões universais para sua condenação moral; a segunda, entre aqueles que diretamente viveram o regime totalitário, muitos eram intelectuais que tenderam a uma reação num plano mais abstrato.

Sob os impulsos do totalitarismo, o discurso americano dos direitos, muitas vezes se expressou em termos de direitos humanos, uma poderosa forma de articular o antitotalitarismo: a ideia de que todas as pessoas, igualmente, em qualquer lugar, possuem direitos básicos em virtude de serem humanos. Foi sobretudo após o evento internacional que mais simbolizou a administração da justiça universal, os Julgamentos de Nuremberg de 1945/1946²⁸, que aumentou a atenção para a possibilidade de um direito não positivo fundado em bases universais não religiosas. Tal evento afetou diretamente uma série de juristas americanos de renome entre os quais, Herbert Wechsler, Telford Taylor, Francis Biddle, Edgar Bodenheimer e o *Justice Jackson* (PRIMUS, 1999, p.192 e 214).

Cabe notar, assim, que os direitos humanos figuraram tanto na política internacional quanto a nacional. Em nível internacional foi constitutiva a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; domesticamente, ainda que não articulada em termos de direitos humanos, a decisão no caso *Brown* foi recebida, já em maio de 1954, por um editorial do *The New York Times* explicando o significado da decisão contra a segregação racial em termos de direitos humanos; algo também evidenciado, por exemplo, em falas do senador Hubert Humphrey, do presidente Lyndon Johnson e do advogado geral Robert Kennedy, no contexto da legislação dos direitos civis dos anos 60 (PRIMUS, 1999, p.194).

Sete anos após *Brown*, em 1965, foi decidido o caso *Griswold v. Connecticut*, decidido em termos de um senso de justiça que reconheceu um direito à privacidade não expresso no texto constitucional. O caso *Griswold* sinalizou, domesticamente, a existência de direitos dos indivíduos não expressos

²⁸ Menos lembrado e contemporâneo o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente de 1946 a 1948 para julgar os líderes do império do Japão.

no direito positivo, mas passíveis de reconhecimento pelas Cortes (PRIMUS, 1999, p.223 - 224). Pelo discurso dos direitos do pós-guerra foi possível à Suprema Corte, então, que avançasse para além do direito positivo nas questões, por exemplo, do direito à privacidade e igualdade racial.

Precisamente, o totalitarismo teve duas faces, a primeira do nazismo e a segunda, sobretudo a partir dos anos 60 em plena Guerra Fria, dos soviéticos. Alusões ao nazismo foram constantes nas questões de direito da era pós-guerra. É o caso, por exemplo, dos argumentos bem sucedidos dos advogados da *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) em *Morgan v. Virginia* de 1946 envolvendo a questão da segregação racial no transporte público, ou, já em junho de 1963, em discurso sobre os direitos civis, a pergunta do presidente Kennedy aos americanos se estariam confortáveis em dizer que na América não existiam guetos ou raça suprema com exceção dos negros²⁹.

O principal componente identificado pelos americanos no nazismo, portanto, foi o racial. A igualdade racial, algo já presente no discurso dos direitos desde a Reconstrução, se somou ao antinazismo enquanto síntese. Não à toa, observa Primus (1999, 186-188), o uso da figura de Abraham Lincoln na propaganda de guerra³⁰.

O antinazismo também aparece em decisões da Suprema Corte da década de 40 como em *West Virginia State Board of Education v. Barnette* de 1943, anulando a decisão de três anos antes no caso *Minersville School District v. Gobitis*, ambos envolvendo a objeção religiosa de testemunhas de Jeová ao juramento à bandeira nas escolas públicas americanas. Ainda mais evidente, nos anos seguintes, nas decisões envolvendo a “cláusula de igualdade” da 14ª Emenda.

Se o nazismo levou o discurso dos direitos a um espessamento dos direitos das minorias, no auge da Guerra Fria a face soviética do totalitarismo trouxe uma reação centrada em temas como poder de polícia, censura e direitos processuais penais como em *Gideon v. Wainwright* de 1963 e *Escobedo v. Illinois*

²⁹ O discurso está disponível online em <https://www.jfklibrary.org/learn/about-jfk/historic-speeches/televised-address-to-the-nation-on-civil-rights>.

³⁰ Um exemplo na imagem disponível em <https://digital.library.illinois.edu/items/e321acc0-0d92-0135-23f6-0050569601ca-1>.

do ano seguinte. A retórica antissoviética nas decisões da Corte a partir dos anos 60 passaria a repudiar o próprio macarthismo, que numa nova dinâmica interna frente aos imperativos da Guerra Fria, fez central e estratégica a imagem do compromisso singular e absoluto dos americanos com a liberdade de expressão (PRIMUS, 1999, p.208-209).

Na academia a expressão retórica antinazista apareceu, lembra Primus (1999, p.189), no famoso debate entre Lon Fuller e H.L.A Hart em 1958, na *Harvard Law Review*, sobre o positivismo jurídico e a moralidade, especificamente, se o positivismo jurídico auxiliou a ascensão do nazismo.

Quanto à contribuição dos acadêmicos ao discurso dos direitos, cabe notar sua novidade e particularidade. A novidade advém do fato de que, quando comparado aos usos nos âmbitos jurídico e político, o discurso dos direitos no âmbito acadêmico é bem mais recente já que os acadêmicos só passaram a ter uma existência significativa ao final do século XIX. Sobre a particularidade, é que no âmbito acadêmico o discurso dos direitos, geralmente, tornou-se mais cuidadoso, isto é, “raciocinado” (PRIMUS, 1999, p.179 e 224).

O discurso dos direitos nos EUA do pós-guerra, com as características que descrevemos, liga-se a uma mudança mais ampla, no próprio liberalismo americano frente à ameaça do totalitarismo e, neste caso, foi preponderante o papel da academia na remodelação da teoria liberal. Tal ligação não é à toa visto que o direito sempre foi um instrumento privilegiado pelos liberais na concretização de seus valores fundamentais.

A despeito de variações conceituais e explicativas, a imagem do totalitarismo na compreensão americana, ligadas as faces nazistas e soviéticas, envolveu duas dimensões: uma relacionada ao controle estatal da *atividade* dos indivíduos (e.g. econômica, associativa, mobilidade e procriação) e a segunda, relacionada ao controle estatal do *pensamento* dos indivíduos (e.g. propaganda oficial, doutrinação e reeducação). No totalitarismo, portanto, o Estado controla os corpos e mentes (CIEPLEY, 2006, p.2).

Conforme sugere David Ciepley (2006, p.2-3), com a entrada do totalitarismo no imaginário americano formou-se a principal dicotomia do pensamento liberal contemporâneo, aquela que opõe totalitarismo e liberdade individual. Como exemplo da banalização de tal dicotomia a percepção comum que opõe, na dimensão econômica, um mapa ideológico que vai do comunismo

ao livre-mercado e, na dimensão cultural e moral um espectro que vai do fascismo ao libertarianismo cívico. A ideia geral, então, é que a confrontação ideológica com o totalitarismo remanejou o discurso intelectual americano numa direção libertária.

Pode-se então identificar na história do pensamento liberal – europeu e americano - três ondas: a clássica, que funcionou como retórica de resistência e afirmação da autonomia individual frente às autoridades políticas e religiosas; um liberalismo sociológico que deu a um liberalismo já no poder uma teoria positiva do governo e das benesses da sociedade liberal, comumente associada a políticos práticos e seus desafios (*e.g.* Guizot, Tocqueville e Os Federalistas); e a terceira onda levada a cabo, principalmente por acadêmicos americanos trabalhando numa reação ideológica ao totalitarismo distinguindo a “abertura moral” da democracia americana face ao absolutismo moral totalitário.

Logo, realçando a novidade deste liberalismo da “terceira onda”, ressalta Ciepley (2006, p.27-29): “enquanto o liberalismo clássico dissocia a cidadania do confessionalismo cristão, o liberalismo neutralista dissocia a cidadania de quaisquer valores substantivos”³¹, de outra forma, na terceira onda se configura um liberalismo “minimalista nas questões de valores com mais fala de direitos que virtudes, e focado na importante mas restrita questão de distribuição econômica”. Neste cenário, portanto, o recurso a ideia de neutralidade.

A sugestão explicativa de Ciepley (2006, p.23) para a emergência da ideia de uma “ordem constitucional neutra quanto aos valores” veio da parte dos cientistas sociais que transplantaram a neutralidade valorativa científica para a teoria democrática. Assim, culminando em *Uma Teoria da Justiça* de Rawls como sua “mais famosa expressão”, a partir do pós-guerra foram observadas várias

³¹ A este respeito, Alexa Zelletin sugere, então, uma distinção esquemática entre tolerância e neutralidade. A ideia de neutralidade, termo que aparece pela primeira vez para o pensamento político no contexto das relações internacionais (guerra), se diferencia da ideia de tolerância, sua antecessora histórica com John Locke como um dos seus primeiros formuladores no século XVII, por três formas: (I) a neutralidade requer a situação onde duas ou mais partes estão em conflito e a parte cuja neutralidade é requerida, não faz parte do conflito, mas, no entanto, pode influenciá-lo; contrariamente, no caso da tolerância, o terceiro em relação ao conflito pode tomar posição: “acho que você está errado, mas não o impeço de continuar no erro”. (II) Tanto os indivíduos como o Estado devem ser tolerantes enquanto a neutralidade só faz sentido como um princípio imposto apenas ao Estado. (III) Neutralidade e tolerância se diferem quanto ao conteúdo: para a primeira, seu objeto diz respeito a todas as concepções do que é valioso na vida (concepções do bem); para a segunda, apenas as condições religiosas ou ligadas as questões de consciência (ZELLETTIN, 2009, p.161).

imagens de uma democracia “não ideológica”, moderada, moralmente cética e pluralista. Dessa forma, “o ideal de neutralidade é uma resposta historicamente contingente e teoricamente exagerada à assunção do totalitarismo na Europa e Ásia”.

Sintetizada na teoria liberal sob a ideia de neutralidade do Estado quanto às concepções individuais do bem, a tônica antidiscriminatória (e.g. raça, religião...), ou ainda, da visão de que uma constituição promove – sob um aspecto processual, um sistema de “direitos neutros”, isto é, garantidores de quaisquer fins que os cidadãos busquem, apareceu publicamente, pela primeira vez, exemplarmente, no pensamento constitucional, em *Everson v. Board of Education* de 1947 envolvendo a reflexão sobre a relação entre igreja e Estado (CIEPLEY, 2006, p.14).

Passando a Carta de Direitos (*Bill of Rights*) a ocupar a alma do direito constitucional americano, sua interpretação foi de enorme influência no pensamento liberal de então, pode-se dizer que o liberalismo americano do pós-guerra tornou-se eminentemente um liberalismo legal, funcionando as escolas de direito como um grande ponto de encontro dos liberais que santificaram a Suprema Corte como linha de frente das reformas (CIEPLEY, 2006, p.231).

Isso porque a Corte alçava uma nova posição no sistema constitucional americano, a partir de um processo iniciado já nos anos 30, quando a centralidade numa jurisprudência conservadora e de pauta econômica cede a uma jurisprudência liberal centrada na esfera cultural. Se o encontro com o totalitarismo desencadeou uma “conversão em massa dos intelectuais para a religião da constituição e da Carta de Direitos”, isso ocorreu ao mesmo tempo em que a Corte foi alçada ao papel de “nacionalizar e radicalizar essa religião” (CIEPLEY, 2006, p.231-232).

Feito este panorama da linguagem dos direitos americana do pós-guerra, exemplarmente manifesta no pensamento constitucional de então, analisemos nos capítulos seguintes, portanto, os deslocamentos que levam às configurações de seus dois aspectos fundamentais mencionados e como estes aparecem no pensamento de John Rawls.

CAPÍTULO 2 – A ASCENSÃO DAS LIBERDADES CIVIS AO CENTRO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL AMERICANO

2.1 – A autonomia, as liberdades fundamentais e sua prioridade em Rawls

É possível observar o uso central da linguagem dos direitos, tal qual dissemos, na obra rawlsiana que a emprega exatamente para explicitar o que exige a Justiça para as instituições, de forma específica, tal qual na configuração assumida por tal linguagem no pós-Segunda Guerra, manifesta no pensamento constitucional americano, por uma prioridade normativa da igualdade moral apresentada na ascensão da autonomia como fundamento da interpretação liberal das liberdades civis, estas, fundamentalmente como liberdades de escolha.

Vimos que um dos principais alvos da Justiça como Equidade é o utilitarismo. Para Rawls, como dispõe no prefácio revisado de TJ, o utilitarismo não consegue “oferecer uma teoria satisfatória dos direitos e das liberdades fundamentais dos cidadãos como pessoas livres e iguais, requisito da mais alta importância para a teoria das instituições democráticas” (RAWLS, 2008, p.XXXVI). Consequentemente, entre os objetivos principais de sua teoria está oferecer uma “concepção filosófica da democracia constitucional” com uma exposição convincente dos direitos e liberdades fundamentais e sua prioridade³².

Tal é, afinal, o “papel característico das concepções de justiça”, qual seja, o de “especificar os direitos e os deveres fundamentais, e definir as parcelas distributivas apropriadas” (RAWLS, 2008, p.07). No caso, de uma concepção de *justiça social*, pois muitas coisas podem ser justas ou injustas, mas quando o tema é a justiça social estamos falando de um objeto próprio, daquilo que Rawls (2008, p.08) denominou estrutura básica: a constituição política e os arranjos econômicos e sociais principais. Esse é o objeto da justiça social que por suas

³² Se Rawls emprega, ao que parece, como analiticamente distintos os termos “direito” e “liberdade”, contudo, como visto a partir do esquema proposto por Primus (1999, p.34-42), liberdade é apenas um dos usos possíveis reconduzíveis ao termo direito.

consequências profundas na vida dos indivíduos desde o início, não podem ter suas desigualdades justificadas por mérito.

Rawls argumenta que dois princípios de justiça seriam acordados na Posição Original para serem aplicados na estrutura básica. Na sua primeira formulação em TJ:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos (RAWLS, 2008, p.73).

Tais princípios incidem em partes distintas da estrutura básica. O primeiro, na constituição que define e garante as iguais liberdades fundamentais, e o segundo, no âmbito legislativo que especifica e estabelece as desigualdades sociais e econômicas (RAWLS, 2008, p.74). Isso porque o segundo princípio “exige mais dados”, isto é, “depende de doutrinas políticas e econômicas especulativas e da teoria social em geral” (RAWLS, 2008, p.244).

Nesta linha, em consonância com o constitucionalismo americano e sua marginalização dos direitos sociais e econômicos, afirma em LP que “a história das constituições bem-sucedidas indica que os princípios para regular as desigualdades econômicas e sociais e outros princípios distributivos em geral não são adequados como cláusulas constitucionais” (RAWLS, 2011, p.399).

Aos princípios de justiça, portanto, cabem reger “a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico e social” (RAWLS, 2008, p.09). Dada essa pluralidade de princípios, surge o problema da prioridade: como equilibrar tais princípios entre si? Qual o peso de cada um?

A este problema se apresenta a solução de uma “ordenação lexical”, ou seja, uma ordem que exige a satisfação do primeiro princípio para que se possa passar ao segundo. Rawls sugere que a própria modelagem da Posição Original pode oferecer solução a este problema por incorporar a suposição da primazia da justiça³³ como “caso desse tipo de ordenação” (RAWLS, 2008, p.52, nota); de tal forma, na Justiça como Equidade essa *primazia* se manifesta na *prioridade* dada

³³ Cf. item 1.2

ao “princípio da liberdade igual antes do princípio que rege as desigualdades sociais e econômicas” (RAWLS, 2008, p.53).

De forma mais concreta, “a estrutura básica da sociedade deve organizar as desigualdades de riqueza e autoridade de maneiras compatíveis com as liberdades iguais exigidas pelo princípio anterior” (RAWLS, 2008, p.53). Do contrário, como no princípio de utilidade, a “liberdade estaria sujeita ao cálculo de interesses sociais” e assim, restrições em tais liberdades estariam autorizadas “caso isso conduzisse a um maior saldo líquido de satisfações” (RAWLS, 2008, p.254). As liberdades fundamentais “têm um peso absoluto em relação a considerações de bem público e a valores perfeccionistas” (RAWLS, 2011, p.349).

Outro modo de captarmos a “prioridade da liberdade” é a exigência de que as liberdades fundamentais só podem ser limitadas quando em conflito com outras liberdades fundamentais, mas sempre em via de um ajuste em sistema único igual a todos. Violações às iguais liberdades fundamentais “não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens sociais e econômicas” (RAWLS, 2008, 74).

Rawls diferencia, então, liberdades fundamentais e não fundamentais. As liberdades fundamentais são aquelas recolhidas “ao longo da história do pensamento democrático”, aquelas “encontradas em diferentes cartas de direitos e declarações de direitos do homem” ou, ainda, aquelas que são “condições essenciais” ao desenvolvimento das pessoas como sujeitos morais (RAWLS, 2011, p.346-347).

Como exemplos de liberdades fundamentais Rawls elenca: a liberdade política, de expressão, de reunião, de consciência, as proteções contra a opressão psicológica, a agressão, a mutilação, a detenção arbitrária e a propriedade pessoal. Adverte, contudo, que uma lista completa independente das “circunstâncias sociais, econômicas e tecnológicas” de cada sociedade, é praticamente impossível; além disso, considera não fundamental “o direito a certos tipos de propriedade (digamos, dos meios de produção) e a liberdade contratual como entendida pela doutrina do *laissez-faire*” (RAWLS, 2008, p.75).

Outra distinção importante é entre a limitação e a regulação das liberdades fundamentais. A limitação, por exemplo, aparece quando se proíbe a adoção ou defesa de ideias religiosas, morais ou políticas; já a restrição, quando

“normas de ordem são necessárias para regular a discussão” no caso da liberdade de expressão (RAWLS, 2008, p.249).

Na regulação a prioridade não é afetada. Como nenhuma liberdade é absoluta, a regulação garante que tais liberdades fundamentais se combinem em um sistema único e que se adaptem “a certas condições sociais necessárias para seu exercício duradouro” (RAWLS, 2011, p.350), preservando assim, o “âmbito de aplicação” e a compatibilização no sistema destas, da forma mais extensa possível (RAWLS, 2011, p.352, 392 e 403-422). Com tal distinção, Rawls remete diretamente ao pensamento constitucional americano, em especial a um famoso defensor da Primeira Emenda, Alexander Meiklejohn e o desenvolvimento doutrinário dos contornos da liberdade de expressão pela Suprema Corte do caso *Schenck v. United States* (1919) a *Brandenburg v. Ohio* (1969).

Rawls também distingue entre a liberdade e o valor da liberdade. Se o sistema de liberdades fundamentais deve ser igual a todos os cidadãos, reconhece, contudo, que o valor de tais liberdades pode diferir na capacidade de cada cidadão ou grupo em “promover seus objetivos dentro da estrutura definida pelo sistema” (RAWLS, 2008, p.251). Sendo assim, autoridade ou riqueza podem diminuir o valor destas a alguns cidadãos e, portanto, deve-se buscar a distribuição de propriedade e riqueza, financiamento público dos partidos políticos, entre outras medidas de compensação. Todavia, numa divisão de tarefas, Rawls (2008, p.280) remete tais questões a uma “sociologia política” já que entende estar “em meio à descrição de um arranjo ideal”, de um “termo de comparação que define um padrão para julgar instituições reais e indica o que deve ser garantido para que afastamentos em relação a esse padrão se justifiquem”.

A distinção entre liberdades fundamentais e não fundamentais, de um sistema de iguais liberdades fundamentais, de sua prioridade no esquema normativo rawlsiano, aparece em sintonia com a “doutrina da posição preferida” (*preferred position doctrine*), central no constitucionalismo americano do pós-guerra. Com formulação inicial feita pelo *Justice* Cardozo falando em nome da Corte em *Palko v. Connecticut* de 1937, caso que discutiu se a proibição da “dupla condenação” da 5ª Emenda pertenceria ou não a um conjunto de direitos hierarquicamente superiores que, nas palavras de Cardozo, integravam “a própria

essência de um esquema de liberdade ordenada”³⁴ garantidas pelo regime constitucional, logo no ano seguinte em *United States v. Carolene Products Co.*, na famosa nota 4 do *Justice Stone*, a doutrina da posição preferida ganhou corpo com a distinção entre graus de exigência nos escrutínios de constitucionalidade da Corte, em que os direitos e liberdades civis, por sua posição preferida, demandariam maior nível de rigor quando envolvidas.

Rawls não discute sistematicamente cada uma das liberdades fundamentais, mas escolhe a liberdade de consciência e seu fundamento para servir de paradigma para esclarecer o significado das liberdades iguais e apresentar os argumentos a favor do primeiro princípio. O raciocínio que leva ao primeiro princípio é o seguinte: as partes na Posição Original vão “presumir que têm interesses morais, religiosos ou filosóficos que não podem pôr em risco”, sendo assim, “elas se veem como pessoas com obrigações morais ou religiosas que, para serem honradas, requer que elas se mantenham livres”. Logo, conclui Rawls (2008, p.253), “parece evidente que as partes devem escolher princípios que assegurem integralmente sua liberdade religiosa e moral” pois não sabem quais serão suas convicções, e se serão majoritárias ou não. Aqui, a passagem da igualdade moral, enquanto igual autonomia, e desta como um valor supostamente neutro, concretizado na garantia da liberdade como, fundamentalmente, liberdade de escolha.

Rawls apresenta ainda, dois outros fundamentos pela prioridade das liberdades fundamentais. Que estas garantem o bem primário do auto respeito, ou seja, a “afirmação pública do status de cidadania igual para todos” e que tais “liberdades constituem as condições institucionais de fundo que são necessárias ao desenvolvimento e ao exercício pleno e informado das duas faculdades morais” dos cidadãos, a capacidade de um senso de justiça e de uma concepção de bem (RAWLS, 2008, p.673 e 2011, p.365).

Os argumentos pela igual liberdade de consciência podem, então, supõe Rawls (2008, p.260), serem generalizados para defender o princípio da liberdade igual e sua prioridade. O que está por trás do princípio da liberdade igual é uma ideia intuitiva de “generalizar o princípio de tolerância religiosa estendendo-o a uma forma social, chegando assim à igual liberdade em

³⁴ No original: “of the very essence of a scheme of ordered liberty”. *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/319/>

instituições públicas” (RAWLS, 2008, p.253)³⁵. Exemplar, assim, da ambição do liberalismo neutralista de dissociar a cidadania de *quaisquer valores* substantivos, não só do confessionalismo cristão tal qual no surgimento do liberalismo (CIEPLEY, 2006, p.27-29).

Rawls entende que tal argumentação a favor das liberdades iguais “não se apóia em nenhuma doutrina filosófica ou metafísica específica”. De outra forma, que o “apelo, de fato, se dirige ao bom senso, a formas em geral compartilhadas de argumentar e a fatos claros acessíveis a todos” (RAWLS, 2008, p.264). Neste ponto, outra ideia com frequência a dar suporte para exigência de neutralidade, como veremos melhor no próximo capítulo, a de “consenso”, que no âmbito do pensamento constitucional evocará outra, a de “processo”.

Por ora, resta apontar a conexão da ideia de consenso com a prioridade das liberdades fundamentais. Segundo Rawls (2008, p.301) “um entendimento comum da justiça como equidade constitui uma democracia constitucional”. Desta forma, numa rara abordagem de um problema político concreto e contemporâneo seu, no caso, a desobediência civil no âmbito do movimento dos direitos civis, ainda que sempre em tom abstrato, Rawls propõe sua visão desta que encontrará sua justificativa justamente no apelo a tal “entendimento comum da justiça” para o restabelecimento da igual cidadania representada pela garantia das iguais liberdades fundamentais.

Assim, a desobediência civil se apresenta “como um ato político público, não-violento e consciente contra a lei, realizado com o fim de provocar uma mudança nas leis ou nas políticas do governo” e, deste modo, quem a pratica se dirige aos seus concidadãos num “apelo a uma concepção de justiça em comum”. A “violação persistente e deliberada” aos princípios da justiça, “em especial a transgressão das iguais liberdades fundamentais, convida ou à submissão ou à resistência” (RAWLS, 2008, p.453, 455 e 459).

Vejamos agora, de modo mais amplo, o movimento que leva a este aspecto da prioridade normativa das liberdades civis, fundamentalmente como liberdades garantidoras da escolha de indivíduos dotados de autonomia, ao centro do pensamento constitucional americano do pós-guerra, configuração

³⁵ Em outro lugar, “essa ideia, que surgiu historicamente com a tolerância religiosa, pode ser estendida a outros casos” (RAWLS, 2008, 272). Cf. nota 31.

assumida que contrastará com outra leitura das liberdades, outrora predominante no constitucionalismo daquele país, no caso, a republicana.

2.2 – A ascensão das liberdades civis no pensamento constitucional americano e a afirmação da liberdade de escolha como paradigma das liberdades

A ideia de liberdade sempre ocupou um lugar importante no pensamento americano sobre eles mesmos enquanto nação. Como lembra o historiador Eric Foner (1998, p.XIII e XVI), “*Liberty*” ou “*Freedom*”, quase sempre usadas de forma equivalente, é evocada na Declaração de Independência como direito inalienável, no preâmbulo do texto constitucional assegurando os “benefícios da liberdade”, na Guerra Civil quando se falou num “novo nascimento da liberdade”, na Segunda Guerra pelas “Quatro Liberdades” ou na Guerra Fria pela defesa do “*Free World*”. O exame da ideia de liberdade nos EUA também expõe as contradições entre o que afirmam ser e o que são em cada momento.

O estudo da liberdade numa perspectiva histórica concreta mostra quantos significados essa ideia assumiu ao longo da história americana, o quanto o conflito entre concepções dominantes e dissidentes contribuíram para uma determinada configuração desta ideia. Enquanto conceito “essencialmente contestado”, a liberdade é um terreno de conflitos interpretativos proveniente de lutas intelectuais, sociais, econômicas e políticas (FONER, 1998, p.XIV-XV).

Mesmo assim, ainda que seu significado tenha mudado ao longo da história americana, os debates em torno desta ideia têm focado em determinadas dimensões como a liberdade política, as liberdades civis e a liberdade econômica, sempre relacionadas às questões institucionais que as realizam e dos seus titulares, em outras palavras, dos contornos da cidadania, contornos que definem ou excluem da nacionalidade americana. Entre os contornos persistentes, aponta Foner (1998, p.XVII-XX), aqueles baseados na raça, gênero e classe. É desta forma, assim, que as lutas pela liberdade, ou pela inclusão entre seus beneficiários, estiveram sempre associadas, também, à elevação do valor da igualdade em seus discursos.

Nem sempre, contudo, as liberdades civis estiveram no centro da discussão constitucional americana. Central nas discussões contemporâneas sobre a liberdade, por exemplo, a liberdade de expressão nem sempre recebeu o mesmo destaque e vigorosa defesa na jurisdição constitucional americana.

Falar neste deslocamento das liberdades civis ao centro equivale à passagem da Carta dos Direitos, em especial a 1ª Emenda ao centro. Desta forma, podemos dizer, a história do constitucionalismo americano envolve a história do lugar ocupado pela Carta dos Direitos no direito constitucional de cada período (HAAKONSEN e LACEY, 1991, p.4-6).

O preparativo e a adoção da Carta de Direitos foi crucial para a ratificação da constituição federal. Contudo, dado o esquema federal da constituição, aos estados membros foram reservados poderes vitais afetando os direitos civis e políticos de seus cidadãos, ficando a Carta nacional de direitos praticamente no limbo até quando, a extrema autonomia dos estados com a questão da escravidão levou o país a uma guerra civil.

Com as emendas constitucionais pós guerra civil, particularmente a 14ª, que se clarificou a questão da cidadania americana com desdobramentos para o entendimento do alcance da jurisdição federal. Ocorre daí um gradativo processo de centralização da autoridade; neste mesmo processo, perde força o federalismo e ganha força a Carta dos Direitos, nacionalizada a partir da doutrina da incorporação: a cada vez mais expansiva leitura da 14ª emenda pela Suprema Corte.

Já no século XX, pós-Primeira Guerra mundial, despontou o primeiro momento do que viria a ser consagrada como uma “Revolução de Direitos”. Neste momento, bem antes de uma maioria liberal na Corte, há um crescente aumento no foco da Corte aos direitos individuais, em especial as liberdades civis da 1ª Emenda. Já a partir de meado dos anos 30, a ascendência liberal na Corte se tornou evidente e, naquilo que pode ser considerado já um segundo momento da Revolução dos Direitos, os direitos dos acusados e prisioneiros saltam na Suprema Corte, de 3% do total dos casos em 1935 a 38% em 1967. Por fim, num terceiro momento, com a passagem da Corte Warren à Burger, a partir de 1971, é marcado pelo desenvolvimento dos direitos das mulheres (EPP, 1998, p.26-29).

Em suma, a Revolução dos Direitos nos EUA diz respeito ao período que, após 125 anos da adoção da Carta dos Direitos, a Suprema Corte muda seu foco de atenção tradicional basicamente da resolução de disputas comerciais para um

crescente foco nos direitos individuais, especialmente nas liberdades civis. Tal Revolução, assim, redundou na mudança da própria noção de constitucionalismo, que da ideia central de governo limitado passa a de proteção dos direitos individuais (EPP, 1998, p.26-27).

No começo do século XX, até os anos 20, dos poucos casos sobre a liberdade de expressão que a Suprema Corte começou apreciar, quase sempre foi concedido às autoridades amplos poderes na determinação do que poderia ser um discurso censurável. De forma mais ampla, toda a 1ª Emenda que enumera, além da liberdade de expressão, outras liberdades civis, considerada hoje pilar da liberdade dos americanos, só passou a ter alguma importância na vida destes no momento em que foi incorporada aos estados membros (FONER, 1998, p.163-164). Vejamos o caso da liberdade de expressão.

Entre 1900 e 1915 a corte tratou de mais casos de liberdade de expressão que em todo século XIX. Entre os litigantes, sobressaíram trabalhadores lutando pelo direito de greve, socialistas pelo direito de pregação ao ar livre, modernistas culturais e feministas pela desregulamentação da “obscenidade”. De forma geral suas demandas foram rejeitadas, mas tais batalhas deram fundação para a ascensão das liberdades civis como componente central do pensamento constitucional americano do século XX.

Se os casos anteriores a Primeira Guerra Mundial envolviam, basicamente, o universo laboral (e.g piquete, panfletagem) ou banimento de contraceptivos e informações sobre controle de natalidade consideradas obscenas, foi com a Primeira Guerra que as liberdades civis se tornam finalmente uma questão pública importante na América. Com o Estado nacional cada vez mais fortalecido, diferentemente do que ocorreu com a Guerra Civil quando a propaganda pró guerra ficou ao encargo da iniciativa privada, na administração de Woodrow Wilson o patriotismo tornou-se uma questão nacional fundamental (FONER, 1998, p.164-169).

O discurso de Wilson apresentava os EUA como terra da liberdade e os esforços de guerra em nome de uma união entre os “povos livres” para a garantia da autodeterminação dos povos oprimidos. Sendo assim, tal retórica inspirou demandas internas por democracia e liberdade, que no caso das mulheres levaria em 1920 à conquista do voto pela ratificação da 19ª Emenda; quanto aos negros, alvos da segregação racial e sem direito ao voto, muitos migraram ao norte para

se depararem com postos de trabalhos e condições de moradia inferiores, frustrando qualquer expectativa de justiça social, que também não conquistaram os trabalhadores sindicalizados (FONER, 1998, p.170-176).

A despeito de toda retórica oficial, pontua Foner (1998, p.177), a Primeira Guerra Mundial inaugurou a maior repressão das liberdades civis da história americana, uma década de repressão ao dissenso. Pela primeira vez desde o *Alien and Sedition Acts* de 1798, o governo nacional promulgava um estatuto restringindo a liberdade de expressão, o *Espionage Act* de 1917, que proibia não só a espionagem como qualquer “falsa alegação” que pudesse interferir no sucesso militar americano. Na prática, a criminalização do discurso anti guerra: pelo “conteúdo geral”, numerosas publicações como as da imprensa socialista inteira e vários jornais em língua estrangeira foram proibidas de circular pelo correio.

O clímax da repressão ocorreu com o Medo Vermelho (*Red Scare*) de 1919-1920 em parte como resposta, sugere Foner (1998, p.177-178), às tensões sociais decorrentes da Revolução Russa e a onda de greves que seguiu a guerra. Ainda mais extrema foi a repressão adotada pelos governos estaduais que durante a guerra, a exemplo de 33 estados, baniram a posse e exibição de bandeiras vermelhas (comunistas) ou pretas (anarquistas); 23 estados adotaram o crime de “sindicalismo criminoso”, isto é, a defesa de atos ilegais para mudar a política e a propriedade industrial. Para além do mero apoio à guerra, o patriotismo configurou o suporte ao *status quo* econômico.

Para o movimento americano de reforma social da última década do século XIX, o “progressivismo”, que disfrutou predominância política até os anos 20, período da história americana conhecido como Era Progressista, a liberdade era principalmente identificada como advinda da participação social e o Estado nacional a consubstanciação do propósito democrático. Dessa forma, os progressistas eram críticos dos direitos individuais, das liberdades civis como oposição isolada ao governo, por serem sintomas do excesso individualista, em suas visões, responsável por muitos males sociais. Apostando no uso positivo do poder para a melhoria social, também eram críticos da postura das Cortes de então, que invalidavam, em nome da liberdade de contrato, as normas de uma legislatura eleita.

Contudo, a repressão inaugurada pela Guerra somada à 18ª Emenda Constitucional de 1919 que proibiu a fabricação, transporte e venda de bebidas alcoólicas (revogada mais tarde pela Emenda Constitucional número 21 de 1933), observa Foner (1998, p.182-183), ofereceram a muitos progressistas uma clara percepção dos riscos que o poder nas mãos erradas podia realizar e a importância das liberdades civis como elemento central da liberdade nos EUA.

Evento emblemático do choque trazido pela repressão, em 1917, a prisão dos dissidentes anti-guerra inspirou a formação da *Civil Liberties Bureau* que em 1920 tornou-se a *American Civil Liberties Union – ACLU* que nas décadas seguintes figuraria nos principais casos precipitadores da “Revolução dos Direitos” que trouxe contornos substantivos às liberdades civis tradicionais como a de expressão, de imprensa e novos direitos, como o da privacidade.

A este respeito, da importância da ACLU e outras organizações do gênero como fatores indispensáveis ao desenrolar da Revolução dos Direitos, sinaliza a tese de Charles Epp (1998, p.2-3) para quem, ao lado de explicações focadas no design, garantias do texto constitucional, liderança judicial e a consciência crescente dos direitos na sociedade americana, pontua justamente para o papel fundamental de condições materiais de litigância, de estratégia deliberada de *advocacy* por direitos a partir de uma “estrutura de apoio” de organizações, advogados, recursos, inclusive governamentais. Tudo isso contribuiu para iniciar tal revolução a partir de uma pressão de baixo, não de cima como muitas vezes se pensa. “O crescimento da estrutura de suporte, portanto, significativamente, democratizou o acesso a Suprema Corte” (EPP, 1998, p.3).

Ainda no pós-Primeira Guerra, frente aos imperativos de “americanização” dos estrangeiros com pressupostos pseudocientíficos e raciais, levado a cabo tanto pelos setores público e privado, ocorreram mais dissidências no movimento progressista. Nesta linha, temos o exemplo do filósofo Horace Kallen que cunhou a expressão “pluralismo cultural” exaltando a diversidade étnica e cultural americana e a tolerância como parte da ideia de América. Também semearam uma visão pluralista dos EUA os antropólogos Franz Boas, Alfred Kroeber e Ruth Benedict insistindo pela inexistência de superioridade racial, de sociedades primitivas ou civilizadas (FONER, 1998, p.189-190).

Lentamente, então, a Suprema Corte foi forçada a enfrentar a questão dos limites do dissenso econômico e político. De início a Corte confirmou a

constitucionalidade do *Espionage Act* e a condenação de Charles Schenck, em *Schenck v. United States* de 1919, um socialista que distribuía panfletos anti conscrição. Neste mesmo caso, foi formulado pelo Justice Holmes a doutrina que seria o teste básico dos limites sobre as liberdades civis da 1ª Emenda pelas autoridades, a “*clear and present danger*”.

No mesmo ano de 1919, pelo próprio juiz Holmes juntamente com Louis Brandeis, surgiu pela primeira vez uma minoria na Corte comprometida com uma maior defesa da liberdade de expressão. O caso era o *Abrams v. United States*, envolvendo Jacob Abrams entre outros, acusados de panfletagem contra a intervenção americana na Rússia pós Revolução Bolchevique. Seis anos depois, em *Gitlow v. New York*, Holmes e Brandeis também divergiram da maioria quanto à condenação de Benjamin Gitlow pela divulgação de um manifesto pró Revolução.

Em *Gitlow* Brandeis advogou pela primeira vez na Corte a aplicação da 1ª Emenda, via 14ª Emenda, aos estados federados dando assim um passo significativo no processo de incorporação, na doutrina da incorporação, que transformou o *Bill of Rights* de uma declaração de princípios em uma significativa e efetiva proteção jurídica das liberdades civis.

Ao que parece, sugere Foner (1998, p.184), a repressão durante e no pós Primeira Guerra chocou pelo menos alguns membros da Corte que caminharam na direção de uma maior sensibilidade ao tema das liberdades civis. Assim, se no começo as questões envolvendo liberdade de expressão remetiam à expressão “política”, ao final dos anos 20 a Corte anulou leis criminalizando o sindicalismo, panfletos de educação sexual e até a censura do livro “*Ulysses*” de James Joyce: lentamente nasceu uma jurisprudência das liberdades civis.

A percepção de que os esforços do Estado e do setor privado na produção de uma coesão social podiam ameaçar a liberdade foi a descoberta não prazerosa da Primeira Guerra. Dessa forma, os progressistas que criticaram aquele estado de coisas caminharam na formulação de uma nova concepção da liberdade na América, numa síntese instável combinando, de um lado, a crença progressista na atuação positiva do Estado na economia e de outro o foco nas liberdades civis e pluralismo cultural como garantias individuais fora do alcance da coerção estatal (FONER, 1998, p.192).

A quebra da bolsa em 1929 colocou os Estados Unidos na maior crise econômica e social de sua história. A crise desacreditou a busca desregulamentada por riqueza no mercado e revigorou a convicção progressista de que o Estado nacional deve proteger os cidadãos por medidas positivas contra as intempéries do mercado. Assim, a ideia de uma cidadania social alcançou o centro da discussão americana sobre liberdade: a segurança econômica passou a ser requisito da liberdade e ao longo dos anos 30, então, o governo nacional reclamaria tal responsabilidade lançando as bases do *Welfare State* americano (FONER, 1998, p.195-196).

Nesses anos, pela primeira vez, a esquerda desempenhou uma influência no poder político nacional e na cultura tendo o sindicato CIO (*Congress of Industrial Organizations*) e o partido comunista americano funcionado como foco de uma frente cultural que auxiliou o redesenho dos limites da liberdade. A aliança de meados dos anos 30 entre os comunistas, liberais, sindicalistas e radicais independentes conhecida como “*popular front*” contribuiu ativamente para a popularização da ideia de uma América cuja força residia em sua diversidade, tolerância e apego a igualdade (FONER, 1998, p.211-213).

A crise de 29 propiciou uma revolução política tirando do poder os republicanos que, exceto com os dois mandatos de Woodrow Wilson, controlavam a presidência da república desde 1896. Inaugurou-se então um longo período de hegemonia dos democratas, começando pela figura central do presidente Franklin D. Roosevelt que adentrou ao cargo em 1932 sem soluções predeterminadas de como lidar com a Depressão e que, então, mudou de curso em várias ocasiões.

Com seu pacote de medidas conhecido por *New Deal* houve dois períodos. Em 1933 e 1934 concentrou-se, entre outras medidas, na promoção da agricultura, recuperação da indústria, reforma do setor bancário e emprego público; dado o insucesso de tais medidas em tirar o país da crise somada a oposição da Suprema Corte a tais medidas iniciais, em 1935 um segundo *New Deal* expandindo os programas assistenciais somado à taxação das grandes fortunas foi lançado. Já em 1938 com o *Fair Labor Standards Act* foram estabelecidos o salário mínimo nacional e a limitação das horas da jornada laboral.

Comparado ao *Welfare State* social democrata da Europa, avalia Foner (1998, p.201), a versão americana envolveu uma versão mais descentralizada e menos gasto público. Do ponto de vista da história americana, o *New Deal* representou um “dramático afastamento” das funções tradicionais do governo no país. Transformando a relação do governo federal com a economia e cidadania, com Roosevelt estabeleceu-se, então, a agenda do liberalismo americano moderno, quando, inclusive, tal presidente conscientemente abandonou o termo “progressista” por “liberal” para descrever a si mesmo e seu governo. Conforme sintetiza Foner (1998, p.204), passou-se da ideia de liberalismo como “abreviação para governo fraco e economia *laissez-faire* na crença em um Estado ativista, socialmente consciente, uma alternativa tanto ao socialismo e ao capitalismo desregulamentado”.

À aproximação da ideia de liberdade com a de segurança econômica logo encontrou oposição no resgate do sentido tradicional da liberdade como governo limitado e economia *laissez-faire* pelo bloco republicano no Congresso e, como dito, pela Suprema Corte, que inicialmente, invalidou porções do *New Deal* em nome tanto da “liberdade de contrato” quanto do “direito dos estados”.

Contudo, com a expressiva segunda reeleição de Roosevelt em 1937 e pela ameaça de captura da Corte por juízes simpáticos ao *New Deal*, a *court-packing plan*, sugere Foner (1998, p.205), esta passou a aceitar e deferir nas questões de regulação econômica, entre outros aspectos, envolvendo salário, trabalho infantil, produção da agricultura e horas de trabalho.

O segundo *New Deal*, assim, contribui enormemente para a expansão do sentido da liberdade que passou a incluir entre seus assistidos segmentos necessitados da população como os desempregados, velhos e dependentes. No entanto, ainda que todas suas medidas fossem concebidas como direito do cidadão e não caridade, sua universalidade limitada deixou descobertos com menos ou nenhum benefício os negros, mulheres, trabalhadores rurais e domésticos (FONER, 1998, p.206).

No ano de 1937 para além do abandono da Suprema Corte de seu papel de censora da legislação econômica é importante notar o que restou no lugar, no caso, a expansão de sua autoridade nas questões das liberdades civis e, entre estas, como liberdades paradigmáticas as de expressão e pensamento, como expresso no voto do *Justice* Benjamin Cardozo falando pela maioria da

Corte em *Palko v. Connecticut*. Ou seja, a assunção de um poder contra majoritário lastreado na doutrina da posição preferida³⁶.

Ainda em 37, a Corte reviu, fundamentando-se na liberdade de expressão e reunião, a condenação de Angelo Herndon, um comunista da Geórgia preso pela incitação à insurreição. Três anos depois, em nome da liberdade de expressão, invalidou uma lei do Alabama proibindo piquete nas disputas laborais. Neste momento, encorajados pelo clima favorável da *Popular Front*, já vitoriosos com o governo federal pela promulgação do *Wagner Act* de 1935 lançando as bases do direito trabalhista americano, boa parte das reivindicações por liberdades civis enfrentadas pela Corte envolviam as dos sindicatos como o “*Southern Tenant Farmers Union*” no Sul e a CIO no Norte, contra extensivas restrições especialmente ao direito de greve e associação, tanto pelo setor privado quanto pelas forças policiais. Com essa elevação dos direitos trabalhistas como parte central das discussões das liberdades civis, outro importante deslocamento na compreensão destas ocorreu nos EUA, qual seja, que para além de proteção contra o Estado as liberdades civis serviam, também, contra as violações dos entes privados (FONER, 1998, p215-216).

Até a Segunda Guerra, portanto, a liberdade de expressão era lida como uma liberdade econômica associada aos sindicatos. Como narra Cieplay (2006, p.236), o encontro com o inimigo do totalitarismo mudou o cenário, quando então uma massa da *intelligentsia* composta de acadêmicos, juristas, artistas, jornalistas, reformistas do *New Deal* e o próprio Roosevelt, deslocam ao centro normativo dos progressistas as liberdades civis no sentido moderno.

A Segunda Guerra Mundial teve grande impacto na vida dos americanos. Semelhante à Guerra Civil ou à Primeira Guerra, mas em escala maior, a mobilização do período da Segunda Guerra expandiu o tamanho, a abrangência do governo. O PIB americano dobrou, o desemprego acabou e surgiu uma poderosa aliança entre corporações e militares, que mais tarde Dwight D. Eisenhower chamaria de “Complexo militar industrial”, que sobreviveu muito além do fim da guerra e confirmou o novo papel dos EUA como potência mundial (FONER, 1998, p.219). Neste cenário, como veremos à frente, foi

³⁶ Cf. item 2.1

possível dar ares de universalidade a leitura americana contemporânea das liberdades civis.

Com um processo já iniciado nos anos 30 pela *Popular Front* que ajudou a forjar imigrantes na classe trabalhadora, com a guerra ganhou centralidade na cultura popular a ideia de que a força do país estava em sua diversidade, de que americanos de todas as raças, religiões e origens nacionais poderiam usufruir igualmente de suas liberdades fundamentais.

Contra a tirania nazista e sua teoria de superioridade racial os americanos passavam, então, a enfatizar uma definição cívica da nacionalidade, desacreditando a desigualdade étnica e racial. Contudo, não demoraria muito para a contradição entre tal autoimagem e a situação vivida pelos negros caminhasse ao centro da vida nacional ao longo do pós-guerra (FONER, 1998, p.236-239).

Refletindo a nova autoimagem americana, as liberdades de religião e expressão receberam cada vez maior atenção na Suprema Corte como definidoras do regime americano, em especial a 1ª Emenda, que caminhou, dessa forma, ao centro da definição de liberdade nos EUA como seria manifesto pelo pensamento constitucional de então.

A América foi apresentada como o oposto do regime totalitário. Se este significava controle da comunicação de massas, a América era a liberdade de expressão e imprensa; seguiam outras oposições: perseguição religiosa versus liberdade religiosa, restrição de reunião e movimento versus liberdade de associação e movimento e, como contraste muito mais difícil, racismo versus harmonia étnica e racial e cooperação. Tais valores, sempre predominantes no liberalismo clássico europeu, se tornaram então a “verdadeira essência da América” (CIEPLEY, 2006, p.237).

Em contraste à atuação da Corte durante a Primeira Guerra, quando deferiu a um patriotismo coercitivo, já em 1943, no já mencionado caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* envolvendo estudantes testemunhas de Jeová que se recusavam a saudar a bandeira americana no colégio público, a Suprema Corte afirmou, de modo novo, a santidade da consciência individual como elemento caracterizador do regime constitucional de proteção às minorias impopulares em expressa oposição a tirania nazista (FONER, 1998, p.223).

Barnette reverteu o entendimento de três anos antes, de 1940, no caso *Minersville School District v. Gobitis*. Se em *Gobitis*, falando pela Corte, Justice Frankfurter sequer mencionou a Carta de Direitos e ponderou a liberdade de consciência com o interesse do Estado na solidariedade social, na linha da tradição da Corte até então em relegar ao “poder de polícia” local regular as liberdades civis, com *Barnette*, a decisão da Corte pelo Justice Jackson faz muitas menções a Carta de Direitos e da à 1ª Emenda uma interpretação absolutista (CIEPLEY, 2006, p.239).

Já no imediato pós-guerra as duas potências emergentes do conflito, Estados Unidos e União Soviética, entraram em conflito. Em 1946 o diplomata americano George Kennan alertou a administração Truman com seu “longo telegrama” de Moscou quanto à determinação da União Soviética a expandir seu poder pelo mundo. Ainda sob o discurso do período da guerra que dividia o mundo em livres e escravizados, os EUA logo tomaram para si a responsabilidade de líder do “mundo livre” que é formalizado em 1947 com o discurso de Truman ao Congresso naquilo que viria a ser conhecido como a Doutrina Truman: o compromisso de contenção mundial ao avanço do comunismo como base da política externa americana a partir de então.

Internamente, à medida que a Guerra Fria se intensificava, a divisão do mundo em livres e escravizados automaticamente considerava aqueles com algum vínculo com o comunismo como inimigos da liberdade. Desta forma, enquanto a ideia de liberdade era celebrada como fundamento do “*american way of life*”, o direito à dissidência foi novamente atacado: proliferaram pelo país juramentos de lealdade e os considerados subversivos retirados de seus postos.

No auge, que durou do final dos anos 40 ao começo da década de 60, a cruzada anticomunista no período do “Macarthismo”, batizado em referência ao Senador Joseph McCarthy que presidiu o subcomitê encarregado das acusações de associação ou simpatia ao comunismo por funcionários do Estado, conforme Foner (1998, p.252-255), possuiu várias faces e objetivos, mas, certamente, um deles foi o de instrumentalizar uma batalha contra o *New Deal*. Assim, a Guerra Fria remodelaria a liberdade identificando anticomunismo, livre iniciativa e defesa do *status quo*.

Tal qual na Primeira Guerra, a Corte aquiesceu com a repressão política pelo menos no começo dos anos 50 com a condenação do líder

comunista Eugene Dennis, em *Dennis v. United States*, pela violação do *Smith Act*, numa posição quanto à liberdade de expressão de discurso de derrubada do governo, que foi revista já em 1957 com *Yates v. United States*, considerando que o discurso radical e reacionário também eram protegidos pela 1ª Emenda.

A desegregação também ganhou corpo a partir de meados da década de 50. O movimento dos negros por direitos civis, composto de trabalhadores, igrejas e organizações afro americanas, por sua vez, atingiu projeção nacional. Ainda que alguns líderes como Paul Roberson e W. E. B. Du Bois fossem críticos da Guerra Fria, o movimento em geral teve que extirpar a conexão entre desigualdade racial e necessidade de reforma econômica para abraçar um discurso geral ao seu favor, no caso, juntamente com a administração Truman, de que a desigualdade racial numa sociedade livre era uma aberração e uma poderosa arma dos russos contra a imagem internacional do país (FONER, 1998, p.258-259).

Tal como vimos, uma ideia central no pós-guerra foi a de “totalitarismo” que atuou para reforçar a dicotomia do mundo no período. Surgido na Europa no entre guerras, o termo foi aplicado aos Estados “ideologicamente orientados” que não deixavam margem aos direitos dos indivíduos. Inicialmente aplicado aos nazistas e fascistas, já em 1950 pelo *McCarran Internal Security Act* foram barrados de entrar no país como “totalitários” todos aqueles do outro lado da Guerra Fria.

Como atenta Foner (1998, p.261-262), o amplo uso da ideia de totalitarismo reflete aquela que se tornou, então, a visão predominante da liberdade na América, expressa pelo pensamento constitucional do pós-guerra, qual seja, de uma área de proteção privada de ação e crença contra a intervenção estatal: ironicamente no período em que os EUA vivenciavam o Macarthismo.

Esta visão da liberdade que se tornou predominante é identificada com o capitalismo, consumo e livre iniciativa. Com a “liberdade da carência” da época de Roosevelt identificada ao socialismo, a “liberdade de empresa” tomou seu lugar entre as liberdades fundamentais na definição oficial da América. Assim, a liberdade de escolha do consumidor ou do empresário competir no mercado se tornou a arquetípica (FONER 262-264).

Numa sociedade de consumo com virtualmente a maioria dos americanos aproveitando uma calmaria econômica, com um PIB mais que dobrado de 1946 a 1960, o significado comum da liberdade, então, foi sua identificação com a habilidade de escolha no mercado, simbolizada no pacote básico do consumidor americano: a casa, a televisão e o carro. Justamente o significado de liberdade que o então vice-presidente americano Richard Nixon em 1959 ofereceu ao contrastar os méritos do capitalismo americano com o comunismo, num cenário construído remontando ao lar dos americanos com seus bens de consumo, o “debate da cozinha”, com o primeiro ministro soviético Nikita Khrushchev (FONER, 1998, p.264-271).

Comparado a outros períodos da história americana, a afluência econômica dos anos 50 e a redução dos limites do debate público possível – com os excessos do Macarthismo, foi possível no mundo acadêmico a celebração do “fim da ideologia”, ou, do triunfo do consenso na democracia liberal e capitalista dentro da sociedade americana. Claro que nem todos foram tão otimistas, e acadêmicos como Charles Wright Mills apontaram em suas críticas à sociedade de massas para a acumulação do poder econômico e o mito da liberdade dos consumidores sempre manipuláveis (FONER, 1998, p.268-270).

Em 1º de Dezembro de 1955 a costureira Rosa Parks foi presa por se recusar a ceder seu lugar a um passageiro branco conforme a lei municipal da cidade de Montgomery no Alabama. O incidente foi o estopim para uma série de boicotes aos ônibus da cidade ao longo de um ano, dando início ao maior movimento de massa da história americana, o movimento dos negros por direitos civis. Em plena Guerra Fria, o movimento “redirecionou a atenção nacional para o trabalho inacabado da liberdade em casa” (FONER, 1998, p.275-276).

Com os aliados tradicionais da esquerda, sobretudo dos sindicatos alvos do Macarthismo e a NAACP concentrando-se exclusivamente na via legal, o movimento empreendeu táticas não violentas e encontrou apoio organizacional na igreja negra propagando uma nova onda de ativismo e desobediência civil. Com os *sit-ins* de 1960, estudantes, negros e brancos somaram, já ao final do mesmo ano, algo em torno de 70 mil pessoas participando dos protestos.

Mais que qualquer outro, a figura simbólica unificadora do movimento foi a do pastor Martin Luther King Jr. que apresentou a causa dos negros apelando à consciência dos brancos em um vocabulário que construía ponte

entre as raças, fundindo a experiência negra com a da nação. Com uma retórica permeada de temas cristãos, especialmente a passagem bíblica do Êxodo, apresentando a causa dos negros como aquela em direção à terra prometida da liberdade, King, observa Foner (1998, p.279) insistia que os protestos eram motivados pelo amor ao país e seus valores.

O movimento negro, então, se apropriou do termo central da Guerra Fria, a liberdade equacionada com a autonomia pessoal, chamando atenção para a promessa não cumprida da Declaração de Independência, da Proclamação da Emancipação e da 14ª Emenda, tom exemplar no famoso discurso “*I have a dream*” de King em 1963 (FONER, 1998, 278-279).

A despeito da longa complacência do poder federal com a segregação racial, a experiência histórica dos negros sugeria maiores chances de justiça com o poder nacional do que nos governos locais. Tal convicção era reforçada, lembra Foner (1998, p.280), tanto pela resistência do sul dos Estados Unidos em integrar os negros quanto pelo norte em aplicar as leis trabalhistas do final dos anos 40.

O sucesso em casos como *Brown v. Board of Education* (1954), central para a dessegregação racial nos Estados Unidos, aceleraria a estratégia de luta da sociedade que deslocava suas energias da legislação e regulação para a ação judicial, da política ordinária para o *test case*³⁷, ante o persistente racismo de leis e instituições locais, e um sistema partidário capturado por grupos de interesse bem organizados e financiados. A política convencional, portanto, parecia fútil e insatisfatória e, gradualmente, as cortes, com um novo e ampliado entendimento de seu poder e das liberdades individuais, removeriam do legislativo e do controle local uma variedade de questões envolvendo, por exemplo, a supervisão de prisões, hospitais e escolas (GLENDON, 1991, p.5-6).

Com o Congresso e a administração Eisenhower (1953-1961) furtando-se a enfrentar a questão, inicialmente coube, portanto, à Suprema Corte colocar a questão na agenda nacional com a decisão unânime em *Brown*. Contudo, com a ressalva da decisão de que o seu cumprimento não necessitava ser imediato, mas com “*all deliberate speed*”, logo veio uma resistência massiva ao seu cumprimento. Assim, inicialmente foi necessário o envio de tropas federais em

³⁷ Ação judicial que intenta estabelecer um precedente.

1957 a cidade de Little Rock no Arkansas para o cumprimento da integração escolar dos negros.

Com o aumento da militância e da violência na resistência, coube ao governo federal, assim, encampar a causa dos negros. Em 1963, com 15 mil americanos presos ao longo de uma semana, por 186 cidades pelo país, apareceu na televisão o presidente John Kennedy falando em uma crise moral, adotando a retórica própria do movimento, apelando à consciência dos americanos, o que foi seguido por Lyndon B. Johnson, após o massacre na marcha de Selma, demandando uma legislação que garantisse o voto aos negros.

Pela primeira vez, então, o movimento negro contou com o apoio poderoso do governo federal e em 1965, com as decisões das cortes dismantelando a segregação e novas leis federais proibindo a discriminação e garantindo o voto, o movimento dos direitos civis encontrou vitória na erradicação das bases legais da cidadania de segunda classe dos negros americanos (FONER, 1998, p.280-281).

Além disso, no mesmo ano, aponta Foner (1998, p.281-282), inspirado pela convicção de que o racismo não deveria ser base de uma política nacional, o *Hart–Celler Act* abandonou o sistema de quotas por origem nacional por critérios não raciais para a imigração. Como resultado, a revolução dos direitos civis e a nova lei de imigração marcaram o triunfo de uma definição cívica e pluralista da América.

Em parte pelo foco do movimento nas desigualdades jurídicas e políticas, em parte pelo ataque do macarthismo aos aliados da esquerda que vinculavam a questão negra a uma crítica mais ampla de desigualdade social, o triunfo do movimento dos direitos civis, contudo, deixou as desigualdades econômicas enfrentadas pelos negros intactas. Ainda assim, o movimento auxiliou a recolocar a ideia de “liberdade da carência” de volta na agenda.

Como forma de contrabalancear seus esforços com relação aos negros, a “*War on Poverty*” de Lyndon Johnson lançou uma série de iniciativas destinadas a aliviar a situação dos pobres, em sua maioria brancos. Vitorioso na eleição de 1964 e com a derrota dos conservadores no Congresso, Johnson presidiu não só as peças legislativas centrais dos anos 60 como caminhou para completar a agenda aberta em 1938, na direção de um *Welfare State* de iguais oportunidades com os programas de seu *Great Society*, visando, então, a

inclusão daqueles não contemplados no *New Deal*, no caso, especialmente negros e mulheres trabalhadoras (FONER, 1998, p.284-285).

O *Great Society* incluía serviços de saúde aos pobres e idosos, além do financiamento federal em educação e habitação. Tudo isso com a criação de novas agências reguladoras tais como a *Equal Employment Opportunity Commission*. Ao contrário do *New Deal* que compreendia a pobreza como fruto de desigualdade de poder econômico e defeito nas instituições econômicas, nos anos 60 a pobreza passou a ser atribuída a ausência de habilidades e oportunidade aos indivíduos. Dessa forma, a tônica seria, portanto, equipar os pobres com habilidades, treinamento e serviços legais.

Conforme avalia Foner (1998, p.286), o *Great Society* de Johnson representou uma notável reafirmação das ideias de cidadania social e igualdade racial, o maior esforço da história nacional de mobilização de esforços federais para enfrentar as necessidades daqueles americanos mais em desvantagem. A guerra contra a pobreza foi bem sucedida em elevar muitos negros a classe média, mas longe de erradicá-la, tal esforço foi interrompido em 1967 com a escalada do envolvimento americano no Vietnã e uma nova grande crise social.

Integrando o clima de protestos pelo país nos anos 60, inspirados pelas recentes conquistas do movimento negro, jovens pelos campi universitários pelo país explodiram em protestos contra a guerra inspirados por uma nova concepção da liberdade a partir do clima intelectual trazido pela “Nova esquerda”. Se no começo da década os EUA estavam comprometidos com aconselhamentos ao regime ditatorial e corrupto do Vietnã do Sul, em 1967 contou com mais de meio milhão de soldados no país asiático. Assim, o compromisso dos liberais e conservadores com a guerra fizeram com que os jovens se radicalizassem e se afastassem de seus aliados liberais de outrora (FONER, 1998, p.290-291).

Ao final da década de 60, milhões de jovens rejeitavam abertamente o comportamento de seus velhos. Neste clima de contracultura da década também ocorreu a segunda onda feminista. Conscientemente iniciado em 1962 com a publicação de *A Mística Feminina* da jornalista Betty Friedan, o movimento também mirou o *gap* existente no país entre os valores professados e a prática.

Nos moldes das organizações tradicionais de defesa dos direitos civis, principiando a terceira fase do processo de Revolução dos Direitos, em 1966, foi fundada a *National Organization of Women – NOW* visando à completa igualdade

das mulheres na vida pública, educação e emprego. Já no ano seguinte, o país contou com uma série de grupos de tomada de consciência que alargaria a demanda do movimento para além da igualdade de direitos à liberação do corpo das mulheres com campanhas, entre outras, pelo fim da proibição do aborto ou da decisão de terceiros quanto ao fim da gravidez (EPP, 1998, p.27; FONER, 1998, p.296-299).

Nos anos 60, portanto, o direito americano começou a mudar e levar em conta, tanto as demandas dos negros quanto das mulheres. Em 1963 o Congresso passou o *Equal Pay Act*, seguido em 1964 do *Civil Rights Act* proibindo qualquer desigualdade tendo por base sexo, raça, cor, religião ou origem nacional.

A revolução dos direitos civis seguida dos estudantes pelo país contra a guerra do Vietnã e a segunda onda do feminismo logo inspiraram outros segmentos da população a buscarem seus direitos ao final dos anos 60, entre outros, dos “*chicano rights*”, “*homosexual rights*”, “*native american rights*” e “*consumer rights*”. Uma das grandes ironias desta era, observa Foner (1998, p.300-301) foi que, com origem nas ruas, a revolução dos direitos atingiu legitimidade constitucional na Suprema Corte, historicamente o braço mais conservador do governo.

Sob o comando do Justice Earl Warren, de 1953 a 1969, a Corte expandiu os direitos dos americanos e os colocou sob proteção das maiorias legislativas. Algo previsto desde 1937 quando a Corte abandonou seu papel de censora no tema liberdade de contrato e, concomitantemente, assumiu o papel de garantidora da liberdade de expressão, o progresso em direção a uma Corte vigorosa protetora das liberdades civis foi eclipsado no Macarthismo, mas, então, reapareceu ao longo do movimento dos direitos civis. As liberdades civis, assim, atingiam sua maior preponderância no pensamento constitucional americano.

Entre os casos emblemáticos envolvendo as liberdades civis, a Corte Warren lançou um marco da liberdade de imprensa americana ao reconhecer em *New York Times Co. v. Sullivan* de 1964, o direito de crítica dos cidadãos ao governo declarando o *Sedition Act* de 1798 inconstitucional com um século e meio de sua edição. A Corte também confirmou a doutrina da incorporação do *Bill of Rights* com relação às garantias penais tais como a proteção contra a

autoincriminação, busca e apreensão ilegal, punições cruéis e o direito à defesa dos cidadãos pobres.

A Corte zelou, ainda, pela separação entre igreja e Estado declarando inconstitucional sob a 1ª Emenda a leitura da Bíblia nas escolas públicas americanas bem como assumiu para si o papel de fiscal do processo democrático aos níveis federal e estadual. Além da garantia dos direitos de todos americanos, descobriu, inferidos da “zona de penumbra constitucional”³⁸, novos direitos como os de privacidade em *Griswold v. Connecticut* de 1965 derrubando uma lei estadual proibindo o uso de métodos contraceptivos e, mais tarde, quatro anos após a saída de Warren, tal decisão levou a decisão em *Roe v. Wade* reconhecendo o direito ao aborto (FONER, 1998, p.301-303).

Sobre a revolução dos direitos, conclui Foner (1998, p.303) que esta “completou a transformação das liberdades americanas de um conjunto finito de direitos usufruído principalmente por homens brancos em uma reivindicação aberta de igualdade, reconhecimento e autodeterminação”. E foi justamente isso que logo encontraria reação da ala conservadora. O fato de direitos serem protegidos e expandidos pelo braço menos democrático do governo provocou uma reação conservadora, falando também em nome da liberdade, contra os burocratas de Washington que desprezavam as tradições locais e suas preferências.

Com a eleição de Richard Nixon em 1968 a ascendência da reação conservadora contra as mudanças na sociedade americana, em nome da “lei e ordem” foi interrompida apenas, por um instante, com o escândalo de *Watergate* e a renúncia de Nixon em 1974, mas o cenário após a década de 60 foi de crescente dominância conservadora na política americana. Em todo caso, como sugere Foner (1998, p.304), igual ao “longo século XIX” que começou com a Revolução Francesa e se encerrou na Primeira Guerra em 1914, os anos 60 transbordaram seus limites cronológicos.

Foi na administração de Nixon que o *Great Society* atingiu seu pico, as ações afirmativas foram institucionalizadas e o movimento dos estudantes, com a invasão do Camboja e a morte de quatro estudantes manifestantes anti guerra na Universidade Estadual de Kent pela Guarda Nacional, explodiu em greves

³⁸ Cf. item 1.4

(mais de 500 *colleges* e universidades). Ainda, os movimentos nascidos ao final dos 60, tais como dos gays e dos nativos americanos, atingiram seu auge de militância nos anos 70 e a revolução sexual passou de contracultura a *mainstream*.

Portanto, assim como a Guerra Civil americana estabeleceu um quadro de disputas para as gerações seguintes, o mesmo com o *New Deal* por muito tempo após a morte de Roosevelt, os americanos foram condenados a lutar de novo as batalhas da década de 60 mesmo após o término desta. Se por causa dos anos 60 a América se tornou mais aberta e tolerante, o deslocamento do país na direção conservadora culpou os 60 por todos os males da sociedade americana: crime, abuso de drogas, gravidez precoce e o declínio do respeito à autoridade (FONER, 1998, p.305).

De forma mais específica, quanto à ideia de liberdade, em vista deste percurso narrado desde o começo do século XX, o que se observou, assim, foi a afirmação da cultura de consumo do pós-guerra com sua concepção paradigmática de liberdade como escolha individual, e as liberdades civis no centro do pensamento constitucional americano. Com a chegada da década de 70 que ficou conhecida, nas palavras do jornalista Tom Wolfe como a década do “eu”, na medida em que se ampliaram as liberdades dos indivíduos, os americanos foram se afastando das noções de uma vida cívica comum, em outras palavras, da liberdade nos moldes republicanos.

2.3 – Da liberdade republicana à liberal no pensamento constitucional americano

O deslocamento no pensamento político americano, exemplarmente no constitucional, de uma tônica normativa dada à virtude cívica para a liberdade do indivíduo autônomo, no auge, contemporaneamente a afirmação da sociedade de consumo americana do pós-guerra, também foi apontado por Michael Sandel, importante crítico comunitarista³⁹ de Rawls, em *Democracy's Discontent* escrito na virada para os anos 90.

³⁹ Em seu *Liberalism and the Limits of Justice* de 1982. Cf nota 16.

Sandel observa que, naquele momento, a despeito das conquistas da vitória americana na Segunda Guerra, da afluência econômica sem precedentes e tudo mais que se seguiu na segunda metade do século, como avanços em termos de justiça social com as mulheres e outras minorias, e o fim da Guerra Fria, a política norte americana se encontrava em ansiedade e frustração, incapaz de dar resposta satisfatória a dois medos no coração dos descontentes com a democracia americana: a perda do controle do governo das vidas individuais e coletivas e a erosão da ideia de comunidade.

Diagnóstico semelhante ao notado por Mary Ann Glendon (1991, p.x). Em seu *"Rights talk: the impoverishment of political discourse"*, está interessada naquilo que identifica como o empobrecimento do discurso político nos Estados Unidos, uma percepção ao longo de todo o espectro político da crescente dificuldade de definição das questões críticas, debates e suas soluções. A razão, segundo Glendon, está na invasão da linguagem dos direitos, com sua configuração contemporânea, em esferas onde prevaleciam o senso de responsabilidade pessoal e obrigação cívica: "uma imoderada retórica da liberdade pessoal desta forma corrói as fundações sociais na qual liberdade individual e segurança em última análise repousam".

A crítica de Glendon, na linha da crítica republicana ao liberalismo, parte de um diagnóstico histórico de que nos Estados Unidos da segunda metade do século XX, ocorreu uma expansão no catálogo dos direitos, aumentando a possibilidade de colisões entre esses, a impossibilidade de compromissos, mútuo entendimento e a descoberta de um terreno comum. Com o uso e abuso de certa linguagem dos direitos contribuiu-se para a atrofia do governo local, dos partidos políticos e do desdém geral pela política (GLEDON, 1991, p.5).

A hipótese de Sandel, por sua vez, era que tal incapacidade de cenário político responder a tal descontentamento teria algo a ver com os fundamentos filosóficos em que o debate político estava sendo conduzido, em outras palavras, da filosofia pública que num exame mais atendo poderia ser observada na contemporaneidade do país.

No caso, certa forma de teoria liberal de matiz kantiana, tal qual a de Rawls que, partindo da constatação de uma pluralidade moral e religiosa na sociedade, prescreve, como ideia central, um governo que não afirme pelo direito ou políticas, a superioridade de nenhuma concepção específica da "boa vida"

(moral, religiosa...), tão somente um quadro neutro de direitos aptos a respeitar as pessoas enquanto pessoas livres e independentes. Desta perspectiva decorre então, uma vida pública onde a prioridade é dada aos procedimentos justos em detrimento de fins específicos, uma realidade que Sandel nomeia como República Procedimental (*Procedural Republic*) (SANDEL, 1996, p.3-4).

No plano da teoria política contemporânea americana, atenta Sandel (1996, p.11-12), embora os liberais de matiz kantiana concordem no tocante à busca por um quadro de direitos individuais neutros, notoriamente divergem entre si quanto a quais arranjos políticos realizam tal quadro ou, quais devem ser os direitos fundamentais.

Para “liberais igualitários”, o suporte é dado a um Estado de Bem-Estar com um esquema de liberdades civis juntamente com direitos econômicos e sociais, já “liberais libertários” - identificados como conservadores, defendem a centralidade da economia de mercado com um Estado que ofereça um esquema de liberdades civis e um estrito regime de direitos de propriedade.

Ainda assim, fundamentalmente, o que há de comum a tais liberais é a visão dos indivíduos como sujeitos dotados de escolha, sujeitos anteriores aos valores e fins que poderão buscar. Algo nos moldes do atributo de autonomia da vontade kantiana, que contrasta com uma visão dos sujeitos como constituídos de obrigações *a priori* (*encumbered identities*) com Deus, família, comunidade, cultura, tradição, laços morais independentes de uma escolha.

Para além da teoria política acadêmica, os reflexos desta ideia de que a liberdade consiste na capacidade de escolha de nossos fins e valores, ainda que haja divergências sobre “como” o governo deve agir para respeitar tais escolhas individuais, pode ser encontrada, observa Sandel (1996, p.5), na base de todo espectro do debate político partidário americano: se os republicanos reclamam da taxaçoão dos ricos para financiamento de programas sociais ou os democratas de que o governo deve garantir um mínimo aos cidadãos, ambos o fazem em nome da garantia de uma liberdade de escolha dos indivíduos.

Apesar disso, ainda que pareça uma característica imutável da política americana e de sua tradição constitucional, adverte Sandel (1996, p.5) para a novidade desta teoria liberal enquanto filosofia pública americana, especialmente no que tange a sua concepção de liberdade, justamente - como temos pontuado, a partir da Segunda Guerra, quando gradualmente, uma filosofia pública

republicana até então prevalecente, foi substituída. Ao contrário da concepção liberal de liberdade, a concepção republicana demanda uma política formativa, que cultive nos cidadãos as qualidades necessárias para realização da liberdade como participação em vias do autogoverno.

Mesmo que ambas as concepções de liberdade sempre tenham sido presentes na experiência política norte americana, nota Sandel (1996, p.6), estas se apresentaram historicamente com extensão e importância distintas, de um modo geral, o republicanismo primeiro, depois, mais tarde, o liberalismo. É deste diagnóstico histórico que então Sandel oferece sua crítica normativa ao despreparo da liberdade liberal levar a cabo o senso de comunidade e engajamento cívico necessários à democracia.

Glendon também pontua este deslocamento e sua repercussão no direito constitucional. Até os anos 50 o principal núcleo de discussão do direito constitucional americano era a divisão da autoridade entre os estados e o governo federal, assim como a divisão de poder entre os braços do governo. Nesse momento, observa Glendon (1991, p.4), a liberdade individual era defendida a partir das características estruturais do regime e não pela Carta de Direitos.

A análise histórica de Sandel de como a concepção liberal de cidadania e liberdade substituiu a republicana é apresentada por meio de duas narrativas entrelaçadas: uma dos primórdios do constitucionalismo americano até as discussões sobre liberdade religiosa, de expressão e direito de privacidade do pós-Segunda Guerra; outra que traça o declínio, desde Thomas Jefferson, da retórica cívica na economia política americana.

Pela narrativa da economia política, na então recém-criada república americana, Sandel (1996, 123-124) identifica um passado onde a questão central era o de quais arranjos econômicos privilegiavam o autogoverno, tom republicano que perduraria até um momento específico do país quando, também se observará no âmbito da economia política, a imposição da República Procedimental.

O advento do capitalismo industrial e o conflito sobre a escravidão com a discussão sobre o trabalho livre depois da guerra civil marcam um momento decisivo da passagem de uma “economia política da cidadania” focada em quais arranjos são importantes ao autogoverno à “economia política do crescimento e

justiça distributiva”, focada em quais arranjos econômicos permitem a livre escolha dos indivíduos contratarem.

Com a aceitação do trabalho assalariado enquanto condição permanente no país veio a mudança, no discurso legal e político, de uma concepção “cívica” para uma “voluntarista” da liberdade; o trabalho é livre desde que o trabalhador tenha acordado. Como nota Sandel (1996, p.200), o advento da concepção voluntarista da liberdade não resolveu todas as controvérsias sobre as relações de trabalho, mas mudou os termos do debate: a partir de então, se indagou pelas condições de um consentimento genuíno não das condições de trabalho aptas ao cultivo da virtude cívica.

A passagem a uma concepção voluntarista de liberdade na discussão sobre o trabalho livre tomou corpo na legislação laboral do final do século XIX e começo do XX, e na consequente judicialização da questão: de um lado, juízes conservadores adeptos do *laissez faire* derrubando leis trabalhistas invocando o direito dos trabalhadores contratarem livremente, do outro, defensores da legislação trabalhista replicando pela inexistência de liberdade de contrato ou voluntariedade em condições de pobreza e desigualdade (SANDEL, 1996, p.192). Em 1905 com o caso *Lochner v. New York*, a concepção voluntarista da liberdade ganhou forma no direito constitucional federal.

Este momento decisivo ao final do século XIX, começo do XX, de transição para a concepção de liberdade voluntarista dos liberais que se torna dominante no discurso legal e político americano, contudo, adverte Sandel (1996, p.200), ainda não completaria a formação da filosofia pública da República Procedimental do pós-Segunda Guerra. Desta forma, a economia política da cidadania ainda não cederia por completo à economia política do crescimento e justiça social, nem o pressuposto da neutralidade do governo quanto às concepções de bem dos cidadãos estavam presentes.

Contra a erosão do autogoverno advinda da concentração de poder cada vez maior das corporações, a diminuição dos poderes locais, a impessoalidade e falta de “coesão moral” das grandes cidades, ao ideal formativo da tradição republicana restou ainda algum fôlego por mais algumas décadas, sob novas expressões, com os progressistas.

Como observa Sandel (1996, p.208-209), de forma geral, a realidade da erosão da comunidade e a perda do autogoverno, receberam, duas vertentes

de resposta entre os progressistas das primeiras décadas do século XX: uma formativa na linha da tradição republicana buscando novos modos de elevação moral e cívica (por exemplo, com reformas urbanas, construção de parques e praças) e outra procedimental que buscou nas ciências sociais ou no aparato burocrático acomodar as demandas do governo de forma “neutra”, isto é, tornando as decisões da política técnicas e menos dependentes da virtude dos cidadãos. Nesta linha os “reformadores gesticularam em direção da versão de liberalismo que informaria a República Procedimental” mais tarde.

A “economia política da cidadania” se debateu, assim, na busca de soluções ao autogoverno dos cidadãos seja propondo a descentralização do poder econômico, tornando-o suscetível ao controle democrático (e.g. Louis Brandeis, Woodrow Wilson) ou, ao contrário, entre os que consideravam a concentração econômica irreversível, fazendo frente a esta aumentando a capacidade das instituições democráticas nacionais (e.g. Theodore Roosevelt, Herbert Croly).

Contudo, para além das considerações cívicas destes “descentralizadores” e “nacionalizadores”, uma nova forma de pensar e falar sobre a economia política começou a tomar forma, buscando a salvação da democracia numa solidariedade menos vigorosa entre os cidadãos, qual seja, na experiência comum destes enquanto consumidores. Assim, das ambições *formativas* de uma “economia política da cidadania” caminhou-se para as ambições *satisfativas* de uma “economia política do crescimento e da justiça distributiva” que ganharia expressão clara nas décadas seguintes (SANDEL, 1996, p.211-225).

O período inicial dos anos 30, começo do *New Deal*, ainda lidou com alternativas refletindo a disputa entre soluções descentralizadoras e nacionalizadoras estabelecidas na era progressista. Assim, seja com o combate aos trustes ou a nacionalização e sistemática planificação da economia, da disputa entre *planners* e *antitrusters*, ambas as soluções foram experimentadas pelo presidente Roosevelt em fases distintas, mas ao final, caminhou numa terceira direção de maciço gasto público nos moldes da política fiscal keynesiana (SANDEL, 1996, p.251-252).

Mais que uma mudança nas questões econômicas, pontua Sandel (1996, p.262-266), o advento de uma nova política econômica representou a

morte da dimensão republicana da política americana e a ascensão do liberalismo contemporâneo. Em outros termos, a passagem no final dos anos 30, de considerações sobre o autogoverno dos cidadãos para o bem-estar (*welfare*) dos consumidores. Assim, ainda que a solução keynesiana não tenha defendido sua posição nos termos específicos da neutralidade liberal contemporânea, ofereceu duas características do liberalismo que define a República Procedimental.

Em primeiro lugar, sem almejar uma política formativa de hábitos e disposições para a boa República, operando no consenso do pós-guerra do crescimento como fim político suficientemente genérico, ofereceu um meio suficientemente neutro de colocar entre parênteses questões políticas controversas da boa vida; além disso, com o abandono da missão formativa do governo, contribuiu para colocar no lugar a concepção voluntarista da liberdade liberal. Tratando as pessoas nos moldes do *self* liberal, como indivíduos dotados de livre capacidade de escolha, sem uma concepção controversa do que é uma boa sociedade, propôs, então, o aceite das preferências dos consumidores e a regulação da demanda agregada.

Desta forma, conclui Sandel (1996, p.262), esta mudança pode ser vista como “a contraparte na economia política do liberalismo que emergiu no direito constitucional depois da Segunda Guerra, como a expressão econômica da República Procedimental”, o triunfo de uma certa teoria liberal sobre uma republicana que outrora foi prevalente nos EUA.

Pela outra narrativa de Sandel, agora a partir do pensamento constitucional, a passagem de uma à outra é notada no momento em que a liberdade, antes associada à dispersão do poder nos ramos e níveis de governo, na ênfase federalista do texto constitucional, passa a uma ênfase nos direitos como garantias individuais de escolha dos próprios valores e fins contra maiorias legislativas.

A característica sintetizada como “prioridade do justo sobre o bem” apareceu historicamente sob dois sentidos: primeiro como a primazia dos direitos frente aos governos e às maiorias, e depois como o aspecto da neutralidade destes direitos com relação às concepções do bem, que ganhará clara expressão na interpretação constitucional da Suprema Corte do pós-Segunda Guerra, quando então, a constituição passa a ser lida como um quadro neutro de direitos que possibilitam a cada indivíduo a consecução de suas concepções do bem.

Como sintetiza Sandel (1996, p.27-28), a primazia dos direitos individuais, o atributo de neutralidade destes e a concepção dos indivíduos como sujeitos que “escolhem”, anteriores a suas concepções do bem, portanto, vão compor o que passa a ser o substrato filosófico da República Procedimental do pensamento constitucional do pós-Segunda Guerra. Se esta é sua forma mais acabada, a República Procedimental não apareceu de uma vez, mas contou com importantes antecipações no constitucionalismo americano.

No aspecto da primazia dos direitos individuais frente aos governos, já no período colonial é possível se observar a superação de um constitucionalismo calcado na soberania do parlamento para um constitucionalismo distintamente americano no qual a constituição passa a ser vista como a encarnação de uma lei superior de princípios fundamentais anteriores ao direito ordinário.

Quando se iniciaram as controvérsias revolucionárias os colonos, assim como seus contemporâneos ingleses, não diferenciavam entre a constituição, governo e direito ordinário. Isto é, dada a supremacia do parlamento, toda lei fazia parte da constituição e nenhuma poderia ser inconstitucional. A questão que se impôs aos colonos a partir das décadas de 60 e 70 do século XVIII foi, assim, a de como articular seu protesto contra as leis emanadas pelo Parlamento inglês que entendiam ferir seus direitos.

A solução veio na abstração de uma série de princípios de justiça e direitos incorporados nas instituições e tradições inglesas, separando-os num corpo de princípios e regras acima e anteriores ao governo e ao direito ordinário. Com as pressões da revolução, foi em nome de uma constituição que até mesmo o parlamento não poderia infringir que falaram os colonos, notadamente nas formulações dos juristas James Otis e Samuel Adams.

É este o impulso que fez com que se fosse de um constitucionalismo inglês para uma versão distintamente americana que só ganharia contornos mais claros mais tarde, a partir da década de 80 do século XVIII, nas discussões das constituições estaduais de Massachusetts, New Hampshire, Carolina do Sul e da Constituição Federal (SANDEL, 1996, p.29-32).

Ainda assim, a prioridade dos direitos frente aos governos estava longe de sua configuração contemporânea. É de se notar, portanto, o papel limitado dos direitos nas deliberações e no texto da Constituição Federal americana de 1787. De plano, o texto original não continha uma Carta de Direitos. Coube aos anti

federalistas, em sua oposição a constituição, zelosos contra qualquer ameaça à independência dos estados membros, arguirem por uma. Desta forma, a ratificação da constituição federal esteve condicionada à promessa de uma Carta de Direitos pelo processo de emenda (SANDEL, 1996, p.33-36).

A despeito de sua oposição contra a “tirania da maioria” se dar, no molde do pensamento constitucional republicano, isto é, pela defesa de estruturas de governo (e.g. governo representativo e separação de poderes) que limitassem o poder, como nos *Federalistas* 10, 48 e 51, coube a James Madison, no primeiro Congresso da nascente república americana, para livrar-se de uma popular oposição à constituição, liderar o processo de emenda para, assim, incluir uma Carta de Direitos.

Além disso, Madison chegou, inclusive, a propor uma emenda para proteção dos direitos frente aos estados membros, que não foi aprovada. Mesmo assim, a proposta de Madison apontou para uma questão ainda não muito clara: ao que se dará primazia? Aos direitos individuais ou as prerrogativas dos estados? A questão, observa Sandel (1996, p.37-38), ecoaria por um século e meio nos debates constitucionais e só encontraria maior expressão constitucional com a adoção da 14^a Emenda de 1868 e a doutrina da incorporação.

Portanto, com a adoção das 10 primeiras Emendas em 1791 configurando assim a Carta de Direitos da Constituição Federal, além desta não se aplicar aos estados, não desempenhou um papel significativo na proteção dos direitos individuais frente ao poder federal: por exemplo, a despeito da importância que assumiria a 1^a Emenda para a proteção das liberdades de expressão e imprensa no pensamento contemporâneo, uma lei do Congresso americano só foi invalidada com base nestes direitos da 1^a Emenda em 1965 com *Lamont v. Postmaster General*; de modo mais amplo, até a Guerra Civil a Suprema Corte só invalidou um ato do congresso aplicando a Carta de Direitos, naquela que ficou conhecida por muitos como a pior decisão da Suprema Corte, em *Dred Scott v. Sandford* de 1857 não reconhecendo a cidadania americana ao escravo Dred Scott (SANDEL, 1996, p.39).

Com a Guerra Civil americana resolve-se aquilo que a constituição não havia: a supremacia do governo nacional em detrimento dos estados. Durante o período da Reconstrução (1863 – 1877) vieram as emendas 13^a abolindo a escravidão e a 15^a garantindo o voto aos recém-libertos. Com a 14^a vieram

imposições aos estados que transformariam definitivamente o papel da Suprema Corte na proteção dos direitos individuais.

Se inicialmente a Suprema Corte se recusou a interferir nos estados como nos casos *Slaughter-House* de 1873, a partir de *Allgeyer v. Louisiana* de 1897, consolidou-se na Corte a interpretação abrangente da 14ª Emenda que tornaria o tribunal, como já vimos, num escrutinador da legislação federal e estatal contra infringências aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Inaugurando esta nova fase/papel da Corte, Interpretando a “liberdade” referida na 14ª emenda como “liberdade de contrato”, *Allgeyer v. Louisiana* dá início a já referida Era Lochner que duraria pelas quatro décadas seguintes até *West Coast Hotel Co. v. Parrish* de 1937, quando a Corte confirma a constitucionalidade uma lei estadual prevendo um salário mínimo (SANDEL, 1996, p.39-41).

Ainda que a partir de 1937 a economia *laissez faire* tenha perdido seu status privilegiado no pensamento constitucional, aponta Sandel (1996, p.42), estavam lançadas as bases de uma jurisprudência baseada em direitos, de uma Corte censora perpétua da legislação infraconstitucional, garantidora da prioridade dos direitos fundamentais frente a qualquer outro bem público perseguido pela legislação. A afirmação da primazia dos direitos, especialmente, das liberdades civis.

Com relação ao segundo aspecto da prioridade do justo, dos direitos constitucionais como neutros em relação à superioridade de fins e valores pessoais específicos, este só ganharia sua configuração plena a partir da Segunda Guerra. Em todo caso, antecipações já podiam ser observadas com os *Justices* Holmes, Brandeis e Harlan Stone.

Entre suas dissidências na Corte Lochner, dois aspectos, como identifica Sandel (1996, p.43), formaram conjuntamente as bases do “liberalismo judicial” contemporâneo. O primeiro, a deferência às instituições democráticas visto que a constituição não afirmaria nenhuma filosofia social ou econômica específica; a segunda, a defesa judicial dos direitos fundamentais dos cidadãos contra a “tirania da maioria”.

De um lado, uma vertente deferencial suportando a ideia de que a constituição coloca sob parênteses questões morais controvertidas e credos políticos específicos, de outro, uma vertente libertária apontando a prioridade

normativa das liberdades civis frente a quaisquer outros valores perseguidos pelas maiorias legislativas. O que não é claro, adverte Sandel (1996, p.46), é como essas vertentes caminham juntas de forma harmônica.

Os exemplos em Holmes fornecem não só uma visão do papel dos juízes na democracia, mas, também, uma leitura da natureza “neutra” do texto constitucional. Já na sua primeira *opinion* na Suprema Corte, em *Otis v. Parker* de 1903, Holmes escreve:

Embora os tribunais devam exercer seu próprio julgamento, de maneira alguma é verdade que toda lei é nula, o que pode parecer aos juízes que a repassem excessiva, inadequada para seu fim ostensivo ou com base em concepções de moralidade com as quais discordam. Deve-se permitir uma latitude considerável para diferenças de visão, bem como para possíveis condições peculiares que esse tribunal possa conhecer, mas de maneira imperfeita, se for o caso. Caso contrário, uma constituição, em vez de incorporar apenas regras de direito relativamente fundamentais, como geralmente entendido por todas as comunidades de língua inglesa, se tornaria partidária de um conjunto específico de opiniões éticas ou econômicas, que de modo algum são mantidas sempre *ubique et ab omnibus*⁴⁰.

Em *Lochner v. New York*:

Mas uma constituição não pretende incorporar uma teoria econômica específica, seja do paternalismo e da relação orgânica do cidadão com o Estado ou do *laissez faire*. É feita para pessoas com visões fundamentalmente diferentes, e o acidente de encontrar certas opiniões naturais e familiares ou novas e até chocantes não deve concluir nosso julgamento sobre a questão de saber se os estatutos que as incorporam conflitam com a Constituição dos Estados Unidos⁴¹.

Dessa forma, é possível observar que Holmes deu uma expressão inicial da leitura da constituição como neutra com relação aos valores e fins de

⁴⁰ No original: “While the courts must exercise a judgment of their own, it by no means is true that every law is void which may seem to the judges who pass upon it excessive, unsuited to its ostensible end, or based upon conceptions of morality with which they disagree. Considerable latitude must be allowed for differences of view, as well as for possible peculiar conditions which this court can know but imperfectly, if at all. Otherwise a constitution, instead of embodying only relatively fundamental rules of right, as generally understood by all English-speaking communities, would become the partisan of a particular set of ethical or economical opinions, which by no means are held *semper ubique et ab omnibus*” em *Otis v. Parker*, 187 U.S. 606 (1903), disponível em <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/187/606.html>

⁴¹ No original: “But a Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of *laissez faire*. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar, or novel, and even shocking, ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States” em *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>

cada indivíduo⁴². Contudo, observa Sandel (1996, p.46), ainda não distinguiu algo que emergirá mais tarde nas discussões constitucionais: a distinção entre uma exigência constitucional de neutralidade com relação ao que os estados decidirem ou, uma exigência constitucional de que, inclusive os estados, sejam neutros com relação às concepções de bem dos cidadãos.

As *opinions* de Holmes com sua visão implícita sobre a neutralidade da constituição fazem a conexão, portanto, com o curso do liberalismo americano das décadas seguintes. Em todo caso, se a partir de 1937 as reformas do *New Deal* não foram mais vítimas de um veto judicial ideologicamente hostil, a questão que logo surgiu foi de qual o papel, consoante a uma visão da neutralidade constitucional, restaria ao controle de constitucionalidade?

Como sugere Sandel (1996, p.47), só uma teoria dos direitos constitucionais que não pressupusesse uma concepção do bem poderia evitar a imposição de valores à maioria, evitando o mal da Era Lochner. De forma específica: qual “a base para os direitos constitucionais sem atribuir a constituição uma concepção particular do bem, sem elencar direitos de acordo com o valor intrínseco dos interesses protegidos?”.

A resposta partiu da nota de rodapé número 4 do *Justice Stone* em *United States v. Carolene Products Co.* de 1938. Falando pela Corte neste caso envolvendo a constitucionalidade de uma lei federal proibindo o comércio interestatal de cremes derivados de leite, aplicou o teste padrão de análise da constitucionalidade, de aspecto deferencial com os outros poderes, o exame da racionalidade da norma com um interesse legítimo do governo (*Rational basis review*).

Contudo, em nota do mesmo julgado, Stone explicitou a possibilidade de outros níveis mais rigorosos⁴³ de análise da constitucionalidade, mostrando lá, a natureza de atuação contramajoritária da Corte, quando estiverem envolvidas restrições específicas da Constituição, ao processo político ou discriminação contra alguma minoria, basicamente, quando envolver um direito fundamental.

⁴² Sandel (1996, p.47) nota, ainda, que em *Abrams v. United States* de 1919, com seu voto divergente, Holmes oferece a primeira formulação da “doutrina do conteúdo neutro” que se afirmará na jurisprudência da 1ª Emenda do pós-Segunda Guerra.

⁴³ *Intermediate scrutiny* e o mais rigoroso o *strict scrutiny*.

A atuação contramajoritária da Corte caminhou, assim, fundamentada na aplicação dos direitos necessários a realização dos ideais implícitos no próprio processo democrático, garantidores do acesso ao processo político às minorias, sendo, portanto, condizente com a ideia de neutralidade constitucional, visto que, sem adentrar no mérito de valores substantivos, garantia uma estrutura mínima de escolhas aos indivíduos compreendidos como dotados de capacidade de escolhas (SANDEL, 1996, p.49-53). A elaboração teórica desta leitura processual da Constituição, como veremos no capítulo seguinte, encontrou, academicamente, na Escola do Processo sua formulação mais acabada.

Nas décadas seguintes a *Carolene*, portanto, a Corte protegeria os direitos individuais, em especial as liberdades civis, dando-lhes primazia sobre o bem perseguido pelas maiorias, assim como os interpretaria, sob o aspecto da prioridade do justo entendido como neutralidade do direito com relação ao bem, de forma específica, como estrutura processual habilitadora de indivíduos independentes, dotados do atributo de autonomia, realizarem livremente suas escolhas do bem. Com a passagem da Segunda Guerra, a transição para um novo paradigma constitucional, de tônica liberal não republicana se materializou de forma clara.

Os casos envolvendo liberdade religiosa e de expressão, sobre a imposição nas escolas públicas do ato patriótico de saudação à bandeira e os religiosos testemunhas de Jeová, novamente, são ilustrativos de uma passagem. Se em *Minersville School District v. Gobitis* de 1940 a Corte concedeu a legislação o papel de cultivo da identidade comunitária dos cidadãos, três anos depois, revendo a decisão em *Gobitis*, com *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, como pontua Sandel (1996, p.53-54) a República Procedimental chegou.

Sandel nota o momento crucial, mas não explica o porquê. Mesmo assim, conforme vimos⁴⁴, é exatamente aí, em pleno confronto da Segunda Guerra que o pensamento político e constitucional americano trabalhou na elaboração de uma autoimagem diferenciadora dos Estados Unidos, da democracia americana, com relação ao inimigo externo totalitário, inicialmente os nazistas, depois os soviéticos.

⁴⁴ Cf. item 1.4

Falando pela Corte em *Barnette*, aparecem no voto do Justice Jackson, atento ao inimigo totalitário unificador compulsório de opiniões⁴⁵, os dois sentidos da prioridade do justo, como primazia dos direitos frente às maiorias:

O próprio objetivo de uma Declaração de Direitos era retirar certos assuntos das vicissitudes da controvérsia política, colocá-los fora do alcance das maiorias e oficiais e estabelecê-los como princípios legais a serem aplicados pelos tribunais. O direito à vida, liberdade e propriedade, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de culto e reunião e outros direitos fundamentais não podem ser submetidos a votação; eles dependem do resultado de nenhuma eleição.⁴⁶

E como neutralidade da estrutura constitucional dos direitos com relação aos valores e fins particulares dos indivíduos:

Se existe uma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é que nenhum oficial, alto ou pequeno, pode prescrever o que deve ser ortodoxo na política, nacionalismo, religião ou outros assuntos de opinião ou forçar os cidadãos a confessar por palavra ou ato de acordo com sua fé. Se houver alguma circunstância que permita uma exceção, ela não ocorre agora a nós.⁴⁷

⁴⁵ “A futilidade final de tais tentativas de obter coerência é a lição de todos os esforços do romano para acabar com o cristianismo como um perturbador de sua unidade pagã, a Inquisição, como um meio para a unidade religiosa e dinástica, os exilados siberianos como meio de Unidade russa, até os rápidos esforços fracassados de nossos atuais inimigos totalitários. Aqueles que começam a eliminação coercitiva de dissidência logo se vêem exterminando dissidentes. A unificação compulsória de opinião alcança apenas a unanimidade do cemitério”. No original: “*Ultimate futility of such attempts to compel coherence is the lesson of every such effort from the Roman drive to stamp out Christianity as a disturber of its pagan unity, the Inquisition, as a means to religious and dynastic unity, the Siberian exiles as a means to Russian unity, down to the fast failing efforts of our present totalitarian enemies. Those who begin coercive elimination of dissent soon find themselves exterminating dissenters. Compulsory unification of opinion achieves only the unanimity of the graveyard*” em *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/#tab-opinion-1937809>

⁴⁶ No original: “*The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections*” em *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/#tab-opinion-1937809>

⁴⁷ No original: “*If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein. If there are any circumstances which permit an exception, they do not now occur to us*” em *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/#tab-opinion-1937809>

Ainda que a tradição americana de liberdade religiosa seja antiga, observa Sandel (1996, p.56), só a partir de *Everson v. Board of Education* em 1947 que a Cláusula de Establecimiento (*Establishment Clause*) da 1ª Emenda foi incorporada aos estados consagrando de forma explícita, também em decisões⁴⁸ das décadas seguintes, o princípio da neutralidade estatal em matéria de religião, exemplo paradigmático de matéria controversa a ser colocada fora do alcance majoritário.

A liberdade de religião passa a ser fundamentada, justificada, em nome da liberdade de escolha dos indivíduos, daí a imposição que o Estado, de forma neutra, respeite e garanta a livre escolha dos indivíduos igualmente autônomos, leitura “voluntarista” da liberdade religiosa que contrasta com a justificativa tradicional desta enquanto liberdade de consciência.

Conforme aponta Sandel (1996, p.66), foram nesta direção as defesas, por exemplo, de James Madison e Thomas Jefferson⁴⁹ de que “precisamente porque a crença não é governada pela vontade que a liberdade de consciência é inalienável”. Desta forma, o valor da defesa da liberdade religiosa não recaía no simples fato de se originar de uma “escolha livre”, mas por ser parte constitutiva dos sujeitos, inclusive de importância cívica na formação de bons cidadãos.

Em outro exemplo importante, os casos de liberdade de expressão, o princípio da neutralidade também se impôs no mesmo período. Como vimos, a discussão da liberdade de expressão só se torna significativa no debate político americano após o *Espionage Act* de 1917, contudo, a postura inicial da Corte foi o não reconhecimento desta quanto aos reivindicantes quando envolvido discurso subversivo e a aceitação de limites governamentais a este direito fundado na doutrina do *Clear and present danger*.

Além disso, a justificativa para liberdade de expressão, tradicionalmente fundamentou-se na virtude do “mercado de ideias” ou em seu

⁴⁸ Exemplos apontados por Sandel (1996, p.56) discutindo neutralidade em matéria de liberdade religiosa são *McCullum v. Board of Education* de 1948, *McGowan v. Maryland* de 1961, *Engel v. Vitale* de 1962, *Abington School District v. Schempp* de 1963, *Epperson v. Arkansas* de 1968, *Walz v. Tax Commission of the City of New York* de 1970, *Wisconsin v. Yoder* de 1972, *Wolman v. Walter* de 1977 e *Wallace v. Jaffree* de 1985.

⁴⁹ No caso, conforme Sandel (1996, p.66), Thomas Jefferson em *A Bill for Establishing Religious Freedom* de 1779 e James Madison em *Memorial and Remonstrance against Religious Assessments* de 1785.

valor essencial ao autogoverno⁵⁰, não como veio a ser, portanto, sobretudo a partir das décadas de 70 e 80, na garantia da auto expressão dos indivíduos.

Nos anos 40 e 50 a jurisprudência caminhou para uma diferenciação entre discursos protegidos e não protegidos pela 1ª Emenda, com a “teoria dos dois níveis” de discurso como formulada em *Chaplinsky v. New Hampshire* de 1942. Gradualmente, ao longo dos anos 60 e 70, a Corte foi abandonando seu entendimento em *Chaplinsky* para se liberar da tarefa de “valorar” entre categorias de discursos até chegar com a “doutrina do conteúdo neutro” em *Chicago Police Dept. v. Mosley* de 1972, reconhecendo a legitimidade da regulação estatal do discurso desde que não baseada em aprovação ou não da mensagem, ideia ou conteúdo (SANDEL, 1996, p.71-74).

O princípio da neutralidade estatal é bem observável nas restrições à liberdade de expressão dos casos envolvendo material obsceno. Se em *Roth v. United States* de 1957 a Suprema Corte numa argumentação carregada de reprovação moral quanto a tais materiais sem “importância social” considerou constitucionais leis que restringiam conteúdo obsceno, em *Paris Adult Theatre I v. Slaton* de 1973⁵¹ em decisão fundamentada de forma mais abstrata, entre outros motivos, pela “saúde pública”, ressaltou a inexistência de condenação moral, isto é, a devida neutralidade moral da regulação questionada⁵².

Como observa Sandel (1996, p. 79-80), o advento da neutralidade como princípio da 1ª Emenda sinaliza o triunfo de uma determinada concepção de indivíduo, no caso, aquele que escolhe seus próprios fins e valores, atributo central no respeito da dignidade dos indivíduos. Com a leitura neutralista, as

⁵⁰ Como ressalta Sandel (1996, p.74 e 364), respectivamente, no voto de Holmes em *Abrams v. United States* de 1919 e Brandeis em *Whitney v. California* de 1927.

⁵¹ Na mesma linha, por exemplo, em *Erznoznik v. City of Jacksonville* de 1975 e *Young v. American Mini Theatres, Inc.* de 1976.

⁵² “A questão neste contexto vai além se alguém, ou mesmo a maioria, considera a conduta descrita como “errada” ou “pecaminosa”. Os estados têm o poder de fazer um julgamento moralmente neutro de que a exibição pública de material obsceno, ou comércio de tal material, tem uma tendência para ferir a comunidade como um todo, pôr em perigo a segurança pública, ou para prejudicar, nas palavras do Sr. Chief Justice Warren, os Estados “têm o direito de manter uma sociedade decente”. No original: “*The issue in this context goes beyond whether someone, or even the majority, considers the conduct depicted as “wrong” or “sinful.” The States have the power to make a morally neutral judgment that public exhibition of obscene material, or commerce in such material, has a tendency to injure the community as a whole, to endanger the public safety, or to jeopardize, in Mr. Chief Justice Warren’s words, the States’ “right . . . to maintain a decent society”*” em *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/49/#tab-opinion-1950423>

liberdades de religião e expressão aparecem, então, como casos particulares de um princípio mais geral que demanda o respeito das pessoas enquanto indivíduos independentes capazes de escolha, isto é, dotados de autonomia.

Em *Cohen v. California* de 1971, revertendo a condenação de Paul Cohen pelo crime de distúrbio devido a utilização de um casaco com os dizeres “*fuck the draft*” num tribunal da Califórnia, a Suprema Corte aplicou a 1ª Emenda e pelas palavras do Justice Harlan, foi explícita quanto à ligação entre a “liberdade voluntarista” com a alta prioridade normativa da autonomia, observando que, apesar das palavras detestáveis de Cohen, a garantia da liberdade de expressão se impunha justamente por não haver nenhuma outra abordagem apta a harmonizar-se com “a premissa de dignidade individual e escolha sobre a qual repousa nosso sistema político”⁵³. De forma ainda mais explícita da ligação entre liberdade de expressão, autonomia e dignidade, a afirmação do Justice Brennan em nota da decisão em *Herbert v. Lando* de 1979, para quem a liberdade de expressão é intrínseca à dignidade do indivíduo, particularmente numa democracia como a americana onde “a autonomia de cada indivíduo é concedida com respeito igual e incomensurável”⁵⁴.

Contemporaneamente aos referidos casos de liberdade de religião e expressão, no direito de privacidade a Suprema Corte também recorreu a uma concepção voluntarista de indivíduo. Ainda que reconhecido só mais recentemente na história constitucional americana, o direito a privacidade também é testemunha, conforme Sandel (1996, p.95-97), de uma mudança de justificativa na direção do reconhecimento crescente da liberdade de escolha dos indivíduos, de sua autonomia e, por isso, da imposição de neutralidade ao Estado.

No primeiro caso envolvendo o direito à privacidade, *Poe v. Ullman* de 1961, foi questionada a constitucionalidade da proibição de Connecticut do uso de contraceptivos. Dissentindo da maioria que negou provimento fundamentando em questões técnicas, Justices Douglas e Harlan defenderam o direito à

⁵³ No original: “[...] *the premise of individual dignity and choice upon which our political system rests*” em *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/15/>

⁵⁴ No original: “[...] *the autonomy of each individual is accorded equal and incommensurate respect*” em *Herber v. Lando*, 441 U.S. 153 (1979), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/441/153/>

privacidade numa justificativa tradicional, qual seja, ainda que caiba ao Estado banir o que se considera imoral, não pode este fazê-lo por meios intrusivos que afetem a intimidade do casal.

Quatro anos depois, em *Griswold v. Connecticut*, a Corte reconheceu o direito à privacidade e invalidou a lei de Connecticut, mas ainda na justificativa da preservação da intimidade, ou seja, do interesse de que coisas íntimas sejam mantidas fora do alcance público. Como atenta Sandel (1996, p.96-97), nesta decisão a Corte não visou preservar a escolha dos indivíduos, mas o valor social do casamento, mudança viria sete anos depois com *Eisenstadt v. Baird* de 1972. Se em *Griswold* a Corte proibiu a intrusão do governo nos “recintos sagrados dos quartos conjugais”⁵⁵, em *Eisenstadt*, o que se protegeu foi a *decisão* do casal, em outras palavras, a promoção da escolha individual de ter ou não filhos.

Foi assim que, no ano seguinte, prosseguindo no novo paradigma, a Corte deu ao direito de privacidade sua aplicação mais controversa ao derrubar uma lei do Texas proibitiva do aborto. Em *Roe v. Wade*, proibiu-se o Estado de intervir no direito de escolha dos indivíduos, explicitamente com o conceito de “autonomia”. E assim seguiu a Corte em outros ramos do direito como no de família, impactando nos casos de divórcio, alimentos e regime de propriedade conjugal (SANDEL, 1996, p.108-115).

Como já apontado, em síntese, o advento da neutralidade como princípio integrante na leitura liberal “voluntarista” das liberdades da 1ª Emenda, sobretudo com o pós-guerra, sinalizou o triunfo de uma concepção de indivíduo que escolhe seus próprios fins e valores, desta forma, da prioridade normativa da autonomia individual em detrimento a uma outrora prioridade normativa da formação do bom cidadão de uma leitura republicana.

Afinado a tudo isto, podemos ver que Rawls, ao tratar da prioridade e justificativa do seu primeiro princípio, o da igual liberdade, é explícito quanto a esta ligação da “liberdade voluntarista” como corolária do alto valor normativo concedida à autonomia como atributo fundamental do indivíduo, inclusive

⁵⁵ No original: “[...] the sacred precincts of marital bedrooms” em *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>

recorrendo ao autor classicamente resgatado do pós-guerra, como já mencionamos, Imanuel Kant⁵⁶.

Rawls (2008, p.281), portanto, afinado a leitura liberal, não trata do “cidadão ideal” nem da “obrigação de que todos participem ativamente dos assuntos políticos”. Para ele, “o essencial é que a constituição institua direitos iguais de participação nos assuntos políticos e que sejam tomadas providências para preservar o valor equitativo dessas liberdades”. Ainda, “num estado bem governado, talvez apenas uma pequena fração das pessoas venha a dedicar boa parte do seu tempo à política”.

A premissa da autonomia dos indivíduos, sua suposta particularidade para acomodar todos os outros valores, não se sustenta quando atentamos, justamente, para a historicidade de tal premissa, isto é, desta descrição do caráter e disposição moral dos indivíduos, a autonomia, que assume preponderância no pensamento constitucional americano, como temos narrado, que leva à leitura de uma Constituição aberta a diferentes projetos, em contraste com uma visão republicana outrora prevalente.

Como nos fala Gargarella (2012, p.344-345), a partir do constitucionalismo americano, alternativamente, ao invés de uma leitura da Constituição como um mecanismo procedimental, portanto aberto a diferentes concepções do bem, a leitura republicana, que não parte do indivíduo autônomo como um dado, a apresenta como expressão do bem comum social e, por isso, promotora de certas qualidades de caráter e disposição moral de um “cidadão virtuoso” capaz de cooperação e de uma ordem igualitária promovedora da vida comunitária.

Assim, na leitura republicana da Constituição a “liberdade positiva” ou como “não dominação”, toma lugar das liberdades negativas dos liberais. Para os republicanos, a preservação da república autogovernada depende de cidadãos ativos, comprometidos com seus co-cidadãos e o bem comum. Contrariamente à desconfiança dos liberais com as grandes assembleias, com os “corpos coletivos”, os republicanos enxergam nestes a fonte da soberania, daí maior deferência ao Congresso e a rejeição de um arranjo institucional que interfira nas decisões legislativas, um exemplo histórico nesta linha foi a Constituição

⁵⁶ A referência a Kant é explícita e ganha seção própria em TJ, o §40 intitulado “A interpretação kantiana da justiça como equidade”.

republicana da Pensilvânia de 1776, conhecida como um dos documentos mais “democráticos” da história americana.

Como nota Gargarella (2012, p.346-347) apoiado nos estudos de Maurice Vile sobre as primeiras discussões constitucionais americanas, os republicanos, considerados “radicais”, aderiram ao sistema de “estrita separação dos poderes” e rejeitaram em maior ou menor grau um sistema de “freios e contrapesos”. De forma ainda mais notável para o contexto americano, em vias de garantir a subsistência e independência das pessoas para o autogoverno, propuseram a ampla distribuição de terra a exemplo do “republicanismo agrário” de Thomas Paine e Thomas Jefferson, de modo que, como sugere Gargarella, é possível considerarmos o republicanismo como um importante antecedente teórico do que viriam a serem chamados “direitos sociais”.

Em síntese, se nos primórdios da história constitucional americana o republicanismo foi de grande influência na leitura da Constituição, como temos narrado, foi na direção de uma leitura liberal, de uma leitura priorizando normativamente uma liberdade voluntarista de indivíduos autônomos consolidada no pós-Segunda Guerra, que o pensamento constitucional americano caminhou, inclusive propagandeado com ares universalistas como podemos observar, brevemente a seguir, com a vitória dos aliados na segunda guerra e a hegemonia americana que a seguiu, vejamos.

2.4 – A liberdade liberal como consenso universal: a configuração de um paradigma constitucional do pós-guerra

A liberdade liberal adquiriu ares de universalidade com o internacionalismo liberal de Roosevelt. Surgido ainda no século XIX com ideias de ativistas e pensadores comprometidos com o desenvolvimento das democracias liberais domesticamente, só no século XX o internacionalismo liberal apareceu como um corpo de prescrições mais coerente para organizar e reformar o mundo de modo a facilitar o desenvolvimento das democracias nacionalmente (IKENBERRY, 2018, p.13).

Com Woodrow Wilson em 1919 o internacionalismo liberal emergiu como agenda de uma ordem global “*container*” dentro do qual poderiam viver as

democracias. Com Roosevelt e os desenvolvimentos do pós-Segunda Guerra, o internacionalismo liberal se tornou uma agenda ainda mais ampla na direção da criação de uma comunidade internacional pela qual as democracias poderiam ser estabilizadas e protegidas, uma ordem a partir de princípios organizacionais, instituições e capacidade para negociar contingências internacionais que poderiam botar em risco as democracias liberais nacionais.

Ao final das duas grandes guerras os Estados Unidos se beneficiou de sua posição nos pós-guerras para liderar a construção de uma nova ordem. Com o pós-Primeira Guerra Wilson projetou uma ordem de abertura econômica, autodeterminação nacional e com expectativa de expansão democrática contínua, contudo, como pontua Ikenberry (2018, p.14), tal ordem padecia da ausência de uma série de instituições aptas a lidar com problemas sociais e econômicos e das relações entre as grandes potências. A corporificação do internacionalismo liberal Wilsoniano é a Liga das Nações.

Com a crise de 29, a Segunda Guerra e, logo em seguida uma Guerra Fria, o cenário de liderança americana era outro. A partir dos anos 30 a viabilidade da democracia liberal passou por profundo questionamento. A Primeira Guerra abalou a confiança na visão otimista de progresso, contudo, com a Segunda Guerra, frente ao totalitarismo, holocausto, bomba atômica, o colapso da economia global, os riscos aumentaram enormemente.

Com Wilson o internacionalismo liberal foi construído ao entorno de noções civilizacionais, raciais, hierarquia cultural e não questionamento do imperialismo europeu. Com Roosevelt a ordem do pós-Segunda Guerra ganhou um tom universalista, com direitos universais no centro de uma ordem global de segurança cooperativamente construída (IKENBERRY, 2018, p.15).

Entre as principais características desta ordem internacional Ikenberry assinala: comércio multilateral numa ordem global aberta, facilitado por órgãos como o GATT (mais tarde OMC); o compromisso com uma economia global aberta, mas regulada, apta pelo sistema de Bretton Woods a garantir a habilidade dos governos em conciliar abertura econômica com segurança social, pleno emprego; instituições internacionais intergovernamentais permanentes (não supra nacionais já que os Estados nacionais continuaram como protagonistas) e; o pressuposto de que há uma relação especial entre as democracias fundada a partir de um núcleo normativo “universal”.

É desta forma que se pode dizer que a ordem do pós-Segunda Guerra liderada pelos americanos se apresentou, no seu centro (com Europa Ocidental e Japão), como uma aliança entre democracias para a defesa de um espaço liberal democrático internacional comum. Ainda, é de se notar que o equacionamento entre segurança nacional com segurança social e econômica mostra a influência direta do pensamento do *New Deal* como “pivô” na construção do pós-Segunda Guerra (IKENBERRY, 2018, p.17 -22).

De forma mais precisa, como observa Borgwardt (2008, p.34), antes de uma Guerra Fria instalada, é com a colisão da ideologia do New Deal maduro com a política da guerra iminente que uma ordem global articuladora de direitos civis, políticos e sociais e econômicos foi delineada com o famoso discurso das Quatro Liberdades de Roosevelt, como ficou conhecido seu “Discurso sobre o Estado da União” proferido em 6 de janeiro de 1941, onde a cada evocação de uma das liberdades tem sua universalidade enfatizada com a repetição da frase “*everywhere in the world*”, e se tornaria o discurso oficial anti-Eixo. A expressão “direitos humanos” fez então uma de suas primeiras aparições oficiais nas palavras de Roosevelt: “liberdade significa a supremacia dos *direitos humanos* em todos os lugares”.

No discurso, Roosevelt afirmou que nenhuma outra guerra na Europa ou Ásia ameaçou tanto o futuro dos americanos ou de outro país das Américas tal qual a que estava sendo travada, em seu alerta, o “que a queda das nações democráticas pode significar para a nossa própria democracia”⁵⁷. Assim, buscou justificar o porquê o país deveria deixar de lado o isolacionismo que ascendeu na política externa americana desde a Primeira Guerra Mundial.

Na segunda parte do discurso articulou a defesa das quatro liberdades: de expressão, de religião, da necessidade e do medo. As duas primeiras já da tradição da Carta dos Direitos americana, a liberdade do medo, como redução de armamento e segurança coletiva global, mas foi com a liberdade da necessidade (*Freedom from Want*) que houve um relevo sem precedente no discurso dos direitos americanos aos direitos econômicos e sociais. A proposta de avanço na direção tais direitos era propugnada de forma recorrente por Roosevelt desde sua

⁵⁷ “Suponho que todo realista saiba que, no momento, o modo de vida democrático está sendo diretamente atacado em todas as partes do mundo - atacado pelas armas ou pela disseminação secreta de propaganda venenosa por aqueles que procuram destruir a unidade e promover a discórdia nas nações que ainda estão em paz”, disponível em <https://www.fdrlibrary.org/four-freedoms>

campanha no pós-crise de 29 até mais tarde, em seu “Discurso sobre o Estado da União” de 11 de janeiro de 1944, quando chegou a conclamar por uma Segunda Carta de Direitos nos EUA que os incluísse entre os direitos fundamentais dos americanos.

Como sintetiza Borgwardt (2008, p.40), portanto, o *New Deal* passa de um quadro de programas domésticos a propósito de guerra, quando será apresentado sob uma nova perspectiva, a dos “direitos humanos”, enquanto é reiterado e multilateralizado a partir do discurso das Quatro Liberdades, seguido da Carta Atlântica, na Declaração das Nações Unidas de 1942 e finalmente na Carta das Nações Unidas de 1945.

A questão da universalidade de tais direitos ganhou relevo explícito quando, já no âmbito da ONU, falou-se na criação de uma “Carta Internacional de Direitos”. A questão posta era se poderia um documento ser aceito, como ocorreria no ano de 1948, pelos delegados de 58 países da nascente organização: 21 das Américas, 16 da Europa, 14 da Ásia, 4 da África e 3 da Oceania (4/5 da população mundial de então), entre os quais, países do bloco socialista, islâmicos, budistas e judaico-cristãos (GLENDON, 1999, p.1155).

Já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos são evocadas as Quatro Liberdades de Roosevelt, “o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria”, contudo, assinala Glendon (1999, p.1166-1167), a inclusão dos direitos sociais, econômicos e culturais na “árvore da liberdade”, mais que mero eco do discurso de Roosevelt, encontrava familiaridade com outros instrumentos nacionais e internacionais de proteção a direitos do pós-guerra como a Declaração de Bogotá (anterior mas do mesmo ano), o preâmbulo da Constituição francesa de 1946 e nos programas de vários partidos socialistas e cristãos.

O preâmbulo traz também o valor último apto a conectar todos os direitos elencados, aquilo que é afirmado como comum a todos os seres humanos, a igual dignidade humana, com a reafirmação de sua universalidade no artigo 1º e a explicitação daquilo que lhe é subjacente, o princípio da não discriminação, apresentado no artigo 2º (GLENDON, 1999, p.1165).

A partir daí, o reconhecimento da dignidade humana com seu corolário na igual cidadania se erigem a fundamento do Estado constitucional do pós-guerra. Sob o impacto da Declaração, um novo paradigma constitucional tomou

forma, como uma amálgama sofisticada de princípios enraizados tanto no *common law* quanto *civil law*, observa Weinrib (2006, p.86), foi possível a reorientação da interpretação de velhas constituições, o desenvolvimento de tradições constitucionais não escritas e a formatação de novas constituições pelo mundo. Em especial, com a dignidade humana e a igual cidadania alçadas ao posto de “direito superior”, este novo paradigma vai, assim, requerer a expansão do controle judicial da constitucionalidade.

Ainda sobre a Declaração, como pontua Glendon (1999, p.1172), o texto apresentou a ideia de dignidade ligada ao indivíduo autônomo, por serem “Dotados de razão e de consciência”, mas, também, ao indivíduo situado na comunidade, na família, no trabalho, associações, culturas, nações e na emergente ordem internacional, tal qual é explicitamente reconhecido no artigo 28.

Mas tal abrangência de sentido não se perpetuou, e com o acirramento da Guerra Fria, a liderança ocidental americana, cada vez mais a Declaração, e a construção de um sistema de direito internacional dos direitos humanos que a seguiu, seriam lidos nos moldes da experiência constitucional americana de então, em especial, da autonomia como aspecto mais importante da dignidade humana, a partir da jurisprudência da 1ª Emenda, e a marginalização dos direitos sociais e econômicos, sobretudo a partir dos anos 70, quando um poderoso contra discurso neoliberal buscará restabelecer a centralidade do direito de propriedade e contrato (GLEDON, 1999, p.1173-1174; WOODIWISS 2005, p.88 e 100-101).

Entre 1953 a 1961, sob a presidência de Dwight D. Eisenhower, os EUA foram governados pelo partido Republicano que de má vontade, em boa medida por razões eleitorais, aceitou a legitimidade do *New Deal* e seus direitos sociais minimalistas, mas seguiu sem patrocinar qualquer expansão ou fortalecimento de direitos. Desta forma, observa Woodiwiss (2005, p.92), à parte a “maré baixa” da “*War on Poverty*” de Lyndon B. Johnson nos anos 60, coube à Suprema Corte responder qualquer demanda no sentido de expansão ou aprimoramento dos direitos no país.

No período da Corte Warren, foi justamente quando os EUA ganharam a reputação internacional com relação aos direitos humanos com um dos mais

notórios enquadramentos do paradigma constitucional do pós-guerra (WEINRIB, 2006, p.87).

Quando relacionado a períodos pretéritos ou futuros da Corte tal período certamente foi o mais solícito com aqueles “sem propriedade”, contudo, a direção principal da Corte Warren, como vimos, foi de expansão das liberdades individuais e sua prioridade normativa, lidas essencialmente de forma “voluntarista” respeitante da neutralidade estatal, e, ainda assim, desde que não houvesse algo considerado uma ameaça à segurança nacional conforme o clima de Guerra Fria que se vivenciava. Não à toa, a própria Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor (NAACP - sigla em inglês) abriu mão da luta por direitos econômicos e sociais, considerados de cunho soviético, para focar só nos direitos civis (WOODIWISS, 2005, p.92-93).

A atuação da Corte não foi isenta de críticas, e sua proeminência política na democracia americana demandaria uma elaboração teórica do pensamento constitucional apta a legitimar suas decisões contramajoritárias e para isso, foram fundamentais as ideias de “consenso”, “procedimento”, “consenso procedimental”, todas em vias da satisfação de uma ideia de neutralidade e familiares à obra rawlsiana, como veremos no capítulo seguinte.

CAPITULO 3 – A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DA SUPREMA CORTE E A ELABORAÇÃO DA LEITURA PROCEDIMENTAL DA CONSTITUIÇÃO

3.1 – A constituição como justiça procedimental em Rawls

Qual estrutura básica atende aos princípios de justiça de Rawls? Vimos que a estrutura básica é composta de duas partes, cada qual incidindo um dos dois princípios. Para descrever a aplicação dos princípios, Rawls apresenta uma “sequência de quatro estágios” onde cada estágio oferece o ponto de vista apropriado, com o Véu da Ignorância se tornando progressivamente menos espesso⁵⁸, para avaliar determinadas questões que surgem por intermédio dos princípios de justiça.

Sem maiores esclarecimentos, Rawls (2008, p.241) reconhece em nota que “a ideia da sequência de quatro estágios está na Constituição dos Estados Unidos e em sua história”, mesmo assim, enfatiza que esse esquema faz parte de uma teoria moral, “não de uma explanação de como as convenções constitucionais e as legislaturas procedem na prática” (RAWLS, 2008, p.246).

Com a Posição Original como primeiro estágio, os seguintes são a convenção constituinte, o estágio legislativo e o último o da aplicação pelos juízes e administradores. Na convenção constituinte, então, com as restrições dos princípios já escolhidos na Posição Original, as partes “devem elaborar um sistema para os poderes constitucionais do governo e para os direitos fundamentais dos cidadãos” (RAWLS, 2008, p.241). Particularmente importante neste ponto, evidenciando a afinidade de Rawls com outro elemento importante do pensamento constitucional americano do pós-guerra, é a caracterização de uma constituição justa como um procedimento: “o ideal é que uma constituição justa seja um procedimento justo para assegurar um resultado justo”.

⁵⁸ Ainda sobre este ponto: “o fluxo de informações é definido, em cada estágio, pelo que se exige para a aplicação desses princípios de maneira inteligente ao tipo de problema da justiça em questão; ao mesmo tempo, ficam excluídos quaisquer conhecimentos com probabilidades de provocar distorções ou preconceitos, ou a jogar os indivíduos uns contra os outros. A ideia da aplicação racional e imparcial dos princípios define o tipo de conhecimento admissível. No último estágio, está claro que não há motivo nenhum para o véu de ignorância, e todas as restrições são retiradas”. Assim, “cada ponto de vista herda as restrições adotadas nos estágios anteriores” (RAWLS, 2008, p.245-246).

Ainda assim, adverte Rawls (2008, p.242), “o melhor sistema que se pode alcançar é o da justiça procedimental imperfeita”, isto é, aquele que mesmo existindo um critério independente de avaliação da justiça do resultado (no caso os princípios de justiça) de uma determinada distribuição, nem sempre se chegará a tal resultado. Outros casos de justiça procedimental são a perfeita, quando há um critério independente para se definir o resultado justo e um procedimento que sempre levará a tal resultado; e a justiça procedimental pura, aquela em que não dispomos de um critério independente, mas que o próprio procedimento é justo e assim traduzirá sua “justeza” no resultado (RAWLS, 2008, p.103-104).

Assim, “o procedimento seria o processo político regido pela constituição; e o resultado seria o conjunto das leis promulgadas”. Para que tal procedimento justo se configure, é necessário então “que as liberdades da cidadania igual sejam integradas à constituição” (RAWLS, 2008, p.242), que são materializadas juridicamente num “sistema de normas públicas” que definem direitos e deveres (RAWLS, 2008, p.248).

A convenção constituinte é o estágio onde as partes “avaliam a justiça dos procedimentos para lidar com visões políticas distintas” (RAWLS, 2008, p.241). Se os princípios de justiça são justificados de forma neutra quanto ao mérito das diversas concepções do bem, o que se espera é a transmissão desta exigência de neutralidade moral a uma “estrutura estabelecida pela justiça” onde os cidadãos “podem adotar concepções morais com princípios diferentes, ou concepções que representam ponderações diferentes dos mesmos princípios” (RAWLS, 2008, p.272). De forma específica, a constituição justa, com sua forma procedimental, encampa uma concepção de neutralidade estatal onde

[o] Estado não se ocupa de doutrinas religiosas ou filosóficas, e sim regula a busca de interesses espirituais e morais dos indivíduos, de acordo com os princípios com os quais eles próprios concordariam em uma situação inicial de igualdade. Ao exercer seus poderes dessa maneira, o Estado atua como agente dos cidadãos e satisfaz as exigências da concepção pública de justiça desses mesmos cidadãos (RAWLS, 2008, p.261).

Da perspectiva da convenção constitucional com a aplicação do primeiro princípio chega-se, em termos institucionais, a um regime garantidor das iguais liberdades fundamentais, podendo estas, como vimos, sempre serem

reguladas – diferentemente de serem restringidas - pelo interesse do Estado na segurança e ordem pública.

A neutralidade estatal exige, para além da garantia constitucional de “condições de igual liberdade moral e religiosa” (RAWLS, 2008, p.262)⁵⁹, que as liberdades sejam reguladas “quando há uma expectativa razoável de que não fazê-lo prejudicará a ordem pública”⁶⁰ e, dessa forma, tal expectativa deverá estar baseada “em evidências e formas de argumentar que são aceitáveis para todos”.

Neste percurso de concretização dos princípios conclui Rawls (2008, p.301) que “um entendimento comum da justiça como equidade constitui uma democracia constitucional”. De um modo geral, identifica certos elementos como caracterizadores de um regime constitucional, entre eles: a presença de um legislativo representativo de um eleitorado a quem prestam contas, “com certas exceções amplamente reconhecidas”, todos adultos têm o direito de participar dos assuntos políticos, prevalecendo o preceito “uma pessoa, um voto” – numa evidente referência a doutrina formulada em 1962, em plena Corte Warren, no caso *Baker V. Carr* envolvendo discriminação racial e voto, compondo o cenário das discussões sobre igualdade política que culminaria no *Voting Rights Act* em 1965; e por fim, que as eleições devem ser limpas, livres e regulares, reconhecendo o princípio da oposição política leal (RAWLS, 2008, p.274).

Tais elementos se somam, assim, a uma rigorosa proteção constitucional das liberdades fundamentais, garantidas na observância do princípio do “Império da Lei”, ou seja, da “aplicação regular e imparcial do sistema de leis de ordem pública”⁶¹. Essa administração regular, imparcial e equitativa da lei promove a certeza no ordenamento jurídico quanto aos limites das liberdades individuais; do contrário, se os “desvios em relação à justiça como regularidade forem muito profundos, pode surgir uma séria dúvida sobre se um sistema legal

⁵⁹ De outra forma, o Estado deve “apoiar imparcialmente as condições necessárias para que todos possam promover seus interesses e cumprir suas obrigações segundo seu entendimento delas” (RAWLS, 2008, p.262).

⁶⁰ Ecoando aqui, talvez, uma restrição semelhante a da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, onde em seu artigo 29 se lê: “No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”.

⁶¹ Do qual decorrem exigências específicas tais como: uma obrigação jurídica só existe se puder ser cumprida; que casos semelhantes devem ser resolvidos de maneira semelhante; garantias penais e processuais penais e civis (RAWLS, 2008, p.293-296). Essas últimas só reconhecidas na história do constitucionalismo americano a partir da década de 1960.

realmente existe”, de outra forma, se a situação é de um “conjunto de decretos específicos destinados a promover os interesses de um ditador ou o ideal de um déspota benevolente” (RAWLS, 2008, p.290-292).

É assim que, com as garantias concretizadas num regime constitucional, sobretudo pela igual garantia das liberdades fundamentais, encarnadas como neutras quanto às concepções individuais do bem, manifesta-se a aplicação do primeiro princípio, justificado filosoficamente também no mesmo espírito de neutralidade. É por este caminho que Rawls supõe oferecer um modelo normativo mais sólido para as liberdades fundamentais dos cidadãos quando comparado ao modelo rival do utilitarismo: “certamente nossas liberdades estão mais firmemente garantidas quando provêm de princípios com os quais pessoas equitativamente situadas umas em relação às outras podem concordar”, de outra forma, por se basearem “em suposições fracas e amplamente aceitas, a teoria da justiça pode conquistar uma aceitação geral” (RAWLS, 2008, p.302), ou seja, por serem objeto de *consenso*.

Vejamos, portanto, em que medida a exigência do princípio da neutralidade, se apresentou no pensamento constitucional americano do pós-guerra, dada as circunstâncias históricas e suas exigências específicas de então, justamente associada às ideias de “processo/procedimento” e “consenso”.

3.2 – A Corte na direção da proeminência política nos Estados Unidos: dois momentos do controle de constitucionalidade

A expansão do Poder Judiciário pode ser denominada “Judicialização”, que pode envolver tanto a transferência de decisões típicas do Legislativo e Executivo às Cortes ou juízes quanto à exportação de métodos legais de decisão para além do Judiciário. Tal fenômeno se expande entre as democracias em especial no pós-Segunda Guerra.

Variando entre os países, entre fatores determinantes de seu surgimento, têm sido apontadas a reação ao totalitarismo dos anos 30 – que deu urgência à pergunta de como proteger os direitos dos cidadãos no futuro? – o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, o renascimento de teorias de direito natural, uma “política de direitos” reconhecendo aos indivíduos e minorias

direitos contra as majorias, o uso das Cortes por grupos de interesse em desvantagem nas arenas majoritárias, o uso pela oposição parlamentar, pela delegação das próprias instituições majoritárias ao judiciário, por exemplo, por questões de custo político e, ainda, pela atitude dos juízes (ativistas ou não ativistas, ideologia política) com relação a tais instituições majoritárias (TATE, 1995, 28-34; VALLINDER, 1995, p.13, 19-22).

Os Estados Unidos são um caso peculiar da expansão do poder judicial. Como observa Martin Shapiro (1995, p.43), se já nas revoluções inglesas os advogados tiveram um papel importante, nas colônias americanas vislumbramos a organização destas ao redor de Cartas Reais compreendidas como contratos juridicamente exigíveis. Na Revolução Americana com sua ideologia do Contrato Social enfatizando direitos naturais já se fazia presente uma cultura legalista e tal Revolução não se apresentou como um ataque a um sistema de direitos, mas, justamente, uma reação ao descumprimento de tal sistema por parte de um parlamento autoritário. Em seguida, a história política americana seguiu fortemente centrada na Constituição.

O próprio sistema bi partidário americano se constituiu a partir do debate sobre a adoção ou não da Constituição. Com a asserção do poder de controle judicial em *Marbury v. Madison* de 1803, a Corte se tornou um fator crucial de fortalecimento do governo nacional e um “motor central” da expansão judicial americana. Até a Guerra Civil, disputas entre Estados e União, federalismo, dominaram os casos enfrentados pela Corte⁶², e em especial a questão da escravidão, que não podia ser resolvida pelos canais políticos majoritários, tornou-se uma questão constitucional central tratada judicialmente, desastrosamente em *Dred Scott v. Sandford* de 1857 (SHAPIRO, 1995, p.45).

A partir do pós-guerra civil, os movimentos da era populista e progressista da última década do século XIX e começo do XX, com o apoio dos sindicatos, dominaram uma série de legislativos estaduais e ocasionalmente o Congresso, reivindicando um governo de técnicos, regulador (e.g. regulação ferroviária, leis antitruste, leis trabalhistas e de bem-estar social), que pudesse lidar com os problemas advindos da industrialização e urbanização. Esse movimento estabeleceu, assim, o cenário para a judicialização contemporânea

⁶² Cf. item 2.3

nos EUA. Em tal período, a Era *Lochner*, os americanos perceberam que qualquer legislação poderia ir para o controle constitucional das Cortes estaduais ou federais.

A legislação do *New Deal* é em geral apontada como o ponto de virada da velha à nova Corte, quando a ênfase se desloca dos direitos de propriedade aos direitos civis e liberdades, que pode ser visto como um deslocamento da “expressão constitucional” republicana para a dos democratas.

Como pontua Shapiro (1995, p.46), desde *Marbury* o poder de revisão judicial sempre foi contestado. Inicialmente pelos “democratas Jeffersonianos” e “Jacksonianos”, depois pelos abolicionistas críticos das decisões pró-escravidão da Corte, com os populistas e progressistas começou-se a elaboração de uma doutrina de “autocontenção” contra a ameaça da Corte a legislação regulatória e social, que ainda seria utilizada no início do *New Deal* no começo da década de 30. Após 1937, com a captura da Corte, o tema da autocontenção morreu entre os liberais e, ao longo da Corte Warren, foi mobilizado nos ataques conservadores. Nos anos 80 reapareceu sob a doutrina da “construção estrita” nas tentativas de captura da Corte pelos Republicanos.

No período Warren, ante a impossibilidade de sucesso nos canais políticos eleitorais, a Corte foi provocada a mudar a legislação pela litigância de grupos de interesse em prol dos direitos individuais das minorias e, com a decisão desegregacionista em *Brown*, lançou um “paradigma de proporção mítica” que deu início a uma série de mudanças nas políticas públicas americana. Caso a caso a Corte Warren mudou o cenário uniformizando nacionalmente os procedimentos policiais, os direitos de defesa, obscenidade, difamação (*libel law*); conquistas consolidadas mas com alguns retrocessos no período seguinte da Corte Burger (1969 – 1986) que, com menos sucesso, atuou no estabelecimento de padrões prisionais, pena de morte e aborto (SHAPIRO, 1995, p.47).

Se no período Warren observamos, até então, um apogeu na expansão do poder político da Corte e seu uso do Controle de Constitucionalidade, é bom atentarmos justamente para o caráter histórico de tal realidade que decorre de um processo amplo nesta direção. Desta forma, se insurgindo contra uma historiografia que apresenta o Controle Judicial de forma constante ao longo da história americana, Christopher Wolfe (2001, p.762 e 778) propõe, então, que este se apresentou de duas formas, em períodos distintos, ressaltando que não

há uma linha rígida entre os dois períodos, mas predominâncias em termos teóricos e práticos que ditam o tom distinto de cada um. O primeiro período é o “tradicional”, predominante da fundação até o final do XIX, o segundo, o “moderno”, dominante a partir de 1937.

Wolfe (2001, p.764 e 769) reconhece na obra de *Justice* Joseph Story, “Comentários sobre a Constituição dos Estados Unidos” de 1833, quatro regras básicas sumariando a interpretação constitucional do período tradicional “profundamente ancorada no documento”: 1) o intérprete deve começar com o sentido básico das palavras que são a melhor expressão do constituinte; 2) quando se tratarem de palavras muitas vezes ambíguas ou de sentido duvidoso, estas deverão ser clarificadas pela natureza, *design* e objetivo do instrumento; 3) sendo a Constituição a lei fundamental do governo, respeitando os limites impostos, deverá ser interpretada dando ao governo eficácia e força para seus objetivos e 4) as palavras da vida prática devem servir para a interpretação e funcionar com o contexto e matéria em questão.

Aliada a tais regras de interpretação, a concepção de Controle Judicial que emerge, por exemplo, a partir do Federalista número 78 (tratando do papel do Judiciário) e do caso *Marbury*, como nos apresenta Wolfe (2001, p.765), é a de um poder que envolve apenas a *aplicação* da Constituição. Assim, “julgar” aparece como algo verdadeiramente distinto de “legislar”.

Ao Controle Judicial cabia, portanto, a declaração de inconstitucionalidade de atos “manifestamente” contrários à Constituição, e um caráter limitado, também, manifesto numa atribuição secundária do judiciário como “guardião de direitos”, no cumprimento da Carta de Direitos, tal como apresentado no Federalista 84 de Hamilton, baseando a defesa dos direitos na opinião pública a despeito de uma Declaração na Constituição e, nesta mesma linha, Jefferson em carta negando a supremacia judicial⁶³, ou, ainda, nos argumentos de Madison em carta à Jefferson⁶⁴, a favor da adoção de um Carta de Direitos onde nem mesmo menciona o Judiciário.

Também é notável a relativa infrequência do uso do controle de constitucionalidade no período tradicional: de 1789 até a Guerra Civil apenas dois

⁶³ Coforme Wolfe (1995, p.766), na carta à Jarvis de 28 de setembro de 1820.

⁶⁴ Conforme Wolfe (1995, p.767), na carta à Jefferson de 17 de outubro de 1788.

atos do Congresso foram invalidados (em *Marbury* e em *Dred Scott*) e 36 atos dos estados (WOLFE,1995, p.766 e 769).

Ao final do século XIX, e dominante a partir de 1937, Wolfe (1995, p.769-770) identifica aquilo que denomina visão moderna de interpretação constitucional e controle de constitucionalidade. A interpretação constitucional moderna pode ser descrita como a especificação de generalidades constitucionais com o fim principal de *adaptação* da Constituição às novas circunstâncias não previstas pelos fundadores, algo bem exemplificado na consideração de Holmes sobre a interpretação constitucional em *Missouri v. Holland* de 1920⁶⁵.

A ênfase é no desenvolvimento do texto, não “meramente” no que foi dito no passado. Portanto, mais que a visão tradicional de um texto constitucional dotado de adaptabilidade por suas categorias abrangentes aptas a sobreviverem e guiarem o legislador ao longo da história, o entendimento moderno de adaptação, ao invés de uma adaptação intrínseca da Constituição, é a de adaptação “da” Constituição, de seus conceitos vagos e abrangentes às novas circunstâncias sociais pela “suplementação do intérprete”. Contudo, ressalta Wolf (1995, p.772), tal adaptação nunca é defendida em termos de “mudança” do texto constitucional: fala-se em dar sentido às grandes generalidades, cujos exemplos proeminentes desde a Corte Warren são as cláusulas do devido processo (*due process clause*) e a da igual proteção (*equal protection clause*), ambas da 14ª Emenda.

⁶⁵ “[Q]uando se tratam de palavras que também são um ato constituinte, como a Constituição dos Estados Unidos, devemos perceber que elas trouxeram à vida um ser cujo desenvolvimento não poderia ter sido totalmente previsto pelos mais talentosos de seus criadores. Bastava-lhes perceber ou ter esperança de que haviam criado um organismo; levou um século e custou a seus sucessores muito suor e sangue para provar que eles criaram uma nação. O caso que temos diante de nós deve ser considerado à luz de toda a nossa experiência e não apenas naquilo que foi dito há cem anos. O tratado em questão não infringe quaisquer palavras proibitivas contidas na Constituição. A única questão é se isso é proibido por alguma radiação invisível dos termos gerais da Décima Emenda. Devemos considerar o que este país se tornou ao decidir o que essa emenda reservou”. No original: “when we are dealing with words that also are a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters. It was enough for them to realize or to hope that they had created an organism; it has taken a century and has cost their successors much sweat and blood to prove that they created a nation. The case before us must be considered in the light of our whole experience, and not merely in that of what was said a hundred years ago. The treaty in question does not contravene any prohibitory words to be found in the Constitution. The only question is whether it is forbidden by some invisible radiation from the general terms of the Tenth Amendment. We must consider what this country has become in deciding what that Amendment has reserved”, em *State of Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/252/416/>.

A esta visão de interpretação constitucional se liga a de Controle judicial com caráter legislativo, tal como reconhece Holmes em seu voto dissidente em *Southern Pacific Co. v. Jensen* (1917): “os juízes fazem e devem legislar, mas só podem fazê-lo intersticialmente; eles estão confinados dos movimentos molares aos moleculares”⁶⁶. Além disso, para além do caráter suplementar, adaptador do intérprete, ocorre a defesa do Controle de Constitucionalidade enquanto instrumento de um Judiciário “guardião de direitos” e do “processo democrático”, como sumaria Justice Jackson em *West Virginia State Board of Education v. Barnette* de 1943:

O próprio propósito de uma Declaração de Direitos era retirar certos assuntos das vicissitudes da controvérsia política, colocá-los fora do alcance das maiorias e autoridades e estabelecê-los como princípios legais a serem aplicados pelos tribunais. O direito à vida, liberdade e propriedade, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de culto e reunião, e outros direitos fundamentais não podem ser submetidos a voto; eles dependem do resultado de nenhuma eleição⁶⁷.

Desta forma, quando comparado ao período tradicional, é notável no período moderno a frequência do uso do Controle de Constitucionalidade, seja no controle de atos estaduais, do Congresso ou do Presidente. Entre as razões do aumento de tal frequência Wolfe (1995, p.778 e 783) aponta o crescimento populacional, tecnológico e a alteração do federalismo americano e do papel do judiciário a partir da adoção da 14ª Emenda e sua “imprecisão” redacional.

De forma geral, perpassando a história constitucional americana desde o pós-guerra civil, portanto, encontrando proeminências distintas nos dois períodos identificados, disputas sobre o papel adequado do judiciário, essencialmente sobre interpretação constitucional⁶⁸, apareceram nos Estados

⁶⁶ No original: “judges do and must legislate, but they can do so only interstitially; they are confined from molar to molecular motions”, em *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205 (1917), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/244/205/>.

⁶⁷ No original: “The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections”, em *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/#tab-opinion-1937809>

⁶⁸ Mitchel Berman (2011, p.408-410) atenta que a interpretação constitucional pode ser objeto de teorias positivas, normativas ou conceituais, nem sempre claramente separadas. O grosso de tais

Unidos sob diversos rótulos tais como: construções rígidas/flexíveis (*strict/loose*), autocontenção/ativismo (*judicial restraint/judicial activism*), interpretativismo / não-interpretativismo e como originalismo / não-originalismo ou constitucionalismo vivo (*living constitutionalism*).

Com predomínio no período moderno, pós 37 e, sobretudo, no pós-Segunda Guerra, com seu ápice na Corte Warren – cujo legado será combatido justamente com a defesa de um “originalismo” como teoria explícita a partir anos 80, encontramos, assim, o predomínio de um “não-originalismo”, pelo qual, nunca negando a importância do texto e intenção original dos constituintes, se acrescentam outros elementos para uma interpretação constitucional legítima tais como práticas históricas de outros braços do governo, entendimentos culturais duradouros, valores contemporâneos amplamente compartilhados, justiça, operacionalidade prática e, especialmente, também associada a uma demanda de neutralidade estatal, a ideia de procedimento, de uma “leitura procedimental” ou de um “consenso procedimental” da Constituição (BERMAN, 2011, p.408-411).

3.3 – O cenário de dificuldade apresentado ao pensamento constitucional do pós-Segunda Guerra.

Como aponta Woodiwiss (2005, p.80-86 e 90), entre os fatores que permitiram mudanças descentralizando o direito de propriedade e o contrato no discurso jurídico americano e abriram espaço para uma renovação e expansão do discurso dos direitos ao longo da década de 30, culminando na revolução constitucional do *New Deal* que alterou a relação dos estados com o governo federal e deste com a economia, esteve a crítica realista permitindo que o pensamento jurídico fosse além de uma interpretação limitada de Estado de Direito nos moldes do século XIX, tal qual elaborada pelo “formalismo jurídico”, onde todos os direitos emanavam da propriedade ou eram articulados via contrato e a Constituição lida como quadro de “limitações” não como “poderes”.

teorias lida com a questão de como os juízes interpretam a constituição para dela retirarem seu significado legal. Tal questão, assim, é muitas vezes equacionada com a de como devem os juízes realizar o controle de constitucionalidade. Neste sentido, sugere que ambas questões podem ser distinguidas por três aspectos: as de controle de constitucionalidade visam justificar o papel dos juízes em tal atividade; remetem ao “quando” não ao “como” devem interpretar a constituição e, por fim, visam questões para além da interpretação constitucional, para além do significado da constituição, como construções doutrinárias (e.g. testes) para implementação do interpretado.

A crítica realista das décadas de 20 e 30 é a continuação de uma agenda crítica ao pensamento jurídico clássico, formalista, pelo progressista cristalizado a partir do caso *Lochner* de 1905. De forma específica, a crítica aos fundamentos da ordem jurídica, do Estado de Direito enquanto estrutura de normas imparciais e autoaplicáveis dedutivamente pelo julgador tal como na expressão “governo das leis, não dos homens”, algo fundado na velha visão do liberalismo conservador do *laissez-faire* de que a liberdade dos americanos dependia de instituições políticas e econômicas descentralizadas, garantidoras de um mercado autorregulado e do Estado como mero “vigia noturno” (HORWITZ, 1992, p.4).

Essa crítica ao pensamento jurídico clássico emergiu da rápida mudança econômica e social da virada do século, quando uma rápida concentração econômica, urbanização, imigração maciça e rápida industrialização desencadearam lutas sociais sem precedentes acarretando em enorme estresse à legitimidade tradicional baseada na naturalidade e necessidade das instituições descentralizadas e a ideia de igualdade de oportunidade no mercado. Como observa Horwitz (1992, p.4) como autêntica crise de legitimidade, o pensamento jurídico clássico foi levado ao confronto interno e externo quanto aos seus fundamentos.

Internamente pelo aumento de pontos de estresse da necessidade de acomodação, sobretudo nas categorias do direito privado, à nova realidade; externamente com a crítica progressista do pensamento jurídico que culmina nas décadas de 20 e 30 no “realismo jurídico”, em geral, reconhecendo o caráter plástico e maleável do direito e suas categorias, um ataque à autonomia do direito enquanto ciência separada da moral e da política, ataque à ideia de auto aplicação das normas e de um raciocínio jurídico não discricionário (HORWITZ, 1992, p.4-6).

De modo amplo, como descrito pelos realistas, o formalismo jurídico partia de uma descrição do raciocínio jurídico em que o juiz ao decidir, deriva sua decisão de princípios gerais e abstratos de casos anteriores sem levar em conta implicações em termos de políticas públicas ou equidade e, dessa forma, chegaria dedutivamente a respostas únicas e corretas contribuindo para a construção consistente da doutrina jurídica como um todo (FISCHER III, 1991, p.269).

Contra tal descrição os progressistas e realistas ofereceram uma crítica positivista, consagrada na famosa máxima de Holmes de que o direito são as profecias do que os tribunais farão de fato⁶⁹, pela qual a doutrina jurídica, com suas regras e conceitos abstratos, possui um valor limitado em comparação a outros fatores que operam na decisão jurídica. Portanto, a lógica dedutiva e analogia são limitadas e a doutrina rica em contradições, além disso, em qualquer disputa dois princípios igualmente relevantes podem levar a decisões opostas. Desta forma, determinante na decisão judicial é uma intuição inicial motivada pela personalidade do julgador que por sua *opinion*, racionaliza e legitima uma decisão plausível (FISCHER III, 1991, p.269-272).

Para o ponto da história que nos interessa, pelo tom geral de crítica e menos propostas afirmativas sistemáticas ao que se colocar no lugar do formalismo – o que contribuiu significativamente para o declínio do movimento realista no começo dos anos 40, não sem deixar herdeiros⁷⁰, é importante que pontuemos os desafios legados pelo realismo em especial ao pensamento constitucional do pós guerra.

Pode-se dizer que os realistas legaram três ameaças: a primeira que juízes são só relativamente constrangidos por leis ou precedentes, algo em conflito com o princípio central da teoria democrática de que o povo cria as regras sob as quais serão governados; a segunda, portanto, a noção de uma descrição substancial dos julgadores, o que conflita com as justificativas tradicionais da legitimidade do controle de constitucionalidade; e finalmente, a celebração de decisões pontuais, particularizadas, algo potencialmente em conflito com a exigência de generalidade implicada na ideia de Estado de Direito (FISCHER III, 1991, p.295).

Tais ameaças legadas ao pensamento jurídico pelos realistas agudizaram no momento de um pós-Segunda Guerra com a emergência de duas categorias de problemas: uma relacionada à ascensão do totalitarismo e outra à questão da competência profissional da Corte num Estado e economia cada vez mais complexos e em expansão (WHITE, 1978, p.142).

⁶⁹ Em *The Path of the Law* na Harvard Law Review 10 de 1897.

⁷⁰ Como a *Law and Society* de 1964, o movimento *Critical legal studies* – CLS de 1977 e mais tarde ao final dos 80 a *Critical Race* (FISCHER III, 1991, p.287-288).

Logo, para além da necessidade de se restaurar a distinção entre a política e o direito, a rediscussão do significado de Estado de Direito e Democracia, enquanto reação ao nazismo, fascismo e stalinismo; fez-se urgente, sobretudo a partir do caso *Brown* em 1954, a necessidade de conciliar a decisão em tal caso com o compromisso de meio século do pensamento jurídico progressista com a autocontenção judicial, ou seja, do papel próprio da Corte Suprema numa Democracia (HORWITZ, 1992, p.247).

3.4 – A alternativa nas ideias de consenso, procedimento/processo e o otimismo na razão

A partir do pacto entre nazistas e soviéticos de invasão da Polónia o totalitarismo logo se tornou um debate nacional nos Estados Unidos. Desta forma, o realismo jurídico, associado ao positivismo, foi trágico para a discussão sobre os culpados pelo totalitarismo: se o positivismo e seu relativismo ou o direito natural com seu absolutismo moral.

Como observa Horwitz (1992, p.247-251), em poucos momentos o pensamento jurídico americano compartilhou tanto da agenda geral do pensamento social, no caso, da busca de lições a serem aprendidas com a propagação do totalitarismo europeu, a reação ao trauma nazista e os contínuos encontros com o stalinismo. Eventos como os tribunais de Nuremberg e Tóquio, ou o caso *Brown* colocaram em xeque a rígida distinção entre fatos e valores dos positivistas, e uma nova fé para qual lutar tornou-se urgente.

A busca dos culpados envolveu a resposta do porquê os Estados Unidos não sucumbiram ao totalitarismo, que de forma geral, foi em duas direções. De um lado, aqueles que recorreram a ideia de “consenso”, isto é, da existência de um consenso social em valores fundamentais; de outro, a ideia de “equilíbrio” ou “acordo” fruto da negociação entre grupos rivais que se acomodam nos moldes do mercado. Em alguns momentos, observa Horwitz (1992, p.251), essas perspectivas convergiram numa perspectiva pela qual, sob os desacordos substantivos sobre os fins, haveria um acordo fundamental quanto ao “processo”, nos procedimentos.

Assim, a ideia de processo se tornou o “tema dominante” do pensamento jurídico acadêmico do pós-guerra e de outras disciplinas, em especial, da teoria democrática; em comum, num contexto onde a imposição de valores estava associada ao totalitarismo, a busca fundamental de repisar a política pela forma ao invés da substância (HORWITZ, 1992, p.253-257).

No âmbito da teoria democrática, entre as contribuições processualmente orientadas mais influentes esteve a do economista austríaco Joseph Schumpeter, então professor em Harvard, com sua obra “Capitalismo, Socialismo e Democracia” de 1942 que, negando qualquer compromisso substantivo na democracia, apresentou uma concepção minimalista desta como um quadro de regras garantidoras da disputa política onde as decisões políticas são tomadas pelos vencedores eleitorais.

Na linha de Schumpeter, outra famosa teoria democrática foi a de Robert Dahl em seu “Um prefácio à teoria democrática” de 1956. Para Dahl, a democracia americana produzia um governo responsável por consistir na competição entre vários grupos de interesse e, desta forma, se apresentava como um governo das minorias, cuja disputa apareceria como um conflito superficial sobre os meios mais eficazes sob o qual subsistia um consenso fundamental sobre os fins. Evidentemente, como pontua Horwitz (1992, p.256-257) a teoria de Dahl fazendo apologia ao consenso na sociedade americana dos anos 50 encontra sua inadequação quando confrontada com o tema racial, crítica pertinente aos demais autores aqui abordados, inclusive a Rawls.

Das abordagens na teoria do direito do pós-guerra, a mais influente e também “processualmente orientada” foi, justamente, a denominada “Escola do Processo Judicial” com a proposta geral de que, o julgamento, quando conformato a determinado tipos de casos, pode ser “razoavelmente disciplinado, limitado e determinado” (FISCHER III, 1991, p.297)⁷¹.

⁷¹ Para além da proeminência da abordagem da Escola do Processo no debate em sede acadêmica, pontua Fischer (1991, p.329-330), das abordagens na teoria do direito do pós-guerra, a mais influente nas decisões da Suprema Corte ao aplicar a Carta de Direitos, sob fragmentos e nunca de forma sistemática, foi a Escola do Processo, sobretudo nos casos da 1ª Emenda. De modo geral, por dois pontos: o primeiro por uma leitura desta emenda desempenhando uma “função estrutural” na preservação das condições de operação da democracia representativa e o segundo, o lugar privilegiado da liberdade de expressão das opiniões políticas na manutenção desta função estrutural, como se observa na atitude “especialmente solícita” a tal categoria de expressão a partir dos anos 60.

Como adverte Neil Duxbury (1995, p.206-207 e 209) o termo “escola” a tal perspectiva é problemático, pois, além de tratarem de temas recorrentes no pensamento jurídico americano, ainda que tenham conquistado especial relevância no pós-guerra, a “Jurisprudência do Processo” nunca apareceu em bloco como uma teoria mas, ao contrário, foi lentamente desenvolvida com refinamentos graduais, se apresentando mais como uma “atitude” do que “estratégia”, consolidada, sobretudo, a partir de autores como Lon Fuller, Henry Hart, Albert Sacks, Herbert Wechsler, Alexander Bickel e John Hart Ely. Com exceção de Henry Hart e Albert Sacks, todos citados nas obras de Rawls.

Ao contrário dos realistas, a Escola do Processo não buscou ser uma abordagem científica social e além disso, não possui texto fundante. Em geral, como exemplo clássico desta abordagem são reportados os manuscritos do curso “O Processo Jurídico” (*The Legal Process*) de Henry Hart e Albert Sacks em Harvard, bastante difundidos nos cursos de direito dos EUA a partir do pós-guerra, mas que são incompletos e só foram editados para publicação rara, postumamente, décadas mais tarde nos anos 90.

A Escola do Processo marca a emergência da “razão” como “motivo ideológico e teórico dominante”, a “nova fé para qual lutar”, no pensamento jurídico americano, isto é, a explicação da decisão judicial não pela lógica silogística dos formalistas, nem pela intuição dos julgadores nos moldes realistas, mas pela racionalidade imanente ao direito que, com diversas articulações e refinamentos autorais específicos, aparecerá unida a ideias como “princípio”, “propósito” (*purpose*), “integridade” e “prudência” (DUXBURY, p.1995, p.205; HORWITZ, 1992, p.50).

Como narra Duxbury (1995, p.215), tal perspectiva representa a consolidação de um caminho que começou a ser trilhado por juristas da primeira metade do século XX, quando aparece aquilo que já podia, vagamente, ser considerada uma perspectiva intermediária ao formalismo e ao realismo, especialmente por seu trato da ideia de “princípio”.

Entre os primeiros exemplos está *The Nature and Sources of the Law* (1909) de John Chipman Gray, onde apareceu a ideia de que princípios frequentemente assumem um papel importante no processo judicial, especialmente que os juízes devem buscar princípios éticos sólidos onde as

fontes do direito são silentes: de forma embrionária, no contexto americano, a ideia de que princípios produzem soluções nos casos difíceis.

Com Roscoe Pound⁷² em 1917, pontuou-se que, ao longo da história, o crescimento e direção dos sistemas jurídicos foram influenciados por “princípios morais” e, em obra tardia de 1941 do mesmo autor, os princípios foram apresentados como pontos de partida impositivos do raciocínio jurídico nas situações não governadas por uma regra precisa. Além disso, reconheceu a possibilidade do conflito entre os princípios, cuja solução e pertinência temática nunca são descobertas por obra de um só juiz, mas ao longo de vários casos, quando uma racionalidade vem à tona; subjacente aí, a noção de que cultivar princípios é revelar a razão imanente ao direito, uma das primeiras explicitações no âmbito do pensamento jurídico americano da conexão entre princípio e razão (DUXBURY, 1995, p.215-216 e 220).

Já com Benjamin Cardozo em *The Nature of the Judicial Process* de 1921 Duxbury (1995, p.217) identifica um “temperamento” do realismo jurídico com os princípios quando Cardozo aponta que o juiz, mesmo quando livre, nunca o é completamente, pois não é um inovador do direito a partir do nada, mas de princípios consagrados.

Ainda nas antecipações da Escola do Processo, em *The Law Behind Law* (1929) de John Dickinson, de forma mais precisa, os princípios são caracterizados como estipulações legais de crenças morais básicas e, pela primeira vez no pensamento jurídico americano aparece a distinção entre política (*policy*) e princípios: as regras emergem de políticas no caso do direito legislado (*statutory law*) ou dos princípios no caso do direito jurisprudencial (*common law*), sendo estes peculiares ao raciocínio jurídico da Corte caracterizada como fórum de princípios ou da razão (DUXBURY, 1995, p.221-223).

Assim, a exemplo de Gray, Pound, Cardozo e Dickinson, certos temas e premissas da Escola do Processo começam a aparecer, mas se para tais autores a conexão entre princípio e razão aparentemente, como argumenta Duxbury (1995, p.223), foi apresentada mais para se diferenciarem dos realistas do que estabelecerem uma nova perspectiva na teoria do direito, é a partir da

⁷² Como em Duxbury (1995, p.216), as obras citadas são *The Limits of Effective Legal Action* (1917) e “Roscoe Pound” em *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars* (1941) organizado pela Julius Rosenthal Foundation.

obra de Lon Fuller, com a elaboração de tal conexão e reconhecimento de sua centralidade para o pensamento jurídico, que a Escola do Processo, enquanto abordagem distinta ganhou forma clara.

Ainda pela narrativa de Duxbury (1995, p.224-228), Lon Fuller com suas *Rosenthal Lectures* na *Northwestern University* em 1940 delineia sua filosofia do direito contra o positivismo, onde o realismo aparece como espécie deste, criticado por sua rígida separação entre moral e direito. Desta maneira, segue o raciocínio, da recusa em se reconhecer uma dimensão moral no direito, equacionado meramente a um exercício autorizado de poder, direito como decreto, decorrem implicações inaceitáveis nos moldes dos regimes totalitários.

A alternativa para Fuller estaria no renascimento de um direito natural secular calcado em conceitos como razão, moralidade e propósito, num direito fundado nos valores da liberdade individual e democracia, o que implica no reconhecimento da razão no coração do direito. Na democracia, a premissa da atividade jurisdicional é a própria razão que dá o propósito de sua existência, isto é, a descoberta e aplicação de princípios subjacentes que melhor promovam os fins da ordem coletiva. Logo, toda proposição no direito (legislado ou jurisprudencial) deve ser interpretada em vista de seu propósito e tal descoberta revelada no *processo* do raciocínio, quer dizer, processo revela a racionalidade.

Se com Fuller os temas da Jurisprudência do Processo ganharam articulação sob os contornos de uma filosofia analítica do direito, no entanto, foi, sobretudo a partir do material do curso de direito em Harvard de Henry Hart e Albert Sacks que sua voz foi potencializada e desenvolvida no direito público americano do pós-guerra, quando, como sumaria Duxbury (1995, p.236), da premissa de que diferentes órgãos possuem diferentes tarefas num processo jurídico concebido de forma ampla, a Escola do Processo se apresentou como perspectiva apta a identificar e avaliar se tais tarefas estão sendo realizadas propriamente por cada órgão; assim sendo, uma perspectiva concebida como “controle de qualidade” das decisões que, aceitando e para além da percepção dos realistas de que os juízes criam direito, focalizará no *processo*, no *como* criam o direito.

Ao mostrarem as influências da personalidade de cada juiz em suas decisões, os realistas minimizaram o papel limitador da localização institucional destes, ou seja, da exigência dos juízes tornarem públicas suas justificativas que

permitem a avaliação de sua performance, a devida atenção ao fato do processo de racionalização da decisão judicial ser limitado pela expectativa dos outros (WHITE, 1978, p.142-143).

Consequentemente, é no processo de racionalização da decisão judicial que a competência profissional do juiz (ou da Corte) é revelada e, justamente pela possibilidade do escrutínio público de tal elaboração evidenciando conformidade com as noções públicas de razoabilidade e justiça, que desponta a diferença da sociedade americana com os regimes totalitários onde o direito é sinônimo dos decretos oficiais unilaterais. Aparentemente, assim, resposta às duas categorias de problemas colocados aos juristas do pós-guerra.

Para a Escola do Processo, titubeando entre o descritivo e o normativo, os juízes, ao decidirem, devem apresentar suas razões fundamentadoras. Se, de um ponto de vista contemporâneo tal exigência se afigura trivial, é justamente neste ponto histórico, dos debates sobre a competência da Corte no Estado administrativo pós *New Deal*, e da necessidade de diferenciação da democracia americana dos regimes totalitários, que se chegou à noção da Suprema Corte como instituição peculiarmente produtora de decisões fundamentadas em princípios (DUXBURY, 1995, p.236).

Com Hart e Sacks a decisão judicial aparece como produto de uma atividade institucional específica no amplo processo legal composto, também, pelas legislaturas, agências administrativas, arbitragem, indivíduos particulares, que a depender de cada disputa específica, podem ser mais bem preparados do que a Corte para resolução. Assim, observa Duxbury (1995, p.255-256), para tal perspectiva, a tarefa do ensino jurídico é permitir o reconhecimento de qual processo cada problema demanda.

O produto esperado em cada processo terá seus critérios de solidez. No caso da legislação, se esta foi produto de um processo informado das relevantes informações, deliberativo e eficiente. Por outro lado, entre os critérios do “produto” da Corte, a decisão judicial, espera-se solidez no processo de raciocínio apresentado, se este parte de fundamentos em princípios generalizáveis, que respaldam a integridade do ordenamento jurídico e, no caso do direito legislado, das políticas a que servem enquanto propósito. Tudo isso em via de uma “discrecionabilidade responsável”, o que não quer dizer que seja sempre assim que a Corte decida (DUXBURY, 1991, p.258-259).

Como mote das exigências da decisão judicial Hart e Sacks utilizaram o termo “elaboração racional” (*reasoned elaboration*) que, conforme sintetizou Edward White (1978, p.144-145) remete a quatro demandas: a primeira que os juízes ofereçam as razões de suas decisões, algo bastante criticado nas decisões sucintas da Corte Vinson (1946 – 1953); a segunda que tais razões fossem apresentadas, elaboradas, de forma coerente e detalhada; a terceira, que exemplificassem o que Henry Hart denominou de o “amadurecimento do pensamento coletivo” (*maturing collective thought*), ou seja, aquele de adequado tempo de discussão coletiva apto, assim, a transcender idiosincrasias pessoais, em algo mais próximo de um constructo supra individual e; em quarto, a demonstração de que a decisão expressa, portanto, preferências sociais fundamentais, consensuais.

Desse modo, como pontua Duxbury (1991, p.263-264), a apresentação de Hart e Sacks de cada uma das instituições do processo legal com seus produtos conformes a critérios específicos de solidez, pressupõe a existência de um objetivo geral de maximização dos interesses humanos válidos a serem realizados por cada uma destas instituições e, desta forma, evidencia o compromisso de tais autores com a ideia de consenso, típica dos anos 50 e 60, a despeito da já referida questão racial borbulhante de então, que segundo uma leitura crítica, parte de uma imagem simplista dos Estados Unidos onde indivíduos maximizam seus interesses particulares enquanto compartilham da crença nas instituições e suas competências, como inevitáveis.

Com a Escola do Processo ocorre a propagação da ideia de uma decisão judicial baseada em princípios apolíticos que por sua generalidade e abrangência, comandariam respeito de ambos os lados de uma disputa, e no processo legal de modo amplo, entre todas suas instituições integrantes caberia especial competência às Cortes para elaborar a partir de tais princípios enquanto ideias morais difusas, consensuais, da “civilização americana” (DUXBURY, 1995, p.5; WHITE, 1978, p.140).

A premissa de competências institucionais específicas levou, em geral, os autores da Escola do Processo ao compromisso com a auto contenção judicial, o que os colocou em colisão especialmente com a atuação da Corte Warren criticada por seu foco nos resultados e menos na elaboração racional dos fundamentos de suas decisões, como se observaria ao longo do principal fórum

de discussão das ideias da Escola do Processo dos anos 50, a então recém-criada (1951) seção *Forewords* da *Harvard Law Review*, onde autores sucessivamente fizeram críticas anuais a Suprema Corte por suas decisões sumárias, “*per curiam*”, com razões omitidas ou resumidas (DUXBURY, 1995, p.236-237; WHITE, 1978, p.144-145).

Proeminente nesta linha de crítica a inserção de Herbert Wechsler que marca ao mesmo tempo a maturidade e o começo do declínio da Escola do Processo ante o desafio colocado por *Brown*, qual seja, o que fazer com decisões moralmente corretas, mas jurisprudencialmente insatisfatórias (DUXBURY, 1991, p.266; WHITE, 1978, p.148).

Em sua *Holmes Lectures* apresentada em Harvard em 1959, posteriormente traduzida naquele que seria considerado um dos mais famosos artigos do direito constitucional americano, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law* do mesmo ano, Wechsler responde ao juiz Learned Hand, autor das *Lectures* do ano anterior que questionava a legitimidade do poder de controle de constitucionalidade e a inexistência de base textual constitucional deste. Contra Hand, reconhece a legitimidade do poder de controle da Corte desde que obedecidos critérios que impeçam a transformação desta numa “terceira câmara legislativa”, que em sua leitura, não foram obedecidos na decisão do caso *Brown* (WECHSLER, 1959, p.16).

Também focando no processo de raciocínio das decisões, Wechsler (1959, p.9-10) refina a exigência de “elaboração racional” nas decisões judiciais argumentando pela necessidade destas serem fundadas em princípios “gerais” e “neutros”, isto é, aqueles que transcendam o resultado imediato do caso em questão, integrantes de um acordo valorativo unânime, consensual, justamente o que, para ele, não estaria presente na decisão do caso *Brown* onde a Corte, olvidando tal fundamentação, se ateve a um resultado louvável, mas uma atuação que, tornando-se regra, não impediria que a Corte perseguisse resultados menos justos ou progressistas tal qual na Era *Lochner*⁷³ (HORWITZ, 1992, p.268).

Com várias críticas, as ideias de neutralidade e generalidade nunca foram plenamente desenvolvidas por Wechsler que, conforme sugere Duxbury (1991, p.276-280), parece assumi-las como tendo o significado que “pessoas

⁷³ De se observar, portanto, que o ativismo nem sempre é progressista, vide Era *Lochner*, assim como, a autocontenção judicial nem sempre é conservadora (DUXBURY, 1991, p.274-275).

razoáveis compartilham”. Outra questão não resolvida é a do que fazer quando tais princípios conflitam num mesmo caso, quando parece inevitável uma escolha entre dois princípios igualmente válidos e a decisão, a despeito de qualquer raciocínio, recairá na preferência. Alexander Bickel, outro autor da Escola do Processo, desenvolve este ponto recorrendo à prudência.

Para Bickel, também crítico da atuação da Corte Warren, quando uma escolha em termos de políticas for inevitável a Corte deve se abster, declinar, cultivar uma postura passiva e deferente ao processo político e de manutenção da integridade do direito. Como Wechsler (e outros da Escola do Processo), nota Duxbury (1991, p.284), Bickel pressupõe uma “fé no consenso racional”, pois só pelos princípios neutros e sua elaboração é possível a legitimação do controle de constitucionalidade como injeção no governo representativo de um sistema de valores amplamente compartilhados.

Mais favorável à atuação da Corte Warren, e em especial sua atuação no caso *Brown*, foi o desenvolvimento da perspectiva da Escola do Processo realizada por John Hart Ely ressignificando a própria ideia de processo. Se o significado e importância da ideia de princípio é ambíguo entre os autores da Escola do Processo, o mesmo ocorre com relação a ideia de processo, ora num sentido de competência institucional num amplo processo legal que envolve outras instituições, ora num sentido de processo de raciocínio explicitado que as Cortes devem oferecer em suas decisões. Com Ely o sentido preponderante da ideia de processo é a de processo político (DUXBURY, 1991, p.241).

Ely desenvolve sua teoria a partir da ideia já presente na nota quatro do *Justice Stone* em *Carolene Products*⁷⁴ de que numa democracia compete à Corte a proteção das minorias. Assim, o controle de constitucionalidade é considerado parte integral de um aberto e efetivo processo democrático quando, aplicando contornos constitucionais gerais (processuais), garante a integridade do processo político abrindo os canais da participação política às minorias, justamente o que fez a Corte Warren ao derrubar a segregação racial nos estados. Com Ely a leitura que aproxima “processo” e “neutralidade” se torna ainda mais explícita.

⁷⁴ Cf. item 2.3

A hegemonia da Escola do Processo durou aproximadamente até meados dos anos 60, quando três movimentos intelectuais emergiram no cenário. O primeiro aquele que estenderá o retorno aos “direitos naturais”, nos moldes do pós-guerra e em admiração à atuação da Corte Warren na direção social liberal (notoriamente Dworkin) e, em paralelo, um retorno na linha libertária/neoliberal com o direito de propriedade no centro do discurso jurídico; o segundo e terceiro, respectivamente, a “*Law and Economics*” e o “*Critical Legal Studies*” (HORWITZ, 1992, p.269).

3.5 – As ideias de consenso, procedimento/processo e o otimismo na razão em Rawls

Voltemos ao pensamento rawlsiano para analisarmos o quanto tal autor compartilhou deste segundo aspecto fundamental do pensamento constitucional americano do pós-guerra, qual seja, a leitura procedimental da Constituição, ao longo de toda sua obra. Tratamos no início do presente capítulo da ideia da Constituição como um procedimento “imperfeito”, aquela que apresenta uma estrutura de direitos apta a respeitar o princípio da neutralidade quanto à valoração moral das concepções de bem dos indivíduos, consubstanciadora de um regime constitucional garantidor das iguais liberdades fundamentais. Para além disso, notemos então, o recurso às ideias de neutralidade, consenso, procedimento/processo e o otimismo na razão se tornam cada vez mais evidentes na sua arquitetura teórica.

Se um otimismo na racionalidade, ou melhor, numa decisão racional a partir de um procedimento esteve presente já no seu primeiro texto, *Outline of a Decision Procedure for Ethics* de 1951, a proximidade do pensamento político de Rawls com o contexto do pensamento constitucional americano do pós-guerra vai ganhando contornos mais explícitos ao longo de sua obra, sobretudo quando trata diretamente do Estado de Direito.

Ao tratar deste tema em TJ, Rawls faz referência a autores como Lon Fuller, Herbert Wechsler e Alexander Bickel e no caminho até LP, aparecem conceitos como de “consenso sobreposto” e “razão pública” para esclarecerem pontos de sua teoria que estruturam um pensamento muito próximo ao que

delineamos acima paradigmaticamente pela Escola do Processo, neste caso, podemos dizer em síntese, de uma decisão constitucional “discricionariamente responsável” pelo papel racionalizador do procedimento, uma “elaboração racional”, passível de escrutínio público, que se funda numa fé de um consenso racional da sociedade democrática, composto, assim, de “princípios neutros” com relação às concepções individuais parciais (DUXBURY, 1991, p.298). Analisemos⁷⁵.

Após *TJ*, acompanhando as críticas recebidas, Rawls passou a respondê-las oferecendo uma série de novos textos⁷⁶. Sobretudo a partir de seu artigo *A Teoria da Justiça como equidade: uma teoria política, e não metafísica* (*PNM*) de 1985, seguiu numa reformulação da obra buscando evitar as pretensões universalistas e os traços metafísicos de sua teoria original no intuito de transformá-la em uma “mera” doutrina política, empreitada que culminou em sua segunda grande obra, *O Liberalismo Político* de 1993.

Em *PNM* Rawls faz algumas observações gerais de como encara, naquela altura, sua teoria da justiça como equidade. Para evitar que essa concepção dependa de pretensões filosóficas que, na realidade, se queria evitar, como a pretensão a uma verdade universal, ou no que diz respeito à identidade essencial da pessoa (RAWLS, 2000, p.201), as ideias intuitivas básicas da *TJ* se combinam para formar uma “concepção política da justiça” sob a forma do que chamou de “liberalismo político” – em oposição a um liberalismo moral -, válido *apenas* para uma democracia constitucional moderna.

A teoria da justiça como equidade visa então, somente, a estrutura básica de uma democracia constitucional moderna, que, por sua origem histórica e social, não poderá ter como fundamento publicamente reconhecido uma concepção “moral” de justiça, tal qual, por exemplo, o utilitarismo. Como observa Rawls (2000, p.204), “essa deve ter em conta uma diversidade de doutrinas e a pluralidade das concepções do bem que se defrontam e que são efetivamente incomensuráveis entre si”.

Dessa constatação, todo o projeto no caminho até *LP* consistiu na busca otimista de encontrar um consenso “que incluía todas as doutrinas

⁷⁵ Aqui na linha do exposto em Tozo (2016).

⁷⁶ Classicamente reunidos em uma coletânea editada por Samuel Freeman (1999) em inglês, e com coletânea semelhante em português sob o título “Justiça e Democracia” (RAWLS, 2000).

filosóficas e religiosas contrapostas” que podem encontrar adeptos numa sociedade democrática constitucional (RAWLS, 2000, p.205). É a intensificação da sensibilidade com relação à questão da diversidade, algo a ser levado em conta para quase todo projeto justificatório liberal, principalmente após os anos 70 nos Estados Unidos, mas mesmo assim, Rawls nunca abandonou uma solução nos moldes do pensamento consensualista/neutralista/processualista do pós-guerra.

Rawls procede por dois estágios: um crítico e outro construtivo. Pelo crítico, argumenta contra a pretensão das tradicionais teorias liberais, exemplos do que denomina “doutrina moral abrangente” (*comprehensive moral doctrine*), de descobrirem uma doutrina filosófica apta a justificar uma ordem política liberal a todos os cidadãos: “essas filosofias não podem ter a pretensão de serem as únicas bases das instituições democráticas, nem as mais apropriadas e ainda menos as únicas corretas” (RAWLS, 2000, p.234); isso por que as sociedades democráticas modernas são marcadas pelo “fato do pluralismo razoável”⁷⁷ (*fact of reasonable pluralism*) significando que

a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes não é mera contingência histórica fadada a logo desaparecer, e sim um traço permanente da cultura pública da democracia” (RAWLS, 2011, p.43).

Como estágio construtivo da obra de Rawls, tem-se o já aludido projeto de uma concepção política da justiça para uma democracia moderna, na busca de encontrar-se um consenso, “que inclua todas as doutrinas filosóficas e religiosas contrapostas” que podem encontrar adeptos numa sociedade democrática constitucional (RAWLS, 2000, p.205). A resposta de Rawls a tal desafio envolve, basicamente, três ideias: a de concepção política de justiça (*political conception of justice*), do consenso sobreposto (*overlapping consensus*) e da razão pública (*public reason*).

⁷⁷ Como observa Rawls (2011, p.43), o fato do pluralismo *razoável* deve ser distinguido do fato do pluralismo como tal. Pelo adjetivo “razoável”, a ideia de um pluralismo de concepções do bem que não rejeitam princípios fundamentais de um regime democrático. É claro que também se espera por concepções “desarrazoadas” e até mesmo insanas na sociedade, mas, quanto a estas, Rawls (2011, p.XVII) apenas propõe a necessidade de contê-las “de maneira que não corroam a unidade e a justiça da sociedade”. Rawls não fala para elas: “a existência de doutrinas que rejeitam uma ou mais liberdades democráticas é em si mesma um fato permanente da vida, ou assim parece ser. Isso nos impõe a tarefa prática de contê-las - como se contém uma guerra ou uma doença -, de modo que não subvertam a justiça política (RAWLS, 2011, p.76).

Para Rawls, as doutrinas religiosas, filosóficas e morais que os cidadãos endossam são doutrinas gerais e abrangentes. São através das doutrinas abrangentes que as concepções de bem – daquilo que é valioso na vida humana segundo cada um – tornam-se compreensíveis. Entre os objetos de uma doutrina abrangente estão tudo aquilo “que tem valor na vida humana e ideais de caráter pessoal, bem como ideias de amizade e de relações familiares e associativas e tudo o mais que deve orientar nossa conduta” (RAWLS, 2011, p.15).

Uma doutrina abrangente é *geral* por se aplicar “a um leque amplo de objetos”. Também pode ser *inteiramente* abrangente quando abarca valores e virtudes dentro de um sistema articulado de forma precisa; ou *parcialmente* abrangente quando são articuladas de forma menos rígida⁷⁸.

Em contraposição à doutrina abrangente, o liberalismo político aspira uma concepção política de justiça que não proponha nenhuma doutrina metafísica ou epistemológica que “vá além daquilo que está envolvido na própria concepção política” (RAWLS, 2011, p.12). Busca-se uma visão que se sustente por si própria (*freestanding*). Reinterpretando a Justiça como Equidade como um exemplo possível desta concepção liberal “política”, Rawls (2011, p.13) nos fala, portanto, de três elementos que caracterizam uma concepção política de justiça.

O primeiro elemento, que a despeito de ser moral (ter como conteúdo determinados ideais, princípios e critérios articuladores de valores), aplica-se somente a um tipo específico de objeto, como dissemos, a estrutura básica de uma democracia constitucional. Assim, como segundo elemento, é o de se apresentar como uma “visão que se sustenta por si própria”, o que equivale a dizer, não é formulada, nem deriva, de uma doutrina geral e abrangente específica. Por este aspecto, aspira à neutralidade, sendo essa interpretada como a asserção de que não se devem moldar as instituições básicas e as políticas públicas para favorecer nenhuma doutrina geral e abrangente em particular.

Como Rawls (2011, p.225-228) tenta especificar em LP, “o termo neutralidade não é dos mais felizes; algumas de suas conotações são extremamente enganosas, outras sugerem princípios impraticáveis”. Sendo assim, a justiça como equidade aceita a neutralidade como de *objetivo*, não como a impraticável

⁷⁸ Rawls (2011, p.182-183) adverte para que não se confunda uma visão abrangente com uma visão abstrata. Para lidar com o conflito gerado pelo fato do pluralismo razoável, a concepção política de justiça deverá ser abstrata, mas não abrangente.

neutralidade de *efeito* em “que a estrutura básica de um regime justo não tenha efeitos e influências importantes com relação a quais doutrinas abrangentes irão perdurar e conquistar adeptos ao longo do tempo” ou a neutralidade de *procedimento* “referida a um procedimento que se pode legitimar ou justificar sem recorrer a quaisquer valores morais”.

O terceiro e último elemento apresentado diz respeito ao conteúdo da concepção política de justiça. Esta se expressa por meio de “ideias fundamentais percebidas como implícitas na cultura pública política de uma sociedade democrática” (RAWLS, 2011, p.16), o que abrange as instituições políticas de um regime constitucional, as tradições públicas de sua interpretação (e.g as decisões das Cortes Constitucionais) e os documentos históricos que constituem um acervo comum: “nosso ponto de partida, então, consiste em examinar a própria cultura pública como repositório de princípios e ideais fundamentais que são implicitamente reconhecidos” (RAWLS, 2011, p.9).

Assim Rawls crê chegar a uma concepção de justiça política “mais apropriada para uma sociedade que se caracteriza pelo pluralismo razoável” (RAWLS, 2011, p.113) suficientemente apta “para estabelecer uma base pública de justificação” (RAWLS, p.150) por ser objeto, então, de um consenso sobreposto de doutrinas razoáveis. O consenso sobreposto é a segunda ideia que compõe a resposta de Rawls ao desafio do pluralismo.

Uma vez escolhida a concepção política de justiça mais apropriada, aquela que se sustenta por si própria para uma estrutura básica de uma sociedade democrática pluralista, resta saber se tal concepção é suficientemente estável, daí a ideia de consenso sobreposto: a ideia de que um consenso quanto a uma concepção política de justiça é possível entre as diversas doutrinas abrangentes razoáveis da sociedade e que tal aceitação “não é um compromisso entre aqueles que sustentam essas diferentes visões, mas apoia-se na totalidade de razões especificadas dentro da doutrina abrangente que cada cidadão professa” (RAWLS, 2011, p.202). Logo, a concepção política de justiça tem seu apoio apelando “à razão de cada cidadão e do modo como isso é explicado dentro de sua própria estrutura analítica” (RAWLS, 2011, p.169). No entanto, Rawls (2011, p.17) é franco ao dizer que a ideia do consenso sobreposto trata-se de uma “conjectura fundamentada”, de uma “questão aberta à especulação”, um resquício evidente de uma aposta de um outro Estados Unidos, o do pós-guerra.

Num regime constitucional bem ordenado, portanto, controvérsias acerca de “elementos constitucionais essenciais” e “questões de justiça básica” devem ser resolvidas, tanto quanto possível, recorrendo-se a valores políticos (RAWLS, 2011, p.162). É esse o âmbito esperado de incidência do consenso.

Dado o reconhecimento público da concepção política de justiça com base nas ideias fundamentais da cultura democrática, e que nesta sociedade marcada pelo pluralismo razoável, cada doutrina abrangente afirma tal concepção por suas próprias razões morais, existe, então, um consenso sobreposto razoável. A questão que surge em seguida, como a formula Samuel Freeman (1994, p.648-649), é: como deve a concepção política de justiça ser interpretada e aplicada na prática das decisões políticas dessa sociedade?

A resposta de Rawls a essa questão vem na forma da ideia de razão pública. Assim, as “as partes, na posição original, ao adotarem princípios de justiça para a estrutura básica, também devem adotar diretrizes e critérios de razão pública para aplicar essas normas” (RAWLS, 2011, p.266). Rawls a conceitua e distingue os três sentidos de ser pública:

é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham do *status* da cidadania igual. O objeto da razão dos cidadãos é o bem do público, aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica institucional da sociedade e os propósitos e fins a serviço dos quais tal estrutura deve se colocar. A razão pública, então, é pública de três maneiras: como a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público, além de questões de justiça fundamental; e sua natureza e seu conteúdo são públicos, uma vez que são determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção política de justiça da sociedade e são conduzidos à vista de todos sobre essa base (RAWLS, 2011, p.250-251).

A razão pública se diferencia, portanto, das razões não públicas⁷⁹: aquelas das igrejas, sociedades científicas, entidades profissionais entre outras associações, que como a maioria das entidades coletivas, deliberam e apresentam razões “públicas” entre seus membros, mas não públicas em relação aos cidadãos em geral. São razões que habitam aquilo que Rawls denominou cultura de fundo.

⁷⁹ Importante enfatizar que essa distinção não corresponde a existente entre “público” e “privado”. Como enfatiza Rawls (2011, p.259-260) “não existe algo como uma razão privada. Existe a razão social - as muitas razões de associações na sociedade que constituem a cultura de fundo”.

Em contraposição, a razão pública (sempre no singular)⁸⁰, possui como conteúdo aquilo que é fornecido pela concepção política de justiça.

Ainda como conteúdo da razão pública, especificado pela concepção política de justiça, Rawls (2011, p.264) inclui as “diretrizes de indagação que especifiquem formas de argumentação e critérios para os tipos de informação que são pertinentes às questões políticas”. Isto é, “verdades inequívocas que hoje são amplamente aceitas pelos cidadãos em geral ou a eles acessíveis” (RAWLS, 2011, p.265).

Falamos que a ideia de razão pública atende a exigência da concepção política de justiça ser interpretada e aplicada na prática das decisões políticas da sociedade. Isso nos leva à questão de quem deve, portanto, fazer o uso da razão pública e ao que, exatamente ela se aplica. Quanto aos que devem usar a razão pública Rawls (2011, p.254) destaca os legisladores quando se manifestam no plenário do parlamento, ao executivo em seus atos e pronunciamentos, aos membros de partidos políticos, candidatos em campanha e, de forma especial ao judiciário⁸¹. O papel da Suprema Corte faz dela “um caso exemplar de razão pública”, isso porque, como explica – algo que poderia vir de um autor da Escola do Processo:

O papel do tribunal supremo não é meramente defensivo, mas também o de fazer valer a razão pública, de forma apropriada e contínua, ao servir de modelo institucional dessa razão. Isso significa, primeiro, que a razão pública é a única que o tribunal exerce. E o único ramo dos poderes do Estado que se apresenta, de forma visível, como uma criatura dessa razão e exclusivamente dela (RAWLS, 2011, p.278)⁸².

A razão pública também está limitada aos objetos que se aplica. Rawls (2011, p.524) fala em dois: o primeiro, os elementos constitucionais essenciais, que incluem direitos e liberdades políticas que podem razoavelmente serem incluídos numa constituição. O segundo são as questões de justiça básica, relacionadas à

⁸⁰ “Ressalte-se que há muitas razões não públicas, mas somente uma razão pública” (RAWLS, 2011, p.259).

⁸¹ Rawls (2011, p.254) diz que o ideal de razão pública também deve ser aplicado aos cidadãos quando estes votarem em temas que envolvam os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica.

⁸² Rawls (2011, p.301) inclusive sugere que “para verificar se estamos seguindo a razão pública, poderíamos perguntar: como o argumento que defendemos nos pareceria se fosse apresentado na forma de uma opinião de uma Corte Suprema? Razoável? Ultrajante?”

justiça econômica e social da estrutura básica, entre outras matérias não abrangidas por uma constituição.

Após este percurso, cremos claro a manutenção ao longo da obra rawlsiana das categorias do pensamento político americano do pós-guerra, exemplarmente do pensamento constitucional deste período; em especial pela fé num consenso racional, de aspecto moral neutro, traduzido numa leitura processual da Constituição. “Portanto, em resumo, a Constituição especifica um procedimento justo e incorpora as restrições que tanto protegem as liberdades fundamentais como asseguram sua prioridade” (RAWLS, 2011, p.402).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A esta altura cremos suficiente, ante nosso recorte das liberdades fundamentais e sua prioridade normativa no esquema rawlsiano e de sua concretização em termos de um regime constitucional onde a constituição justa é vista como um procedimento, reconhecer no pensamento político de John Rawls o emprego da linguagem dos direitos nos moldes do pensamento constitucional americano do pós-guerra, como averiguado a partir da correlação dos conceitos de “igualdade moral”, “neutralidade”, “processo” e “consenso”.

Isso quer dizer, na configuração assumida pelo pensamento constitucional americano respondendo à figura adversária do “totalitarismo”, este reputado como a mais significativa expansão de controle estatal da história, quando, portanto, no socorro das individualidades dos cidadãos caracterizadas essencialmente pela igual capacidade de escolha, será oposta a exigência de uma “neutralidade valorativa” estatal para o bom funcionamento da democracia constitucional, corroborada num renovado compromisso de resguardo das liberdades fundamentais, paradigmaticamente ilustrado nos casos da 1ª Emenda, garantindo assim, especialmente pelo judiciário, a autonomia dos indivíduos e a estabilidade do processo político fundado num consenso racional fundamental.

Naquela altura, assim, cristalizou no pensamento constitucional americano o resultado de um processo histórico envolvendo dois deslocamentos conexos importantes: o primeiro, em termos de moralidade política, prioridade normativa, de uma ênfase republicana a uma ênfase liberal na interpretação constitucional, rastreada na “doutrina da posição preferida”; o segundo, do deslocamento de uma racionalidade interpretativa baseada no formalismo seguida da irracionalidade realista, para uma racionalidade baseada numa leitura processual da Constituição, pressupondo um consenso fundamental, garantidor, portanto, da expansão da atuação da Corte, rastreada na “doutrina da incorporação”.

Podemos então, refazendo a pergunta crucial do pós-Segunda Guerra, qual seja, como proteger o direito dos cidadãos dado o pressuposto de sua absoluta dignidade humana, refletir, de forma breve, quanto à atualidade, para nós do século XXI, da resposta dada naquele momento pelo constitucionalismo

americano e a formulação teórica rawlsiana, para uma democracia constitucional, agora em perigo como nunca desde a Segunda Guerra.

Como observou White (1978, p.153) já nos anos 70 emergiram pelo menos três características na sociedade americana. A primeira delas que, para além do movimento negro dos anos 60, emergiram novas minorias organizadas (e.g consumidores, ambientalistas, mulheres, homossexuais); a segunda, a perda de confiança no governo e suas agências, a percepção do poder do *lobby* e, ao mesmo tempo, o reconhecimento do judiciário como arena de luta e discussão de áreas de controvérsia social; e a terceira, e principalmente, a perda da percepção de valores e objetivos comuns na sociedade americana, isto é, o fim de um período de enaltecimento do consenso na sociedade americana e a percepção da fragmentação.

Ante a esta realidade de coisas, Rawls permaneceu firme em suas próprias ideias com seus pressupostos do pós-guerra, em especial de um consenso fundamental e a demanda de neutralidade com relação às concepções do bem dos cidadãos. O aparato filosófico rawlsiano mostrou-se inalterado em seus elementos centrais. Como exemplar autor recluso, numa de suas 3 entrevistas de toda uma vida, já perto da morte, Rawls confessou:

Passei meu tempo tentando formular Justiça como Equidade de forma mais convincente e para responder às pessoas e remover suas objeções. Não tenho certeza se é a melhor coisa a fazer, mas é o que fiz. Na verdade sou um monomaniaco⁸³.

Pois bem, a visão consensual da sociedade do pós-guerra (ainda que sempre tenha sido idealizada como mostraram as ciências sociais já a partir da década de 60⁸⁴) perdeu enormemente o controle sobre a realidade concreta nas décadas seguintes. Tal suposição levou a teoria rawlsiana e seus seguidores a uma visão deliberativa da política focada no legislativo e judiciário, com menor atenção a outras instituições sociais, políticas e internacionais, mais atenta à distribuição do que à dinâmica ampla da economia e sociedade. Excluído os partidos, associações e movimentos sociais, ao mesmo tempo em que concede a

⁸³ No original: “*I spent my time trying to state justice as fairness more convincingly and to reply to people and remove their objections. I’m not sure that’s the best thing to have done, but that’s what I have done. I’m a monomaniac really*” (RAWLS, 1991).

⁸⁴ Cf. McClosky (1964).

Suprema Corte a palavra final em “razão pública”, pouco restou da política na teoria rawlsiana que, até o final de sua obra, continuou preocupada com a diferença nas visões de mundo dos cidadãos, mas não com as diferenças experienciais como raça, gênero, sexualidade e cultura (FORRESTER, 2019, p.272; BENHABIB, 2019).

Se o consenso ou neutralidade se tornaram, numa sociedade cada vez mais fragmentada, muito mais um problema que um pressuposto, poderíamos com Benhabib (2019), perguntar se estamos então lidando com as ruínas de uma outrora grande teoria da justiça? Concordamos que não, ainda que Rawls tenha sofrido com muitas críticas pertinentes, a reflexão normativa compromissada com certa universalidade não pode ser completamente abandonada e tem em sua teoria uma das grandes e rigorosas formulações. Contudo, se podemos pensar em princípios de justiça para sociedade que queremos que transcendam interesses específicos, estes deverão ser mais sensíveis a particularidades históricas e culturais. É preciso, portanto, que se mantenha a tensão entre universalismo e contexto.

Nesta mesma linha o pensamento constitucional liberal, que a teoria rawlsiana incorpora. Como sugerem Dowdle e Wilkinson (2017, p.33) é necessária a expansão do imaginário constitucional. Não contra, mas para além do liberalismo. E isso pode ser feito na medida em que identifiquemos o constitucionalismo liberal como produto de tempo e espaço específicos, como é o caso do americano do pós-guerra, e que desta forma, possui limitações, pontos cegos, dos quais podemos identificar três importantes.

Em primeiro lugar, o relativo desinteresse do constitucionalismo liberal no desenvolvimento estatal (*State building*). Com seu foco principal na limitação dos poderes públicos por normas jurídicas, perde-se a dimensão da importância da Constituição no desenvolvimento do Estado, deste como um construto orgânico não meramente em termos de coleção de normas, da dimensão constitutiva de autoridade e povo (DOWDLE e WILKINSON, 2017, p.21).

Em segundo, a dificuldade na identificação da evolução constitucional. Todo regime constitucional muda com o tempo, muitas vezes de forma não prevista pelos fundadores, vide o caso americano. Assim, a evolução é espontânea e pode muitas vezes evadir as restrições institucionais iniciais o que, para o constitucionalismo liberal é um problema visto que qualquer poder público

não “canalizado” é immanentemente corrupto e perigoso. Em última análise, falha em dar conta da realidade política da sobrevivência constitucional (DOWDLE e WILKINSON, 2017, p.22-23).

Em terceiro, a inabilidade em considerar fatores “ambientais” importantes para efetividade constitucional. Tratando a Constituição como um sistema de normas autônomas, não se levam em conta aspectos do ambiente social que condicionam sua própria compreensão cognitiva. Reduz significativamente a percepção de elementos que podem afetar a sobrevivência constitucional (DOWDLE e WILKINSON, 2017, p.24-25).

Portanto, assumimos que o direito constitucional, para sua máxima utilidade num regime constitucional, só poderá ocorrer quando combinado com fatores políticos e sociais. As normas constitucionais operam num contexto, como lembra Jakab (2019, p.9) parafraseando o famoso “dilema de Böckenförde”, a Constituição não pode ser imposta por si própria, depende de condições que ela mesma não pode garantir. O que se observa hoje em termos de “erosão” da democracia e do Estado de Direito, envolve justamente a perda de normatividade do direito constitucional, da contínua cisão entre Constituição e a realidade constitucional (JAKAB, 2019, p.9-11).

Neste ponto, algumas soluções constitucionais pontuais que aparentemente possuem algum papel relevante para o fortalecimento da democracia constitucional, conforme enumera András Jakab (2019, p.13), incluem: limitação de mandatos e reeleições, parlamentarismo, regulação da democracia interna dos partidos e financiamento partidário, normas de “democracia militante”, controles internacionais e supranacionais, federalismo, cláusulas pétreas, representação proporcional, rede de agências independentes de controle mútuo, judiciário independente e Cortes Supremas ativistas na proteção de mecanismos democráticos e de Estado de Direito.

Quanto às Cortes, entendemos pela relevância contemporânea da lição da Escola do Processo quanto à necessidade da elaboração racional das decisões. Que estas, sobretudo pelo poder de controle constitucional, desempenham um papel político pelo objeto do controle (atos políticos) e os impactos no processo político de suas decisões, também nos aparenta plausível considerar que na Corte há uma mudança de arena com relação a pura política: mudam atores, critérios e procedimentos (GRIMM, 2019, p.308-309).

A partir do estudo do cientista político D. Robertson, o ex-juiz do tribunal constitucional alemão Dieter Grimm (2019, p.312), sugere que a despeito da preferência do julgador prevalecer em muitos exemplos, deve ser considerado desviante, ou, ao contrário, deveríamos assumir o implausível de que milhares de juízes estão por aí mentindo ou se iludindo quanto a seus argumentos.

Assim, ainda que o ato de aplicar a norma abstrata ao caso concreto envolva criação, preenchimento de espaços, o juiz trabalha num campo delimitado pela doutrina e precedentes: um estoque de compreensões experimentadas e compartilhadas das normas legais fruto de uma prática comum a acadêmicos e práticos, raramente não controversa e nunca completa. Portanto o contexto jurídico delimita o que plausivelmente pode contar com um argumento jurídico, sempre escrutinável pela comunidade jurídica (e de forma ampla pela opinião pública), tal qual já sugeria com contornos específicos, a escola do processo (GRIMM, 2019, p.314-315).

Certamente questões de fundo possuem um papel na decisão do juiz, que não operam fora da sociedade. Contudo, então, espera-se que tais impactos sejam mitigados pela necessidade justificatória de recondução às normas cujos significados são sempre uma construção coletiva. Obviamente, como admite Dieter Grimm (2019, p.316-317), mesmo as Cortes que levam a sério sua função jurídica podem transgredir a sutil barreira que os separa da pura política, o que quando ameaça a democracia constitucional, torna necessária uma correção, por exemplo, via emenda.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven: Yale University Press, 1980.

_____. *We The People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

AMADAE, S. M. *Rationalizing Capitalist Democracy: the Cold War origins of rational choice liberalism*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

AVINERI, S.; DE-SHALIT, A. Introduction. In: AVINERI, S.; DE-SHALIT, A. (Org). *Communitarianism and Individualism*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p.1-11.

BIANCHI, Alvaro. Igualdade em contexto: discurso e teoria política. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; MARQUES, Danusa; MACHADO, Carlos (Org). *A democracia face às desigualdades*. São Paulo: Alameda, 2015. p.21-39.

BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario. Constitutionalism and Democracy – Political Theory and the American Constitution. *British Journal of Political Science*, v.27, n.4, 1997.

BENHABIB, S. High Liberalism John Rawls and the crisis of liberal democracy. *The Nation*, New York, v.11, out. 2019. Disponível em: <https://www.thenation.com/article/archive/john-rawls-liberal-philosophy-review/>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BERMAN, M. N. Constitutional Interpretation: Non-originalism. *Philosophy Compass*, v.6, n.6, 2011. p.408-420.

BEVIR, M; GALIŠANKA, A. John Rawls in historical context. *History of Political Thought*, v.33, n.4, 2012. p.701-725.

BOK, P. M. To the mountaintop again: The early Rawls and post-protestant ethics in postwar America. *Modern Intellectual History*, v.14, n.1, 2017. p.153-185.

BORGWARDT, E. FDR's four Freedoms and Wartime Transformations in America's Discourse of Rights. In: SOOHOO, C; ALBISA, C.; DAVIS, M. F. (eds.). *Bringing human rights home*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press. 2008. Vo1. p.31-55.

BUCKLER, Steve. Normative Theory. In: MARSH, D.; STOKER, G. (Org). *Theory and Methods in Political Science*. 2.ed. New York: Palgrave Macmillam, 2002. p. 173-194.

CIEPLEY, David. *Liberalism in the Shadow of Totalitarianism*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

CITRIN, J.; SEARS, D. The Challenge of E Pluribus Unum. In: CITRIN, J.; SEARS, D. *American Identity and the Politics of Multiculturalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p.1-29.

DOWDLE, M. W.; WILKINSON, M. A. On the Limits of Constitutional Liberalism: In Search of Constitutional Reflexivity. In: DOWDLE, M. W.; WILKINSON, M. A. (eds.). *Constitutionalism beyond Liberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p.17-37.

DUXBURY, N. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

DWORKIN, Ronald. O Liberalismo. In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.269-304.

EPP, Charles R. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

FISHER III, W. W. The development of modern American legal theory and the judicial interpretation of the Bill of Rights. In: LACEY, M. J.; HAAKONSSSEN, K. (eds.). *A Culture of Rights: The Bill of Rights in Philosophy, Politics, and Law—1791 and 1991*. Cambridge, Cambridge University Press, 1991. p.266-365.

FONER, E. *The Story of American Freedom*. New York : W.W. Norton, 1998.

FORRESTER, Katrina. *In the Shadow of Justice: Postwar Liberalism and the Remaking of Political Philosophy*. Princeton: Princeton University Press, 2019.

FREEDEN, MICHAEL. *Ideologies and Political Theory: A conceptual Approach*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

FREEMAN, Samuel. Political Liberalism and the Possibility of a Just Democratic Constitution. *Chicago-Kent Law Review*, v.69, n.3, p.619-668, abr, 1994.

_____. *John Rawls: Collected Papers*. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

_____. Introduction: John Rawls – An Overview. In: FREEMAN, Samuel (Ed). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 1-61.

_____. *Rawls*. New York: Routledge, 2007.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justice depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. The Constitution and Justice. In: ROSENFELD, M; SAJÓ, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.336-349.

GLENDON, M. A. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: Free Press, 1991.

_____. Knowing the Universal Declaration of Human Rights. *Notre Dame L. Rev.* v.73, n.5, 1999. p.1153-1190.

GRAHAM, Gordon. Political Philosophy and the dead hand of its history. In Floyd, Jonathan e Stears, Marc (eds.). *Political Philosophy versus History? Contextualism and Real Politics in Contemporary Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p.84-102.

GRAY, John. *Two Faces of Liberalism*. New York: The New Press, 2000.

_____. Agonistic Liberalism. In: SMITH, G. W. (Ed). *Liberalism: Critical Concepts in Political Theory*. New York: Routledge, 2002. p.3-26. Vol 4.

GRIMM, D. What Exactly Is Political about Constitutional Adjudication? In: LANDFRIED, C. (ed.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p.307-317.

HARTOG, H. The Constitution of Aspiration and "The Rights That Belong to Us All". *The Journal of American History*, v.74, n.3, 1987. p.1013-1034.

HORWITZ, M. J. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

IKENBERRY, G. J. The end of liberal international order?. *International Affairs*, v.94, n.1, 2018. p. 7–23.

JAKAB, A. What Can Constitutional Law Do Against the Erosion of Democracy and the Rule of Law? On the Interconnectedness of the Protection of Democracy and the Rule of Law. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2019-15*. 2019.

KIS, János. State Neutrality. In: ROSENFELD, M; SAJÓ, A. (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p.319-334.

KLOSKO, G.; WALL, S. (Org). *Perfectionism and Neutrality: Essays in Liberal Theory*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.

KYMLICKA, Will. Liberal Individualism and Liberal Neutrality. *Ethics*, Chicago, v.99, n.4, p.883-905, jul. 1989.

_____. *Filosofia política contemporânea: Uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARMORE, Charles. *Patterns of Moral Complexity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

LACEY, M. J.; HAAKONSSSEN, K. History, historicism, and the culture of rights. In: LACEY, M. J.; HAAKONSSSEN, K. (eds.). *A Culture of Rights: The Bill of Rights in Philosophy, Politics, and Law—1791 and 1991*. Cambridge, Cambridge University Press, 1991. p.1-18.

MAFFETONE, Sebastiano. *Rawls: An Introduction*. Cambridge: Polity Press, 2010.

MCCLOSKEY, H. Consensus and Ideology in American Politics. *The American Political Science Review*, v.58, n.2, 1964. p.361-382.

MICHELMAN, Frank. Rawls on constitutionalism and constitutional law. In: FREEMAN, Samuel (Ed). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p.394-425.

PAREKH, Bhikhu. Political Theory: Traditions in Political Philosophy. In: GOODIN, Robert E.; KLINGEMANN, Hans-Dieter (Eds). *A new handbook of political science*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p.503-218.

POCOCK, J.G.A. Introdução: o estado da arte. In: MICELI, Sérgio (Org). *Linguagens do ideário político*. São Paulo: Edusp, 2003. p.23-62.

_____. O conceito de linguagem e o métier d'historien. In: MICELI, Sérgio (Org). *Linguagens do ideário político*. São Paulo: Edusp, 2003b. p.63-82.

_____. Texts as events: reflections on the history of political thought. In: POCOCK, J.G.A. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p.106-119.

_____. The reconstruction of discourse: towards the historiography of political thought. In: POCOCK, J.G.A. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009b. p.67-86.

_____. Verbalizing a political act: towards a politics of speech. In: POCOCK, J.G.A. *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009c. p.33-50.

POGGE, Thomas. *John Rawls: His Life and Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

PRIMUS, Richard A. *The American Language of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

RAZ, Joseph. *A Moralidade da Liberdade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAWLS, John. A Teoria da Justiça como equidade: uma teoria política, e não metafísica. In: AUDARD, Catherine (Ed). *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.199-241.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *O Liberalismo Político*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *John Rawls: For the Record*. [Entrevista concedida a] Samuel, R. A., Joshtla D. H., and Won J. L. The Harvard Review of Philosophy, Cambridge, vol .1, n.1, 1991, p.38-47. Disponível em <http://www.hcs.harvard.edu/~hrp/issues/1991/Rawls.pdf> . Acesso em: 20 fev. 2020.

SANDEL, M. *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

SHAPIRO, Ian. *Political criticism*. Berkeley: University of California Press, 1990.

SHAPIRO, M. The United States. In: Tate, C. N.; Vallinder, T. (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p.43-66.

SKINNER, Q. Meaning and Understanding in the History of Ideas. *History and Theory*, v.8, n.1, 1969. p.3-53.

SMITH, G. W. (Ed). *Liberalism: Critical Concepts in Political Theory*. New York: Routledge, 2002. Vol 4.

TATE, C. N. Why the Expansion of Judicial Power?. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p.27-38.

TOZO, Lucas S. O. *O pluralismo em John Rawls e Isaiah Berlin*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós Graduação em Ciência Política , Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016.

VALLINDER, T. When the Courts Go Marching In. Tate, C. N. Why the Expansion of Judicial Power?. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p.13-26.

WALDRON, Jeremy. Legislation and Moral Neutrality. In: WALDRON, Jeremy. *Liberal rights: Collected papers 1981-1991*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p.143-167.

WECHSLER, H. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 73, n. 1, 1959. p.1-35.

WEINRIB, L. E. The Postwar paradigm and American exceptionalism. In: CHOUDHRY, S. (ed.). *The Migration of Constitutional ideas*. New York: Cambridge University Press, 2006.

WHITE, G. E. The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change. In: WHITE, G. E. (ed.). *Patterns of American Legal Thought*. New York: The Bobbs-Merrill Company Inc, 1978. p.136-163.

WOLFE, C. A Theory of U.S. Constitutional History. In: HALL, K. L. (ed.). *The Supreme Court in American Society: Equal Justice Under Law – A Reader*. New York, Garland Publishing Inc, 2001. p.762-786.

WOLFF, Jonathan. Analytic Political Philosophy. In: BEANEY, Michael. (Ed). *The Oxford handbook of the history of analytic philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p.796-822.

WOODIWISS, A. Human Rights. New York: Routledge, 2005.

ZELLENTIN, Alexa. Neutrality as a Twofold Concept. *Les Ateliers de l'éthique*, Montreal, v.4, n.2, p.159-174, 2009. Disponível em: <
https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/31113/pdf_13_Zellentini.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 jan. 2021.

ZHICHAO, T. Rawlsian Property-Owning Democracy: An American Historical Interpretation. *American Political Thought*, v.4, n.2, 2015. p. 289-310.

Decisões da Suprema Corte citadas

Otis v. Parker, 187 U.S. 606 (1903)

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)

Southern Pacific Co. v. Jensen, 244 U.S. 205 (1917)

State of Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920)

Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937)

West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943)

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971)

Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973)

Herber v. Lando, 441 U.S. 153 (1979)