

JOHN RAWLS, RAZÃO PÚBLICA ECONSTITUCIONALISMO POPULAR¹

Ricardo Leite Pinto²

RESUMO: O presente artigo discute a tese de Rawls de que o funcionamento do Supremo Tribunal dos EUA constitui o paradigma do seu conceito da razão pública. A "judicial review" e as funções do Supremo pertencem ao universo jurídico-constitucional. Analisaremos alguns conceitos constitucionais utilizados por Rawls e bem assim a sua ideia de "razão pública". Passaremos depois a desenvolver os traços gerais da doutrina do "constitucionalismo popular" pela voz dos seus principais cultores. A concluir, verificaremos como algumas ideias desta corrente jurídico-política põe em crise a conclusão de Rawls de que o Supremo constitui o paradigma da razão pública.

PALAVRAS-CHAVE: razão pública, constitucionalismo popular, "judicial review", Supremo Tribunal dos EUA.

ABSTRACT: This article discusses Rawls argument that the decision process in the US Supreme Court is the paradigm of his concept of public reason. The "judicial review" and the functions of the Supreme belong to the legal and constitutional universe. We analyze some constitutional concepts used by Rawls as well as his idea of "public reason". We pass then to develop the broad outlines of the doctrine of "popular constitutionalism" by the voice of its main cultivators. In conclusion, we find that some ideas of this constitutional doctrine challenges Rawls thesis that the Supreme Court decision making is the paradigm of public reason.

KEYWORDS: public reason, popular constitutionalism, judicial review, Supreme Court of the USA.

¹Relatório elaborado no âmbito do Seminário Filosofia Política II – Teorias da Justiça, lecionado pelo Prof. José Gomes André, no Curso de Doutoramento em História Contemporânea (2014/2015), na Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa.

² Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa – Portugal. Doutorando em História Contemporânea na Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa – Portugal. Mestre em Direito Público. E-mail: rpinto1@campus.ul.pt

Introdução

O presente texto procurará analisar a tese de John Rawls sobre o papel do Supremo Tribunal na democracia norte-americana como paradigma da "razão pública", por confronto com uma das mais interessantes correntes doutrinárias jus-constitucionalistas dos últimos anos, a do "constitucionalismo popular".

As questões institucionais não ocupam grande relevo na obra de Rawls (ANDRÉ, 2015). E mais raras ainda são as referências aos aspectos constitucionais da democracia ou ao papel dos tribunais, designadamente os que operam no quadro do controlo da constitucionalidade das leis, designado nos países anglo-saxónicos como "judicial review". As principais referências a essas matérias encontram-se na obra *Political Liberalism (O Liberalismo Político)* (RAWLS, 1997). Há também, em menor grau, breves apontamentos em *A theory of Justice (Teoria da Justiça)* (RAWLS, 1993) e em *Justice as fairness. A restatement (Justiça como Equidade. Uma reformulação)* (RAWLS, 2003).

Por seu lado, o apelidado "constitucionalismo popular" é uma teoria acerca da natureza do Supremo Tribunal nos EUA e em geral da fiscalização judicial da constitucionalidade com base na ideia de que cabe ao povo (ou aos seus representantes) e não aos juízes dizerem o que é ou não inconstitucional. Trata-se, saliente-se, de uma conceção minoritária entre os constitucionalistas norte-americanos, mas a verdade é que Rawls tem presente nos seus escritos essa corrente (RAWLS, 1997, p. 227).

A discussão do papel do Supremo como paradigma da "razão pública" tem o seu epicentro no §6 da Lição VI, Parte II de *O Liberalismo Político*. Esse será o ponto de partida do presente comentário. Para o abordarmos é necessário apresentar a ideia de razão pública em Rawls, um conceito tão complexo quanto problemático. E também, posto que a "judicial review" e as funções do Supremo decorrem do universo jurídico-constitucional, verificar qual o sentido de alguns conceitos desse universo utilizados por Rawls. Passaremos depois a desenvolver os traços do "constitucionalismo popular" pela voz dos seus principais cultores. A concluir, verificaremos como algumas ideias desta corrente jurídico-política põem em crise a conclusão de Rawls de que o Supremo constitui o paradigma da razão pública.

Alguns conceitos: "constituição", "convenção constituinte", "elementos constitucionais essenciais", "controlo judicial da constitucionalidade" e "razão pública"

Convirá desde logo identificar sumariamente alguns dos conceitos mais diretamente associados ao tópico do constitucionalismo, utilizados por Rawls, a saber "constituição", "convenção constituinte", "elementos constitucionais essenciais" e "controlo da

constitucionalidade".³ Isto porque a discussão em torno do papel do Supremo no sistema constitucional norte-americano pertence mais ao domínio do mundo jurídico-político do que da filosofia política.

A ideia de "constituição" surge de forma avulsa no contexto dos princípios de justiça, designadamente do primeiro princípio de justiça - liberdades básicas iguais para todos. Na conceção de Rawls a "constituição" traduz-se num documento escrito ou em um conjunto de princípios não escritos cujas origens decorrem do exercício do poder constituinte. A sua função é garantir as liberdades iguais, essencialmente as liberdades políticas e a liberdade de pensamento e associação (RAWLS, 1993, p. 64 e 205). Ou seja, Rawls assume a conceção ocidental de Constituição (SOARES, 1986, p. 3743-3744) que é património jurídico-político das revoluções liberais e constitucionalistas do fim do séc. XVII (o Reino Unido) e do XVIII (EUA e França), na linha da Constituição garantia.

De qualquer forma Rawls, ao falar de "constituição" parece pressupor uma Constituição formal nascida do exercício do poder constituinte através de uma "convenção constitucional" (RAWLS, 1997, p. 317) ou "convenção constituinte" (RAWLS, 1993, p. 275). Supomos que terá como referência a Convenção de Filadélfia de onde nasceu a Constituição dos EUA. A Constituição especifica um procedimento político justo e incorpora restrições que simultaneamente protegem as liberdades básicas e asseguram a sua prioridade do mesmo passo que permitem a instituição da "judicial review" (RAWLS, 1997, p. 317-318).

Um outro ponto importante tem que ver com a distinção entre uma democracia constitucional e a democracia procedimental ou processual ("procedural democracy"). A primeira é a que pressupõe uma Constituição, não necessariamente escrita, com um "bill of rights" especificando as liberdades básicas e interpretados ambos pelos tribunais como limites à legislação. A segunda, a democracia que não teria limites ao poder legislativo, podendo inclusive este eliminar determinadas liberdades básicas, desde que os procedimentos democráticos de deliberação fossem respeitados. Rawls encaminha-se para a consideração de que um regime constitucional é melhor por razões de sociologia política (RAWLS, 2003, p. 206). Ou seja, o papel da educação numa conceção política do regime constitucional acaba por prevalecer por razões de cultura política pública, por um lado, e da discussão pública dos

³ Preferimos apresentar a tradução portuguesa das expressões e conceitos utilizados por Rawls, nem sempre em sintonia, aliás, com as traduções constantes das obras antes citadas: por exemplo, a tradução de "judicial review" por "revisão de juízo" (RAWLS, 1997, p. 225) não acompanha a terminologia jurídico-constitucional corrente, razão pela qual preferimos a expressão "controlo judicial da constitucionalidade".

temas (a discussão deliberativa), por outro, no confronto com a "procedural democracy"(RAWLS,2003,p. 206).

Os "princípios constitucionais essenciais" estão diretamente ligados ao conceito de "razão pública". Rawls salienta que muitas das questões legislativas não têm que ver com os "princípios constitucionais essenciais", embora de alguma forma lhes possam tocar: por exemplo, a legislação fiscal, a legislação sobre propriedade, ambiente e poluição, leis sobre o estabelecimento de parques nacionais ou sobre fundos para museus ou arte(RAWLS, 2003,p. 128).

Os "princípios constitucionais essenciais" respeitam a dois tipos:

a) princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do sistema de governo e do processo político, os poderes legislativo, executivo e judicial e a aplicação da regra da maioria (princípios fundamentais de direito eleitoral e maiorias de deliberação);

b) princípios fundamentais relativos a direitos, liberdades e garantias, tais como o direito de voto, direito de participação política, a liberdade de pensamento, e os princípios que resultam do princípio do "domínio da lei"(RAWLS, 1997,p. 222).

Estes dois tipos de princípios constitucionais fundamentais assentam numa distinção importante: os primeiros respeitam ao sistema de governo e os segundos aos direitos fundamentais. Os primeiros podem ser traduzidos de formas muito diversas: sistemas parlamentares ou presidenciais, sistemas maioritários ou proporcionais, formas de estado unitárias ou regionais, etc. Mas os segundos "só podem ser especificados de uma forma, módulo que admite apenas ligeiras variações"(RAWLS,1997, p.223). A liberdade de associação, o direito de voto ou a liberdade de consciência são caracterizadas de forma muito semelhante em todos os regimes livres.

Entre estes últimos direitos fundamentais Rawls não ignora a distinção entre direitos negativos e direitos positivos. Pelo menos é assim que interpretamos a passagem em que formula uma distinção entre liberdades básicas e "princípios que controlam as desigualdades sociais e económicas"(RAWLS, 1997, p. 224).E é com base nela que afirma ser mais difícil observar a realização destes últimos princípios em dada sociedade, isto porque a sua discussão assenta em amplas diferenças de opinião enformadas por tópicos complexos "e insuficientemente compreendidos". Assim, diz que devemos esperar um acordo mais rápido sobre as liberdade básicas, ou seja os direitos negativos, do que sobre os princípios relativos à justiça social e económica, os direitos positivos. Para já dir-se-á que a preocupação de Rawls, não é tanto o acordo quanto a princípios económicos e sociais, mas o acordo quanto às

liberdades básicas como parte integrante dos "princípios constitucionais essenciais", já que isso permite uma cooperação política e social entre cidadãos livres e iguais (RAWLS, 2003, p. 39).

Por outro lado o conceito de "judicial review" (controle judicial da constitucionalidade) remete para os precisos termos em que o mesmo se exerce nos EUA no quadro da sua democracia constitucional, ou seja a possibilidade da mais alta instância judicial, sem legitimidade democrática direta, poder anular com força obrigatória geral atos legislativos aprovados pelos representantes do povo reunidos em assembleia parlamentar, com o fundamento na sua inconstitucionalidade (RAWLS, 1997, p. 225).

Valerá ainda a pena referir a particular concepção "rawlsoniana" de regime constitucional: trata-se do regime da "leal oposição". Para Rawls o regime constitucional pressupõe que o poder e a oposição se ponham de acordo sobre os "princípios constitucionais essenciais". Mas para isso a oposição tem de ser leal e é isso que garante o regime constitucional e lhe dá segurança e estabilidade (RAWLS, 2003, p. 69).

E finalmente, para concluir esta súmula conceptual, convirá dizer algo sobre o conceito de "razão pública" tal como Rawls o utiliza.

Não é fácil alcançar o conceito de "razão pública" com precisão, sendo certo que a literatura sobre o tema, quer na perspectiva histórica quer na da filosofia política, é inesgotável.⁴

A ideia de "razão pública" em Rawls pode ser encontrada nas seguintes passagens de *Justice as Fairness* (ANDRÉ, 2014/2015, p. 29-30):

a) "ao falar de razão pública o conhecimento e os modos de argumentação que fundamentam as escolhas que as partes fazem de princípios de justiça têm de ser acessíveis à razão comum dos cidadãos. Caso contrário a concepção política não proporciona uma base de legitimidade política";

b) "crenças gerais e formas de raciocínio que se podem encontrar no senso comum e os métodos e conclusões da ciência, quando livres de concorrência. Isto exclui as doutrinas filosóficas e religiosas abrangentes de serem especificadas como razões públicas";

c) "os cidadãos têm de ser capazes de apresentar uns aos outros razões publicamente aceitáveis para as suas concepções políticas nos casos que envolvam questões políticas fundamentais";

⁴ O conceito tem raízes no pensamento de Hobbes, Kant e Rousseau e tornou-se tema de discussão na filosofia política contemporânea pelos contributos, entre muitos, de Rawls, Habermas e Gaus. Da vastíssima bibliografia vide BOHMAN, 2006, DRIZECK, 2000, GAUS, 2011, HABERMAS, 1995 e 1996.

d) "a razão pública é a forma de argumentação apropriada para cidadãos iguais que como corpo coletivo impõe regras uns aos outros apoiadas por sanções do poder estatal".

Da leitura das passagens antes citadas, podemos dizer que a ideia de "razão pública" pressupõe que as regras e princípios políticos que nos regulam no dia a dia enquanto cidadãos da "polis" sejam justificáveis e aceitáveis por todos, ainda que nem todos com elas concordem, por apelo a ideias e argumentos razoáveis. Assim exposto, o conceito pressupõe a valorização dos seguintes aspectos: uma prática de argumentação intersubjetiva e idealizada, um diálogo entre cidadãos livres e iguais, comportamentos individuais sinceros entre os participantes no diálogo (no sentido em que a "razão pública" é uma pedagogia de conduta). Ou seja, a "razão pública" pressupõe uma forma "leal" de argumentar, presente na concepção "rawlsiana" de regime constitucional como "regime da oposição leal".

Por aqui se vê que a "razão pública" não se desliga de um conceito denso de cidadania, que pressupõe a participação plena de todos na vida pública. Acresce, para concluir, que a expressa exclusão das "doutrinas abrangentes", ou pelo menos as doutrinas "abrangentes irrazoáveis" (ROSAS, 2004, p. 101) do diálogo cívico, significará que as doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes ficam, na perspectiva de Rawls, remetidas para a esfera privada.

O Supremo Tribunal como paradigma da razão pública

Rawls inicia o § 6 do Livro VI da Parte II do *Liberalismo Político* afirmando que num regime constitucional com "judicial review" a razão pública é a razão do seu Supremo Tribunal (RAWLS, 1997, p. 225). E acrescenta que a razão pública resulta da atuação do Supremo como intérprete última Constituição, sendo o paradigma da razão pública.

Para lá chegar identifica 5 princípios do constitucionalismo (RAWLS, 1997, p. 225-226):

a) a distinção entre o poder constituinte do povo e o poder ordinário dos titulares do poder, cuja paternidade atribui a Locke;

b) a distinção entre a lei fundamental e a lei ordinária: a primeira é o produto do "We the People" e a segunda da autoridade do Congresso;

c) a Constituição é expressão de princípios que traduzem o ideal político de um povo que se governa a si próprio;

d) uma Constituição democrática consagra certos princípios constitucionais essenciais;

e) num sistema de governo constitucional o poder último ou fundamental não está no Congresso ou no Supremo Tribunal mas sim nos três poderes numa relação especificada entre eles e sendo cada um responsável perante o povo.

Estes cinco princípios respeitam a uma democracia dualista⁵ e nela o Supremo funciona protegendo a lei fundamental. Escreve Rawls: "Ao aplicar a razão pública o Supremo evita que a lei seja corroída pela legislação de maiorias passageiras ou, com maior probabilidade, por interesses parciais organizados e influentes que se mostrem particularmente capazes de levar a sua avante"(RAWLS, 1997, p. 227).

E acrescenta que "se o Supremo assumir este papel e o desempenhar com eficácia é incorreto dizer que é manifestamente antidemocrático. É com efeito anti-maioritário no que respeita à legislação corrente, dado que um Supremo Tribunal com a sua prerrogativa de revisão de juízo pode considerar e declarar qualquer lei ordinária inconstitucional"(RAWLS,1997,p. 227).

Neste ponto Rawls dirige-se diretamente aos defensores do "constitucionalismo popular" os quais consideram a "judicial review" a um tempo antidemocrática, por ser contrária à soberania popular e inimiga de um amplo e participado diálogo constitucional. Adiante retomaremos este tema, que é central para o propósito destas linhas.

Mas em que termos Rawls vê o Supremo a agir de forma paradigmática no que tange à razão pública? De dois pontos de vista. Atuando de forma não defensiva e potenciando o debate público.

Afirmar que o Supremo é o paradigma da razão pública significa assegurar um contínuo efeito quanto à melhor interpretação possível da Constituição a qual se justifique em termos da "conceção pública de justiça ou de uma sua variante razoável"(RAWLS,1997,p. 229). Isto significa que o Tribunal não atua de forma puramente defensiva.

Por outro lado a "judicial review" ao formular juízos de autoridade sobre questões políticas fundamentais coloca o Supremo no centro do debate. Em certos casos, que envolvem mudanças históricas de grande significado, como aconteceu nos EUA. Ao longo dos últimos dois séculos, o "Supremo está condenado a ser o centro de controvérsia"(RAWLS,1997,p. 232).Ora daí decorre que o Supremo "ao focalizar a atenção dos cidadãos nas questões constitucionais básicas educa-os e dirige-os para o uso da razão pública e para o respetivo valor da justiça política"(RAWLS,1997,p. 232).

⁵A ideia de uma democracia dualista nos EUA é sobretudo desenvolvida por Bruce Ackerman a quem Rawls atribui a paternidade (ACKERMAN, 1993 e 1996).

O Constitucionalismo Popular: do "Taking the Constitution away from the Courts" ao "dialogic constitutionalism"

Como acabámos de ver Rawls entra em diálogo com os adeptos do "constitucionalismo popular". Convirá então caracterizar esta corrente doutrinária, considerando aliás a sua fraca exposição pública e académica.⁶Supomos ser suficiente uma caracterização sumária por referência aos seus principais defensores. Nos EUA, o constitucionalismo popular é uma corrente doutrinária relativamente recente. Se bem que alguns autores tenham sustentado nos anos 90 do século passado a prevalência de um "populist constitutional law" (TUSHNET, 1997, p. 177 e ss) que deveria apontar para um recuo do papel dos Tribunais na interpretação das normas constitucionais, a verdade é que só na última década tal corrente se tornou significativa suscitando adesões e não menos críticas (POZEN, 2010, p. 2048).⁷

Como fenómeno recente na academia jurídica norte-americana o constitucionalismo popular - designação adotada por um dos seus principais defensores (KRAMER, 2004), e posteriormente tornada uma expressão de uso corrente - assenta na ideia de que o povo, "We the people", como se lê no preâmbulo da Constituição norte-americana, deve ter um papel decisivo na criação, interpretação, evolução e aplicação das normas e princípios constitucionais. Isso significa, fundamentalmente, criticar o fundamento da fiscalização judicial da constitucionalidade, que nos EUA se centra no Supremo Tribunal e, nessa linha, o protagonismo que é dado à "judicial review". Nesta última perspetiva o título da obra de Mark Tushnet, antes citada (TUSHNETT, 1997, p. 177 e ss) é ilustrativo: "Taking the Constitution away from the courts". Mas significa também valorizar o diálogo e o debate constitucional fora dos tribunais - "dialogic constitutionalism" -, o que pressupõe que alguma dimensão da "razão pública" possa estar presente nesta discussão.

Importa contudo chamar a atenção, como se disse, que a supremacia interpretativa judicial, se assim a quisermos considerar, ou seja a invocação de que a última palavra na interpretação e adjudicação dos princípios e normas constitucionais pertence ao Supremo Tribunal é a perspetiva claramente dominante no Supremo, na Academia legal norte-americana e mesmo na opinião pública (STRANG, 2001, p. 257 e ss.).

⁶Em Portugal o tema tem sido praticamente ignorado pelos constitucionalistas. Todavia recentemente, e a propósito das intervenções do Tribunal Constitucional sobre medidas legislativas aprovadas no contexto do Programa de Estabilidade Económico Financeira que vigorou em Portugal entre 2011 e 2015, alguns comentários aludem ao "popular constitutionalism" (RIBEIRO e COUTINHO, 2014).

⁷Entre as posições críticas (CHEMERINSKY, 2004, p. 673 e ss).

Nesse sentido o constitucionalismo popular constitui uma corrente que se dirige contra a "judicial review", retomando o discurso que já nos anos 60 do século passado Alexander Bickel formulou ao advertir para a natureza não democrática da "judicial review" (BICKEL, 1986), dado que os juízes não são eleitos e a sua atividade visa anular deliberações aprovadas sob forma de lei pelos representantes eleitos do povo. A questão, tal como Bickel a colocou originariamente, tinha fundamentalmente a ver com a superação da "dificuldade contramajoritária". A "judicial review" compromete os princípios democráticos: se a democracia significa governo do povo, quando os juízes anulam as deliberações do governo do povo, a democracia parece ser o "governo dos juízes".

Mas para o constitucionalismo popular não se trata apenas de criticar a supremacia judicial. Existe um outro argumento tão ou mais relevante: reforçar os meios do povo e dos seus representantes forjarem um sentido e interpretações da Constituição como forma de valorizarem a soberania popular (DONELLY, 2012, p 162-163).

A soberania popular está a perder para a supremacia judicial, ou seja a "noção de que os juízes têm a última palavra quando se trata de interpretação constitucional e as suas decisões determinam o sentido da Constituição para todos" (POZEN, 2010, p. 2049).

Podemos contudo afirmar que o ponto central reside na crítica à supremacia judicial. A cultura constitucional norte-americana tornou-se "juricentric". Mas isso não significa que os juízes tenham que ser arredados na discussão acerca dos princípios e normas constitucionais. Apenas que não devem ter a prioridade normativa nessa discussão" (TUSHNETT, 2006, p. 999).

A supremacia judicial tem sido particularmente debilitadora da vida pública e da cultura cívica norte-americana. Os constitucionalistas populares não criticam em geral os resultados das decisões do Supremo quanto ao Estado Social ou aos direitos fundamentais. O que vêm com reservas é o processo: o aniquilamento da autodeterminação coletiva e como tal uma diminuição da legitimidade democrática. Isto não significa que o povo - fora dos momentos em que é permitido alterar a Constituição, ou seja através de aditamentos - faça valer pontos de vista e soluções claramente contrárias à Constituição: "Os constitucionalistas populares ainda se tomam como constitucionalistas" (POZEN, 2010, p. 2058).

Não passará pela cabeça de nenhum constitucionalista popular advogar a eleição direta do Presidente sem alterar primeiro a Constituição. Todos eles acolhem a ideia de que as gerações anteriores podem vincular as posteriores através de certos compromissos. Entendem contudo que esses compromissos são mais democraticamente garantidos pela participação

popular no processo de interpretação e aplicação constitucional. Isso porque a sua convicção assenta na capacidade de qualquer cidadão interpretar e aplicar a Constituição de forma objetiva e racional. Ou seja a "razão pública" não é exclusiva dos juízes mas antes está presente em todos e cada um dos cidadãos (KRAMER, 2004, p. 242).

Um outro aspeto presente na identificação dos aspetos centrais do constitucionalismo popular repousa na fluidez da linha que separa a lei constitucional da cultura constitucional e a "higher lawmaking" da "normal politics", para utilizar uma dicotomia que Rawls adota, como vimos, importada embora de Ackerman. Na conceção popular muitos dos atos que pertenceriam à "normal politics" como mensagens presidenciais, editoriais dos jornais ou protestos de rua, acabam por ter uma dimensão constitucional. Dado que a Constituição norte-americana, pelas suas características próprias, deixou e deixa ainda muitas perguntas sem resposta, fica um espaço aberto para um processo político de construção constitucional.

Mas a expansão do horizonte constitucional coloca muitos e sérios problemas, o primeiro dos quais saber como distinguir o autêntico constitucionalismo popular das imposturas que não representam o verdadeiro sentido do povo.

A orientação geral do constitucionalismo popular é a de procurar respostas à tensão do constitucionalismo democrático procurando conciliar a soberania popular com os direitos que devem estar a salvo das maiorias. Mas constatam que nos últimos anos os cidadãos perderam a referência da autoridade do documento fundador e tornaram-se muito reverenciais para os juízes. Ao aceitarem as reivindicações judiciais de supremacia na interpretação da Constituição o povo abdicou de um dos seus deveres básicos de cidadania (SCHMIDT, 2010, p. 534). Os compromissos do constitucionalismo popular decaíram com a preeminência do papel do Supremo como único centro da interpretação constitucional. Nesse sentido o seu mérito foi o de chamar a atenção para os atores extrajudiciais na interpretação da constituição. Para isso percorrem a História Política e Constitucional norte-americana para sustentarem tal ponto de vista. Mas a teoria envolve também uma componente normativa. Ou seja defendem que o acréscimo de envolvimento dos "inputs extrajudiciais" melhoram a qualidade da democracia constitucional.

Dois modelos se perfilam nas soluções normativas associadas ao constitucionalismo popular. Um que sustenta a ideia de "judicial review without judicial supremacy" (KRAMER, 2004, p. 249) e outro que advoga pura e simplesmente o abandono da "judicial review" (TUSHNETT, 1997, p. 154 e ss e, WALDRON, 2006, p. 1376 e ss.).

A tese de Kramer, considerado o pai do constitucionalismo popular, não aponta para o fim da "judicial review". É antes um apelo a uma interpretação constitucional não "juriscentrada" no Supremo e aberta ao papel do povo e dos seus representantes. Esse estado de coisas é incompatível com a tradição americana do constitucionalismo popular cultivada e posta em prática ao longo de 200 anos por figuras tão relevantes como Thomas Jefferson, Andrew Jackson, Abraham Lincoln e Franklin Roosevelt. Segundo o pensamento destes os problemas interpretativos ligados à lei constitucional só podiam ser resolvidos, em regra pelo povo que se expressa através de mecanismos institucionais, designadamente eleições. E se a história constitucional americana regista vários momentos de afirmação do constitucionalismo popular a recente cultura constitucional vive em ambiente de crise assim retratada:

para controlar o Supremo Tribunal temos primeiro que reivindicar a Constituição. O que significa repudiar publicamente os Juízes que dizem que são eles e não nós que têm a última autoridade para dizer o que a Constituição significa [...], o que significa rejeitar os argumentos de que a Constituição é demasiado complexa ou difícil para os cidadãos comuns [...] acima de tudo insistir que o Supremo Tribunal é o nosso servo e não o nosso dono: um servo cuja seriedade e conhecimento merecem toda a atenção, mas que tem de acatar os nossos julgamentos sobre o que diz a Constituição. O Supremo Tribunal não é a mais alta autoridade no país sobre a Lei constitucional. Nós somos (KRAMER, 2004, p.247-248).

A proposta alternativa para retirar o protagonismo do Supremo assenta num modelo "madisoniano" de democracia deliberativa que se pode colher em trabalhos mais recentes (KRAMER, 2007, p. 703). De acordo com a perspetiva "madisoniana", no relato de Kramer, o momento fundador da nova nação haveria de corresponder a um governo republicano como resultado da particular preocupação com os excessos da vontade popular (tirania da maioria, agitação social, poder da população). Ainda que mediado, para evitar tais riscos, o sistema continuava a ser liderado e controlado pela opinião pública. Madison defendendo a representação política por oposição à democracia direta, não deixava de coresponsabilizar eleitos e eleitores nos progressos da vida política o que desde logo exigia um particular empenho da vida pública. A responsabilidade em informar e educar os cidadãos por parte dos representantes não escondia a necessidade desses mesmos cidadãos se manterem ativos e vigilantes. Uma certa dose de virtude pública deveria estar sempre presente no governo republicano. Madison não receava as maiorias, mas sim as maiorias desinformadas, irrefletidas e facciosas. Para isso impunha-se um sistema de mediação representativa, que aliava a complexa estrutura federal e a separação de poderes. Este sistema evitaria as

momentâneas inclinações dos representantes, introduzindo mecanismos que atrasavam a deliberação introduzindo mais deliberação (ANDRÉ, 2009, p. 183 e ss.).

Mas o próprio modelo de Madison dá um lugar de relevo aos juízes (ANDRÉ, 2009, p. 183 e ss.) que, quando se trata de questões de inconstitucionalidade, fazem-se ouvir de forma útil e sensível, se bem que as suas opiniões não tenham qualquer estatuto especial (KRAMER, 2007, p. 7; ANDRÉ, 2009, p. 183 e ss. 41). No fundo Madison pretendia envolver os tribunais no processo de deliberação pública sendo que a decisão final sobre a constitucionalidade de dada lei continuaria a residir no povo. Contudo, Kramer sustenta que na ausência de qualquer forma institucionalizada que permita resolver os conflitos no sistema e fazer prevalecer a interpretação popular da Constituição, o papel do Tribunal, nesse aspeto, tem de se manter. A recuperação do modelo de democracia deliberativa proposta por um dos "founding"- e seguramente aquele que mais influenciou na versão final da Constituição norte-americana (PINTO, 2013, p. 12)-é o propósito fundamental de Larry Kramer (KRAMER, 2007, p. 748).

Restaurar a sua natureza popular e democrática não significa que os tribunais e em concreto o Supremo Tribunal deixem de ter qualquer papel na tarefa de interpretar a lei constitucional. O seu papel continua a existir mas é um papel "bem modesto". Continuará a existir mesmo um lugar para a "judicial review" mas nada que se assemelha a "supremacia judicial". O modo como a interpretação constitucional escapa ao domínio judicial do ponto de vista do modelo "madisoniano", pode ser descrito como "departamentalismo" (KRAMER, 2007, p. 749). Todos os departamentos que exercem poder político (ou seja os órgãos do Estado com poder soberano) assentam na legitimidade popular e são interdependentes uns em relação aos outros na sua interpretação da Constituição. Departamentalismo não é sinónimo de anarquia. Não significa que cada titular de poder político seja livre de interpretar e aplicar a Constituição a seu belo prazer. Pelo contrário, o sistema está estruturado para canalizar as diversas posições junto do público. E é do confronto entre elas que o debate nasce e evolui. Só que a última palavra pertence sempre ao povo soberano e não a este ou aquele órgão concreto do poder, designadamente ao Supremo Tribunal. O relato de Kramer pode ser encarado como um modelo de limitação do papel do Supremo quando este vai longe de mais, entregando ao povo (e aos seus representantes eleitos) a tarefa de ter a última palavra na matéria.

A visão departamentalista que está na base da teoria de alguns constitucionalistas populares expressa-se de forma clara quando aqueles sustentam que cada um dos poderes do Estado (executivo, legislativo e judicial) são livres de interpretar a Constituição sem que

qualquer deles tenha a palavra final. Mas o facto do executivo e do legislativo terem ambos um legitimidade democrática direta e falarem verdadeiramente em nome do "We the people" é que torna o sistema "departamentalista" mais democrático.

O constitucionalismo popular em ação traduz numa conversação ("dialogic constitutionalism") entre o povo, legislativo, executivo e tribunais. O relevo dos movimentos sociais na forma como modelam a lei constitucional, ocorre quando aqueles apresentam visões constitucionais diversas da visão dominante nos tribunais. Em certo sentido esses movimentos alteram a base eleitoral que em última análise alteram a composição dos tribunais. Mas também pode ocorrer que os juízes sejam sensíveis às movimentações sociais e alterem os seus pontos de vista sobre o que a Constituição significa.

Ora isto leva-nos a considerar, para encerrar este ponto, a opinião dos que reconhecendo a dificuldade contra maioritária, continuam a defender a "judicial review. O que acaba por ser, até certo ponto, a posição de Rawls, como vimos. Por que razão a opinião dos juízes deve prevalecer sob a dos representantes eleitos do povo? Como justificar os efeitos contra-maioritários que a justiça constitucional acarreta no campo dos direitos fundamentais?

Em primeiro lugar importa recuperar a discussão acerca da validade da objeção democrática. Ou seja, a premissa maioritária é correta no sentido em que a regra da maioria tem um valor intrínseco sendo que as decisões políticas se devem aprovar por maioria, na medida em que o peso de cada voto é igual e não se dá preferência a esta ou aquela opção. Assim, quando o parlamento- no quadro das democracias representativas atuais- aprova uma lei o faz falando pelo povo soberano, devendo ser essa a última palavra em democracia. É verdade que as condições de expressão do povo ao votar, exigem igualdade política, social e económica, condições de liberdade de expressão, etc. Ou seja, são necessárias pré-condições democráticas para que a lei aprovada pelo parlamento traduza a verdadeira vontade do povo e desse modo seja legítima. Ora nas modernas democracias representativas, sem embargo das muitas e justificadas críticas ao seu funcionamento- mais do que aos seus princípios- haverá que reconhecer que essas condições estão garantidas ainda que minimamente. A ser assim temos que reconhecer que a intervenção dos tribunais ao anularem uma decisão aprovada pelo Parlamento introduzem um efetivo "custo democrático", na medida em que os tribunais, não legitimados democraticamente, invalidam uma lei aprovada com legitimidade democrática. Supomos que os próprios adeptos do controlo judicial da constitucionalidade não contestam este ponto, se bem que procurem ultrapassá-lo com uma afinada contra argumentação. Vejamos as principais respostas à dificuldade contra-maioritária.

Uma das vias de negar a objeção democrática consiste em afirmar que a lei ordinária tem menos credenciais democráticas do que a Constituição (COMELLA, 2010, p. 362). É em parte a tese de Bruce Ackerman com base na dicotomia entre a "constitutional politics" e a "normal politics", segundo a qual quando os tribunais anulam a lei estão a preservar os princípios adotados pelo povo em momentos extraordinários de deliberação democrática os momentos constitucionais). Em certo sentido o Tribunal funciona como espelho do povo procurando garantir, frente ao legislador ordinário, as convicções populares, por vezes, de várias gerações. A questão está em que mesmo admitindo esse pressuposto o Tribunal pode enganar-se ao interpretar a vontade popular de que a Constituição é depositária. E se assim é não podemos desvalorizar o valor democrático que resulta da deliberação da maioria parlamentar. A verdade é que um tribunal que interpreta a norma suprema é, nesse sentido, um órgão mais distante da vontade popular. Diferente seria se a Constituição fosse um texto claro com princípios e regras cuja interpretação fosse pacífica de tal forma que a interpretação das suas normas fosse simples e imediata quer pelo Parlamento quer por um Tribunal (COMELLA, 2010, p. 363-364).

Um outro argumento visando afastar a objeção democrática reside na afirmação da superioridade democrática do processo judicial, do ponto de vista da troca de argumentos e da incorporação do debate popular, por comparação com o processo político parlamentar. Este ponto de vista parte da ideia de que o processo judicial tem virtudes deliberativas superiores ao processo político das assembleias políticas, na medida em que os juízes estão protegidos das pressões populares e não estão sujeitos a eleições periódicas. Embora Rawls não o diga parece que estas considerações estão implícitas no seu raciocínio.

Ora a Constituição reflete os valores fundamentais compartilhados pelos cidadãos de dada comunidade política, por forma a que determinados princípios de justiça se tornem perenes e protegidos no futuro. O pressuposto do "véu de ignorância" de Rawls (ANDRÉ, 2015, p. 20) imperante nas convenções constituintes permitiria um nível de imparcialidade essencial no momento de consagrar as normas e princípios fundamentais da Constituição. Esses princípios serão suficientemente abstratos o que permite defender a Constituição da ameaça do tempo. Daqui que a ideia da supremacia e rigidez constitucional sobre a lei ordinária assente no seguinte pré-compromisso: as gerações atuais aceitam restrições a si próprias, sendo estas suficientemente abstratas para que possam ser também aceites por gerações sucessivas e assim acolher limites à lei e à política ordinária. Mas se assim é será necessária uma certa predisposição para empurrar a comunidade política a olhar a sério os

princípios constitucionais. Quem melhor para o fazer que os tribunais? Os juízes têm o tempo e o isolamento necessários para refletir sobre os valores e finalidades do Estado e nesse aspecto são melhores que as assembleias representativas. Mais tempo, maior predisposição para levar a sério os valores constitucionais (até pela sua especialização) e cultura jurídica própria (decidem com base em princípios e apresentam razões de ordem geral para justificar as suas decisões) são apontados como os aspetos decisivos para preferir os tribunais aos legisladores em matéria de defesa da Constituição (COMELLA, 2010, p. 376-377).

Aqui chegados supomos serem estes a verdadeiros fundamentos pelos quais Rawls sustenta residir na função e atuação do Supremo o paradigma da "razão pública".

Ora mesmo um defensor do "constitucionalismo popular" como Jeremy Waldron não se mostra indiferente a estes argumentos. Adverte que podem existir condições "patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo ou outras formas endémicos de preconceito" (WALDRON, 2006, p. 1406), em que o recurso à intervenção dos tribunais seja útil. Mas então será bom que os defensores da "judicial review" invoquem e justifiquem essas circunstâncias para a defesa do seu modelo. Porque a verdade é que em democracias constituídas em bases razoáveis e com instituições legislativas democráticas e a funcionarem corretamente a "judicial review" não só é inapropriada como a deliberação democrática nos parlamentos traz melhores resultados quando se trata de discutir o sentido e o alcance das várias concepções de direitos fundamentais: discordar acerca de direitos fundamentais não é irrazoável e as pessoas podem discordar sobre os direitos fundamentais sem deixar de os levar a sério (WALDRON, 2006, p. 1406) parafraseando o título de uma obra de Dworkin.

Considerações finais

o desafio do "constitucionalismo popular" à concepção de Rawls quanto ao papel do Supremo como paradigma da "razão pública"

Não será necessário dizer muito mais para se perceber que o "constitucionalismo popular", ou pelo menos algumas das suas ideias, constituem um desafio ao entendimento de Rawls quanto ao papel do Supremo como paradigma da "razão pública".

Aliás, na defesa da "judicial review" como paradigma da razão pública Rawls reconhece que nem sempre o Supremo norte-americano exerceu com "eficácia" a sua função, ou seja interpretar a Constituição e as leis com base na "razão pública". E exemplifica com vários casos históricos desde o conhecido acórdão "Dred Scott" (1857), a outras decisões ou que desvalorizaram as emendas da Reconstrução ou que, desde o Acórdão Lochner (1905),

esvaziaram o sentido da legislação social até aos primeiros anos do New Deal (RAWLS, 1997, p. 227 (nota 18).

Afirma também que quer o modelo de "Westminster", ou seja o sistema parlamentar britânico, ou o modelo de "entrincheiramento" dos direitos fundamentais como acontece com a Constituição alemã "julgados através dos valores de uma conceção razoável da justiça" podem eventualmente revelar-se superiores a um regime dualista como o norte-americano (RAWLS, 1997, p. 228). O que sustenta é que qualquer que seja o modelo parlamentar - "alemão" ou dualista com "judicial review" - o "conteúdo de uma conceção política da justiça inclui os valores da razão pública". E que esses valores são paradigmaticamente representados pela atuação do Supremo Tribunal quando é chamado a efetuar o "controlo da constitucionalidade".

Como vimos, e vale a pena chamar à colação esses argumentos, Rawls atribui ao processo de decisão dos nove juizes de Washington virtudes paradigmáticas: é o único órgão onde a "razão pública" é a única razão. Isto porque os juizes necessitam justificar o sentido das suas opções de forma a tornar consistentes os seus fundamentos e articulá-los numa perspetiva abrangente e ao fazê-lo apenas podem recorrer aos argumentos propriamente políticos e devem seguir os precedentes judiciais e os textos constitucionais históricos mais significativos. Ou seja os juizes não podem invocar a sua "moralidade pessoal" nem invocar convicções filosóficas ou religiosas ou mesmo valores políticos sem restrições. Neste último aspeto têm que o fazer invocando valores que pertencem "ao mais razoável entendimento da conceção pública e aos respetivos valores políticos da justiça e da razão pública" (RAWLS, 1997, p. 229).

Finalmente Rawls afirma que ao sustentar a ideia da "judicial review" como paradigma da razão pública "não procura fazer uma defesa deste tipo de revisão", embora reconheça que ele deva ser favorecido em determinadas circunstâncias históricas e de cultura política. O seu objetivo será o de tornar a ideia da "razão pública" mais definida e analisar a forma como o Supremo pode constituir o paradigma. E embora o Supremo "seja neste domínio especial, os outros órgãos do sistema de governo, se a isso se dispuserem certamente poderão acompanhá-lo como fóruns de princípio apropriados para o debate das questões constitucionais" (RAWLS, 1997, p. 232-233).

Ora é justamente neste ponto que pode tornar-se útil a convocação dos pressupostos do constitucionalismo popular e que vimos antes. Aceitando a abertura de Rawls que, reconheça-se, admite existirem outros "foruns" de princípios (DWORKIN, 1985, p. 70 e ss) adequados para alcançar o mesmo propósito interrogamo-nos se o ideal da "razão pública"

não poderá ser melhor alcançado no contexto da soberania parlamentar e da deliberação democrática dos parlamentos.

Uma das críticas à ideia de Rawls da "razão pública" é ser antidemocrática: em certo sentido o seu conteúdo é determinado por considerações filosóficas anteriores à deliberação democrática entre cidadãos (HABERMAS, 1995, p. 128). Daí que alguns críticos de Rawls sustentem que a sua conceção é mais um princípio regulativo de como os cidadãos devem pensar sobre os questões públicas do que propriamente um processo de deliberação. Com efeito, ao valorizar a "razão pública" no processo de deliberação de nove juízes não eleitos Rawls não consegue atenuar essa crítica.

É certo que o que parece prevalecer na conceção de Rawls não será tanto o resultado do "judicial review" mas o processo em si. Ou seja a argumentação utilizada pelos juízes quer nos debates judiciais, que quando ocorrem têm natureza pública, quer sobretudo nos próprios textos das decisões que alinham as posições prevaletentes e as posições dissidentes.

Mas é justamente a natureza, sentido e amplitude dessa "conversa" que o "constitucionalismo popular" contesta quando ele se pretende paradigmático no papel de "nove juízes".

A verdade é que em democracias constituídas em bases razoáveis e com instituições legislativas democráticas e a funcionarem corretamente a "judicial review" não só é inapropriada como centro da "razão pública" como a deliberação democrática nos parlamentos traz melhores resultados quando se trata de discutir o sentido e o alcance dos "elementos constitucionais essenciais".

E a concluir registre-se um último argumento que decorre da formulação de Rawls quanto ao regime constitucional. Vimos antes que o seu traço fundamental é ser o "regime da leal oposição", de forma a que exista acordo entre o Governo e a Oposição quanto aos "princípios constitucionais essenciais". Supomos aliás que a lisura de procedimento da oposição numa democracia constitucional, não pode deixar de estar associada à própria ideia de "razão pública" como exercício de "cidadania leal". E se assim é o local da democracia constitucional- o "forum" esse sim paradigmático da "razão pública" que dá consistência ao "regime leal da oposição" - não são os tribunais mas sim as assembleias representativas do povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. New York: Harvard University Press, 1993.

ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution. *Harvard Law Review*, n. 120, 1737, 1805 (2007).

ANDRÉ, José Gomes. *Razão e Liberdade: A filosofia política de James Madison*. Tese de Doutoramento em Filosofia. Lisboa: Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 2009.

ANDRÉ, José Gomes. *John Rawls e os Princípios Fundamentais da Justiça como Equidade*. Filosofia Política II – Teorias da Justiça. Seminário de Pós-Graduação, 2014/2015. Lisboa: Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 2015.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOHMAM, J. *Public Deliberation: Pluralism, complexity and democracy*. Cambridge MA: MIT Press, 2006.

CHEMERINSKY, Erwin. In Defense of Judicial Review: The perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, n. 3, p. 673 e ss, 2004.

COMELLA, Victor Ferreres. El Control Judicial de La Constitucionalidad de la Ley: El problema de su legitimidad democrática. In: CARBONELL, M. & JARAMILLO, L.G. (Eds.). *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Trotta/UNAM, 2010.

DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work. *Wisconsin Law Review*, p.159 e ss., 2012.

DRIZECK, J. *Deliberative Democracy and Beyond: Liberal, critics, contestations*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. The Forum of Principle. In: DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. New York: Harvard University Press, 1985.

GARGARELA, Roberto. Una Disputa Imaginaria sobre el Control Judicial de las Leys: El constitucionalismo popular frente a la teoría de nino. In: CARBONELL, M. & JARAMILLO, L.G. (Eds.). *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Trotta/ UNAM, 2010.

GAUS, G. *The Order of Public Reason: A theory of freedom and morality in a diverse and bounded world*. Cambridge MA: Cambridge University Press, 2011.

HABERMAS, Jurgen. Reconciliation Trought the Public Reason: Remarks on John Rawls's political liberalism. *The Journal of Philosophy*, v. 92 (3), p. 109-131, 1995.

HABERMAS, Jurgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge MA: MIT Press, 1996.

KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular constitutionalism and judicial review*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2004.

KRAMER, Larry. The Interest of the Man: James Madison, popular constitutionalism and the theory of deliberative democracy. *Vaparaíso University Law Review*, v. 41 (2), p. 697 e ss, 2007.

PINTO, Ricardo Leite. *A Democracia Constitucional nos EUA*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2013.

POZEN, David E. Judicial Elections as Popular Constitutionalism. *Columbia Law Review*, v. 110, p. 2047 e ss, 2010.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença, 1993.

RAWLS, John. The Idea of Public Reason Revisited. *The University of Chicago Law Review*, n.64, p. 765-807, 1997.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de João Sedas Nunes. Lisboa: Presença, 1997.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade*. Uma reformulação. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Eds.). *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio críticos*. Lisboa: Almedina, 2014.

ROSAS, João Cardoso. John Rawls: o primado da justiça numa sociedade pluralista. In: ESPADA, João Carlos; ROSAS, João Cardoso (Orgs). *Pensamento Político Contemporâneo: Uma introdução*. Lisboa: Bertrand, 2004.

SCHMIDT, Christopher W. Popular Constitutionalism on the Right: Lessons form the Tea Party. *Denver University Law Review*, v. 88 (3), p. 523 e ss, 2010.

SOARES, Rogério Ehrhard. O Conceito Ocidental de Constituição. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 119, n. 3743-3744, 1986.

STRANG, J. Lee. Originalism as Popular Constitutionalism? Theoretical possibilities and practical differences. *Notre Dame Law Review*, v. 87, p. 1254 e ss, 2011.

TUSHNET, Mark V. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark V. Popular Constitutionalism as Political Law. *Chicago Kent Law Review*, v. 81, p. 991 e ss, 2006.

ALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346 e ss, 2006.