

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A terceira margem do
constitucionalismo republicano:
uma crítica a Frank Michelman**
**The third bank of republican
constitutionalism: a critique of
Frank Michelman**

Daniel Barcelos Vargas

VOLUME 7 • Nº 3 • DEZ • 2017
DIREITO E MUNDO DIGITAL

Sumário

I. INTRODUÇÃO.....	I
THE DATASPHERE AND THE LAW: NEW SPACE, NEW TERRITORIES	III
Jean-Sylvestre Bergé e Stéphane Grumbach	
II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO E MUNDO DIGITAL.....	22
A. CRIPTOMOEDAS E TECNOLOGIA BLOCKCHAIN	23
PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA CRIPTOGRAFIA FORTE: DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E REGULAÇÃO.....	25
Jacqueline de Souza Abreu	
TRATAMENTO JURÍDICO DAS CRIPTOMOEDAS: A DINÂMICA DOS BITCOINS E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	44
Mariana Dionísio de Andrade	
TERRITÓRIO DAS CRIPTOMOEDAS: LIMITES À REGULAMENTAÇÃO ESTATAL QUANTO À CIRCULAÇÃO DE MOEDAS NO CIBERESPAÇO E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS	61
Ranidson Gleyck Amâncio Souza	
CRIPTOMOEDAS E COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA	80
Guilherme Broto Follador	
BITCOIN E A (IM)POSSIBILIDADE DE SUA PROIBIÇÃO: UMA VIOLAÇÃO À SOBERANIA DO ESTADO?.....	106
Rodrigo Valente Giublin Teixeira e Felipe Rangel da Silva	
BLOCKCHAIN E AGENDA 2030.....	122
Danielle Mendes Thame Denny, Roberto Ferreira Paulo e Douglas de Castro	
A RECONSTRUÇÃO DA JURISDIÇÃO PELO ESPAÇO DIGITAL: REDES SOCIAIS, BLOCKCHAIN E CRIPTOMOEDAS COMO PROPULSORES DA MUDANÇA.....	143
Maria Edelvacy Pinto Marinho e Gustavo Ferreira Ribeiro	
B. PROTEÇÃO DE DADOS E PROVEDORES DE INTERNET	158
O TEMPO E O ESPAÇO. FRAGMENTOS DO MARCO CIVIL DA INTERNET: PARADIGMAS DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	160
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Marilene Araujo	

O PROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (PL 5276/2016) NO MUNDO DO BIG DATA: O FENÔMENO DA DATAVEILLANCE EM RELAÇÃO À UTILIZAÇÃO DE METADADOS E SEU IMPACTO NOS DIREITOS HUMANOS.....	185
Elias Jacob de Menezes Neto, Jose Luis Bolzan de Moraes e Tiago José de Souza Lima Bezerra	
DIGNIDADE HUMANA NA WEBESFERA GOVERNAMENTAL BRASILEIRA.....	200
Luciana Cristina Souza	
CIBERESPAÇO E CONTEÚDO OFENSIVO GERADO POR TERCEIROS: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	217
Cristiano Colombo e Eugênio Facchini Neto	
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS AUTÔNOMOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOTAS INICIAIS SOBRE A RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU	239
Thatiane Cristina Fontão Pires	
Rafael Peteffi da Silva	
SHARENTING, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE DE CRIANÇAS NO AMBIENTE DIGITAL: O PAPEL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO.....	256
Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin	
THE DICHOTOMY BETWEEN SMART METERING AND THE PROTECTION OF CONSUMER’S PERSONAL DATA IN BRAZILIAN LAW.....	275
Lucas Noura Guimarães	
O CYBERBULLYING E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	295
Janile Lima Viana, Cinthia Meneses Maia e Paulo Germano Barrozo de Albuquerque	
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DISCURSO DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS: EXERCÍCIO DE DIREITO VERSUS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	314
Carlo José Napolitano e Tatiana Stroppa	
ANÁLISE COMPARADA DE ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO A “REVENGE PORN” PELO MUNDO	334
Natália Neris, Juliana Pacetta Ruiz e Mariana Giorgetti Valente	
USO INDEVIDO DE REDES SOCIAIS E APLICATIVOS DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS NO AMBIENTE LABORAL.....	349
Eloy Pereira Lemos Junior, Edmar Warlisson de Souza Alves e César Augusto de Castro Fiuza	

C. DIREITO AO ESQUECIMENTO	366
ENSAIO SOBRE A PROMESSA JURÍDICA DO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DO PODER SIMBÓLICO DE BOURDIEU	368
Joana Machado e Sergio Negri	
UMA AGENDA PARA O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL.....	384
Bruno de Lima Acioli e Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior	
NÃO ADIANTA NEM TENTAR ESQUECER: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	412
José Augusto Fontoura Costa e Geraldo Miniuci	
A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO AOS AGENTES DELITIVOS: UMA ANÁLISE ACERCA DA PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO	437
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona	
DIREITO AO ESQUECIMENTO: NA SOCIEDADE INFORMACIONAL HÁ ESPAÇO PARA O EPÍLOGO DA MÁQUINA DE TORTURA KAFKIANA?	454
Alexandre Antonio Bruno da Silva e Marlea Nobre da Costa Maciel	
ESQUECIMENTO, INTERNET E “PREFERÊNCIA” DA INFORMAÇÃO: POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA DOCTRINA DOS PREFERRED RIGHTS DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA AO CASO BRASILEIRO	484
Maria Vital da Rocha, Isaac Rodrigues Cunha e Karin de Fátima Rodrigues Oliveira	
D. PROPRIEDADE INTELECTUAL	510
DIREITOS AUTORAIS E MÚSICA: TECNOLOGIA, DIREITO E REGULAÇÃO	512
Marcia Carla Pereira Ribeiro, Cinthia Obladen de Almendra Freitas e Rubia Carneiro Neves	
DIREITO AUTORAL NA CIBERCULTURA: UMA ANÁLISE DO ACESSO AOS BENS IMATERIAIS A PARTIR DAS LICENÇAS CREATIVE COMMONS 4.0.....	539
Gabriela Maia Rebouças e Fernanda Oliveira Santos	
E. POLÍTICAS PÚBLICAS E NOVAS TECNOLOGIAS.....	559
SALTO DIGITAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: OPORTUNIDADES E DESAFIOS.....	561
Marcelo D. Varella, Clarice G. Oliveira e Frederico Moesch	
FOSTERING E-GOVERNMENT IN BRAZIL: A CASE STUDY OF DIGITAL CERTIFICATION ADOPTION.	585
Lamartine Vieira Braga	
DEMOCRATIZAÇÃO NA ERA DIGITAL: DESAFIOS PARA UM DIÁLOGO CONSCIENTE E IGUALITÁRIO .	602
Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Laura Nathalie Hernandez Rivera	

REDES SOCIAIS E CROWDSOURCING CONSTITUCIONAL: A INFLUÊNCIA DA CIBERDEMOCRACIA SOBRE A GÊNESE E A INTERPRETAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	618
Igor Ajouz	
MARCO CIVIL DA INTERNET E POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSPARÊNCIA: UMA ANÁLISE DA E-DEMOCRACIA E DO COMPLIANCE PÚBLICO	634
Juliana Costa Zaganelli e Wallace Vieira de Miranda	
POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS DE COMPUTAÇÃO EM NUVEM: ANÁLISE DOCUMENTAL DOS RELATÓRIOS DO GLOBAL CLOUD COMPUTING SCORECARD	648
Lucas dos Santos Costa e Marcos Fernando Machado de Medeiros	
O USO MONOPOLISTA DO BIG DATA POR EMPRESAS DE APLICATIVOS: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM CIDADES INTELIGENTES EM UM CENÁRIO DE ECONOMIA CRIATIVA E DE LIVRE CONCORRÊNCIA.....	672
José Antonio Remedio e Marcelo Rodrigues da Silva	
1. Introdução	673
2. A urbanização das cidades e a sociedade em rede: economia criativa, colaborativa e compartilhada como formas de concretização de funções sociais da cidade.....	674
4. Concorrência e Big Data Business relevantes às Smart Cities: estudo de caso envolvendo a aquisição do Waze pelo Google	686
5. Considerações finais	689
Referências.....	690
III. OUTROS TEMAS	694
COMO SALVAR O SISTEMA DE REPERCUSSÃO GERAL: TRANSPARÊNCIA, EFICIÊNCIA E REALISMO NA ESCOLHA DO QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VAI JULGAR.....	696
Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego	
PRECARIEDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO BASE TEMÁTICA PARA A PROIBIÇÃO OU LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS.....	715
Lilian Rose Lemos Rocha e José Eduardo Cardozo	
A TERCEIRA MARGEM DO CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO: UMA CRÍTICA A FRANK MICHELMAN.....	732
Daniel Barcelos Vargas	
MEDIDA PROVISÓRIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: RELEVÂNCIA, URGÊNCIA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA.....	749
Clarice G. Oliveira e José Levi Mello do Amaral Júnior	

OBJETO E CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: REVISÃO CRÍTICA.....	765
Carlos Bastide Horbach	
AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VERSUS AVALIAÇÃO DE IMPACTO LEGISLATIVO: UMA VISÃO DICOTÔMICA DE UM FENÔMENO SINGULAR	782
Aparecida de Moura Andrade e Héctor Valverde Santana	
LOS AVATARES DEL INTERÉS DEFINIDO EN TÉRMINOS DE PODER EN LA FORMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	800
Louis Valentin Mballa	
CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL NA MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS JULGAMENTOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO	819
Fernando Leal e Daniela Gueiros Dias	
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO	845
Fabricio Veiga Costa, Ivan Dias da Motta e Dalvaney Aparecida de Araújo	

A terceira margem do constitucionalismo republicano: uma crítica a Frank Michelman*

The third bank of republican constitutionalism: a critique of Frank Michelman

Daniel Barcelos Vargas **

RESUMO

As décadas de 1980 e 1990 marcaram a hegemonia de uma nova tradição constitucional: o constitucionalismo republicano. Essa tradição, originalmente desenvolvida nos Estados Unidos, pregava o resgate de ideais como bem comum, deliberação cívica e vontade popular por meio de revisão da história e da teoria político-constitucional. Entre os seus maiores expoentes, estava o professor Frank Michelman. Michelman sugere um caminho para se reconciliar, no pensamento e na prática constitucional, o *ideal* republicano do autogoverno e os limites territoriais e populacionais das democracias. Para superar esse distanciamento entre o ideal de cidadania participativa e os limites da vida moderna, Michelman apresenta a Suprema Corte como a instituição capacitada a assumir e representar, ainda que “simbolicamente”, o princípio do autogoverno. Por meio de revisão teórica da literatura canônica, o artigo reposiciona o pensamento de Michelman no contexto intelectual do seu tempo, para, em seguida, endereçar seus limites mais profundos. O principal argumento é de que a primazia conferida pelo autor à Suprema Corte, em vez de realizar o ideário republicano, acaba por neutralizar a capacidade coletiva de perseguir, no pensamento e na prática, aprimoramentos na democracia contemporânea.

Palavras-chave: Direito. Democracia. Constitucionalismo. Republicanismo.

ABSTRACT

During the 1980s and 1990s, the world witnessed the hegemony of a new tradition of constitutional thought: the *republican constitutionalism*. This tradition, mostly developed in the United States, sought to rescue classical republican ideals, such as common good, civic deliberation, and popular will and promote a reconstruction of democratic history and politics. Among the most influential thinkers of this period was Frank Michelman. Professor Michelman’s scholarship suggests a new intellectual path to reconcile, in constitutional thought and practice, the ideal of self-government with the territorial and demographic scales of contemporary democracies. To overcome the distance between the noble aspiration of an engaged and participatory citizenry, on the one hand, and the limiting conditions of modern life, on the other, Michelman stresses the strategic role of the Supreme

* Recebido em 28/07/2017

Aprovado em 29/10/2017

Este artigo foi originalmente elaborado durante realização do curso de mestrado em direito constitucional na Universidade de Brasília - UnB, entre 2004-2005. Serviu de base para redação subsequente da dissertação, intitulada O Renascimento Republicano no Constitucionalismo Contemporâneo e os Limites da Comunidade – Uma Análise das Teorias Constitucionais de Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sunstein, disponível no repositório de dissertações online da UnB. O texto foi mantido em sua originalidade (com exceção do último parágrafo da introdução) com o intuito de valorizar os desafios das ideias no seu tempo.

** Doutor (2014) e Mestre (2006) em Direito pela Universidade de Harvard. Mestre (2005) e Bacharel (2003) em Direito pela Universidade de Brasília. Exerceu distintas posições na Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Foi coordenador do Centro de Justiça e Sociedade e do Centro de Tecnologia e Sociedade. Professor da FGV Direito Rio. Email: daniel.vargas@fgv.br

Court as a central institutional in constitutional democracies. The Court, in his view, was the only institution capable of representing — even if only “symbolically”— the democratic principle of self-government in our time. By placing Michelman’s ideals in its own intellectual context through a theoretical reconstruction process, the article sheds light on its deepest and most significant limits. Clarifying the limits of Michelman’s strategy might also serve as a first step to redirect contemporary constitutional strategies to improve democratic arrangements.

Keywords: Law. Democracy. Constitutionalism. Republicanism.

1. INTRODUÇÃO

Em *A Terceira Margem do Rio*, João Guimarães Rosa conta a estória de um menino que não consegue desprender-se de uma ilusão. Sua sina começa quando o pai entra em uma canoa e, sem mais explicações, decide partir¹. Evade-se de toda convivência com a família e a sociedade, preferindo a completa solidão do rio. Parentes, vizinhos e amigos tentavam estabelecer, em vão, algum tipo de contato com o pai. Mas, com o tempo, todos vão se acostumando com aquela atitude inusitada, menos o filho². “Nosso pai” pretendia ficar no rio, dentro da canoa, “de meio a meio” — pensava o filho³. E, de meio a meio, imóvel, ele se aproximava da terceira margem do rio.

O romance de Guimarães Rosa narra o contraste entre, de um lado, a beleza e a concretude *ilimitada* do rio e, de outro, os conflitos *pessoais* de vida e morte, que torna impossível definir se o homem no rio é ainda um homem ou somente uma visão⁴. A vida passa e o menino, sempre mirando o rio, convive com

1 A estória é narrada pelo filho e protagonista. A partida do pai é assim apresentada: “Mas se deu que, certo dia, nosso pai mandou fazer para si uma canoa. Era a sério. Encomendou uma canoa especial, de pau vinhático, pequena, mal com a tabuinha da popa, como para caber justo o remador. Mas teve de ser toda fabricada, escolhida forte e arqueada em rijo, própria para dever durar na água por uns vinte ou trinta anos. [...] E esquecer não posso o dia em que a canoa ficou pronta. Sem alegria nem cuidado, nosso pai encaçou o chapéu e decidiu um adeus para a gente. [...] Nosso pai entrou na canoa e desamarrou, pelo remar. E a canoa saiu se indo — a sombra dela por igual, feito um jacaré, comprida longa.” ROSA, João Guimarães. *A Terceira Margem do Rio*. In: ROSA, Guimarães. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 106.

2 O seguinte trecho é ilustrativo: “Minha irmã se mudou, com o marido, para longe daqui. Meu irmão resolveu e se foi, para uma cidade. Os tempos mudavam, no devagar depressa dos tempos. Nossa mãe terminou indo também, de uma vez, residir com minha irmã, ela estava envelhecida. Eu fiquei aqui, de resto. Eu nunca podia querer me casar. Eu permaneci, com as bagagens da minha vida. Nosso pai carecia de mim, eu sei — na vagação, no rio no ermo — sem dar razão do seu feito.” ROSA, João Guimarães. *A Terceira Margem do Rio*. In: ROSA, Guimarães. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 109.

3 A confusão entre o real e o imaginário é um dos pontos-chaves da literatura de Guimarães Rosa. “O homem nunca é idêntico a si mesmo, variando tanto quanto varia o objeto de seu desejo. [...] Na maioria das vezes, não se dá conta de que está no meio de um jogo ou num palco, representando papéis de que não tem consciência plena.” OLIVEIRA, Luís Claudio Vieira de. O Eu por Detrás de Mim: Semiótica e Psicanálise em Guimarães Rosa. In: MENDES, Lauro Belchior et al. *A Astúcia das Palavras*. Ensaios sobre Guimarães Rosa. Belo Horizonte: UFMG, 1998. p. 102. Em *A Terceira Margem do Rio*, o filho convive com esse conflito entre real e ilusório. Tempos após a partida do pai, continuava a desejar o seu retorno. E transportando esse desejo em realidade, agia como o pai ainda permanecesse no rio. Dia após dia, continuava a levar comida, roupas e outros mantimentos que imaginava que o pai necessitasse para enfrentar a vida no rio: “Eu mesmo cumpria de trazer para ele, cada dia, um tanto de comida furtada: a ideia que senti, logo na primeira noite, quando o pessoal nosso experimentou de acender fogueiras em beirada do rio, enquanto que, no alumiado delas, se rezava e se chamava.” ROSA, João Guimarães. *A Terceira Margem do Rio*. In: ROSA, Guimarães. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 107.

4 Em diversos momentos da estória, essa confusão entre realidade e ilusão se revela. “Enxerguei nosso pai no enfim de uma hora, tão custosa para sobrevir: só assim, ele no ao longe, sentado no fundo da canoa, suspensa no liso do rio. Me viu, não remou para cá, não fez sinal. Mostrei o de comer, depositei num oco de pedra do barranco, a salvo de bicho mexer e a seco de chuva e orvalho. Isso, que fiz, e refiz, sempre, tempos a fora. Surpresa que mais tarde tive: que nossa mãe sabia desse meu encargo, só se encobrendo de não saber; ela mesma deixava, facilitado, sobra de coisas, para o meu conseguir. Nossa mãe muito não se demonstrava.” ROSA, João Guimarães. *A Terceira Margem do Rio*. In: ROSA, Guimarães. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 107. Em outro trecho, o menino pensa que todos de sua família, como ele, não conseguiam se acostumar com a partida do pai, não se dando conta de que, na verdade, só ele vivia essa ilusão: “A gente teve de se acostumar com aquilo. Às penas, que, com aquilo, a gente mesmo se acostumou, em si, na verdade. Tiro por mim, que, no que queria, e no que não queria, só com nosso pai me achava: assunto que jogava para trás meus pensamentos.” ROSA, João Guimarães. *A Terceira Margem do Rio*. In: ROSA, Guimarães. São Paulo: Nova Cultural,

uma dúvida que não consegue resolver: o pai ainda se encontra navegando ou tudo isso é apenas ilusão? Essa dimensão entre o *real* e o *ideal* é o que o autor denomina *terceira margem do rio*⁵. Imerso no simbolismo da terceira margem, o menino se mantém em uma eterna fase de transição, que lhe impede de perceber a realidade e de reconstruir seu destino.

As décadas de 1980 e 1990 marcaram a hegemonia de uma tradição constitucional nos Estados Unidos que influenciou o mundo — assim como o Brasil.⁶ O “constitucionalismo republicano”, como ficou conhecida essa tradição, pregava o resgate de ideais como bem comum, deliberação cívica e vontade popular na história e na política constitucional norte-americana. A partir de novas categorias, essa tradição, também, buscava sugerir fundamento original para o controle de constitucionalidade (*judicial review*) exercido pela Suprema Corte nos Estados Unidos. Entre os maiores expoentes dessa tradição, estava o Professor de Harvard Law School Frank Michelman.

Em que pese a sua originalidade, o artigo argumentará, a partir de revisão teórica da literatura canônica, que o constitucionalismo republicano de Michelman⁷ sofre de problema semelhante ao protagonista do conto de Guimarães Rosa. Michelman reconhece a impossibilidade *real* de se realizar, em sua completude, na sociedade contemporânea, o *ideal* republicano do autogoverno. “Para um cidadão de Genebra, talvez seja imaginável”⁸ a realização da democracia direta em plena escala. No entanto, para os cidadãos de nações com amplas dimensões territoriais e populacionais, a política nacional não é uma arena para o autogoverno⁹. Para superar esse distanciamento entre o ideal de cidadania participativa e os limites da vida moderna, Michelman apresenta a Suprema Corte como a instituição capacitada a assumir e representar, ainda que idealmente, o princípio do autogoverno. O resultado é jogar a sociedade em uma ilusão paralisante.

1988. p. 107-108.

5 O *terceiro* exerce um papel fundamental na obra de Guimarães Rosa. Em *A Terceira Margem do Rio*, o autor utiliza esse recurso como uma anedota que tem o propósito de chacoalhar a realidade. COELHO, “Guimarães Rosa propõe-nos, à maneira de Freud, uma série de anedotas a que ele chama, reparem, ‘anedotas de abstracção’. Elas funcionam, como o Witz romântico, como ‘catalisadores ou sensibilizantes ao alegórico espiritual e ao não prosaico’ — ‘uma anedota é como um fósforo’, porque ‘escanha os planos da lógica, propondo-nos realidade superior e dimensões para mágicos novos sistemas de pensamento’”. COELHO, Eduardo Prado. *Tríades*. In: BERARDINELLI, Cleonice. *Figuras da Lusofonia*. Lisboa: Instituto Camões, 2002.

6 O neoconstitucionalismo é uma das portas de entrada do constitucionalismo republicano no Brasil. Tradicionalmente associado a inovações no pensamento jurídico e constitucional europeu, na verdade, boa parte dos defensores desta nova corrente constitucional entre nós — como Luís Roberto Barroso — nutriram-se, profundamente, na fonte republicana do constitucionalismo norte-americano, gestada nas décadas de 1970-1990. Sobre o tema, conferir BARROSO, 2005, 2007. A mais recente e sofisticada reconstrução do neoconstitucionalismo, elaborada pelo professor e ministro Barroso, encontra-se em *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Para crítica a esta visão, cf. ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187-202 e LEAL, Fernando. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

7 O pensamento de Frank Michelman amadureceu ao longo de sua trajetória. É possível, em linhas gerais, diferenciar o pensamento de Michelman em três grandes momentos. Na primeira fase, o constitucionalismo republicano, debatida neste ensaio. Na segunda fase, o constitucionalismo rawlsiano, em que o autor abraça projeto de liberalismo constitucional de John Rawls e busca desdobrar as bases constitucionais daquele sistema de justiça. Na terceira fase, o constitucionalismo comparado e crítico, em que o autor se dedica, prioritariamente, ao exame do constitucionalismo sul-africano. Os últimos anos de sua produção intelectual na universidade de Harvard podem ser interpretados como embrião de nova fase. Em *Ida’s Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System*, o autor questiona a própria viabilidade do constitucionalismo liberal em sociedades pluralistas, inspirado, sobretudo, pela experiência constitucional sul-africana. MICHELMAN, Frank I. *Ida’s Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System*. *Fordham Law Review*, v. 72, p. 345-366, 2003.

8 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 75, 1986.

9 Michelman afirma que o republicanismo, na sociedade moderna, já não deve assumir as características do republicanismo clássico: “para um cidadão de Genebra, talvez seja imaginável que a liberdade positiva possa ser realizada para todos por meio de um autogoverno democrático-direto, um processo civil sem soberania de governando e sendo governado, sem nenhum lugar para a autoridade legal acima desse processo mesmo. Mas para cidadãos dos Estados Unidos, políticas nacionais não são, sequer na imaginação, a arena para o autogoverno em seu sentido positivo, que confere a liberdade”. MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 75, 1986.

Em *A Terceira Margem do Rio*, seria melhor que o menino compreendesse, assim como restante de sua família, que o pai partiu e não volta mais¹⁰. É preciso seguir adiante e desprender-se da eterna fase de transição que lhe aprisiona, e lhe impede de evoluir. O presente artigo adere à mesma interpretação de Guimarães Rosa, para defender que o constitucionalismo de Frank Michelman, ao afirmar o papel simbólico da Suprema Corte como instituição central do regime constitucional, perde o contato com o mundo real e ingressa em uma “terceira margem” que mantém a sociedade em uma eterna transição. Assim como no conto do escritor mineiro, o simbolismo de Michelman cria uma ilusão, que arrisca retirar da sociedade a capacidade de traçar, pela reconstrução política, o seu próprio destino, de crescer com seus acertos e de aprender com os seus erros.

A compreensão da “terceira margem” do constitucionalismo de Michelman nos coloca a um passo da realidade nacional, cada vez mais influenciada por uma parcela da tradição republicana nos Estados Unidos. Em que pese as variações de linguagem e conceitos, o programa de Michelman para a democracia é um reflexo familiar no espelho — com desfoques que a realidade brasileira impõe — da visão e prática constitucional que tem se tornado, ao longo da última década, a mais influente no Brasil.¹¹ E, se isso é verdade, a teoria estrangeira torna-se um atalho promissor para compreensão da trajetória que trilhamos na realidade brasileira e dos seus limites.

2. O “JUDICIALISMO” E A LEGITIMIDADE DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE

A tradição do constitucionalismo republicano teve o objetivo central de oferecer uma justificativa democrática para a atuação da Suprema Corte. Essa tradição busca responder ao seguinte questionamento: como é possível legitimar a decisão da Suprema Corte que declara a nulidade de uma lei aprovada pelos representantes do povo? O problema é especialmente sensível naquele país, porque a constituição norte-americana não reconheceu, originalmente, o poder da Suprema Corte de realizar a revisão constitucional das leis. O natural seria de se esperar, nesse contexto, que a última palavra sobre as leis que regem a vida na democracia americana fosse dada pelos congressistas, eleitos diretamente pelo povo, não por juízes. Entre os vários expoentes desse debate, destacam-se Alexander Bickel¹², Bruce Ackerman¹³, Cass Sunstein¹⁴, além do próprio Frank Michelman¹⁵.

Ponto de referência básico para compreensão do problema constitucional norte-americano é apresentado por Alexander Bickel. Para ele, a decisão da Suprema Corte que declara a nulidade de uma norma produzida pelas instituições políticas da sociedade viola a vontade popular. Ainda que essa decisão se fundamente na desconformidade da norma examinada com a vontade política do povo assegurada na Constituição, ela “impede a realização da vontade dos representantes da sociedade atual do aqui e agora; exerce o controle não em nome da maioria prevalecente, mas contra ela”¹⁶. Essa tensão ficou conhecida como a *dificuldade contramajoritária*¹⁷.

10 Como apresenta Guimarães Rosa, foi isso que fizeram a mãe e os irmãos. Apenas o filho se manteve às margens do rio, na expectativa de retorno do pai.

11 Refiro-me ao neoconstitucionalismo. Para mais informações, cf. nota 7. Visões “análogas” ao neoconstitucionalismo estão presentes entre outros constitucionalistas influentes no Brasil. COELHO, Inocêncio Mártires. Poder Normativo das Cortes Constitucionais: o Caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, p. 15-27, 2015.

12 BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Nova York: Vail-Ballou Press, 1962.

13 Cf. ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1014-1072, 1984 e ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, p. 453-547, 1999.

14 Cf. SUNSTEIN, Cass R.; STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. *The Bill of Rights and the modern state*. Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1992; SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993 e SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

15 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986 e MICHELMAN, Frank I. Law’s Republic. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1987.

16 BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Nova York: Vail-Ballou Press, 1962. p. 17.

17 Para uma visão geral sobre a *dificuldade contramajoritária*, cf. TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. 2 ed. Nova York: The

Diante da impossibilidade de solucionar esse paradoxo, Bickel argumenta que a legitimidade da decisão judicial que declara a nulidade de uma lei deve ser aferida *a posteriori*: a decisão será legítima se conquistar a aceitação da vontade popular. Assim, a justificação da decisão da Suprema Corte é diferida para o futuro¹⁸. No momento do julgamento, quando muito, tem-se uma expectativa de legitimidade, que poderá ou não se confirmar, conforme os humores da maioria se movimentarem.

O constitucionalismo de Ackerman parte de uma crítica à *dificuldade contramajoritária*. Segundo o professor de Yale, o pensamento de Bickel se estrutura sobre uma premissa equivocada: o “nivelamento” de toda a atividade política nacional¹⁹. Para Bickel, se uma norma é aprovada por representantes eleitos para uma legislatura ou se é aprovada por representantes eleitos para a Assembleia Constituinte, o resultado do processo político é um só: a expressão da vontade popular. Não é possível, portanto, diferenciar a qualidade das manifestações políticas que acontecem no Estado. O efeito dessa compreensão, afirma Ackerman, é a impossibilidade de se explicar por que se deve preferir a vontade expressa pela sociedade em algum momento no passado em relação à vontade expressa pelos seus atuais representantes²⁰. Nas palavras de Ackerman²¹:

O nivelador iguala a história constitucional a um único plano de significância normativa. Contanto que nossos legisladores ganhem seus lugares por meio do processo de eleições democráticas livres e justas, o nivelador se recusa a considerar a qualidade do envolvimento dos cidadãos que apoiam determinado ato normativo. Nessa visão, as decisões políticas alcançadas por uma assembleia eleita democraticamente nunca podem ganhar mais legitimidade que aquelas alcançadas por uma outra.

Ackerman afirma que a concepção niveladora de política que orienta o pensamento de Bickel não combina com a visão que se deve ter do regime democrático na sociedade moderna. O constitucionalismo, para o professor de Yale, precisa ser explicado segundo uma visão dualista da política²². A fórmula de Ackerman é simples: política constitucional é tipo de política republicana, qualificada pelo diálogo orientado à realização do interesse público, e não se confunde com a política comum ou ordinária, praticada no dia a dia e voltada à satisfação dos interesses particulares de indivíduos e grupos. Pela sua natureza qualificada, a política constitucional (e republicana) tem prioridade à ordinária (e liberal), muito embora ambas tenham como origem a vontade popular²³.

Foundation Press Inc., 1988. p. 10-12 e 61-66.

18 A visão niveladora de Bickel sobrevaloriza o papel da democracia na determinação do futuro da sociedade, reduzindo a Constituição a mera coadjuvante desse processo. Como as normas aprovadas em distintos momentos da história são qualitativamente iguais, parece lógico, no pensamento desse autor, que se deva reconhecer a prevalência da vontade da sociedade de hoje, manifestada pelo caminho da democracia, sobre a vontade manifestada no passado, inscrita na Constituição. A prevalecer essa visão, deve-se, necessariamente, resolver o conflito intertemporal de leis conferindo prioridade normativa à maioria presente sobre eventual maioria formada no passado. O raciocínio *a contrario sensu* reforça essa posição: conferir primazia à vontade expressa no passado sobre a vontade majoritária da sociedade de hoje permitiria o controle da minoria sobre o futuro de toda a sociedade, situação tão esdrúxula quanto defender que uma norma anterior revogue norma posterior.

19 ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1014-1072, 1984. p. 1013-1015.

20 Ackerman rastreia essa tendência niveladora da atividade política até os textos fundacionais da ciência política acadêmica e da teoria constitucional acadêmica. Seguindo o trabalho de James B. Thayer. THAYER, James B. The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 7, p. 129, 1893, “nesse texto fundacional da universidade norte-americana moderna, a tendência perigosa de nossas instituições governamentais para agir antidemocraticamente já é estabelecida como fonte central da ansiedade escolar”. ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. *Yale Law Journal*, 1999, vol. 99, n. 3, pp. 1015.

21 ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1046, 1984.

22 ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1022, 1984.

23 As duas “políticas” se diferenciam em, pelo menos, quatro aspectos: o método por que cada uma é produzida, a finalidade da decisão em cada caso, a posição hierárquica da decisão em relação às instituições estatais e o momento em que a decisão é proferida. A primeira distinção é *metodológica*. A política ordinária é caracterizada por uma constante disputa entre facções que buscam a realização de seus interesses particulares. É o método, por excelência, de realização de objetivos privados. A política constitucional, ao contrário, caracteriza-se pelo envolvimento de uma grande quantidade de cidadãos no debate em torno do ideal de bem público. Consiste, pois, em um método de determinação do interesse do povo. Ackerman diferencia os métodos das políticas ordinária e constitucional com o intuito de compatibilizar as *finalidades* conflitantes na sociedade. A política ordinária se caracteriza por permitir a cada cidadão buscar a realização dos seus objetivos particulares. Por sua vez, na política constitucional, espera-se determinado nível de sacrifício dos interesses privados em nome da realização de um objetivo maior: o bem público. A terceira distinção diz respeito

Com essa compreensão dualista da política, Ackerman começa a construir uma releitura do constitucionalismo norte-americano em que a dificuldade contramajoritária é dissolvida²⁴. A Suprema Corte não atua contra, mas em nome da vontade do povo, na visão de Ackerman. Ela resguarda a identidade coletiva do povo, quando o povo se silencia. Apenas durante os momentos críticos da história em que a nação se une em torno de um processo dialógico constitutivo de sua identidade²⁵, o povo fala diretamente. Fora desses momentos episódicos, o que existe em um regime democrático são apenas instituições políticas ordinárias, integradas por representantes eleitos — mas não pelo povo em si. Se o povo não se manifesta durante a vida ordinária de um regime, quem deve representá-lo? A Suprema Corte, responde Ackerman.

Para o autor, as instituições representativas da democracia, como a Câmara e o Senado, são regidas pelo espírito da satisfação dos interesses privados e, por isso, não conseguem enxergar o interesse público profundo. Essa função deve ser exercida pela Suprema Corte, com base em uma interpretação holística da história²⁶. Ao julgar, os magistrados devem realizar uma síntese intergeracional dos momentos constitucionais que se produziram ao longo da história²⁷. A lógica do sistema apresentado por Ackerman é peculiar, pois se espera que os juízes conservem tanto o bom e o correto como o obscuro e o duvidoso de cada momento constitucional²⁸. Não é tarefa do magistrado preencher lacunas ou corrigir desvios que, eventualmente, surjam entre fatias de manifestação constitucional.

Ao tentar superar os limites da Teoria Constitucional de Bickel, Ackerman acaba recaindo no mesmo problema que atinge o pensamento daquele autor. Isso porque, para os dois constitucionalistas, o critério de legitimidade apresentado para justificar a decisão da Suprema Corte tende a menosprezar a vontade da sociedade hoje. Para Bickel, a legitimidade resultará da compatibilidade entre a manifestação judicial e a *vontade da sociedade em algum momento no futuro*. Por sua vez, no pensamento de Ackerman, a legitimidade é a qualidade da harmonia entre a decisão da Suprema Corte e a *vontade da sociedade em algum momento no passado*. Em ambos os casos, contudo, o critério de legitimidade do regime tende a tratar como secundário ou marginal a vontade da sociedade no presente.

Esse distanciamento entre a legitimidade garantida pela atuação ativa da Suprema Corte e a vontade da

à *posição hierárquica* ocupada pela decisão produzida em cada modalidade política em relação às instituições do Estado. A norma produzida na política constitucional está acima de todas as instituições, podendo, por isso mesmo, criar, transformar ou até mesmo eliminar determinada organização estatal. A política ordinária não possui a mesma força. Sua capacidade de ordenar a vida em sociedade encontra um limite, fixado pela norma constitucional. A lei ordinária, em grande medida, submete-se aos limites institucionais fixados pela comunidade. Por fim, as duas políticas se diferenciam quanto ao *momento* de sua manifestação. Ao passo que a política ordinária se realiza cotidianamente, com a aprovação das normas que regulam a rotina da vida em sociedade, a política constitucional se manifesta, esporadicamente, quando se realizam os elementos que dão origem à comunidade. ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1019-1022, 1984.

24 Ackerman esclarece que seu objetivo não é resolver a *dificuldade contramajoritária*, mas dissolvê-la: “Quase um ano já se passou sem que um professor letrado tenha anunciado a descoberta da solução final para a dificuldade contramajoritária, ou, de maneira ainda mais obscura, que a dificuldade contramajoritária é insolúvel. Essa não será a proposta do presente ensaio. Em vez de solucionar a dificuldade contramajoritária, eu buscarei dissolvê-la, minando a visão da democracia norte-americana e da história norte-americana que os advogados constitucionalistas têm desenvolvido ao longo da Era Progressiva”. ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1016, 1984.

25 KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 22, 1989.

26 Para mais informações sobre o tema, cf. ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, p. 515-545, 1999.

27 Nesse mesmo sentido, cf. ALONSO, Gabriela L. *Introdução*. In: ACKERMAN, Bruce. *La Política del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 17 (“Parece-me importante sugerir que a tese interpretativa da síntese intergeracional é independente da Teoria Dualista: na medida em que ocorra uma mudança constitucional (por exemplo, por meio do regime do Artigo V) que não signifique o abandono total dos princípios afirmados previamente à transformação, os juízes devem enfrentar o desafio da síntese, isto é, o problema de determinar o alcance com que princípios posteriores modificam princípios anteriormente reconhecidos, assim como a direção da interpretação”).

28 ALONSO, Gabriela L. *Introdução*. In: ACKERMAN, Bruce. *La Política del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 17. A Corte preserva, tanto quanto possível, os limites da identidade coletiva manifestada pelo povo, sem buscar uma racionalidade própria que apresente a doutrina como uma unidade coerente. Se existem ideias incompatíveis nessa identidade, também elas devem ser mantidas, pois exprimem a alma do próprio povo. Agir de outra forma é usurpar o papel do povo.

sociedade é alvo de desconforto na tradição constitucionalista americana.²⁹ É contra eventual autoritarismo, disfarçado de “valor constitucional”, que Frank Michelman se levanta, ao tentar reconstruir os pilares sobre os quais se estrutura o sistema de governo constitucional. Atribuir ao “povo do passado” o papel de legítimo condutor do “trem da história”³⁰, como sugere Ackerman, limitaria a liberdade da sociedade atual de ditar o seu próprio caminho. Disso resultaria a necessidade de se buscar critério de legitimação da decisão da Suprema Corte que não se projetasse *apenas sobre um ideal de futuro* (na expectativa de que os efeitos da decisão constitucional encontrem, na esquina do amanhã, os anseios populares), nem que se assentasse em uma *suposta imagem do passado* (na fé de que juízes hábeis seriam mais capazes de traduzir, no presente e em concreto, os ideais que emergiram no passado com vigor mais candente). Um critério de legitimidade hábil a exprimir a verdadeira vontade popular manifestada no presente.

3. A LEGITIMIDADE REPUBLICANA DE FRANK MICHELMAN

Michelman rejeita o modelo representativo e a política nacional de democracia direta apresentados por Ackerman.³¹ As instituições do Estado, segundo o professor de Harvard, não falam pelo povo. Ao contrário, tiram-lhe a possibilidade de expressar sua vontade. Com essa compreensão, crítica a proposta de Ackerman de apresentar a Suprema Corte como *representante* da vontade popular. E também critica a presunção de que a Corte é capaz de revelar a identidade do povo por meio de uma interpretação holística da história. “Dado que alguém tem que compor ou selecionar a história, quem é esse autor?”³² Michelman responde com fina ironia: “Nós o Povo” certamente não, “a não ser que aconteça de nós sermos o magistrado”³³.

A identidade histórica, no pensamento de Ackerman, é produto da atividade dos magistrados. Nesse caso, o “auto”, de “autogoverno”, é substituído por “extra”, e a fonte da autoridade estatal se afasta da vontade popular. Esse fenômeno assola todas as instituições representativas, ainda que, na prática, esse modelo acabe prevalecendo na atualidade. Para realizar o ideal republicano do “governo do povo, para o povo, pelo povo”³⁴, é necessário buscar a *identificação direta* entre a autoridade do direito e a manifestação da vontade popular.

29 *Legitimidade*, no constitucionalismo republicano, expressa a qualidade de uma norma ou decisão fundada na vontade popular. O antônimo de legitimidade é a *ilegitimidade* ou *autoritarismo*. Como examinado, tanto Bickel como Ackerman submetem a sociedade aos ditames de uma ordem que, em última análise, não representa os seus anseios. Disso resulta o *autoritarismo* do constitucionalismo desses autores.

30 Ackerman refere-se à República Norte-Americana como uma estrada de ferro em que passa um trem com a sociedade norte-americana. Os juízes vão sentados no vagão dos operários. Os condutores são os governantes. Os cidadãos nos vagões de passageiros. Olhando para trás, os juízes são capazes de enxergar a dualidade da realidade política. A percepção mais nítida, no entanto, é das montanhas, que simbolizam os momentos constitucionais. À medida que o trem segue adiante, fica cada vez mais difícil perceber os traços de cada montanha no cenário jurídico. Com o tempo, juízes morrem, outros tomam seu lugar. Claro que não possuem a mesma visão dos antigos: sua visão é moldada segundo as experiências pessoais e profissionais, assim como segundo as novas visões abertas com o passar do trem por novas paisagens. Durante toda a viagem, os juízes permanecem no vagão de operários. Não ocupam a locomotiva, arguindo a direção que o trem deve tomar. Nem o vagão de passageiros, observando ansiosos as cenas que se passam. A cada nova estação, os passageiros possuem a opção de ordenar que o trem desvie do seu trajeto e tome novo trilho, em direção a uma montanha no horizonte. Na maioria das vezes, contudo, os passageiros não dão muita atenção a essa opção. O trem segue adiante. E os juízes continuam seu esforço para compreensão da paisagem. ACKERMAN, Bruce. *Constitutional Politics/Constitutional Law*. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, p. 547, 1999.

31 Para outra revisão do pensamento de Michelman e interpretação do seu diálogo com os teóricos do seu tempo, cf. CONSANI, Cristina Foroni. Os apontamentos de Frank Michelman sobre o paradoxo da democracia constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 42, jan./jun. p. 75-98, 2013.

32 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 65.

33 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 65.

34 A referência é feita à célebre manifestação de Abraham Lincoln em Gettysburg.

Michelman rejeita a alternativa da democracia direta. As dimensões geográficas e populacionais das nações modernas apresentam um limite fático a que se realize um engajamento generalizado da população em torno de um debate público coerente e unificado. A participação do povo em um sistema de deliberação direta pode ter sido possível em Atenas ou em Genebra, mas é certamente impraticável em um Estado moderno. Com essa compreensão, Michelman critica a política nacional de Ackerman, que acreditava ser possível identificar, em momentos especiais da história, uma mobilização suficientemente forte para expressar a vontade do povo.

O professor de Harvard chega, então, a uma conclusão drástica: (i) como a realização do autogoverno é impossível em uma comunidade maior que a Genebra de Rousseau, e (ii) tendo em vista que a opção pela representação popular antes suprime que realiza a liberdade, (iii) o princípio do autogoverno é um ideal impraticável na sociedade contemporânea.

Como superar essa crise da legitimidade?

A resposta de Michelman é sugestiva, e pode ser compreendida do seguinte modo. Quando a dimensão do “real” (modelo representativo) e do “imaginário” (política nacional de democracia direta) se apresentam como perspectivas incapazes de oferecer uma solução ao impasse da legitimidade, a solução deve ser encontrada em uma “terceira dimensão”: o *simbólico*. A Suprema Corte é o espaço em que, simbolicamente, o autogoverno popular se realiza. Olhando para a Corte, mirando seu modo de refletir, de argumentar e de decidir, cada cidadão, em uma república, deveria ter a oportunidade de apreender os valores que exprimem a verdadeira consciência democrática.

4. A COMUNIDADE SIMBÓLICA: A SUPREMA CORTE

A estratégia argumentativa de Michelman segue a seguinte estrutura. Após criticar o modelo representativo por sua incapacidade de exprimir a vontade popular, e condenar o republicanismo direto por sua impraticabilidade na sociedade moderna, Michelman apresenta o que acredita ser a única possibilidade de legitimação da autoridade nos dias de hoje. A solução deve ser encontrada na Suprema Corte³⁵. Segundo o autor, essa Corte simboliza o modelo de comunidade discursiva que deve, na medida do possível³⁶, ser seguido pela sociedade:

[...] como resultado, as cortes, e especialmente a Suprema Corte, parecem ter como uma de suas funções modelar o autogoverno ativo que se encontra pragmaticamente acima do alcance dos cidadãos. Incapazes, como uma nação, de praticar nosso próprio autogoverno (no sentido completo, positivo), nós – ou em qualquer proporção nós da ‘classe racional’ – podemos, pelo menos, identificar, no autogoverno do Judiciário, como nós o construímos idealmente³⁷.

35 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 74. Michelman reconhece que essa perspectiva pode soar como um “fetichismo da corte”, mas, ainda segundo o autor, sugere “possibilidades otimistas da ideia da Corte como bastião de (seu próprio) autogoverno”, em que a sociedade deve inspirar-se para realizar sua liberdade.

36 O pragmatismo de Michelman pode ser interpretado de duas formas. Pelo lado positivo, demonstra a capacidade de o autor pensar a realidade sempre com a finalidade de apresentar uma proposta de solução viável. Pelo lado negativo, serve como uma fuga para os limites de sua teoria. Edwin Baker esclarece que “na minha leitura dos ensaios de Michelman, apesar da clareza ao longo do texto, tenho achado surpreendentemente difícil compreender o resultado final. Frequentemente ele apresenta um problema difícil que causa perplexidade, cuidadosamente oferecendo soluções atraentes, mas muito simplistas, e justamente quando chega o momento para ele tirar o coelho (ou pato) da cartola, ele diz, ‘não, o problema é real’. Minha confusão ou insatisfação é certamente um problema meu — e eu reconheço que a falta de solução e a complexidade da situação humana são provavelmente elas mesmas partem do ponto pragmático de Michelman. Contudo, na leitura de seu escrito dialético, eu tenho a impressão de que ele constantemente antecipa todas as minhas objeções e propostas. Talvez ele tenha feito isso de novo”. Sobre o tema, cf. BAKER, C. E. Michelman on Constitutional Democracy. *Tulsa Law Review*, v. 39, p. 543-544, 2003.

37 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 74.

O processo de votação da Corte é compreendido por seus próprios membros como parte de um debate moral — sobre a justiça, sobre a identidade do povo e sobre a unidade da instituição. A Corte, ao deliberar e decidir, está construindo a liberdade dentro de si própria, e, assim, “autogovernando-se”. Na estrutura do governo constitucional norte-americano, a Suprema Corte seria o único espaço em que é possível observar a realização desse ideal de liberdade, para Michelman. Em outras palavras, é a única comunidade organizada em torno de processo deliberativo que constrói e realiza a liberdade. O exercício da liberdade, em outros termos, é um processo racional e aditivo: a Corte alimenta um ciclo em que a cada deliberação e a cada decisão aumenta-se os limites de sua liberdade.

A ideia de legitimidade da decisão da Suprema Corte que Michelman apresenta encontra-se em algum lugar entre a posição assumida por Bickel e por Ackerman. A legitimidade, no pensamento de Bickel, é condicionada a um olhar esperançoso para o futuro: a decisão de hoje é legítima se for assimilada pela opinião pública amanhã. Ackerman, por sua vez, concebe a legitimidade com base em uma visão generosa sobre o passado: a decisão legítima de hoje é a que expressa, com rigor, a vontade manifestada pelo povo em algum momento da história. A qualificação da legitimidade, segundo uma substância no futuro ou no passado, afasta o papel exercido pela Corte da real vontade popular.

No caso de Michelman, essa separação entre a atuação da Corte e a vontade do povo não existe. “Michelman escapa desse problema de interpretação colapsando a distinção entre a Corte e o que ela representa”³⁸. O presente e o passado deixam de significar fontes em que se identifica a vontade popular. A Corte representa a nação no presente; simboliza, para todos os cidadãos, a possibilidade de uma comunidade se autogovernar. Como? *Dando o exemplo. O exemplo da possibilidade de nossa liberdade, ainda que, na prática e em toda a sua escala, ela seja inalcançável.* O valor de sua forma de ação esparrama-se por toda a comunidade política, por meio dos valores e das leis. Assim vai se formando o simbolismo de Michelman, em uma espécie de ode à reconstrução intelectual e contínua das consciências.

Ao negar o conceito de representação da vontade popular e apostar na exemplaridade da Suprema Corte como ambiente deliberativo e difusor da liberdade em uma democracia, Michelman acredita superar a conotação supostamente autoritária do pensamento de Ackerman, que subordina a cidadania presente aos valores de nossos antepassados. Em Michelman, a decisão da Suprema Corte não necessita recorrer à vontade expressa pela população em determinado momento do passado. A corte de Michelman envolve-se na “construção de uma narrativa constitucional em que o passado figura, mas não controla.”³⁹ O problema de interpretação, nesse caso, é um problema do diálogo entre os membros da corte e não uma busca da verdadeira vontade do “povo” e seus limites. A interpretação é caracterizada como mais um elemento do autogoverno e não como “uma medida externa de autoridade legítima”⁴⁰. O que confere legitimidade ao julgamento não é a maior ou menor referência a uma realidade no passado ou no futuro, mas, sim, o pleno respeito às condições de deliberação entre os membros da Corte.

5. A TERCEIRA MARGEM DA COMUNIDADE DE MICHELMAN

Michelman recorre a espécie de simbolismo para libertar a sociedade dos extremos de representatividade superficial e da democracia direta impossível. Contudo, para cumprir esse objetivo, acaba por submeter a sociedade à vontade superior de uma única instituição: a Suprema Corte. O preço que lhe é cobrado para cumprir sua proposta republicana é alto demais. Em vez de libertar, arrisca aprisionar o povo na ilusão de que a cúpula do judiciário é capaz de realizar, em seu lugar, o ideal republicano do autogoverno.

38 KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 1-85, 1989. p. 34.

39 KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 1-85, 1989. p. 35.

40 KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 1-85, 1989. p. 35.

As marcas “autoritárias” desse modelo constitucional saltam aos olhos pelo exame de duas premissas implícitas na seguinte tese de Michelman: *apenas é possível realizar a liberdade positiva no Estado recorrendo ao simbolismo da Suprema Corte*. A primeira premissa implícita nessa afirmação consiste em dizer que (i) não é possível realizar a liberdade positiva diretamente na sociedade a não ser pela via da Suprema Corte. A segunda premissa, por sua vez, está na asserção de que (ii) a liberdade simbólica alcançada por meio do processo deliberativo da Suprema Corte reverbera sobre toda a sociedade.

A afirmativa inicial — de que não é possível ampliar a liberdade diretamente pela própria sociedade — é ao menos questionável.

Robert Cover⁴¹, em quem o próprio Michelman se inspira na elaboração de sua obra⁴², demonstrou que a liberdade de um povo e a autoridade do estado compõem uma relação em contínua tensão. Cover, como Michelman, vê a sociedade como um *nomos*, um universo normativo constituído por emaranhado de instituições, regras e valores, que incluem “certo e errado”, “jurídico e anti-jurídico”, “válido e o nulo”⁴³. Esse *nomos* avança em meio a dupla dinâmica de gênese (*jurisgenesis*) e de morte (*jurispathic*) do direito. Uma onda de criação tende a neutralizar a outra de extinção, à medida que a sociedade avança. O judiciário, pela interpretação e aplicação das normas, conduz a dinâmica de reconstrução contínua do direito oficial. Mas, ao mesmo tempo, as restrições do direito e dos “gabinetes oficiais”, como diz Cover, tende a limitar o olhar do magistrado. É por isso que o constitucionalismo deveria, também, mirar além da fronteira do mundo oficial, para os novos “*nomos*” criados pela ação e resistência dos movimentos da sociedade civil.

A segunda afirmativa — que presume a capacidade da Suprema Corte de realizar a liberdade em nome da sociedade — promete muito mais do que de fato entrega. Essa transmissão da liberdade institucional para a realidade se daria, em Michelman, por espécie de *símbolo*, um ato quase mágico, uma fé cujas bases Michelman não tenta — ou não consegue⁴⁴ — explicar. O judiciário nem sempre delibera. E, mesmo quando delibera, não é capaz de romper com os limites paralisantes de sua própria tradição. Seu *nomos* é muito menor que os mundos sociais em que vivemos e, assim, sua escolha parece sempre ser contida. É por isso que o posicionamento do Supremo se altera com alguma frequência. É por isso que tão ou mais relevantes do que os aparentes acertos, no curto prazo, são os efeitos-ricochete no médio e longo prazos.⁴⁵

Os dois mundos da teoria constitucional de Michelman — governo da Suprema Corte e governo do povo — na verdade não se dão as mãos. E, a não ser por um simbolismo frágil, uma promessa difícil expressa na ação da Suprema Corte, não se vê, até o momento no constitucionalismo de Michelman, um esforço para “construir o conteúdo dos pronunciamentos de autoridade da Suprema Corte em uma política do consenso”⁴⁶.

A liberdade, segundo o constitucionalismo de Michelman, é alcançada — quando muito — pela imaginação. A mente observa a atuação da Suprema Corte, vê o diálogo compatibilizar as diferenças, percebe como ocorre a construção conjunta da liberdade entre os magistrados... e pensa: “eu posso ser livre”. Realidade e imaginação ocupam o mesmo espaço na teoria de Michelman. Em relação a essa relação intrincada, Michelman crê exsurgir a liberdade humana. Crer na capacidade de a sociedade projetar sua liberdade no papel

41 COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-68, 1983.

42 Michelman reconhece a influência de Cover em seu pensamento e, para ele, dedica *The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government*: “esse ensaio é para ele. Eu espero que mostre bem sua inspiração” MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 4.

43 COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-68, 1983. p. 4.

44 Em *Law's Republic*, Michelman apresenta uma explicação para essa conexão simbólica entre a Suprema Corte e a sociedade. A tentativa, contudo, é falha em diversos aspectos, como se examinará adiante, quando do exame da reformulação que Michelman faz de sua própria teoria.

45 KLARMAN, Michael. How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis. *Journal of American History*, v. 81, n. 1, p. 81-118, 1994.

46 KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 1-85, 1989. p. 35.

desempenhado pela Suprema Corte parece pobre, especialmente se considerada a complexidade da teoria do autor e o fato de uma parcela pequena da sociedade conseguir se identificar com a função jurisdicional apresentada por Michelman. A ode ao aprendizado pela mímica distante, de um oficialismo árido, é aposta singela demais para ancorar a esperança republicana de realização democrática.

A ironia com que o autor certa vez⁴⁷ avaliou a teoria de Ackerman agora pode ser utilizada contra ele próprio: por que, para a definição do futuro do país, a decisão tomada por nove juízes da Suprema Corte⁴⁸ é mais importante que a decisão de toda a sociedade? Por que devem cidadãos, em sociedade marcada pelas diferenças profundas de valor e pela altíssima desigualdade, aceitar o aprendizado alheio em seu nome? Na tentativa de solucionar o autoritarismo do passado, Frank Michelman acaba por construir um elitismo judicial. Em artigo subsequente — *Law's Republic*, o professor de Harvard tenta abrandar esse elitismo, valorizando o papel da sociedade na determinação do poder e aproximando-a dos magistrados da Suprema Corte. Em que pese ao avanço de seu pensamento, o *simbolismo* de Michelman se mantém inalterado, como se passa a examinar.

6. A RECONSIDERAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DE MICHELMAN: A APROXIMAÇÃO ENTRE A SUPREMA CORTE E O POVO

O mérito da construção teórica do professor de Harvard em *Law's Republic* consiste em esclarecer como a decisão judicial influencia e é influenciada pelo povo. A explicação a esse fenômeno se dá a partir do desenvolvimento de dois termos, cuja base remonta a Robert Cover: a *jurisgenesis* e a *reconstrução normativa* (*recollection*).

A interação entre os cidadãos é regida por uma política *jurisgenativa*⁴⁹. Como o próprio vocábulo indica, a *jurisgenesis* é o processo pelo qual o povo cria as próprias normas e, assim, governa-se. A política, segundo essa ideia, reflete a discussão de alternativas retiradas de “um fundo de referências normativas concebidas como narrativas, analogias e outros juízos de preferência”⁵⁰ compartilhado entre todos os cidadãos. Ao longo do tempo, esse contexto é reexaminado pela própria comunidade, o que denota uma permanente reflexividade da política e do direito⁵¹.

A *jurisgenesis* se inicia em uma conversação popular, em que os cidadãos expressam suas opiniões a respeito da identidade coletiva, no intuito de responder a questões sobre como deveriam viver. Mas não se encerra por aí. Envolve as demais instituições do Estado, incluindo o Judiciário. Cumpre às cortes, na visão de Michelman, presidir a *jurisgenesis*, realizando uma “assistência da manutenção” do diálogo. Essa função consiste em frear a tendência autoritária da maioria e reforçar o compromisso inclusivo da democracia. O Judiciário, nesse contexto, traz para a sociedade aqueles que estão à margem do debate público e cuja visão diferenciada somente pode contribuir para o enriquecimento da comunidade.

A decisão judicial obedece ao procedimento de *reconstrução normativa*⁵². Esse procedimento exige que toda

47 MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 65.

48 A Suprema Corte dos Estados Unidos é composta por nove juízes, indicados pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado Federal.

49 A terminologia é extraída do trabalho de Robert Cover. COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-19, 1983.

50 MICHELMAN, Frank I. Law's Republic. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1987. p. 1513.

51 Para um debate sobre a relação entre política e direito, cf. MICHELMAN, Frank I. Bringing the Law to Life: A Plea for Disenchantment. *Cornell Law Review*, v. 74, p. 256-269, 1988 e FISS, Owen. The Death of the Law? *Cornell Law Review*, v. 72, p. 1-16, 1986.

52 O conceito de recoletagem (*recollection*) é adaptado do pensamento de CORNELL, Drucilla. Institutionalization of Meaning, Recollective Imagination, and the Potential for Transformative Legal Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 136, p. 1171-1172, 1988.

decisão promova uma nova análise das pretensões normativas que integram o fundo único de referência da comunidade. O magistrado, nesse processo, decide após analisar e debater as informações acessíveis nesse fundo de referência. Uma vez tomada a decisão, passa ela a integrar esse mesmo fundo para futuras consultas. O mesmo ocorre com as deliberações populares. Os participantes do processo deliberativo decidem com base no fundo de referência da sociedade. A norma então aprovada volta para o fundo, tornando-se referência para futuras decisões.

A *jurisgenesis* e a *reconstrução cognitiva* permitem a Michelman compreender a relação entre o Judiciário e o povo como uma relação entre *macrocosmo* e *microcosmo*⁵³. Juízes e cidadãos se influenciam mutuamente: a decisão tomada por um determina e é determinada pela decisão tomada pelo outro. Com essa fórmula, Michelman identifica a decisão tomada pela Corte e as pretensões de fundamentação elaboradas pela sociedade em um mesmo fundo de referência. E, assim, tenta aliviar o elitismo do Judiciário que amargou sua teoria do republicanismo constitucional em *The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government*⁵⁴.

Outra forma de se entender a posição de Michelman, nos termos em que reelaborada em *Law's Republic*⁵⁵, é imaginar sua teoria como uma tentativa de dissipação, na sociedade, de toda autoridade concentrada no Judiciário, sobretudo na Suprema Corte. Dizer que a decisão judicial segue o processo de *reconstrução cognitiva* significa, em certa medida, reconhecer que essa decisão respeitou a pluralidade de opiniões do povo que compõem o fundo de referência e, por isso, é legítima. Assim apresentada a questão, a decisão judicial que obedecer ao processo de *reconstrução cognitiva* será necessariamente legítima.

7. O SIMBOLISMO E A SEPARAÇÃO ENTRE A “VOZ DA SUPREMA CORTE” E A “VOZ DO POVO”

O novo modelo teórico de Michelman oculta, mas não elimina o *elitismo judicial*. Ao enfatizar o processo decisório pelo qual a decisão judicial é produzida, Michelman aproxima a voz da Suprema Corte da vontade popular. Os magistrados, antes de se manifestarem, devem consultar o povo e debater. Essa decisão, pensa Michelman, seria suficiente para garantir uma afinidade entre as razões da decisão e os anseios do povo, sustentando, assim, a legitimidade do direito produzido.

Não parece tão simples. A aproximação entre a Corte e o povo, no constitucionalismo de Michelman, não é suficiente para estabelecer um ponto de contato entre a autoridade do direito manifestada na decisão judicial e a vontade popular. Mantém-se, na essência, uma separação radical entre a ordem que governa a vida em sociedade e os verdadeiros anseios do povo. Essa disjunção revela uma tensão autoritária que se disfarça sob um manto simbólico: a ilusão de que a vontade popular se expressa, com pleno vigor, na decisão da Suprema Corte.

Os pontos críticos do pensamento de Michelman, identificados no processo de decisão judicial, podem ser assim sintetizados:

(i) o debate e o julgamento dos magistrados ocorre “fora da” — e não “com a” — sociedade, afastando a vontade do julgador da vontade do povo;

(ii) o fundo de referência em que os magistrados vão buscar seus fundamentos de decisão pode ser tra-

53 A referência à relação entre judiciário e sociedade como uma relação entre microcosmo e macrocosmo significa que o primeiro universo está necessariamente contido no segundo. Toda manifestação do microcosmo, nessa imagem, necessariamente integrará o macrocosmo. Isso implica dizer que qualquer decisão tomada pela Suprema Corte — última instância judicial — estará obrigatoriamente conforme à vontade popular e, portanto, será dotada de legitimidade. Para isso, apenas é necessário que se obedeça ao procedimento de recoleção (*recollection*) e que a decisão seja procedida de um debate aberto sobre as razões de decidir.

54 MICHELMAN, Frank I. *The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government*. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986. p. 65.

55 MICHELMAN, Frank I. *Law's Republic*. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1987.

balhado pelo juiz-artesão⁵⁶ e ganhar infinitas formas, todas dotadas de legitimidade, ainda que radicalmente contrárias às pretensões da sociedade; e

(iii) a decisão judicial tomada pela Suprema Corte não pode ser contestada pelo povo, pois os juízes são os mais capacitados a ler as informações contidas no pano de fundo alimentado pela sociedade.

Os três pontos críticos são claramente compreendidos a partir de uma comparação entre o processo de decisão da Suprema Corte apresentado por Michelman e a alegoria narrada por Platão no Livro VII da República: *O Mito da Caverna*⁵⁷. Os juízes de Michelman, tal como os reis-filósofos de Platão, são os únicos a se libertarem das correntes que aprisionam o povo, por gerações e gerações, no fundo da caverna. Ao percorrerem o caminho que conduz ao seu exterior, a luminosidade permite aos juízes perceber a realidade com uma nitidez inacessível ao povo preso dentro da caverna. São eles os únicos a enxergar a verdade das coisas e, por isso, os mais preparados para conduzir o povo em direção ao mundo da justiça.

Michelman exige que os juízes, antes de cada decisão, retornem à caverna e ouçam os anseios dos cidadãos acorrentados. Esse procedimento, contudo, não garante qualquer sintonia entre a opinião popular e a decisão que será tomada. Após o contato com a sociedade, os juízes retornam para o lado de fora da caverna para o momento sublime. Distante do povo, o processo de decisão se inicia: os juízes dialogam, compartilham argumentos e, um a um, vão apresentando seus votos. Com o posicionamento vencedor em mãos, eles retornam para a caverna para transmitir o resultado ao povo.

A parábola demonstra que é possível distinguir, no modelo de Michelman, dois níveis de percepção da realidade. A primeira, a consciência popular, severamente ofuscada pela escuridão da caverna, que a impede de determinar os limites do próprio conhecimento. A segunda, a consciência dos magistrados, mais preparados para compreender o processo de *jurisgenesis* e coordenar a *reconstrução cognitiva*, bem como para entender o ideal de justiça. Enquanto a contribuição do povo ocorre por “conversações não conscientes em igrejas, *pubs* e locais de trabalho”⁵⁸, os juízes são os verdadeiros responsáveis por conferir consciência a essa compreensão e transformá-la em realidade.

Essa separação entre juízes e povo inerente ao processo de *jurisgenesis* mascara uma diminuição substancial do papel da sociedade na condução do seu próprio destino. No fim das contas, o povo de Michelman é regido pela autoridade das normas ditadas pelos magistrados da Suprema Corte, sobre as quais a cidadania não exerce qualquer controle. O povo não possui garantias — salvo uma profissão de fé — de que a decisão judicial respeitará o processo de *reconstrução cognitiva* para extrair a vontade do povo.

A doutrina de Michelman pressupõe o consenso de que os juízes são os mais habilitados a decidir e, por isso, a eles deve ser conferida a prerrogativa da última palavra sobre o direito. Mas com uma condição: desde que prometam que, antes de cada decisão, descerão à caverna para ouvirem a opinião do povo. Embora os magistrados assumam o compromisso de respeitar essa condição, nada garante que, realmente, cumprirão sua palavra. Algum dia, talvez não estejam se sentindo bem, talvez estejam cansados da “pressão” popular ou, simplesmente, estejam exaustos com o grande número de casos que têm pra decidir. Juízes, antes de mais nada, são seres humanos, com suas qualidades e defeitos. E, como tais, podem descumprir o prometido. Dessa situação o constitucionalismo de Michelman não trata. A pergunta é inevitável: por que o destino de toda a sociedade deve estar submetida a uma promessa “violável”?

56 A comparação entre a atividade do magistrado e a de um artesão é apresentada por KAHN, Paul. Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 98, n. 3, p. 449-517, 1989.

57 PLATÃO. *República*. 4. ed. Livro VII. Lisboa: Fundação Carlos Gusbenkian, 1983.

58 ABRAMS, Kathryn. Law's Republicanism. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 1591-1608, 1987. p. 1596.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pergunta central que direciona o pensamento de Michelman, nas décadas de 1980-1990, consiste em saber se é possível a existência de algum governo que seja compatível com o ideal republicano do autogoverno popular. A base de reflexão de que o autor parte é a seguinte: o povo é politicamente livre na medida em “que os cidadãos se governem coletivamente”, mas que “sejam governados por leis e não por homens”⁵⁹.

Michelman pretende realizar esse objetivo superando a crise de legitimidade que assola a tradição *judicialista* norte-americana. Para isso, busca ultrapassar os limites do critério de legitimidade apresentado por Bickel, que considera legítima a decisão que venha a ser assimilada pela sociedade, e por Ackerman, para quem a legitimidade é a qualidade de uma decisão compatível com a vontade do povo manifestada em algum momento no passado.

Na sociedade contemporânea, a justificação da autoridade do direito não deve ocorrer com recurso ao sistema representativo da vontade popular, tampouco pelo sistema de democracia direta. Segundo Michelman, a única instituição em que é possível a realização do princípio republicano do autogoverno, no sistema de governo constitucional, é a Suprema Corte. E isso, admite o autor, apenas *simbolicamente*.

Tanto em sua primeira fase, em *The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government*, como em sua elaboração seguinte, *Law’s Republic*, a teoria constitucional de Michelman se funda nesse simbolismo, que limita liberdade da sociedade para conduzir o “trem da história”. A tentativa de Michelman de olhar para a *terceira margem*, identificada nas decisões dos magistrados da Suprema Corte, como forma de superar o distanciamento entre o real e o ideal, camufla uma diminuição substancial da liberdade do povo de guiar o próprio destino.

O sentido dessa orientação intelectual para a democracia constitucional pode ser bastante sensível. Pois o mesmo simbolismo que fecha o circuito entre povo e suas leis, entre a vontade e a ordem, entre passado e presente, também é o simbolismo que pede calma e confiança exagerada na elite judicial. Quando tudo falta, muito mais importante do que a fé nos símbolos, no topo do regime, é a fé na ação transformadora do engajamento cívico na base da sociedade.

Em *A Terceira Margem do Rio*, o protagonista de Guimarães Rosa vive aprisionado em uma ilusão que lhe impede de evoluir. Para se libertar dessa eterna fase de transição, o menino deve abandonar o simbolismo e assumir a condução da própria vida. O constitucionalismo republicano de Michelman, do mesmo modo, deveria abandonar a ilusão de que a Suprema Corte é capaz de realizar, por si, o princípio do autogoverno na sociedade contemporânea e, assim, voltar sua atenção para a possibilidade de se afirmar esse ideal pela participação cívica na elaboração de seu futuro. Sem miragens, sem subterfúgios, com reconstrução.

REFERÊNCIAS

ABRAMS, Kathryn. Law’s Republicanism. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 1591-1608, 1987.

ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, p. 453-547, 1999.

ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1014-1072, 1984.

ALONSO, Gabriela L. *Introdução*. In: ACKERMAN, Bruce. *La Política del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa, 1999.

59 MICHELMAN, Frank I. Law’s Republic. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1987. p. 1500.

- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 187-202.
- BAKER, C. E. Michelman on Constitutional Democracy. *Tulsa Law Review*, v. 39, p. 511-546, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Nova York: Vail-Ballou Press, 1962.
- COELHO, Eduardo Prado. Tríades. In: BERARDINELLI, Cleonice. *Figuras da Lusofonia*. Lisboa: Instituto Camões, 2002.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Poder Normativo das Cortes Constitucionais: o Caso Brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, Número Especial, p. 15-27, 2015.
- CONSANI, Cristina Foroni. Os apontamentos de Frank Michelman sobre o paradoxo da democracia constitucional. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 42, jan./jun. p. 75-98, 2013.
- CORNELL, Drucilla. Institutionalization of Meaning, Recollective Imagination, and the Potential for Transformative Legal Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 136, p. 1135-1229, 1988.
- COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, v. 97, p. 4-68, 1983.
- FISS, Owen. The Death of the Law? *Cornell Law Review*, v. 72, p. 1-16, 1986.
- KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 99, n. 1, p. 1-85, 1989.
- KAHN, Paul. Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism. *Yale Law Journal*, v. 98, n. 3, p. 449-517, 1989.
- KLARMAN, Michael. How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis. *Journal of American History*, v. 81, n. 1, p. 81-118, 1994.
- LEAL, Fernando. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.
- MICHELMAN, Frank I. Bringing the Law to Life: A Plea for Disenchantment. *Cornell Law Review*, v. 74, article 2, p. 256-269, 1988-1989.
- MICHELMAN, Frank I. Bringing the Law to Life: A Plea for Disenchantment. *Cornell Law Review*, v. 74, p. 256-269, 1988.
- MICHELMAN, Frank I. Ida's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System. *Fordham Law Review*, v. 72, p. 345-366, 2003.
- MICHELMAN, Frank I. Law's Republic. *Yale Law Journal*, v. 97, n. 8, p. 1493-1537, 1987.
- MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 4-77, 1986.
- OLIVEIRA, Luís Claudio Vieira de. O Eu por Detrás de Mim: Semiótica e Psicanálise em Guimarães Rosa. In: MENDES, Lauro Belchior et al. *A Astúcia das Palavras: Ensaios sobre Guimarães Rosa*. Belo Horizonte:

UFMG, 1998.

PLATÃO. *República*. 4. ed. Livro VII. Lisboa: Fundação Carlos Gusbenkian, 1983.

ROSA, João Guimarães. A Terceira Margem do Rio. In: ROSA, Guimarães. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

SUNSTEIN, Cass R.; STONE, Geoffrey R.; EPSTEIN, Richard A. *The Bill of Rights and the modern state*. Chicago, Illinois: University of Chicago Press, 1992.

THAYER, James B. The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, v. 7, p. 129-156, 1893.

TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. 2 ed. Nova York: The Foundation Press Inc., 1988.

WHITE, G. Edward. Reflections on the “Republican Revival”: Interdisciplinary Scholarship in the Legal Academy. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 6, Iss. 1, Article 2, p. 1-36, 1994.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.