

Os apontamentos de Frank Michelman sobre o paradoxo da democracia constitucional

Cristina Foroni Consani*

1. O paradoxo da democracia constitucional e a tensão entre a política e o direito

O paradoxo da democracia pode ser definido como uma tensão existente entre o constitucionalismo – que consiste no ideal de governo limitado pela lei com o intuito de proteger os direitos fundamentais, e a democracia – conceito que abriga o ideal do governo do povo¹. Essa tensão, cuja origem remonta ao início do constitucionalismo moderno, foi e ainda é na atualidade central na filosofia política e constitucional norte-americana.

Nos escritos políticos de Jefferson verifica-se o reconhecimento da tensão acima apontada e a tomada de posição em favor dos ideais democráticos e de autogoverno popular. O autor desenvolveu um sistema gradativo de repúblicas, no qual uma nação deve subdividir-se em pequenas comunidades políticas, onde seria possível o envolvimento de todos nos processos de deliberação pública. A representação era admitida apenas em grandes comunidades, pois nelas a participação direta tornar-se-ia inviável. Os eleitos, todavia, deveriam ser renovados periodicamente, evitando assim que a República assumisse aspectos monárquicos por meio da perpe-

* Doutora em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Visiting Scholar na Columbia University/USA (2010), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: crisforoni@yahoo.com.br.

1 MICHELMAN, 1999, p. 04.

tuação dos governantes nos cargos. Afirma ele “meu mais forte desejo é ver o elemento republicano de controle popular incitado ao máximo em seu exercício prático²”. Na concepção de Jefferson, a constituição é a lei que emana diretamente do povo, e não pode ser perpétua. Ele considera que a única forma de se manter uma constituição é deixá-la aberta à possibilidade de reformas e emendas, porque só assim ela será capaz de acompanhar o desenvolvimento humano. Em seu entendimento,

(...) cada geração é tão independente da que a precedeu como esta de todas as outras que passaram antes. Ela tem, pois, como as outras, o direito de escolher para si a forma de governo que acredita promover sua própria felicidade, conseqüentemente, de acomodar-se às circunstâncias em que se encontra e que recebeu de seus predecessores; e é para a paz e o bem dos homens que uma solene oportunidade de fazer isso a cada dezenove ou vinte anos deve ser estabelecida na Constituição, de modo que possa ser transmitida, com reparos periódicos, de geração a geração até ao fim dos tempos ³ (...)

Jefferson compreendia a constituição não simplesmente como uma restrição ao governo do povo ou da maioria, mas como instrumento e condição da liberdade de ação popular⁴.

Também no contexto político da sociedade norte-americana pós-revolução, Madison, de forma contrária a Jefferson, entende que um governo estável é a própria condição de liberdade para os cidadãos americanos, pois a constante subordinação de questões constitucionais à vontade do povo traria “o perigo de perturbar a tranquilidade pública pelo estímulo excessivo das paixões públicas⁵”. Ele preocupou-se com a defesa da institucionalização de controles e equilíbrios entre os poderes e também com meios de colocar freios à supremacia legislativa dos Estados.

Madison, ao analisar a proposta de Jefferson, concorda que o povo é a única fonte legítima de poder e que dele deve provir a constituição. Considera legítimo e compatível com o projeto republicano recorrer à vontade popular sempre que houver necessidade de modificar os poderes do

2 JEFFERSON, 1964, p.83.

3 JEFFERSON, 1964, p.118.

4 Cf. HOLMES, 1988, pp.200-205.

5 MADISON, 1993, p.344.

governo ou quando, eventualmente, um deles usurpar o poder do outro. Apresenta, contudo, algumas objeções contra o apelo frequente ao povo.

Primeiramente, aponta para a possibilidade de conluio de dois poderes contra o terceiro. Há um certo temor em relação ao legislativo, por ser aquele, dentre os poderes da República, mais próximo ao povo e o que possui maior número de membros⁶. Entretanto, este não é o principal argumento de oposição. Teme que ao recorrer constantemente à decisão popular o governo demonstre fragilidade e acabe por tornar-se instável. Segundo o autor,

(...) todo apelo ao povo equivaleria à denúncia de alguma falha do governo, apelos frequentes privariam o governo, em grande medida, daquele respeito que o tempo confere a todas as coisas e sem o qual o mais sábio e mais livre dos governos não possuiria a necessária estabilidade⁷.

Madison reafirma, dessa forma, o ideal de governo do povo, uma vez que reconhece a soberania popular como fonte de legitimidade do poder político. Contudo, distintamente de Jefferson, ele considera que o papel principal da constituição é estabelecer os limites dentro dos quais a soberania popular pode ser exercida. Nesse sentido, ele apresenta um dos argumentos centrais do constitucionalismo, a saber: que o autogoverno popular é restringido pela constituição a fim de salvaguardar os direitos fundamentais e assegurar a estabilidade política.

O debate entre Jefferson e Madison mostra o conflito central dos ideais em questão. Enquanto o primeiro aposta na participação política como condição da liberdade⁸, o segundo aproxima-se de uma solução conciliatória: admite-se a participação popular desde que alguns temas sejam retira-

6 No *Federalista* a Constituição é pensada como uma estrutura de compensação do poder político, segundo a qual aquele departamento (Executivo/Legislativo/Judiciário) que possui mais força social deve ser enfraquecido, ao passo que aquele considerado mais frágil deve ser fortalecido. Por essa razão o Legislativo é dividido em duas câmaras enquanto o Executivo e o Judiciário, detentores de poucos membros e mais afastados da interferência popular, são tornados mais robustos, respectivamente com o veto presidencial e com o poder de revisão judicial. Cf. Artigo *Federalista* nº 49. Sobre a Constituição norte-americana pensada como uma estrutura compensatória de poder ver THOMAS, 2008, pp. 14-38.

7 Cf. MADISON, 1993, p. 343.

8 Observa-se que tanto Jefferson quanto Madison recorrem à ideia de liberdade para sustentar seus posicionamentos. Contudo, ambos fazem uso de conceitos distintos de liberdade. Enquanto Jefferson refere-se à liberdade dos antigos (Constant) ou positiva (Berlin), Madison vincula-se à liberdade dos modernos ou negativa. Cf. CONSTANT, 1985, p. 12; BERLIN, 2002, pp. 226-272.

dos do debate político para que o povo, movido por paixões ou interesses, não decida precipitadamente e prejudique a paz e o interesse da comunidade política como um todo.

Essa discussão surge, na modernidade, em teorias que se filiam ao pensamento republicano, em seus diferentes matizes. Como observa Dahl, no republicanismo pode-se encontrar pelo menos duas vertentes: a aristocrática – que desconfia do povo e confere o governo da comunidade política aos que define como melhores ou mais capacitados para tal tarefa, e a democrática – que desconfia das elites e deixa ao povo a responsabilidade de deliberar sobre os assuntos relevantes para tal comunidade⁹. As teses de Madison e de Jefferson se inserem, respectivamente, na ala aristocrática e democrática da teoria republicana e ambos apresentam argumentos que são retomados pelo debate contemporâneo a respeito da relação entre constituição e democracia. Entre os autores que hodiernamente discutem essa questão, visualiza-se o que se pode chamar de “ala madisoniana”, sustentando que o princípio da soberania popular deve ser limitado retirando-se do debate político temas relacionados aos direitos e garantias fundamentais, os quais devem ser discutidos no âmbito jurídico e não político, notadamente dentro das cortes constitucionais¹⁰. Por outro lado, a “ala jeffersoniana” é formada por aqueles que entendem que os desacordos a respeito dos direitos e garantias individuais são desacordos políticos e, portanto, devem ser interpretados e ponderados por uma instituição política, ou seja, pelo poder legislativo¹¹.

Esse antigo debate ganhou novos elementos no constitucionalismo contemporâneo, principalmente a partir da relação entre os poderes legis-

9 DAHL, 1989, pp. 26/27.

10 A esse respeito ver: HOLMES, 1988, pp. 195-240; DWORKIN, 1989/1990, pp. 324-346; 1995, pp. 2-11; 2006; 2011. Aqui é importante ressaltar que embora Madison admita a constituição como um instrumento de restrição da soberania popular, ele também enfatiza o papel desempenhado pelas constituições na criação e organização das regras de exercício do poder político, acentuando, nesse sentido, não apenas o seu caráter restritivo, mas também seu caráter criativo. Do mesmo modo, Madison não concordaria com o posicionamento sustentado por alguns constitucionalistas contemporâneos segundo o qual não há nada de antidemocrático quando o debate político a respeito do significado dos direitos fundamentais ocorre apenas dentro das cortes constitucionais. Em seu entendimento cada um dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) são responsáveis pela interpretação da constituição no que diz respeito aos temas que se aplicam à sua especificidade. A esse respeito ver: MADISON, *Speech in Congress on Presidential Removal Power, June 16, 1789*; MADISON, *Speech in Congress Opposing the National Bank, February 2, 1791*; THOMAS, 2008, pp. 14-38.

11 Essa é a posição sustentada, por exemplo, pelo constitucionalista Jeremy Waldron e pelo cientista político Richard Bellamy. Cf. WALDRON, 1993, pp. 18-51; 1998, pp. 271-299; 1999; 2006; 2009 e BELLAMY, 1996, pp. 436-456; 1997, pp. 595-618; 2007.

lativo e judiciário. É possível então perguntar: a quem cabe a decisão das questões de fundamental importância para a vida política de um Estado? Pode uma constituição elaborada pela geração passada regular a vida das gerações futuras? Ou é necessário que o compromisso seja renovado por aqueles que deverão submeter-se a ele? Sendo o poder judiciário o responsável pela guarda dos direitos fundamentais estabelecidos na constituição, qual a forma adequada de interpretá-la? Na esteira dessa discussão, a teoria do constitucionalista norte-americano Frank I. Michelman insere-se na tradição republicana e tenta encontrar uma resposta conciliatória.

2. A resposta de Michelman ao paradoxo da democracia

A busca de uma resposta ao paradoxo da democracia a partir da teoria de Frank I. Michelman estará pautada na análise de três de seus textos: *Traces of Self-Government* (1986), *Constitutional Authorship* (1998) e *Brennan and Democracy* (1999). No primeiro, o autor resgata elementos da teoria republicana e discute as relações entre a autodeterminação individual e coletiva e suas implicações na teoria constitucional; no segundo, aborda o problema da autoria constitucional em três vertentes teóricas – o positivismo jurídico, o populismo constitucional e o liberalismo constitucional; no terceiro e último, aborda o conflito entre a democracia e o constitucionalismo a partir da relação entre democracia e revisão judicial.

Primeiramente será analisado o texto *Constitutional Authorship*¹², porque o problema nele colocado – a questão da autoria constitucional e da síndrome autoridade-autoria – serve de ponte para se fazer a ligação com a discussão dos problemas apontados nas duas outras obras e também para se buscar respostas às indagações acima colocadas.

Michelman inicia sua exposição em *Constitutional Authorship* analisando a Constituição dos Estados Unidos, considerada uma lei antiga, promulgada como fruto de uma vontade política intencional, a qual estabeleceu o plano político do governo (funções, níveis, procedimentos, distribuição de poderes e gamas de competências) e também uma lista de direitos e de liberdades individuais.

Ao olhar para o passado o autor encontra elementos para fundamentar sua afirmação de que uma boa constituição é produto da ação de autores

12 MICHELMAN, 1998, pp. 64-98.

responsáveis, aqueles que receberam autorização do povo para produzi-la em seu nome. Dessa forma, uma constituição político-institucional tem sempre o caráter de uma lei expressamente promulgada e intencionalmente colocada por agentes politicamente circunstanciados. Ela é capaz de obrigar os indivíduos, pelo menos em parte, pela força que reputa intencionalmente como um produto de esforço político expresso. A constituição pode ser então analisada como uma produção *existencial* – quando fruto de um fato sociocultural de aceitação da constituição de um país, ou *racional* – quando é compreendida como resultado de um ditame da razão dos indivíduos¹³.

O objetivo do autor nesse texto é analisar a conexão entre os fatos históricos da autoria constitucional e a autoridade normativa atual enquanto uma lei de um corpo de princípios políticos práticos representados no texto constitucional. Essa conexão é denominada “síndrome da autoridade-autoria¹⁴”. Para Michelman, a norma é para um agente uma diretriz que não pode ser livremente ignorada, pois estabelece um limite à liberdade de ação na comunidade política. A síndrome autoridade-autoria é desenhada como uma conexão entre dois polos do conhecimento da constituição, um dos quais é a experiência da própria constituição como norma ou como depositário de normas. O autor considera que se a constituição de alguma maneira passa a figurar não como norma para todos, mas somente como um fato (um acontecimento da história), então, um dos polos da síndrome estará se perdendo¹⁵.

Para aprofundar o exame da relação fato-norma inerente à síndrome autoridade-autoria Michelman dialoga com o positivismo jurídico, teoria para a qual o status da norma como parte integrante da legislação de um país depende do fato da aceitação social. A distinção feita pelo positivismo jurídico entre direito e moral leva a teoria a negar a necessidade de aceitação moral da norma pelo observador ou pelo participante para que ela tenha aceitação social. Dentro do positivismo jurídico o autor identifica um campo que denominou “não voluntarismo jurídico”, para o qual as fundações da ordem legal somente podem ocorrer a partir de fatos da prática social organicamente cultivados, distintos de atos ou expressões da vontade

13 Cf. MICHELMAN, 1998, p. 65.

14 Cf. MICHELMAN, 1998, p.67.

15 Cf. MICHELMAN, 1998, pp. 68/69.

de alguém. Um sistema jurídico é então compreendido como uma prática social efetivamente reguladora de um conjunto de normas identificáveis.

Dialogando com o positivismo jurídico, Michelman reporta-se à teoria de H.L.A. Hart, na qual essas normas identificáveis podem ser *primárias* – aquelas que determinam o que se pode ou não fazer, e *secundárias* – aquelas que estabelecem as formas e significados pelas quais as normas primárias são determinadas. Dentre as normas secundárias encontram-se as “regras de reconhecimento”, cuja atribuição é determinar o conteúdo das normas primárias, assim como estabelecer quem as emite e em que formas e circunstâncias deverão ser respeitadas e surtirão efeitos. A regra de reconhecimento, para Michelman, reforça sua afirmação de que para o não voluntarismo jurídico o fundamento último do sistema normativo é um fato social, haja vista que a aceitação social pode ser compreendida como a última regra legal de reconhecimento¹⁶.

Dessa forma, para o não voluntarismo jurídico o que motiva a aceitação de uma constituição não é sua autoria ligada a um processo legislativo representativo da vontade popular, mas sim sua estrutura. Por essa razão Michelman estabelece uma distinção entre constituição (com c minúsculo) – não concebida como produto de um ato da vontade legislativa, e Constituição (com c maiúsculo) – produto de uma vontade legisladora, como a Constituição Americana que foi fruto de um processo político no qual a soberania do povo se fez presente.

O autor concebe o positivismo jurídico como uma teoria para a qual a constituição (com c minúsculo) pode ser aceita pela população sem que se faça referência à autoria, haja vista que o ordenamento jurídico é fundamentado na aceitação social ou eficácia (Hart), ou numa norma fundamental transcendental (Kelsen)¹⁷. Separando o direito da moral, não visualizam a necessidade de aceitação moral do sistema normativo, pois a norma, estabelecida democrática ou autoritariamente, deve ser obedecida, não importando sua autoria.

Para Michelman, entretanto, ainda resta dúvida sobre o que faz a população aceitar a imposição normativa de uma constituição sem recorrer à autoria. Ele considera a resposta dada pelo positivismo jurídico insuficiente

16 Cf. MICHELMAN, 1998, pp.69/70.

17 Essa é a interpretação feita por Michelman dos textos de Hart e de Kelsen. Para uma análise desses textos ver: KELSEN, 1986, pp. 109-111; HART, 1961, pp. 92-113. Cf. MICHELMAN, 1998, p. 69-73.

e recorre à análise de duas outras teorias que se deparam com o problema da autoria democrática da constituição, são elas: populismo constitucional e democracia constitucional liberal. Ambas as teorias preocupam-se com a participação popular na decisão das leis fundamentais. Elas divergem, contudo, quanto à forma de manifestação da soberania popular, ou seja, questionam quem será o agente desta soberania – o povo ou o indivíduo. Para os populistas o agente é o povo coletivamente, para os liberais é o indivíduo.

Essa diferença na forma de conceber a manifestação da soberania popular é inerente ao próprio paradoxo da democracia, haja vista que, enquanto os populistas apostam na participação política de forma ampla e irrestrita, os liberais buscam retirar do processo deliberativo um conjunto de direitos considerados fundamentais. As dessemelhanças entre essas duas formas de se pensar a autoria constitucional democraticamente serão abordadas a seguir.

a) *A síndrome autoridade-autoria numa perspectiva de participação política ampla e irrestrita: populismo constitucional e procedimentalismo.*

Em *Traces of Self-Government*¹⁸ Michelman dedica-se à discussão do autogoverno e da relação existente entre autodeterminação individual e coletiva a partir da análise da teoria republicana, num contexto não só de produção da lei, mas também de interpretação desta pelo Judiciário.

Analisando o republicanismo clássico, o autor entende que essa teoria é retomada pelo constitucionalismo americano como uma contra-ideologia, como uma visão político-normativa contrária àquela predominante no pensamento dos pais fundadores. Observa então a existência de duas tradições republicanas no pensamento político anglo-americano: a *teoria republicana profunda* – desenvolvida por Harrington na Inglaterra do século XVII; e a *tradição aproximada* – desenvolvida nas colônias americanas pelos revolucionários e pelos pais constitucionais¹⁹.

18 MICHELMAN, 1986.

19 Michelman está se referindo ao texto de Harrington *The Commonwealth of Oceana*, incluído em *The Political Works of James Harrington*, editado por J.G.A Pocock. Cf. HARRINGTON, 1977. O constitucionalista norte-americano baseia sua interpretação a respeito da tradição republicana e de seu legado para os Estados Unidos nos estudos feitos por Pocock a respeito da história do republicanismo. Cf. MICHELMAN, 1986, p. 36, nota 175.

De acordo com Michelman, a teoria republicana profunda, também chamada de concepção harringtoniana, é composta por sete princípios: autogoverno, deliberação prática ou dialógica, igualdade de cada indivíduo dentro da comunidade política para regular e ser regulado, anti-estatismo e imediação (compreendido como o governo da lei e não dos homens), defesa do bem-comum e da virtude cívica, governo misto e ação pela promulgação de leis. Tais princípios definem a comunidade política como um lugar no qual os indivíduos deveriam agir ativamente no espaço público, elaborando leis e cuidando para que o interesse comum fosse preservado.

O autor considera que ao desenvolver sua proposta política Harrington rejeitou a ideia de um governo mediado por paixões ou vontades arbitrárias e buscou descobrir uma forma de estabelecer um governo direcionado aos interesses dos governados mais do que dos governantes. Assim, o estabelecimento de uma constituição ou governo misto, no qual deveriam estar representados todos os interesses existentes numa República, seria a forma ideal de conciliar a necessidade de combater a corrupção e de atenuar as diferenças de talentos dos indivíduos.

De acordo com Michelman, a teoria republicana profunda foi recebida na América com certa cautela, uma vez que os colonos apropriaram-se do vocabulário do republicanismo clássico (bem-comum, virtude cívica, equilíbrio entre os poderes, hostilidade à corrupção), conferindo-lhe, contudo, aplicação e significado diverso. A primeira modificação apontada refere-se ao conceito de liberdade que perdeu sua concepção positiva (ação e participação no espaço público) e recebeu uma conotação negativa (ausência de interferência na vida dos indivíduos)²⁰. Passou-se a creditar à participação política um papel limitado, pois se desconfiava da participação direta. O bem-comum tornou-se preservação de direitos; a virtude cívica transformou-se em devoção ao bem-comum; o equilíbrio republicano transformou-se no madisoniano *checks and balances*²¹.

A Constituição norte-americana introduziu então um sistema no qual a participação política dos cidadãos limitou-se à escolha de representantes, os quais em seu nome exercem as atividades de governo. A participação direta cedeu lugar à representação. Considera-se que a virtude cívica dos

20 Aqui os conceitos de liberdade positiva e negativa são usados no sentido a eles atribuído por Issaiah Berlin. Cf. BERLIN, 2002, pp. 226-272.

21 MICHELMAN, 1986, p.49.

cidadãos – compreendida como uma combinação de motivação para negociar questões políticas por sincero engajamento na deliberação e habilidade para fazer isto bem – é um bem escasso e, portanto, deve ser economizado. Como pode então uma constituição economizar a provisão disponível? Segundo Michelman o uso do governo representativo é a solução mais comum apresentada ao problema da economia da virtude²². O autor analisa então a forma pela qual Ackerman, cuja teoria é tomada como paradigma do Populismo Constitucional, concebe a representação política estabelecida pela constituição.

Michelman considera que para Ackerman²³ o plano dos pais constitucionais foi permitir que a virtude cívica continuasse concentrada nos indivíduos. Entretanto, para economizar a provisão de virtude cívica dos cidadãos, organizaram o projeto político da República de tal forma que somente fariam uso dela em caso de necessidade. Desse modo, o processo político pode ser compreendido de dois modos distintos: a partir da *política constitucional* – que consiste nos momentos raros em que o povo é chamado a decidir questões políticas consideradas fundamentais, como ocorreu na elaboração das emendas constitucionais após a guerra civil norte-americana ou no New Deal; e a partir da *política normal* – aquela feita corriqueiramente pelo Congresso. Assim, os pais constitucionais pretendiam economizar a virtude política do povo para os momentos de política constitucional.

Em Ackerman é então possível encontrar a elaboração de normas constitucionais ligada à vontade legislativa do povo, principal característica do Populismo Constitucional. Contudo, a autonomia popular está estreitamente ligada à noção de “geração”. Segundo Michelman na teoria ackermaniana o conceito de geração se estabeleceu como uma unidade básica na teoria constitucional, haja vista consistir na atuação historicamente criadora da lei, que é compreendida como uma série ordenada cronologicamente, mas não linear de criação de eventos históricos do passado. A lei constitucional é então elaborada a partir do diálogo entre gerações. O conceito de geração é fundamental para a fidelidade à constituição, uma vez que a lei

22 MICHELMAN, 1986, p.58.

23 Limito-me aqui a apresentar o entendimento de Michelman a respeito das teses de Ackerman, não adentrando propriamente na teoria deste autor. Para uma análise desses temas em seus textos ver: ACKERMAN, 1984 e 1991. Cf. MICHELMAN, 1986, p.58 e seguintes.

constitucional necessita de uma referência aos atos históricos do passado e também da preservação do compromisso pela geração atual²⁴.

Sendo assim, se a premissa de que a democracia consiste na participação popular no processo de elaboração das leis básicas é aceita, na concepção ackermaniana também se deve aceitar que o povo entra em ação somente esporadicamente, em momentos de mobilização política extraordinária, os quais não podem ser concedidos a todas as gerações. Esses momentos são, para Michelman, casos genuínos da síndrome autoridade-autoria, pois os cidadãos submetem-se à autoridade política do passado porque acreditam que é justa.

Michelman, primeiramente, acredita que a teoria de Ackerman revigorou o conceito de cidadania e conferiu legitimidade à lei constitucional ao mostrar que o povo não é somente uma abstração²⁵. O povo então participa da elaboração da lei nos momentos de política constitucional e, durante os períodos de normalidade, a revisão realizada pelos tribunais previne que sejam realizados abusos em nome do povo na elaboração da política normal. A intervenção judicial concede ao povo a oportunidade para moldar sua autoridade democrática concordando, ou não, com os representantes eleitos que falam em seu nome.

Michelman, todavia, considera que na proposta de Ackerman os atos de legislação constitucional são concebidos historicamente e a produção da autoridade jurídica também não passa de uma figura histórica²⁶. No final da análise o povo desaparece abstratamente na história. O Judiciário passa a ser compreendido como representante do autogoverno ausente do povo e não como representante da vontade popular soberana²⁷. Consta ainda que para os populistas constitucionais a base mais profunda da obrigação constitucional pode ser a justiça (*rightness*), e não a autoria²⁸. Esta serve como uma figura de pensamento para a suposição da justiça da qual a obrigação depende. A justiça deve ser então compreendida como

24 Cf. MICHELMAN, 1998, p. 77. Michelman reporta-se aqui aos argumentos apresentados por Ackerman no texto *A Generation of Betrayal?* o qual integra um conjunto de textos reunidos em uma edição especial da *Fordham L. Review* a respeito do tema da fidelidade na interpretação constitucional. Cf. ACKERNAN, 1997, pp.1519-1536.

25 Cf. MICHELMAN, 1986, p.62.

26 Cf. MICHELMAN, 1998, p.81.

27 Cf. MICHELMAN, 1986, p.65.

28 Cf. MICHELMAN, 1998, p.76.

integrante da vontade contemporânea do povo, a qual para ser definida na atualidade deve olhar para os atos políticos históricos²⁹.

Michelman busca mais do que uma referência histórica de participação. Então, sua análise sobre a proposta de democracia procedimental de Post pode ser interessante para elucidar seu posicionamento. Em *Brennan and Democracy*³⁰ o autor enfrenta novamente o problema do autogoverno, dessa vez, a partir de sua relação com o ativismo judicial, mas inicia a análise abordando a proposta de autonomia coletiva de Post³¹.

A democracia procedimental de Post é examinada a partir do conceito de *democracia responsiva*. Post considera que o irrestrito acesso dos indivíduos ao processo de formação de opinião e de preferências é o melhor substituto que se pode encontrar para o consenso na elaboração das leis. Esse processo, denominado “discurso público”, e pode ocorrer em qualquer lugar onde haja trocas: encontros públicos, escolas, nas ruas, por meio da mídia. De acordo com essa proposta, busca-se manter um conjunto de condições sociais e legais que permitam a cada indivíduo a auto-regulamentação, não diretamente, mas a partir de contribuições prestadas aos eventos institucionais e aos fluxos e mudanças culturais que continuamente amoldam a identidade nacional – compreendida como um conjunto de crenças, sensibilidade moral e preocupações que encontram expressão nas instituições básicas da ordem social e na regulamentação da vida social – e, a ordem social – compreendida como o sistema de elaboração das leis básicas.

A democracia responsiva consiste numa norma procedimental, sem nenhuma fundação substantiva de concepções sobre o que é bom ou justo. Os procedimentos de deliberação democrática não podem ser limitados por nenhuma meta ou norma senão o requerimento formal de acesso irrestrito ao discurso público para todas as pessoas e convicções. Não há então outro conteúdo nesta proposta além da própria exigência de acesso irrestrito ao processo deliberativo. Essa é a forma pela qual Post pretende assegurar aos cidadãos o autogoverno. Contudo, Michelman considera que até mesmo o princípio do acesso irrestrito não pode ser aplicado sem que seja interpretado e então, o conteúdo será dado pelo Judiciário. Além dis-

29 Cf. MICHELMAN, 1998, p.86.

30 MICHELMAN, 1999.

31 Michelman faz referência ao texto de Post *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management* (POST, 1995); Cf. MICHELMAN, 1999, p.36 e seguintes. Novamente, limitar-me-ei a reproduzir os argumentos de Michelman, sem fazer a análise do texto de Post.

so, o procedimentalismo puro abre espaço para que se introduzam normas tirânicas, haja vista não haver nenhum conjunto de direitos básicos a ser preservado no processo deliberativo.

O procedimentalismo de Post, distintamente do populismo encontrado por Michelman em Ackerman, apresenta uma preocupação não só com a autodeterminação coletiva, mas também com o autogoverno do ponto de vista individual, haja vista a necessidade de ampliar o espaço do discurso público para todas as opiniões e convicções. O procedimentalismo atenderia às necessidades de participação popular na elaboração de leis básicas, o que remete ao ideal de autoria constitucional pensado por Michelman – uma participação atual e legítima no povo no autogoverno. Considerando, contudo, que todas as questões ficam abertas para o processo decisório, surge o receio de que direitos considerados fundamentais possam ser violados e que a matriz democrática abrigue decisões tirânicas. Por essa razão, Michelman volta sua atenção para a proposta do liberalismo constitucional.

b) A síndrome autoridade-autoria numa perspectiva de participação política restrita: Liberalismo e Substantivismo

A preocupação com o ideal democrático está presente no constitucionalismo liberal, assim como no populismo. Contudo, dois elementos irão distinguir as doutrinas analisadas aqui daquelas abordadas anteriormente: a concepção do indivíduo como agente da soberania popular e a defesa de que certos direitos devem permanecer afastados do processo político decisório. Michelman, em *Brennan and Democracy*, aborda estas questões a partir do constitucionalismo substancialista de Dworkin e procura apontar as vantagens e desvantagens dessa proposta³².

Primeiramente as normas substantivas são definidas como aquelas que contêm informações sobre que direitos ou obrigações as pessoas supõem ter ou como devem ou não agir em determinadas situações. Esta definição assume grande relevância na concepção de democracia de Dworkin, para quem o padrão democrático como significado para aplicação às leis básicas de um país é melhor concebido como um agrupamento de requisitos substantivos ao invés de procedimentais, como sustentado por Post. Para saber se a democracia prevalece em um país deve ser perguntado o que as leis desse país dizem e não quem, como e quando estas leis são feitas. As

32 Cf. MICHELMAN, 1999, pp.16-32.

leis básicas devem prevenir o uso opressivo do poder do Estado e também as discriminações legais arbitrárias, elas devem respeitar a liberdade de pensamento, de expressão, de associação e devem ainda assegurar a independência moral e intelectual de cada cidadão.

Dworkin parte do pressuposto de que em um ordenamento jurídico não existem apenas regras claras, mas também princípios que podem ser demasiadamente abstratos. Segundo ele, a maioria das constituições contemporâneas “expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem ampla e abstrata³³”. Tal abstração abre espaço para que essas normas, no momento de sua aplicação, sejam interpretadas. A proposta de Dworkin é que a interpretação se dê com base numa leitura moral da constituição, realizada de forma construtiva com fundamento no ideal político da integridade. Numa sociedade democrática necessariamente devem ser encontrados os princípios da equidade, justiça, legalidade ou devido processo legal e finalmente o da integridade política, compreendido como um princípio por meio do qual é possível cobrar do Estado e das instituições políticas e jurídicas uma ação coerente pautada em normas e princípios³⁴. Em seu entendimento,

a integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e de equidade corretos³⁵.

Dessa forma, segundo Michelman, para Dworkin não há nada necessariamente antidemocrático em permitir que um país seja governado, em parte, por juízes interpretando as leis básicas, pois o objetivo da democracia, no nível da lei básica, não é somente proclamar como leis os princípios de direitos abstratos, mas também conseguir que sua interpretação reflita o direito, ou a melhor concepção do regime democrático.

Para Dworkin, o fato das decisões coletivas serem tomadas pela maioria dos cidadãos não significa que sejam democráticas. O que define a democracia é a exigência de que “as decisões coletivas sejam tomadas por

33 DWORKIN, 2006, p.02.

34 DWORKIN, 2003, p.200.

35 DWORKIN, 2003, p.202.

instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito³⁶. A democracia constitucional pode então ser compreendida como um governo sujeito às condições democráticas de igualdade de status para todos os cidadãos³⁷.

Dworkin considera também que a liberdade de participação nas decisões coletivas (liberdade positiva) não é sacrificada quando a premissa majoritária é ignorada, ao contrário, acredita que pode até mesmo aumentar sob a perspectiva da concepção constitucional de democracia. A exigência de certas condições democráticas pressupõe a adequação a condições de participação moral numa determinada comunidade política, que são de duas espécies: *estruturais* – referentes ao fato de uma comunidade política ter sido instituída ao longo de um processo histórico, com fronteiras territoriais conhecidas e estáveis; e *de relação* – “determinam como um indivíduo deve ser tratado por uma comunidade política verdadeira para que possa ser um membro moral dessa comunidade³⁸”. Essas condições são a participação em qualquer decisão coletiva, a existência de interesse e independência em relação à decisão³⁹.

Michelman visualiza na teoria substancialista de Dworkin uma tendência a excluir do processo de decisão democrática as leis básicas. As credenciais democráticas de uma constituição devem, dentro dessa proposta, ser analisadas a partir de seu conteúdo e não do procedimento utilizado para criar o conteúdo⁴⁰. Dworkin aposta que um Judiciário independente é capaz, pela justa construção e efetivação da lei constitucional, de cumprir seguramente certas condições racionais para a identificação do indivíduo com sua agência legislativa ou com sua comunidade política. Dessa forma, afirma a possibilidade de cada um autogovernar-se no campo da elaboração da lei e oferece uma solução para o problema da aparente contradição entre o governo da lei e o autogoverno⁴¹. Contudo, Michelman não aceita essa proposta como conciliatória dos dois ideais.

36 DWORKIN, 2003, p.26.

37 DWORKIN, 2003, p.26.

38 DWORKIN, 2003, p.37.

39 DWORKIN, 2003, pp. 37/38.

40 Cf. MICHELMAN, 1999, p.25.

41 Cf. MICHELMAN, 1999, pp.31/32.

Em *Constitutional Authorship* o autor observa que para o liberalismo a questão da democracia e da participação popular nos processos decisórios pode entrar em conflito com o ideal de justiça. Questiona então como é possível no constitucionalismo liberal preservar o lugar da democracia. A resposta para esta pergunta é encontrada no substancialismo. Por democracia os liberais entendem algo substantivo, não profundamente procedimental. Compreendem que somente as leis básicas de um país, independentemente da forma como foram colocadas em vigor, podem conferir caráter democrático a um governo. Se as condições democráticas⁴² forem preenchidas, o regime pode ser considerado democrático sem que haja um apelo à sua autoria⁴³.

Após a análise do populismo constitucional e da democracia constitucional liberal, Michelman encontra-se exatamente diante do paradoxo da democracia constitucional: de um lado depara-se com a afirmação procedimental segundo a qual um regime não pode ser democrático se o conteúdo das leis básicas não puder ser decidido pelo povo e, de outro, a tentativa de retirar do processo deliberativo exatamente os conteúdos considerados parte integrante de um regime democrático.

3. Considerações finais

Diante do aparente conflito entre democracia e direitos fundamentais, Michelman recorre então à teoria habermasiana, que ele vincula ao constitucionalismo liberal, como um modelo de conciliação entre preservação dos direitos fundamentais e valorização do processo democrático⁴⁴. Serve-se também dos apontamentos de Rawls⁴⁵ sobre o “fato do pluralismo razoável” para finalizar sua análise. Segundo Michelman tanto Habermas quanto Rawls concebem o indivíduo como portador de capacidade racional para julgar o bom e o justo e, dessa forma, apto a participar da escolha de leis fundamentais para um sistema jurídico.

42 Por condições democráticas podem ser apontadas as seguintes: igualdade, devido processo legal, liberdade de pensamento, expressão, associação, proteção contra o poder arbitrário do Estado, equilíbrio entre os poderes, proteção à autonomia moral e intelectual, entre outras.

43 Cf. MICHELMAN, 1998, p.86.

44 Michelman reporta-se às teses defendidas por Habermas em *Direito e Democracia* (HABERMAS, 1997) e que também são sustentadas em textos inseridos em *A inclusão do outro* (HABERMAS, 2002).

45 Cf. RAWLS, 2000.

Na concepção habermasiana para o estabelecimento de normas válidas são erigidos dois princípios: *Princípio do Discurso (D)* – de acordo com o qual são válidas as normas de ação com as quais todas as pessoas possivelmente afetadas poderiam aceitar como participantes em discursos racionais; *Princípio de Universalização (U)* – segundo o qual “uma norma só é válida quando as consequências presumíveis e os efeitos secundários para os interesses específicos e para as orientações valorativas de *cada um*, decorrentes do cumprimento dessa mesma norma, podem ser aceitos sem coação por *todos* os atingidos *em conjunto*”⁴⁶. Michelman considera que ao estabelecer tais princípios, Habermas submete a questão da justiça ao processo democrático e, de certa forma, promove a conciliação entre os ideais acima apontados como conflitantes.

Resta ainda a afirmação de Rawls do “fato do pluralismo razoável” segundo o qual existem nas sociedades contemporâneas diversos interesses em conflito⁴⁷. O liberalismo, contudo, principalmente na proposta de Rawls, concebe que existe a possibilidade de consenso sobre normas jurídicas porque acredita na capacidade racional dos indivíduos para tanto. Michelman, entretanto, considera que embora um consenso mínimo seja possível, não há como encontrar respostas para todas as questões do que seria certo para o indivíduo ou para a sociedade dado o fato do pluralismo. Tudo o que pode haver são fatos do poder⁴⁸, e isso foi identificado por Rawls como o “problema do liberalismo político”.

Diante de tal constatação, Michelman parece reafirmar sua crença num processo político democrático, nos moldes delineados por Habermas, no qual o procedimento deliberativo decisório, resguardando alguns direitos fundamentais, pode ser considerado a melhor fundamentação da lei nas sociedades contemporâneas. Então, se em *Constitutional Authorship* Michelman parece aceitar uma proposta conciliatória entre autogoverno e restrição do processo deliberativo pelos direitos fundamentais, em *Traces of Self Government* ele filia-se à tradição republicana e procura demonstrar a possibilidade de coexistência de dois ideais do próprio conceito de autogoverno: a autodeterminação individual e coletiva.

46 HABERMAS, 2002, p. 56.

47 Cf. RAWLS, 2000, pp. 78-84.

48 Cf. MICHELMAN, 1998, p. 89.

Após analisar o republicanismo clássico, Michelman apoia-se na divisão feita por Sunstein⁴⁹, segundo a qual a teoria republicana possui duas premissas: a *antropológica*, que remeteria ao ideal de felicidade pública como participação política desenvolvido por Arendt; e a *epistemológica*, relacionada à razão prática, compreendida como a capacidade que o debate público possui de revelar que alguns valores são superiores a outros. Negando que as decisões sobre valores são meramente questões de gosto, a visão republicana assume que a razão prática pode ser usada para resolver questões sociais⁵⁰.

É sobre a premissa epistemológica que recairá sua atenção, uma vez que lhe interessa a forma de compreender a razão prática. Se a razão prática é capaz de revelar, durante uma discussão na qual todos os participantes estão engajados, quais valores são superiores aos outros e assim descobrir o bem comum, ninguém poderá contrariar tal revelação e, desse modo, ela assume um caráter totalitário. Dessa forma, surge a preocupação com a autodeterminação do indivíduo durante a autodeterminação da comunidade política, o que leva a discussão diretamente ao problema da liberdade individual⁵¹.

A tensão que se estabelece entre elementos subjetivos e objetivos leva Michelman a definir que a razão prática precisa ser dialógica⁵². A concepção do ser humano como em algum grau socialmente situado ou constituído implica que a autocognição resultando em autolegislação deve ser socialmente situada. Para tanto, as normas devem ser formuladas por meio do diálogo público e expressas como lei pública. A razão normativa não pode ser uma atividade solitária. Esse exercício requer conhecimento, inclusive autoconhecimento obtido pelo encontro com diferentes perspectivas no argumento público. Desse modo, o foro requerido é uma “comunidade política de iguais⁵³” com vontade de submeter opiniões à exposição e ao debate público. Segundo ele, a razão prática não é uma faculdade do homem em sua universalidade, mas de indivíduos humanos em sua particularidade e pluralidade. Sendo assim, ela depende de um universo normati-

49 Cf. SUNSTEIN, 1985; MICHELMAN, 1986, p.23.

50 Cf. MICHELMAN, 1986, p.23.

51 Cf. MICHELMAN, 1986, p.23.

52 Cf. MICHELMAN, 1986, p.27.

53 Cf. MICHELMAN, 1986, p.27.

vo (*nomos*) uma comunidade de significado que faz a atividade normativa continuada possível⁵⁴.

A reconciliação entre o indivíduo e a comunidade política se dá então a partir da ideia de intersubjetividade, que deve ser capaz de estabelecer uma relação dialética entre o indivíduo e a comunidade. Espera-se, então, uma espécie de reconhecimento mútuo para possibilitar um intercâmbio normativo que seja: i) mutuamente inteligível; ii) potencialmente crítico em relação a qualquer visão normativa participante, iii) livre de um status privilegiado de visão a priori. Nesse contexto, o que se tem em comum é a busca de um fundamento capaz de contribuir para a liberdade⁵⁵.

Michelman questiona então se é possível encontrar o autogoverno dentro da constituição. A procura deve ser feita verificando-se a regularidade e o grau de engajamento do povo na política. Para tal averiguação alguns elementos devem ser considerados como, por exemplo, a comunicação das pessoas com o governo por meio de petições, lobbies, mídia e pesquisas de opinião. Também deve ser observado se a constituição foi construída para suportar o processo comunicativo⁵⁶.

Em suma, Michelman sintetiza essa discussão em quatro momentos. Primeiramente observa que o objeto do autogoverno é a liberdade. Isso implica afirmar a soberania dos governados sobre os governantes. Mas a liberdade, segundo ele, não se encontra somente, ou ultimamente, na função protetora da soberania popular. Em seu sentido mais pleno, liberdade significa autogoverno, engajamento ativo em um processo de autodireção que é tanto cognitivo quanto volitivo. Consequentemente é tanto público quanto privado, tanto político quanto pessoal⁵⁷. Num segundo momento o autor observa que a liberdade compreendida como autogoverno envolve mediações constantes entre objetividade e subjetividade, entre universal e contextual, ou seja, exige uma razão prática e dialógica. Posteriormente, afirma que a tradição cívico-republicana ressurge no pensamento constitucional americano oferecendo uma validação histórica para o ideal de liberdade como autogoverno. Como resultado, considera que as cortes, e especialmente a Suprema Corte, parece ter tomado para si a

54 Cf. MICHELMAN, 1986, p.29.

55 Cf. MICHELMAN, 1986, pp. 32/33.

56 Cf. MICHELMAN, 1986, p.57.

57 Cf. MICHELMAN, 1986, p.73.

função de um autogoverno ativo que os cidadãos acham que está além de seu alcance⁵⁸.

Parece então que Michelman visualiza a possibilidade do autogoverno a partir do Judiciário. Essa é uma das principais questões enfrentadas por ele em *Brennan and Democracy*. É possível conciliar a democracia e o ativismo judicial? Ao analisar as decisões do juiz William Brennan, Michelman acredita que sim. De acordo com o autor, mesmo a interpretação do significado da norma sendo feita por um juiz, seria possível o autogoverno se duas condições fossem seguidas: i) teria que ser utilizado um princípio com o qual todos concordassem estar correto; ii) o princípio deveria ter uma aplicação mais ou menos objetiva, direta e decisiva sobre a cláusula constitucional em questão⁵⁹.

Brennan, na análise de Michelman, teria de certa forma expressado um compromisso com este tipo de interpretação. O constitucionalismo do juiz Brennan é marcado pelo que Michelman denominou de “liberalismo democrático romântico”, cujo núcleo pauta-se em dois compromissos: respeito pela personalidade humana do indivíduo e emancipação social⁶⁰. Dessa forma, consegue-se defender os direitos individuais básicos, como na concepção de democracia substancialista de Dworkin, mas também se permite o reexame da lei como forma de responder às diversas mudanças sociais, tal como idealizado pelo procedimentalismo de Post.

Michelman analisa várias decisões de Brennan em casos apresentados à Suprema Corte norte-americana e observa o recurso à tradição sem apelo ao comunitarismo. O constitucionalista norte-americano acredita que essa é uma boa medida para conciliar autonomia individual e coletiva. É exatamente aqui que Michelman afasta-se de Habermas. O filósofo alemão filia-se à tradição liberal ao sustentar que a formação do direito pode fazer uso do conceito de justo, ao qual os cidadãos devem chegar por meio do consenso alcançado em uma discussão racional. Nesse sentido, os procedimentos democráticos devem assegurar “resultados neutros, isto é, imparciais: a racionalidade procedimental deve garantir a justiça no sentido da regulamentação imparcial de questões práticas⁶¹”. O cons-

58 Cf. MICHELMAN, 1986, p.74.

59 Cf. MICHELMAN, 1999, p.46.

60 Cf. MICHELMAN, 1999, pp. 68-70.

61 HABERMAS, 2002, p. 303.

titucionalista norte-americano, por outro lado, filia-se à tradição republicana e vincula a sua teoria constitucional, em certa medida, à tradição, sustentando que o uso da tradição deve ser feito com base em um compromisso com normais gerais, de modo a evitar qualquer tipo de apelo ao comunitarismo e a valores éticos. Michelman visualiza em Brennan a representação deste ideal⁶².

Assim, retomando a distinção feita por Dahl entre as vertentes democrática e aristocrática da tradição republicana, parece haver no constitucionalismo republicano de Michelman uma certa contradição. Por um lado, o autor mantém o compromisso com a participação democrática e tenta conciliar o ideal de participação popular com a permanência dos direitos fundamentais e busca ainda conciliar a autodeterminação individual e coletiva, não admitindo que a comunidade ou o grupo se imponha sobre o indivíduo. Tais elementos vinculam-no a um republicanismo democrático. Por outro lado, embora considere fundamental para a caracterização de um governo democrático a possibilidade de participação popular em instâncias formais e informais, Michelman parece visualizar no Judiciário (no modelo delineado a partir de Brennan) o depositário final do autogoverno, que é exercido no momento de interpretação da lei constitucional. Isso acaba por insculpir um caráter aristocrático em sua teoria republicana.

Desse modo, no que diz respeito à tensão entre o constitucionalismo e a democracia, a tentativa do autor de atribuir um peso equitativo à proteção aos direitos fundamentais e à soberania popular é maculada quando o Judiciário é considerado o baluarte da soberania popular. Uma vez que essa atribuição é conferida a uma corte, o próprio princípio da soberania popular é fragilizado e, na relação entre constitucionalismo (ou direito) e democracia (ou política), a balança pende para o lado do primeiro.

Referências bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. *A Generation of Betrayal?* *Fordham L. Rev.*, vol. 65, p. 1519, 1997.
- _____. *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution.* *The Yale Law Journal*, vol. 93, pp. 1013. 1984.

62 Cf. MICHELMAN, 1999, p. 91.

- _____. *We The People: Vol. 1: Foundations*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.
- BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario. Constitutionalism and Democracy – Political Theory and the American Constitution. *British Journal of Political Science*, vol. 27, pp. 595-618, 1997.
- BELLAMY, Richard. The Political Form of Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy. *Political Studies* (1996), XLIV, 436-456.
- _____. *Political Constitutionalism: A republican defense of the constitutionality of democracy*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. In: *Ensaio sobre a Humanidade – uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos. In: *Filosofia Política nº 2*. Porto Alegre: LPM Editores, 1985.
- DAHL, Robert. *Democracy and Its Critics*. New Haven/London: Yale University Press, 1989.
- DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, vol. 3:1, pp. 2-11, 1995.
- _____. Equality, Democracy and Constitution: We the people in Court. In: *Alberta Law Review*, vol. 28:2, 1989/1990, pp. 324-346.
- _____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.
- _____. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos sobre teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- _____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I e II. Tradução de Flávio Beno Sievechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARRINGTON, James. *The Political Works of James Harrington*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

- HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: J. Elster/ R. Slagstad (Orgs.), *Constitutionalism and Democracy* pp. 195-240. Cambridge: Cambridge University Press, 1988,
- JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. São Paulo: Ibrasa, 1964.
- KELSEN, Hans. The function of a Constitution. In: Richard Tur and William Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, pp. 109-122. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- MADISON, James et al. *Os artigos federalista, 1787-1788*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MADISON, *Speech in Congress on Presidential Removal Power, June 16, 1789*. In: http://www.constitution.org/jm/17890616_removal.htm. Acesso em: 21 dez. 2011.
- _____. *Speech in Congress Opposing the National Bank, February 2, 1791*. In: http://www.constitution.org/jm/17910202_bank.htm. Acesso em: 21 dez. 2011.
- MAYER, David N. *The Constitutional Thought of Thomas Jefferson*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1994.
- MICHELMAN, Frank I. *Brennan and Democracy*. New Jersey:, Princeton University Press, 1999.
- _____. Constitutional Authorship. In: L. Alexander, (org.), *Constitutionalism, Philosophical Foundations*, pp.64-98. Cambridge: Cambridge University Press, 1998,.
- _____. Traces of Self-Government. *Harvard Law Review*, vol. 100:1, 1986.
- POST, Robert. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.
- RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu e Álvaro de Vita. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- SUNSTEIN, Cass. *Interest Groups in American Public Law*, 38 *Stanford L. Rev.* 29, 1985, p. 29-63.
- THOMAS, George. *The Madisonian Constitution*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2008.
- WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13:1, pp. 18-51, 1993.
- _____. Precommitment and Disagreement. In: L. Alexander, (org.). *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, pp. 271-299. Cambridge: Cambridge University Press, 1998,.

- _____. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.
- _____. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, vol. 115, pp. 1346-1406, 2006.
- _____. Constitutionalism – A Skeptical View. In: T. Christiano/J. Christman (orgs.). *Contemporary Debates on Political Philosophy*, pp. 267-282. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2009,.

Recebido em fevereiro de 2013

Aprovado em junho de 2013