

# “WE THE PEOPLE”, “THEY THE PEOPLE” E O ENIGMA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Tradução de:

Karina Denari

Gomes de Mattos

Doutoranda em Direito  
pela Faculdade Nacional  
de Direito da Universidade  
Federal do Rio de Janeiro  
– FND/UFRJ. Gestora  
acadêmica do Programa de  
Pós-Graduação Lato Sensu  
da FGV DIREITO SP (GVlaw).  
São Paulo, SP, Brasil.  
karinadenari@usp.br

Samir Ramos Zaidan

Mestre em Direito pela  
Faculdade Nacional de  
Direito da Universidade  
Federal do Rio de Janeiro  
– FND/UFRJ, pesquisador e  
advogado. Rio de Janeiro,  
RJ, Brasil. samir.dir.ufv@  
gmail.com

We the people, they the  
people and the puzzle of  
democratic constitutionalism

Autor: David A. Strauss

Professor de Direito na Universidade de Chicago (*Gerald Ratner Distinguished Service Professor of Law*), autor de diversos artigos e da recente obra *The Living Constitution* (2010).

Este ensaio foi escrito para o “*Symposium on Constitutional Foundations*”, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, aos 15 e 16 de fevereiro de 2013. Sou grato aos participantes do Simpósio e à plateia pelos comentários, e ao “*Burton and Adrienne Glazov Faculty Fund*” da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago pelo apoio financeiro.

## 1. A ILUSÃO DO “WE THE PEOPLE”<sup>1</sup>

A Constituição, é claro, anuncia que foi ordenada e estabelecida pelo “*We the People*”<sup>2</sup>. A ideia de que a Constituição é, de alguma maneira, o resultado do trabalho do “povo” – que tem um significativo

<sup>1</sup> Nota dos Tradutores: Optamos por manter a expressão original “We the People” tendo em vista a controvérsia desenvolvida no debate acadêmico sobre o termo. Brevemente, “We the People” é a expressão que abre o preâmbulo da Constituição norte-americana, estabelecendo as fundações da vontade popular na concepção própria do constitucionalismo. Essa concepção será questionada pelo autor ao longo do texto, dando margem à sua antítese “They the People”, proposta que questiona a representatividade popular do texto de 1787 nos dias de hoje.

<sup>2</sup> US CONSTITUTION, 1787, preâmbulo.

**Por fim, há a questão de saber por que vale a pena investigar o quão a Constituição é democrática. Ou – talvez essa seja uma outra maneira de colocar a mesma questão – qual sentido de “democracia” seria adequado para que uma Constituição possa ser considerada democrática**

suporte democrático – é sedutora. Mas em que medida a Constituição que nós vivenciamos hoje é, de fato, produto do “*We the People*”?

Há várias questões. Uma delas é a de que os indivíduos responsáveis pela elaboração da Constituição original podem não ter sido fielmente representativos nem mesmo em seu próprio tempo<sup>3</sup>. A segunda questão diz respeito a um problema familiar de que, mesmo supondo o texto original como um produto de determinado povo em determinada época, este povo (deixando de lado as recentes emendas constitucionais) não está mais entre nós já há algum tempo. Entretanto, ainda estamos vinculados a sua obra, de algumas maneiras – o que significa que nos referimos a “*They the People*”, e não ao “*We the People*”, e isso não soa muito democrático<sup>4</sup>. Uma terceira questão está relacionada aos pontos de partida e aos pontos de chegada das gerações responsáveis pelas retificações e ementas. Isso significa que nós estamos, possivelmente, agindo de forma incompatível com o que o povo ordenou e estabeleceu, originariamente. Mas, talvez, essas atualizações façam a Constituição mais democrática; eu sustento que, ao menos potencialmente, elas o façam. Por fim, há a questão de saber por que vale a pena investigar o quão a Constituição é democrática. Ou – talvez essa seja uma outra maneira de colocar a mesma questão – qual sentido de “democracia” seria adequado para que uma Constituição possa ser considerada democrática.

Tentarei responder a essas questões para o constitucionalismo dentro de um sistema de *common law*. Acredito que esse seja nosso sistema; mas mesmo que não o seja, ou na medida em que isso não ocorra, penso que nós podemos avançar com essas questões considerando-as relacionadas com tal sistema. No constitucionalismo de *common law* nós resolvemos as questões controversas do direito constitucional não pela análise do texto da Constituição, mas sim com base nos precedentes (judiciais e extrajudiciais) ponderados pela equidade e por políticas adequadas – isto é, tratar essas ques-

<sup>3</sup> Veja Larry G. Simon, 1985 (estimando isso, porque apenas os homens brancos adultos que possuíam a propriedade eram emancipados e nem todos apoiaram a ratificação, apenas 2,5% da população dos Estados Unidos na época votou em favor da ratificação da Constituição).

<sup>4</sup> É claro que a Constituição pode ser alterada, veja a US CONSTITUTION, 1787, art. V, mas uma proposta de emenda pode ser bloqueada mesmo por uma pequena minoria – apenas mais de um terço da Câmara dos Congressos (a não ser que dois terços dos Estados reivindiquem a aceitação) ou apenas mais de um quarto dos estados.

tões da maneira que os juízes no sistema de *common law* tratam<sup>5</sup>. No que diz respeito à solução de controvérsias constitucionais, o texto constitucional desempenha um papel limitado.

Qualquer dispositivo constitucional objeto de litígio frequente servirá como exemplo. O voto padrão da Suprema Corte cita o texto do dispositivo, mas na sequência, sem maior atenção com o seu conteúdo, afirma coisas do tipo “Nós interpretamos esse dispositivo querendo significar...”. Depois disso, apresenta uma profunda discussão sobre os precedentes<sup>6</sup>. Se existir qualquer margem de manobra, a Corte solidifica a interpretação do texto normativo com base nos precedentes, de acordo com suas concepções do que seja justo ou razoável<sup>7</sup>. Nas instâncias inferiores, a ênfase no precedente é ainda maior visto que elas estão vinculadas às decisões da Suprema Corte e ao seu âmbito de influência. Além disso, assim como o *common law* não se resume apenas aos precedentes judiciais – legislação, costumes, e até mesmo tendências gerais na sociedade formam as fontes do direito que os juízes do *common law* consideram<sup>8</sup> – da mesma maneira o constitucionalismo no *common law* considera os precedentes extrajudiciais, além dos judiciais<sup>9</sup>.

Para ficar claro, a marca do constitucionalismo no *common law* não é que o texto da Constituição seja dispensável. É uma premissa em

<sup>5</sup> Para uma descrição e defesa do constitucionalismo de *common law*, veja geralmente STRAUSS, 2010 e STRAUSS, 1996.

<sup>6</sup> Veja US SUPREME COURT, 2011. *Snyder v. Phelps* (Citando o texto da Cláusula de Liberdade de Expressão da Primeira Emenda, mas depois discutindo numerosos precedentes sem qualquer referência ao texto).

<sup>7</sup> Veja US SUPREME COURT, 2011, p. 1220 (afirmando que “um discurso prejudicial sobre questões públicas” deve ser protegido “para garantir que não sufoquemos o debate público”).

<sup>8</sup> Veja CARDOZO, 1921. O juiz Cardozo observou que: quando a lei deixou a situação descoberta por qualquer regra pré-existente, não há nada a fazer senão ter [o juiz] declarar que homens justos e razoáveis, conscientes dos hábitos de vida da comunidade e os padrões de justiça e comércio justo que prevalecem entre eles, em circunstâncias normais, sem regras, exceto as de costume e de consciência, para regular sua conduta. *Ibid.* em 142-43.

<sup>9</sup> Para um exemplo de um argumento baseado principalmente em precedentes não judiciais, veja as opiniões do Escritório de Conselheiro Jurídico do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, concluindo que o Presidente pode fazer nomeações sob a Cláusula de Nomeação de Recesso durante um recesso intrasessão no Congresso. A opinião mais recente, citando outros, é a *Lawfulness of Recess Appointments During a Recess of the Senate Notwithstanding Periodic Pro Forma Sessions* (US OFFICE OF LEGAL COUNSEL, 2012). Esta posição foi desaprovada pelo Circuito do Distrito de Columbia em *Noel Canning v. NLRB* (2013). Contra, *Evans v. Stephens* (2004) (sustentando que o recesso do Senado, na acepção da Cláusula de Nomeação de Recesso, inclui intrasessão).

**Determinados aspectos constitucionais – dispositivos claros e não sujeitos a séria disputa – suscitam questões peculiares e interessantes sobre a democracia. Você certamente poderia perguntar, para tomar um exemplo notável, em que medida manter a existência do Senado é democrático.**

nosso sistema constitucional que o texto não pode ser ignorado<sup>10</sup>. Ninguém pode sustentar que a Constituição demanda ou veda algo sem citar o dispositivo constitucional que dê suporte àquela demanda. Também é inaceitável dizer que determinado dispositivo constitucional é obsoleto e que, por consequência, deve ser desconsiderado (como se faz quando um precedente está desatualizado e deve ser superado). Para além dessa função, existem outras situações nas quais o texto é muito importante, sobretudo em situações não controversas: o texto pode estabelecer marcos que precisam ser fixados, de um jeito ou de outro. É fundamental que saibamos a data de término do mandato do Presidente da República, por exemplo. Seria perturbador se nós tivéssemos que solucionar uma questão como essa em cada caso concreto.

Determinados aspectos constitucionais – dispositivos claros e não sujeitos a séria disputa – suscitam questões peculiares e interessantes sobre a democracia. Você certamente poderia perguntar, para tomar um exemplo notável, em que medida manter a existência do Senado é democrático<sup>11</sup>. Ao menos, no que diz respeito à atuação dos tribunais, as questões sobre a natureza democrática do constitucionalismo normalmente surgem quanto há uma disputa sobre o que deseja a Constituição – em casos, por exemplo, nos quais os tribunais declaram a inconstitucionalidade de leis que têm um significativo suporte popular<sup>12</sup>. O problema parece ser particularmente agudo para o constitucionalismo do *common law*, já que esse sistema, na forma em que se desenvolveu na Inglaterra e nos Estados Unidos, foi, via de regra, subordinado à legislação. Poderia ser contestado que utilizar essa forma de abordagem no direito constitucional geraria problemas especiais de legitimidade democrática, uma vez que, – em oposição à tradição do *common law* [subordinado ao

<sup>10</sup> Veja BREST, 1980. (“O texto da Constituição é autoritário, mas muitas das suas disposições são tratadas como inerentemente de textura aberta”); FALLÓN, 1987 (“Argumentos do texto desempenham um papel universalmente aceito no debate constitucional”).

<sup>11</sup> Veja LEVINSON, 2006 (observando o poder desproporcional de pequenos estados no Senado e concluindo que “simplesmente não há defesa para este senão o fato de que a representação igual dos estados foi considerada necessária em 1787 para criar uma Constituição que seria ratificada pelos pequenos estados” e que a atual divisão de poder no Senado “literalmente nada a ver com a medição do sentimento da maioria nacional”).

<sup>12</sup> Veja US SUPREME COURT, 2010, *Citizens United v. FEC* (invalidando parte da Lei de Reforma da Campanha Bipartidária sobre os fundamentos da Primeira Emenda); US SUPREME COURT, 2000, *United States v. Morrison* (derrubando a parte dos remédios civis federais do Ato da Violência Contra as mulheres), veja também PILDES, 2011 (“Julgados de várias maneiras, *Citizens United* parece ser o ato mais contramajoritário da Corte em muitas décadas.”)

legislativo] – o constitucionalismo no *common law* permite ao Poder Judiciário sobrepor o papel dos legisladores eleitos<sup>13</sup>.

Eu penso que essa objeção particular é baseada numa ilusão, embora não se possa negar que questões possam ser colocadas sobre se o constitucionalismo no *common law* é suficientemente democrático. A ilusão decorre da fascinação pelo “*We the People*”. Se o constitucionalismo inclui a revisão judicial<sup>14</sup> – se juízes que não estão sujeitos a prestar contas politicamente podem se negar a aplicar leis produzidas pelos representantes eleitos – logo, há uma questão sobre o quanto o constitucionalismo é antidemocrático<sup>15</sup>. Essa questão surge visto que juízes, que são menos responsivos<sup>16</sup> ao eleitorado, estão desfazendo o trabalho dos representantes eleitos, que são mais responsivos<sup>17</sup>. A questão sobre a democracia é um produto da revisão judicial, e não de determinada abordagem da Constituição pelo *common law*. Por que é relevante questionar se juízes não eleitos aplicam comandos estabelecidos pelas pessoas que arquitetaram a Constituição há um século ou mais, ou aplicam um precedente, ou com esses pretextos apenas reforçam suas próprias convicções políticas? Juízes não eleitos estão se opondo a representantes eleitos. Isso levanta a questão sobre a democracia.

A ilusão está na crença de que a abordagem da Constituição no *common law* é mais antidemocrática do que a aplicação do texto da Constituição, uma vez que o texto da Constituição é o produto do “*We the People*” e dessa forma tem um suporte democrático<sup>18</sup>. Assim, quando os tribunais aplicam esse texto, eles estão na verdade aplicando a vontade do povo; não agindo, assim, de forma

<sup>13</sup> Para uma objeção ao longo dessas linhas, veja, por exemplo, BALKIN, 2011 (afirmando que o constitucionalismo de *common law* “não é uma explicação de por que a tomada de decisões judiciais... tem alguma conexão com a soberania popular” porque “juízes são elites profissionais e os precedentes dos juízes anteriores são as decisões das elites passadas”).

<sup>14</sup> Nota dos Tradutores: traduzimos para “revisão judicial” a expressão *judicial review* uma vez que se refere especificamente ao Controle de Constitucionalidade norte-americano, e não a uma teoria geral de controle de constitucionalidade.

<sup>15</sup> Este é, é claro, um tema persistente, mas provavelmente a discussão mais conhecida é BICKEL, 1962.

<sup>16</sup> Responsivo aqui aparece como tradução de *accountable*. A ideia de *accountability* relaciona-se com o dever dos agentes públicos prestar contas ao eleitorado, permitindo maior transparência, controle e fiscalização.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 16-17.

<sup>18</sup> Veja BALKIN, 2011 (afirmando que os juízes que usam uma abordagem de *common law* para a Constituição “não estão envolvidos na construção constitucional que implementa um plano escrito adotado por “*We the People*”, mas sim está criando a Constituição através de métodos comuns de *common law*”).

antidemocrática. Esse tipo de argumento encontra-se presente no ensaio *O Federalista n° 78* de Alexander Hamilton. Este autor rejeitou a falsa ideia de que dar aos tribunais o poder de afastar a aplicação das leis “implicaria na superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo”<sup>19</sup>. Ao invés disso, afirma Hamilton, o poder da revisão judicial é apenas uma forma de vindicar o princípio de que “os representantes do povo” não podem ser “superiores ao próprio povo”<sup>20</sup>. Os tribunais “foram desenhados para ser um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo para que, dentre outras coisas, possa manter esse último dentro dos limites de sua autoridade”<sup>21</sup>. Dar esse poder aos tribunais “não significa de forma alguma a superioridade do Judiciário sobre o Legislativo”<sup>22</sup>. Ao contrário, Hamilton conclui que a revisão judicial “apenas supõe que o poder do povo é superior a ambos, e que quando a vontade do Legislativo, consubstanciada nas leis, entra em conflito com a vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser governados mais pela última do que pela primeira”<sup>23</sup>.

Se nós estivéssemos lidando com uma disposição constitucional produzida recentemente – elaborada pelo “*We the People*”, não pelo “*They the People*” – então esse argumento seria razoável. A vontade do povo, consagrada numa emenda constitucional recente, deveria prevalecer sobre a vontade do legislador. É claro que as questões não assim tão simples, mesmo no que diz respeito às disposições adotadas recentemente. Ninguém duvida que a Constituição prevalece sobre leis ordinárias; as questões são sempre sobre a interpretação adequada da Constituição. Porém, o ponto central é que a Constituição escrita que nós, de fato, hoje temos, incluindo as emendas que criam a maior parte das disputas, foi, como dito, elaborada por uma geração morta há muito tempo. O povo na obra de Hamilton, nesse momento da história, representa o “*They the People*”, e não o “*We the People*”. Logo não fica claro por que a revisão judicial que é baseada no texto é mais democrática do que a revisão judicial baseada nos precedentes.

<sup>19</sup> HAMILTON, MADISON, JAY, 2011.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Ibid.*

## 2. COMO O CONSTITUCIONALISMO NO COMMON LAW PODE SER DEMOCRÁTICO

Assumindo, contudo, que a revisão judicial é em algum grau antidemocrático, nós devemos investigar o quão ele é antidemocrático. Seria importante para a revisão judicial que o Judiciário pudesse apoiar-se em alguma forma de legitimidade democrática – de forma a ter alguma responsividade ao *“We the People”*. Mas qual seria o conceito de democracia nesse contexto?

Ainda que a democracia se refira apenas a alguma versão de regra da maioria, ainda assim, é claro, existem sérios problemas. Nós teríamos que decidir como as diversas opiniões da maioria seriam determinadas. Se existe um sistema de representação, como os representantes seriam escolhidos – seriam eles eleitos por distritos ou pela totalidade da nação? Se eles forem eleitos por distritos, como seriam identificados esses distritos? De quanto tempo seria o mandato dos representantes? Existem também questões sobre como os votos dos cidadãos serão agregados. O sistema seria proporcional ou majoritário, com primeiro e segundo turno de votação – se necessário? Quais papéis os partidos políticos desempenhariam, dentro e fora das respectivas Casas Legislativas? Como seria organizada a agenda política? As Casas seriam unicamerais ou bicamerais? O Executivo seria separado do Legislativo? E ainda há questões fundamentais no que diz respeito ao processo de eleição: questões como, por exemplo, a dimensão da liberdade de expressão e a regulação dos meios de influenciar a eleição, tais como as fontes de financiamento das campanhas e os gastos dos candidatos.

A multiplicidade dessas questões, e a dificuldade de respondê-las, demonstra que não é óbvio o que constitui um verdadeiro regime democrático de governo. Isso por si só já é capaz de nos gerar dúvidas sobre a possibilidade de contrastar um governo eleito “democraticamente” com um a revisão judicial “antidemocrática”. Dito isso, de qualquer forma, num sistema com algo semelhante à revisão judicial sempre haverá elementos que são manifestamente antidemocráticos no sentido de que eles não estão sujeitos aos procedimentos majoritários usuais. Os juízes estão protegidos da opinião pública: juízes federais, ao menos, são indicados, não eleitos, e “mantêm seu cargo enquanto mantiverem o bom

**Ainda que a democracia se refira apenas a alguma versão de regra da maioria, ainda assim, é claro, existem sérios problemas. Nós teríamos que decidir como as diversas opiniões da maioria seriam determinadas.**

comportamento”<sup>24</sup>. Os entendimentos convencionais, não com base em texto expresso da Constituição, reprovariam aqueles juízes que se veem simplesmente como agentes da vontade popular.

Dessa forma, ao invés de descrever a revisão judicial como “contra-majoritária”<sup>25</sup> – como se ele fosse a antítese do governo democrático – seria melhor dizer que existe uma relação de continuidade. Juízes vitalícios são diferentes de representantes eleitos, é claro, porém se você pensar em um representante que possui alguma garantia no cargo, e cujas chances de perder uma eleição são mínimas, ou ainda num representante que não tem a pretensão de se candidatar para uma reeleição, a diferença com os juízes – com relação às credenciais democráticas – não são tão acentuadas. Talvez, e mais importante, todos representantes mantêm algum grau de afastamento de seus representados; alguns deles (tais como os Senadores dos Estados Unidos) são titulares de mandatos relativamente longos<sup>26</sup>, e não há acordo de que os representantes devem responder a cada mudança na opinião pública constitutiva<sup>27</sup>. Isso sugere que uma boa ordem constitucional tenha elementos que são altamente sensíveis à opinião pública e elementos que são designados para ser menos sensíveis<sup>28</sup>. Nesse sentido, qualquer sistema constitucional plausível é, em certo grau, antidemocrático.

Quando os tribunais se sobrepõem aos poderes eleitos em nome da Constituição – não importando se usam uma abordagem de *common law* ou não – elas comportam-se, nesse sentido, de maneira antidemocrática. Entretanto, uma vez que todo sistema

<sup>24</sup> US CONSTITUTION, 1787, art. III, § I.

<sup>25</sup> Veja BICKEL, 1962 (discutindo a “dificuldade raiz” da natureza “contramajoritária” da revisão judicial).

<sup>26</sup> Veja LEVINSON, 2006, p. 50 (“Eu suspeito que o país provavelmente tenha sido razoavelmente bem servido pelo termo de seis anos. Ele encoraja a ter uma visão mais longa do que os membros da Câmara, que estão constantemente conscientes de que enfrentarão uma nova eleição literalmente dentro de vinte e dois meses de tomar seus juramentos de escritório.”); ESKRIDGE, FEREJOHN, 2009 (observando que “o Senado, com distritos de longo prazo e estadual, é esperado para ser um corpo ‘seleto e estável’”).

<sup>27</sup> Veja REHFELD, 2009 (observando que “ninguém espera que exista uma correspondência exata” entre as leis de uma nação e as preferências dos cidadãos governados por eles, porque as preferências dos cidadãos não são coerentes com “os níveis individuais e coletivos” podem não corresponder a seus “verdadeiros interesses” e podem ser superados por “princípios mais importantes” como direitos das minorias).

<sup>28</sup> Veja ESKRIDGE, FEREJOHN, 2009 (argumentando que “cada parte do processo de lei desempenha um papel deliberativo diferente”, sendo a Câmara dos Deputados “mais sensível às atitudes e demandas populares” e o Senado “aplica [considerações] a longo prazo de” razão e justiça “para Medidas urgentemente procuradas pela Câmara”); cf. FLEMING, 2009 (concluindo “tentativas de tornar o Congresso mais democrático” não resolveria os problemas da instituição).

constitucional plausível possui elementos antidemocráticos, esse tipo de comportamento, por si só, não coloca em cheque a revisão judicial. As questões importantes sobre a interpretação constitucional e a revisão judicial dizem respeito à natureza e à extensão desses elementos antidemocráticos. Qual é o papel dessas instituições (relativamente) antidemocráticas? Deveriam os tribunais intervir somente na defesa de determinadas minorias? Na defesa de alguns supostos valores nacionais duradouros ou das tradições? Na defesa de princípios supostamente implícitos no texto da Constituição? Essas intervenções serão, de certa forma, antidemocráticas, mas esse não é necessariamente o problema. Com efeito, essa intervenção até pode ser benéfica.

**Deve existir uma forma de demonstrar que o constitucionalismo, inclusive com a revisão judicial, é democrático.**

Não acredito, contudo, que nós devamos parar por aqui. Deve existir uma forma de demonstrar que o constitucionalismo, inclusive com a revisão judicial, é democrático. Isto é, deve existir uma explicação para que a Constituição que seja aplicada contra as instituições majoritárias seja ainda o produto do *“We the People”*. Mas essa explicação deve ser realista, que não supõe que nós sejamos as mesmas pessoas de 220 ou 150 anos atrás.

Antes que eu possa desenvolver essa explicação, cumpre aqui endereçar uma teoria que parece resolver este problema habilmente. Esta teoria é usualmente chamada de democracia dualista<sup>29</sup>. A ideia central é que a Constituição é produto do processo democrático que seja superior ao ordinário dia-a-dia dos processos majoritários<sup>30</sup>. Estes processos ordinários são mais fortemente influenciados pelos grupos de interesse ou pelas elites - não verdadeiramente pelo

<sup>29</sup> As declarações contemporâneas mais conhecidas estão em ACKERMAN, 1991, que diferencia as raras decisões tomadas pelas pessoas - “leis legislativas mais elevadas” - e decisões tomadas com mais frequência pelo governo - “legislar normal” - e ACKERMAN, 1998 que descreve a legislação superior como tendo lugar sob um “senso aumentado de legitimidade democrática” e a legislação normal como “inúmeras decisões tomadas na ausência de sentimento de maioria mobilizado e politicamente autoconsciente”. Veja também a discussão sobre a natureza dualista da democracia constitucional em RAWLS, 2005, que traça a ideia central para os *Dois Tratados de Governo* de John Locke e refere a “distinção de Locke ... entre o poder constituinte do povo para estabelecer um novo regime e o poder ordinário dos oficiais de governo e do eleitorado exercido no dia-a-dia política”.

<sup>30</sup> Veja ACKERMAN, 1991, p. 6 (argumentando que a Constituição “concede às decisões feitas pelo Povo” apenas quando um “número extraordinário” de cidadãos toma uma proposta a sério, os oponentes da decisão têm “uma oportunidade justa de organizar”, e a maioria dos americanos “apoia [a] iniciativa como seus méritos são discutidos, uma e outra vez, nos fóruns deliberativos previstos para “leis superiores”). Para uma conta algo semelhante, veja WHITTINGTON, 1999, p. 151 (“A formação da Constituição dependia da deliberação popular, e foi redigida e ratificada com base na persuasão do todo, e não na afirmação de uma parte”).

povo, que estão mais engajados com suas próprias vidas – e não muito com os negócios do governo<sup>31</sup>. Mas, de tempos em tempos, de acordo com essa teoria, o povo se mobiliza, e isso permite que uma sensibilidade democrática superior prevaleça<sup>32</sup>. A Constituição, nessa linha, é o produto destes períodos<sup>33</sup>. Os juízes deveriam tratar como Constituição as decisões que são produto destes períodos elevados de engajamento político popular, os chamados momentos constitucionais<sup>34</sup>. Na história norte-americana, o enquadramento da Constituição escrita foi um desses momentos constitucionais, mas não foi o único. Outros possíveis candidatos são o período após a Guerra Civil e o *New Deal*.<sup>35</sup> Precisamos de algum critério para determinar quando os momentos constitucionais ocorreram, e precisamos de um meio de identificar as decisões que serão atribuídas a esses períodos de elevado engajamento. Só então tais decisões, sendo verdadeiramente as decisões do “*We the People*” podem, de acordo com a teoria da democracia dualista, serem reforçadas nos períodos comuns, contra as decisões menos democráticas dos grupos de interesse e das elites<sup>36</sup>.

Esta teoria resolve o problema da suposta natureza antidemocrática da revisão judicial ecoando a discussão de Hamilton no ensaio *O Federalista n. 78*<sup>37</sup>. Quando juízes aplicam a Constituição, eles estão vindicando, e não frustrando, a verdadeira vontade popular. Isto

<sup>31</sup> Veja ACKERMAN, 1991, p. 243-51 (identificando burocracias, grupos de interesse públicos e privados, meios de comunicação de massa e partidos políticos como os principais veículos da política normal).

<sup>32</sup> Veja AECKERMAN, 1991, p. 266-67 (descrevendo um período de “deliberação popular mobilizada” em que as “propostas transformadoras do movimento são testadas uma e outra vez dentro do sistema legislativo superior”).

<sup>33</sup> Veja AECKERMAN, 1991, p. 267 (descrevendo a fase final de legislação superior, codificação legal, na qual “o Supremo Tribunal começa a tarefa de traduzir a política constitucional em direito constitucional, fornecendo os princípios doutrinários convincentes que orientarão a política normal por muitos anos”).

<sup>34</sup> Veja AECKERMAN, 1984 (“Embora a política constitucional seja o maior tipo de política, deve-se permitir dominar a vida da nação somente durante períodos raros de consciência política aumentada. Durante os longos períodos entre esses momentos constitucionais, uma segunda forma de atividade- devo chamar isso de normal política-prevalece. “[ênfase adicionado]).

<sup>35</sup> Veja ACKERMAN, 1991, p. 58 (identificando os “três grandes pontos decisivos da história constitucional” como a Fundação, a Reconstrução e o *New Deal*).

<sup>36</sup> Veja ACKERMAN, 1991, p. 6-7 (descrevendo “a ideia básica” de uma democracia dualista como aquela em que a legislação normal cede ocasionalmente a uma legislação mais avançada, através da qual uma população mobilizada sinaliza ao governo “novas ordens de marchas”, finalmente “culminando na proclamação de lei superior no nome de *We the People*”).

<sup>37</sup> Veja HAMILTON, MADISON, JAY, 2011 (afirmando que “os tribunais foram concebidos para ser um órgão intermediário entre as pessoas e a legislatura, entre outras coisas, para manter o último dentro dos limites atribuídos à sua autoridade”).

**Não é óbvio que coisas como, por exemplo, uma alta participação eleitoral ou maior participação em organizações políticas seja suficiente para estabelecer uma legitimidade democrática maior, no sentido que necessitamos.**

ocorre, pois, a verdadeira vontade popular está expressa nas decisões tomadas durante os momentos constitucionais, não no produto rotineiro do sistema político. Os juízes invalidam este último quando se apresenta inconsistente diante do primeiro.

Eu não creio que esta teoria funcione por diversos motivos. Há o problema da identificação destes períodos de engajamento democrático elevado. Não é óbvio que coisas como, por exemplo, uma alta participação eleitoral ou maior participação em organizações políticas seja suficiente para estabelecer uma legitimidade democrática maior, no sentido que necessitamos. A teoria deveria identificar, com especificidade, os problemas que afligem os processos majoritários regulares e só então mostrar como estes problemas são superados quando algumas condições são identificadas. Esse tipo de demonstração apresenta sérias dificuldades normativas e empíricas – questões normativas como quais tipos de participação política carregam essa superioridade democrática, e questões empíricas relacionadas às circunstâncias que produzem esse tipo de participação. As circunstâncias que envolvem as pessoas na política podem não ser propícias à melhora na qualidade decisória<sup>38</sup>. Na verdade, o contrário pode ser verdade: os períodos de crise podem precipitar um grande envolvimento político, mas também mostrar o pior das pessoas. Mas, mesmo que fosse possível identificar momentos constitucionais no passado, quando a vontade autêntica do povo foi expressa, a teoria da democracia dualista ainda não tornaria a revisão judicial democrática<sup>39</sup>. Por um lado, a menos que os momentos constitucionais fossem no passado recente, ainda são “*They the People*”, não “*We the People*”. A pessoa mais nova que votou em Franklin Roosevelt em 1936 tem 98 anos hoje<sup>40</sup>. Ser governado pelas decisões da geração *New Deal* não é particularmente democrático. E mesmo além dessa dificuldade – e novamente assumindo que identificamos verdadeiros momentos constitucionais – existe o problema de descobrir quais decisões foram tomadas pelo “povo”

<sup>38</sup> Veja ELSTER, 2012 (“A constituição real é muitas vezes um negócio bagunçado, desencadeada por crises de um tipo ou de outro e raramente avaliada pelo ‘meio tranquilo e sedativo da razão’”).

<sup>39</sup> Veja KLARMAN, 1992 (argumentando que um proponente da democracia dualista “não pode fazer uma escolha de princípio entre a voz desinteressada de um povo há muito tempo morto e a voz dos meios vivos de hoje”).

<sup>40</sup> SUAREZ, 2012.

durante esses períodos. Esse problema é bastante difícil quando o momento constitucional produz uma Constituição escrita completa, juntamente com extensos registros de debates de redação e ratificação. Mesmo quando temos esses materiais, muitas vezes não há consenso sobre o que as pessoas decidiram durante o momento constitucional: temos os debates já conhecidos sobre os entendimentos originais. Quando o processo não é explícito – quando nenhum texto canônico emerge do momento constitucional – temos que determinar quais decisões atribuir a um povo que, sem dúvidas, foi dividido em muitas questões, apresentou múltiplas preocupações e, provavelmente, não percebeu que estavam envolvidos em um processo constituinte. Essa determinação não será fácil. Deverá ser feita por alguém – um juiz, por exemplo. E isso apenas reproduz o mesmo problema sobre a base democrática da revisão judicial<sup>41</sup>.

Finalmente, a democracia dualista não é uma descrição precisa de nosso sistema, penso eu. Muitos desenvolvimentos constitucionais importantes não surgiram de uma só vez como o produto de algo que poderia ser plausivelmente descrito como um conjunto unificado de decisões de uma população politicamente engajada. Esses desenvolvimentos aconteceram ao longo do tempo, muitas vezes em ajustes e recomeços. Não é possível, por exemplo, identificar um período de dois, três, cinco, ou mesmo dez anos, em que a igualdade racial surgiu como um princípio governamental no direito constitucional americano; havia antecedentes importantes para a decisão de 1954 em *Brown v. Board of Education*<sup>42</sup> (incluindo o período pós-Guerra Civil, é claro, bem como eventos no século XX), e a Lei de Direitos Civis de 1964 dificilmente marcou o fim do processo<sup>43</sup>. O mesmo se aplica à liberdade de expressão<sup>44</sup>, à igualdade das mulheres<sup>45</sup>, ao crescimento do estado administrativo<sup>46</sup>,

<sup>41</sup> Veja KLARMAN, 1992, p. 770 (“Mesmo tendo estabelecido que ocorreu um momento constitucional, os tribunais ... ainda precisariam verificar seu conteúdo”).

<sup>42</sup> US SUPREME COURT, 1954, *Brown v. Board of Education of Topeka*.

<sup>43</sup> Veja STRAUSS, 2010, p. 85-92 (discutindo como eventos anteriores influenciaram a decisão do Tribunal em *Brown*), veja geralmente OGLETREE, 2009 (descrevendo eventos e casos históricos do Supremo Tribunal em relação à igualdade racial a partir de meados dos anos 1800 até o presente).

<sup>44</sup> Veja STRAUSS, 2002 (atribuindo o estado atual da lei de liberdade de expressão a uma evolução decorrente de “decisões judiciais e desenvolvimentos extrajudiciais”).

<sup>45</sup> Veja SIEGEL, 2002 (ratificando a Décima nona Emenda em uma história que começou com a elaboração da Décima Quarta Emenda).

<sup>46</sup> Veja SKOWRONEK, 1982 (descrevendo a criação e o crescimento de agências administrativas federais).

à expansão do poder federal sobre a economia nacional<sup>47</sup> e ao surgimento do domínio presidencial nos assuntos de segurança nacional<sup>48</sup>. Não é realista atribuir esses desenvolvimentos a um único ato decisivo (ou a um conjunto intimamente relacionado de atos decisivos) pelo eleitorado. Esses desenvolvimentos constitucionais foram o produto de um processo muito mais evolutivo.

Existe, então, uma maneira significativa em que uma constituição que é aplicada contra decisões majoritárias pode ser chamada de democrática? Como eu disse, considerarei um sistema constitucional de *common law*, embora eu pense que o argumento tem uma aplicação para além desse sistema. Por motivo de exposição, eu considerarei um modelo simples que parece relativamente antidemocrático: os princípios constitucionais são desenvolvidos por meio de precedentes judiciais isolados e depois utilizados por juízes federais para invalidar as leis promulgadas pelo Congresso e pelos legisladores estaduais. Devo enfatizar que este não é todo o constitucionalismo de *common law*. Outros atores além de juízes - legisladores, funcionários do poder executivo e cidadãos - também dependem de precedentes. E os juízes (assim como esses outros atores) invocam precedentes não-judiciais, produtos não apenas do trabalho dos juízes. Mas o constitucionalismo de *common law* é mais antidemocrático quando os juízes dependem apenas de precedentes judiciais. Então, se esse tipo de sistema é suficientemente democrático, segue *a fortiori* que o constitucionalismo de *common law* como um todo é adequadamente democrático.

Existem pelo menos três formas pelas quais um sistema centrado no juiz, ao contrário das aparências, é democrático<sup>49</sup>. O primeiro - provavelmente o mais óbvio - é que, embora os juízes federais não se candidatem ao cargo e não possam ser facilmente removidos do cargo, eles estão incorporados em um sistema democrático. Eles são selecionados e confirmados por representantes eleitos. As nomeações judiciais podem, naturalmente, ser usadas para tentar consolidar os pontos de vista de uma coalizão governamental por um

<sup>47</sup> Veja KRAMER, 1996 (“O New Deal exigiu uma expansão significativa da autoridade federal, com certeza, mas de uma perspectiva constitucional, o aumento foi quantitativo e não qualitativo”).

<sup>48</sup> Para uma discussão abrangente, veja BARRON, LEDERMAN, 2008.

<sup>49</sup> Muitos outros sugeriram, de várias maneiras, que a revisão judicial é menos contramajoritária do que parece. Veja, por exemplo, FRIEDMAN, 2009; ROSEN, 2006 e LAIN, 2012.

**Existe, então, uma maneira significativa em que uma constituição que é aplicada contra decisões majoritárias pode ser chamada de democrática?**

tempo até mesmo maior depois que a coalizão perca o poder<sup>50</sup>. Mas pelo menos no momento da sua nomeação, a maioria dos juízes terá pontos de vista que estão em linha com o sentimento popular<sup>51</sup>. Em suas perspectivas e sensibilidades gerais, é provável que sejam figuras comuns<sup>52</sup> (o que pode ser bom ou ruim, mas é mais democrático do que a visão convencional dos juízes, como atores “contramajoritários”). E mesmo as opiniões de uma coalizão extinta provavelmente ainda terão muitos adeptos.

Além disso, o judiciário é uma instituição multi-membros; reduz a chance de que membros com opiniões atípicas que se distanciam daquelas do processo de nomeação majoritário possam vir a ter muita influência. E os juízes não servem para sempre. Estarão, pelo menos, dentro de uma ou duas gerações das pessoas que são imediatamente afetadas por suas decisões - o que é mais do que pode ser dito sobre as pessoas que elaboraram e ratificaram a maior parte da Constituição escrita ou participaram dos principais candidatos para os momentos constitucionais.

Em segundo lugar, o precedente reflete o sentimento popular até certo ponto. Isso é fácil de ver se considerarmos “precedentes” não judiciais que incluam desenvolvimentos na sociedade como um todo. Por exemplo, as decisões que interpretam a Constituição para proibir muitas formas de discriminação contra as mulheres poderiam, de acordo com o *common law*, obter apoio legítimo nas tendências da sociedade em grande escala que apontaram para a igualdade das mulheres – mudanças no direito não constitucional e mudanças na economia e sociedade também. Mas mesmo um precedente estritamente judicial terá um tempo mais difícil de sobreviver se estiver muito longe de contato com o sentimento popular. Os representantes eleitos resistirão aos precedentes que são altamente impopulares – ou seja, mesmo que os representantes obedeam às ordens específicas dos tribunais, eles podem se recusar a reconhecer algumas decisões como interpretações apropriadas da Constituição, a menos que sejam especificamente ordenados a

<sup>50</sup> Veja GILLMAN, 2006.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p.142-43 (“Os juízes [...] tendem a representar a agenda política mais saliente no momento da sua nomeação”).

<sup>52</sup> Veja LAINM 2012, p. 164 (“Como o resto de nós. Os juízes do Supremo Tribunal são um produto de seu tempo”).

fazê-lo<sup>53</sup>. Além disso, precedentes impopulares serão submetidos a pressão de novos nomeados judiciais, incluindo juízes em tribunais inferiores que os implementarão de má vontade. Os cidadãos também podem resistir a eles, se tiverem a oportunidade. Todas essas forças tenderão a manter os precedentes não muito distantes da opinião pública.

Finalmente, a revisão judicial em si tornar-se-á vulnerável se os tribunais se desviarem da opinião pública demais e muitas vezes. Em um sistema democrático regular, as instituições que são inaceitáveis para um grande número de pessoas terão problemas para sobreviver de fato, se não teoricamente. A aceitação geral a longo prazo da revisão judicial – que, se eu tiver razão, opera por meio de uma abordagem de *common law* – é um sinal de que essa abordagem é, pelo menos, não muito censurável para muitas pessoas. Claro, nenhuma dessas coisas demonstra que a maioria das pessoas sempre apoie a revisão judicial, ou o constitucionalismo de *common law*, não importa o que os tribunais façam. Mas o apoio da maioria não é o ponto; se o fosse, os juízes seriam eleitos como são os legisladores e os chefes de governo. O ponto é apenas que existe um sentido significativo em que o constitucionalismo de *common law* é democrático.

Este último ponto se aplica não apenas à revisão judicial, mas a outros aspectos do sistema – elementos indiscutivelmente antidemocráticos, como o Senado<sup>54</sup>, ou elementos que são difíceis de classificar como democráticos ou não, como o requisito de que as eleições presidenciais se realizem a cada quatro anos ao invés de qualquer outro intervalo<sup>55</sup>. Se o sistema como um todo responde amplamente ao sentimento popular, então elementos específicos do sistema não poderão sobreviver se encontrarem desaprovação popular maciça. Obviamente, isso não significa que eles sejam idealmente democráticos, assumindo que sabemos o que “idealmente democrático” significa. Mas coloca um chão debaixo deles; limita o quão antidemocrático essas instituições podem se tornar.

<sup>53</sup> Veja BICKEL, 1962, p. 258-64 (descrevendo reações dos presidentes Jackson, Lincoln e Franklin Roosevelt às decisões que desaprovaram).

<sup>54</sup> Veja LEVINSON, 2006 (criticando o “Senado ilegítimo” por seu sistema de representação desigual e a redistribuição resultante de recursos de grandes estados para pequenos estados).

<sup>55</sup> *Ibid.* p. 116-18 (sugerindo que a rigidez do mandato do presidente pode ser antidemocrática à luz da incapacidade de termos fixos para garantir uma boa política ou servir como medida de estabilidade política).

**Não há uma única teoria da democracia que seja obviamente correta e, por essa razão, entre outras, nenhuma maneira única de estabelecer, além da disputa, as credenciais democráticas da revisão judicial e do constitucionalismo de *common law*. Mas essas credenciais existem.**

Claro, ainda é verdade que o sistema pode ser melhorado. As melhorias podem ser feitas em nome de uma visão normativa específica sobre o aspecto de uma democracia que funciona bem. Assim, pode-se argumentar pela eleição popular do presidente, por exemplo, em preferência à eleição do Colégio Eleitoral. No caso da revisão judicial, o argumento seria que a melhor concepção da democracia exige que os tribunais defiram mais para certas decisões legislativas e executivas do que para outras. Este tipo de argumento prevaleceu em meados da década de 1930, quando o Tribunal abandonou o devido processo econômico e começou a seguir a abordagem da Constituição descrita na nota de rodapé do caso *Carolene Products*<sup>56</sup>. A afirmação, na época, era que o papel judiciário apropriado em uma democracia é o descrito na nota de rodapé, por implicação, a abordagem que o Tribunal tinha tomado antes era insuficientemente democrática. Em alguma medida, a revisão no papel dos tribunais provavelmente foi motivada pela opinião da elite, mas a Suprema Corte, pelo menos, também respondeu a algumas das forças democráticas que descrevi<sup>57</sup>. Isso foi pressionado pela opinião popular, e a sua adesão mudou; novos nomeados foram escolhidos por um presidente popular que queria reformular o papel do Tribunal.

Não há uma única teoria da democracia que seja obviamente correta e, por essa razão, entre outras, nenhuma maneira única de estabelecer, além da disputa, as credenciais democráticas da revisão judicial e do constitucionalismo de *common law*. Mas essas credenciais existem. A Constituição que está nos Arquivos Nacionais foi o trabalho do “*They the People*”. Mas a Constituição que realmente temos - uma evolução, não uma que está sob o vidro - na verdade é, de maneira importante, o trabalho do “*We the People*”.

<sup>56</sup> US SUPREME COURT, 1938, *United States v. Carolene Products Co.* (propondo um padrão elevado de revisão judicial, entre outras coisas, de legislação voltada para “minorias discretas e insulares”).

<sup>57</sup> Para uma discussão histórica sobre os eventos significativos que antecederam *United States v. Carolene Products Co.* e o impacto desse evento na jurisprudência do Tribunal, ver o documento FRIEDMAN, 2009, p. 46.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *We The People: Foundations*. Cambridge: Belknap Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. *We The People: Transformations*. Cambridge: Belknap Press, 1998.
- \_\_\_\_\_. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution, *Yale Law Journal*, vol. 93, p. 1013-1072, 1984.
- BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: Belknap Press, 2011.
- BARRON, David J.; LEDERMAN, Martin S. The Commander in Chief at the Lowest Ebb—A Constitutional History, *Harvard Law Review*, v. 121, p. 941, 2008.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press, 1962.
- BREST, Paul. The Misconceived Quest for the Original Understanding. *Boston University Law Review*, v. 60, p. 204-205, 1980.
- CARDOZO, Benjamin N. Adherence to Precedent. The Subconscious Element in the Judicial Process, *The nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.
- ELSTER, Jon. The Optimal Design of a Constituent Assembly. In: LANDEMORE, Hélène; ELSTER, Jon (eds.). *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- ESKRIDGE, William N. Jr; FERREJOHN, John. Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review, *Texas Law Review*, v. 87, p. 1273 e 1281. 2009.
- FALLÓN Jr., Richard H. A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, v. 100, p. 1189 e 1195, 1987.
- FLEMING, James E. Toward a More Democratic Congress? *Boston University Law Review*, v. 89, p. 629 e 640. 2009.
- FRIEDMAN, Barry. *The Will Of The People: How Public Opinion Has Influenced The Supreme Court And Shaped The Meaning Of The Constitution*. New York: Farrar Straus Giroux, 2009.
- GILLMAN, Howard. Party Politics and Constitutional Change: The Political Origins of Liberal Judicial Activism. In: KAHN, Ronald; KERSH, Ken I. (Eds.). *The Supreme Court And American Political Development*. Lawrence: University Press of Kansas, 2006.
- HAMILTON, MADISON, JAY. *O Federalista*. Portugal: Ed. Calouste Gulbekian, 2011.
- KLARMAN, Michael J. Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments, *Stanford Law Review*, v. 44, p. 759 e 765, 1992.

KRAMER, Larry. What's a Constitution For Anyway? Of History and Theory, Bruce Ackerman and The New Deal, *Case Western Reserve Law Review*, v. 46, p. 885 e 921, 1996.

LAIN, Corinna Barret. Upside-Down Judicial Review, *The Georgetown Law Journal*, v. 101, p. 113, 2012.

LEVINSON, Sanford. *Our Undemocratic Constitution: Where The Constitution Goes Wrong (And How We The People Can Correct It)*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

OGLETTREE JR., Charles J. From Dred Scott to Barack Obama: The Ebb and Flow of Race Jurisprudence, *Harvard Blackletter Law Journal*, v. 25, 2009.

PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a "Majoritarian" Institution? *The Supreme Court Review*, v. 2010, p. 103 e 105. 2011.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

REHFELD, Andrew. Representation Rethought: On Trustees, Delegates, and Gyroscopes in the Study of Political Representation and Democracy, *AM. POL. SCI. REV.*, v. 103, p. 214. 2009.

ROSEN, Jeffrey. *The Most Democratic Branch: How The Courts Serve America*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

SHOWRONEK, Stephen. *Building A New American State: The Expansion Of National Administrative Capacities 1877-1920*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SIEGEL, Reva B. She The People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism, and the Family, *Harvard Law Review*, v. 115, 2002.

SIMON, Larry G. The Authority of the Framers of the Constitution: Can Originalist Interpretation Be Justified? *California Law Review*, v. 73, p. 1482; 1498; 1499-1500. 1985.

STRAUSS, David A. Common law Constitutional Interpretation. *U. Chicago Law Review*, v. 63, p. 877, 1996.

\_\_\_\_\_. Freedom of Speech and the Common-Law Constitution. In: STONE, Geoffrey R.; BOLLINGER, Lee C (Eds). *Eternally Vigilant: Free Speech In The Modern Era*. Chicago: Chicago University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. *The living constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SUAREZ, Ray. Interview by Ray Suarez with Elzena Johnson, Delegate to the 2012 Democratic Nat'l Convention, in Charlotte, N.C. (Sept. 6, 2012). Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=tbk5NsA3Cyw>>. Acesso em: 06 set. 2017.

US CONSTITUTION, 1787.

US OFFICE OF LEGAL COUNSEL. Lawfubess of Recess Appointments During a Recess of the Senate Notwithstanding Periodic Pro Forma Sessions. *Opinions of the Office of Legal Counsel*, Vol. 36, p. 5-9, 2012. Disponível em: <<http://justice.gov/olc/2012/pro-fonna-sessions-opinion.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2017.

US SUPREME COURT. *Snyder v. Phelps*, 131 S. Ct. 1207, 1215-19 (2011). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/443/>>. Acesso em: 02 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *Citizens United v. FEC*, 130 S. Ct. 876, 913 (2010). Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 602, 605 (2000). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/598/case.html>>. Acesso em: 02 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *Noel Canning v. NLRB*, 705 F.3d 490, 499-507 (D.C. Cir. 2013). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/12-1281>>. Acesso em: 02 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *Evans v. Stephens*, 387 F.3d 1220, 1224-26 (11th Cir. 2004). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/04-828.ZA.html>>. Acesso em: 02 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 02 set. 2017.

\_\_\_\_\_. *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html>>. Acesso em: 02 set. 2017.

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.