

**A SOLIDARIEDADE NO CONSTITUCIONALISMO
NORTE-AMERICANO***SOLIDARITY IN NORTH-AMERICAN CONSTITUTIONALISM*FELIPE CESAR JOSÉ MATOS REBÊLO¹**RESUMO**

A solidariedade se revela uma perspectiva fundamental no âmbito do constitucionalismo. O modelo norte-americano pode ser visualizado com adjetivos específicos que lhe fornecem um tom diferenciado. O institucionalismo histórico e a teoria democrática dualista, desenvolvidos por Stephen Griffin e Bruce Ackerman respectivamente, podem fornecer uma caracterização peculiar de um constitucionalismo em que o Poder Judiciário encontra abrangência, mas em que outros feixes de atuação não podem ser desconsiderados no processo de aplicação e interpretação da Constituição, de 1787. Nesse sentido, as pressões populares e atuação conjunta do Legislativo e do Executivo merecem apreciação, como forma de estabelecimento dos direitos inerentes, mormente aqueles ligados à solidariedade e implementação de políticas públicas em conjugação aos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Solidariedade. Constitucionalismo. Institucionalismo Histórico. Teoria Dualista Democrática. Judicialização

ABSTRACT

Solidarity is a fundamental perspective in the constitutional framework. The American model can be visualized with specific adjectives, which give it a differentiated tone. The historical institutionalism and dualist democratic theory developed by Stephen Griffin and Bruce Ackerman respectively can provide a peculiar characterization of a constitutionalism in which the Judiciary finds scope, but in which other action beams cannot be disregarded in the process of application and interpretation of the 1787 Constitution. In this sense, the popular pressures and joint action of the Legislative and Executive deserve appreciation, as a way to establish the inherent rights, especially those related to solidarity and implementation of public policies in conjunction with social rights.

KEYWORDS: Solidarity; Constitutionalism; Historical Institutionalism; Dualist Democratic Theory; Judicialization.

¹ Mestre e doutor em Direito Político e Econômico, pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Faculdade de Direito, São Paulo. Professor no curso de especialização, pela mesma instituição. Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos, pela Universidade de Coimbra, Portugal. Advogado e professor Universitário. E-mail: felipe.rebello76@gmail.com

INTRODUÇÃO

A solidariedade se revela como um princípio a ser observado não só no Direito brasileiro, em um contexto de políticas públicas amplas, inclusivas e cumpridoras dos preceitos constitucionais e legais, como também no caso norte-americano, em seu sistema político e jurídico.

Consideradas as nuances que caracterizam a sistemática norte-americana, com suas peculiaridades políticas e jurídicas, almejam-se a verificação e a instrumentalização da solidariedade na realidade oportuna como um fato exprimível por uma perseguição histórica, relativa a uma necessidade sempre imperante na própria implementação de políticas públicas.

Diferentemente do caso brasileiro, cita-se o papel que pode ser atribuído ao elemento político como concatenador efetivo dessas políticas, que preenchem o constitucionalismo norte-americano em um viés que se pretende sempre atual às demandas populares, não se sobejando uma atuação exclusiva do Poder Judiciário para a concretude das diretrizes estabelecidas constitucionalmente.

No cerne da questão, encontra-se o debate realizado por representantes da doutrina, tais quais Stephen Griffin e Bruce Ackerman, que delimitam o marco teórico do presente estudo.

Os autores citados desenvolvem um trabalho que considera o constitucionalismo norte-americano como afeito a determinantes históricos e políticos pontuais, que contornam as linhas mestras da Constituição norte-americana, de 1787, perfazendo um estudo constitucional que não se pautaria, única e exclusivamente, pela atuação dos tribunais e da jurisprudência, tal qual se observa de forma mais veemente em outras localidades do hemisfério, como o próprio Brasil e a sua crescente judicialização da política a partir da Constituição, de 1988.

Quer-se averiguar como a solidariedade encontra concreção no constitucionalismo norte-americano, ao mesmo tempo em que se perscruta entender o alcance dos campos político e jurídico na delimitação desse mesmo constitucionalismo. Será que apenas o Judiciário atua de forma veemente no contexto elucidado? O campo político pode apresentar preponderância para o alcance desse mister? O Judiciário, efetivamente, preenche uma função indispensável para a delimitação de políticas públicas constitucionais e concretizantes do princípio da solidariedade? Essas são algumas perguntas que merecerão a devida ponderação na análise que irá se efetivar.

Para tanto, inicia-se o estudo realçando a solidariedade como um elemento com peculiaridades singulares na sociedade norte-americana, desde os tempos de sua formação, com enfoque no período histórico iniciado no século XIX, passando-se à análise consentânea do institucionalismo histórico e da teoria dualista, abordagens de Griffin e Ackerman acerca de como o constitucionalismo norte-americano se desenvolve, no bojo de uma teoria de mudança constitucional. Por derradeiro, antes de se adentrar na conclusão, enfrenta-se a questão da judicialização da política, e se as determinantes que a caracterizam são aferíveis no caso concreto.

O método de abordagem a ser adotado na pesquisa é o hipotético-dedutivo, pois o trabalho intelectual se baseará na apreciação da hipótese formulada, confrontando-se esta com o conhecimento existente, expresso pelas doutrinas nacional e internacional afeitas ao tema, em especial a análise da Constituição norte-americana e suas interligações com os campos político e jurídico, expresso este último pela Suprema Corte, utilizando-se a terminologia de Luhmann.

De outra via, o método de procedimento a ser adotado na pesquisa é o que se baseia pelo levantamento bibliográfico, expresso pelo método dissertativo-argumentativo, pois se pretende apresentar o tema com a devida profundidade, pautando-se pelas doutrinas nacional e internacional afeitas ao tema. Foca-se no estudo do documento constitucional citado e as interligações cabíveis. Quanto aos resultados, a análise busca aferir se a mudança constitucional, foco do constitucionalismo norte-americano aqui retratado, se relaciona com a solidariedade como uma primazia da atuação jurisdicional em cumprimento aos preceitos constitucionais, ou caminha no sentido de a mudança constitucional ser relatada como um processo explicativo para a abertura e conquista de direitos, fundamentada em um institucionalismo histórico amparado pelo elemento político, que encontra sua base de sustentação nas demandas e pressões populares.

1 A SOLIDARIEDADE PERFAZENDO OS CAMPOS POLÍTICO E SOCIAL NO CONTEXTO NORTE-AMERICANO

A solidariedade se verifica um ponto constante da sistemática norte-americana.

Não obstante, predominantemente, apregoe-se o Estado norte-americano como liberal, características íntimas da solidariedade como princípio relevante restam oponíveis. Afinal, valores como a liberdade, a igualdade e a solidariedade são complementares, não podendo persistir um sem o outro (FARIAS, 2006, p. 39).

A solidariedade pode ser compreendida nos dias correntes como um arcabouço principiológico, que pode se refletir na esfera normativa, não mais se limitando ao espectro fenomênico e iluminista das revoluções setecentistas, expresso pela liberdade, igualdade e fraternidade. Abarca agora, em seu bojo, a pluralidade do relacionamento humano, a participação na coisa pública, reverberando em seu cerne a atuação humana conjunta que busca preservar as individualidades no âmbito de uma pluralidade, ao mesmo tempo em que se direciona a organicidade política e jurídica para a complementação das necessidades inerentes que possam encontrar defasagem casuística no plano social². Os direitos sociais deverão restar observados nessa moldura, tendo-se os direitos fundamentais como referencial.

Essa faceta atualizada da solidariedade ganha robustez a partir dos idos finais do século XIX, e início do século XX, com a estruturação propriamente dita do Estado Social. O estabelecimento deste fortalece a ideia de solidariedade, questão que passa a gozar de pujança não só no campo social, como também nos campos político (com o implemento de políticas públicas) e jurídico, como reflexo daquela primeira força situacional.

O Estado Social é comumente visto como uma antítese ao Estado Liberal, mais preocupado com a liberdade negocial em detrimento dos direitos inerentes ao povo (BONAVIDES, 2011). Contudo, pode ser considerado como uma nova abordagem feita às demandas que surgiam e aos direitos que encontravam um estado de precarização ante a atuação pública e privada. Longe de desenvolver o Estado Liberal em suas falhas, pode ser concebido o Estado Social ou Estado de Solidariedade como uma inovação da própria evolução social, relacionando-se aos campos político e jurídico como uma estrutura interligada.

Nesse sentido, a realidade do Estado Social merece a devida perquirição quanto à sua profundidade conceitual, considerando o Estado Liberal em termos de conteúdo. “Tratava-se de estabelecer uma visão da sociedade como uma perpétua invenção e reinvenção de novos procedimentos de gestão do social. Movia-se na brecha entre as forças do passado e as forças do futuro” (FARIAS, 1999, p. 63).

² A questão da assistência social como paradigma da solidariedade no Estado Social é enfocada pela doutrina, como se nota na obra de José Fernando de Castro Farias, a título exemplificativo.

Os Estados Unidos da América, mesmo sendo considerado um Estado liberal, afeito de forma mais próxima às credices criadoras de Alexander Hamilton em detrimento de Thomas Jefferson, também possui o elemento solidariedade em sua natureza.

A Constituição, de 1787, foi promulgada na esteira de um movimento político impulsionado pelo federalismo hamiltoniano que almeja uma maior intervenção governamental nas localidades específicas. Em que pese à crítica que pode ser direcionada a essa intervenção por violar os direitos inerentes aos Estados singularmente considerados, na esteira da defesa jeffersoniana, restou o documento constitucional como um arcabouço que pode refletir uma situação político-econômica liberal, mas que assume feições específicas quanto à solidariedade como princípio, mormente no tocante à atuação que é conferida a União para poder intervir em questões estatais que possam prejudicar até mesmo a situação dos cidadãos norte-americanos. Como já dito, não existe liberdade sem solidariedade, mesmo em um Estado tido como liberal.

Por essa via, o Congresso norte-americano, em uma atuação conjunta com o Executivo, pode atuar no caminho de proporcionar o devido controle fiscal e tributário em toda a União, acompanhando os impostos refletidos pelos estados, sendo possível agir nesse contexto quando for constatável que uma medida apresente o condão de prejudicar o *bem-estar* dos Estados Unidos da América, não se considerando “apenas” a União nessa definição. A Seção 8ª do art. 1º da Constituição, de 1787³, preconiza esse entendimento.

Outrossim, deve ser esclarecido que a questão da solidariedade como princípio não se verificou oponível unicamente com traços sensíveis no ordenamento jurídico norte-americano. Mesmo presente o conteúdo liberal mencionado, a questão da solidariedade como participação social na coisa pública e assistência no âmbito comunal se qualifica como característica própria da cidadania norte-americana de tempos anteriores.

É observável em momentos como o preconizado pelo século da independência norte-americana, o pleno associativismo dos cidadãos que compõem a estrutura social. Qualquer grei que possa ser constituída para a composição de interesses de uma localidade peculiar, como uma vila ou uma estrutura geográfica menor, ganha a pauta dos assuntos do norte-americano.

³“Section 8º. The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States (...)”.

Por esse fato se enxerga como a questão da solidariedade merece a devida reflexão, uma vez que o entroncamento político e social é palatável, de forma a que a questão social possa ser compreendida como uma demanda de forte propulsão pela população desde esses tempos, e ainda em momentos anteriores na história norte-americana.

Alexis de Tocqueville enfoca esse envolvimento, que poderá apresentar participação no desenvolvimento da solidariedade no Estado norte-americano (TOCQUEVILLE, 2014, p. 219-220):

O habitante dos Estados Unidos aprende desde o nascimento que deve contar consigo mesmo para lutar contra os males e os embaraços da vida; ele lança à autoridade social um olhar desconfiado e inquieto, e só apela para o seu poder quando não pode dispensá-lo. Isso começa a se perceber desde a escola, onde as crianças se submetem, até mesmo nos jogos, as regras que elas mesmas estabelecem e punem entre si os delitos que elas mesmas definem. O mesmo espírito se encontra em todos os atos da vida social. Um problema qualquer ocorre na via pública, a passagem é interrompida, o tráfego detido; os vizinhos logo se estabelecem em corpo deliberador; dessa assembleia improvisada sairá um poder executivo que remediará o mal, antes que a ideia de uma autoridade preexistente à dos interessados se apresente à imaginação de alguém. Se se trata de um prazer, logo se associarão para dar maior esplendor e regularidade à festa. Unem enfim para resistir a inimigos totalmente intelectuais: combatem em comum a intemperança. Nos Estados Unidos, as pessoas se associam com fins de segurança pública, comércio e indústria, moral e religião. Não há nada que a vontade humana desespere alcançar pela livre ação da força coletiva dos indivíduos.

Por conseguinte, diz-se que a participação na coisa pública enseja o fortalecimento da solidariedade. O campo social pressiona o campo político como uma pretensão que se revela inerente à conduta social, afeita à participação política em qualquer rincão que seja. Nesse caso, mesmo persistindo um modelo liberal de Estado, a solidariedade não fica incólume, presumindo uma ação conjunta dos cidadãos ante o poder político, com o poder Judiciário, referendando essa pretensão em diversas ocasiões. Esta última questão será mais bem tratada no item subsequente.

2 O INSTITUCIONALISMO HISTÓRICO E A TEORIA DUALISTA

No tema de compreensão da solidariedade no constitucionalismo norte-americano, adota-se a postura de abarcar no presente estudo a compreensão das mudanças constitucionais que se verificam no caso nacional precípuo, tendo-se como referencial teórico Stephen Griffin e Bruce Ackerman. A teoria da mudança constitucional incorpora requintes diferenciados na obra deles.

Com efeito, o Estado Social, à medida que se fortaleceu nos idos finais do século XIX e início do século XX, ensejou uma atuação mais árdua do Judiciário, com o escopo de concretizar os direitos sociais previstos em documentos constitucionais surgidos, como a Constituição de Weimar e a Constituição Mexicana. A solidariedade não fugiu desse espectro, e acompanhou o marco oponível perante os tribunais.

Griffin e Ackerman, por seu turno, apresentam uma visão distinta para a questão do constitucionalismo norte-americano, mormente quando analisam a mudança constitucional e seus efeitos na aplicabilidade dos direitos.

O institucionalismo histórico é desenvolvido por Stephen Griffin e merece a devida ponderação como uma forma de ver o constitucionalismo norte-americano, por meio da teoria da mudança constitucional, em que ao Judiciário, constituinte do campo jurídico, se destaca como um campo de atuação não decisivo para a devida perpetração de direitos, tais quais os previstos pela Constituição, de 1787, citando-se os direitos sociais.

É um apontamento no círculo que se estuda no presente momento de que o Judiciário pode ser relevado a um segundo plano na forma de interpretação da Constituição, de 1787. O que se pretende dizer é que o Legislativo, em um arcabouço normativo de execução, juntamente com o Poder Executivo realizam a devida aplicação e variação dos preceitos constitucionais de acordo com as necessidades realísticas. Ou seja, altera-se a Constituição, e é principalmente o Executivo, por meio do presidente, que preenche o canal de vital importância para esse processamento. Resta ao Judiciário um papel de concreção de direitos, mas não com exclusividade nem com proeminência.

Acaba-se saindo de um normativismo dos *Founding Fathers* para uma *democracia de direitos*, exigível pela soberania popular, pelos poderes constitucionais constituídos. O período de concessão acentuado dos direitos civis, a partir dos anos 1950, denota uma compreensão da responsabilidade nesse aprimoramento por todos os órgãos constitucionais, estabelecendo o que Griffin entende, enfatiza-se, como uma *democracia de direitos* (VIEIRA; MASTRODI NETO; VALLE, 2005, p. 20).

Tendo-se em mente o processo dificultoso de alteração constitucional, mormente no caso do art. 5º da Constituição norte-americana⁴, impossibilitando-se até mesmo a ponderação

⁴Article 5º. The Congress, whenever two thirds of both houses shall deem it necessary, shall propose amendments to this Constitution, or, on the application of the legislatures of two thirds of the several states, shall call a convention for proposing amendments, which, in either case, shall be valid to all intents and purposes, as part of this Constitution, when ratified by the legislatures of three fourths of the several states, or by conventions in three fourths thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the Congress; provide that no amendment which may be made prior to the year one thousand eight hundred and eight shall in any

de participação dos estados na composição dos quadros legislativos nacionais (Dahl, 2015, p. 86-87), a política pode atuar de forma decisiva para a persecução das necessidades sociais desejáveis ao momento histórico oportuno. A instabilidade política é um problema levantado no caso concreto (SIFPERT, 2002, p. 62-63):

O problema quanto às mudanças constitucionais se colocou para aqueles que a criaram. Se a Constituição permite mudanças muito facilmente corre o risco de não servir como estrutura política e de se tornar refém de diferentes arrebatamentos políticos. De outro lado, se estas mudanças se tornam muito difíceis de serem produzidas podem levar a uma instabilidade política e ao repúdio da Constituição através de mudanças produzidas fora do âmbito das emendas.

Para Griffin, os momentos de mais visibilidade na atuação do Executivo e do Legislativo, aplicando a Constituição, de 1787, e os direitos consentâneos de forma precípua, se deram em momentos definíveis, como a Reconstrução pós Guerra Civil e o *New Deal*, este último de abrangência e responsabilidade do presidente Franklin Delano Roosevelt.

Isso não significa dizer que apenas em momentos políticos de vulto como os citados a mudança constitucional se perpetrou. No ato de compra da Louisiana por Thomas Jefferson, então presidente dos Estados Unidos da América, no início do século XIX, pensou-se acerca da possibilidade de uma emenda constitucional que permitisse a aquisição. Devido ao receio de Napoleão mudar de ideia quanto à venda do território mencionado, já que a França encontrava-se em situação de guerra com a Grã-Bretanha, entendeu-se por bem prosseguir com a aquisição sem essa chancela constitucional, que terminou com a guarida do Congresso. O fulcro do posicionamento adotado colocou-se pela necessidade imperiosa de se manter a soberania nacional em territórios disputados, bem como preservar a segurança e a integridade jurídica do Estado nacional norte-americano, considerados o preâmbulo e o art. 4º (Seções 2º e 4º) da Constituição, de 1787⁵.

Mais recentemente, a implementação do programa *Obamacare*⁶, pelo presidente Barack Obama, em 2014, após intensos debates, desde 2012, impondo a obrigação a todos os

manner affect the first and fourth clauses in the ninth section of the first article; and that no state, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate”.

⁵“We the People of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America”. (...) *Article 4º. Section 2º*. The citizens of each state shall be entitled to all privileges and immunities of citizens in the several states (...). *Section 4º*. The United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government, and shall protect each of them against invasion; and on application of the legislature, or of the executive (when the legislature cannot be convened) against domestic violence”.

⁶Até a confecção do presente artigo, o presidente Donald Trump reitera uma ação política específica pelo afastamento da política pública retratada. Embora tenha encontrado certos insucessos nas votações do Congresso

cidadãos norte-americanos de adquirir um plano de saúde, quando não coberto por um plano governamental (à época, 40 milhões de norte-americanos não dispunham de um plano de saúde), refletiu uma tendência do campo social acolhida pelo campo político, e que foi, depois, referendada pela Suprema Corte como constitucional. Reconheceu-se o direito à saúde em uma faceta específica, diante da faceta estratificada da liberdade em uma análise puramente liberal e atemporal da Constituição, de 1787.

No caso da Reconstrução, inúmeras agências foram criadas de forma a se perpetrar a descentralização administrativa, como a *Interstate Commerce Commission*, a *Federal Trade Commission*, a *Federal Reserve Board*, dentre outras que foram criadas para a aproximação de direitos no âmbito constitucional (GRIFFIN, 1996, p. 79).

Com Roosevelt, a mesma vertente foi observada, com a implementação do *New Deal* e sua política de reconstrução econômica que, segundo o próprio presidente, não poderia se alicerçar em postulados idênticos aos dos *Founding Fathers*, uma vez que os princípios constitucionais deveriam se adaptar às condições novas, não permanecendo imutáveis (COMPARATO, 2010). A composição humana da Suprema Corte mereceria mudanças, devido ao seu jogo de obstar a implementação de diversas medidas preconizadas pelo *New Deal*.

Na agenda temporal do governo Roosevelt, encontra-se seu enfrentamento com a Suprema Corte para a instrumentalização do *New Deal*. Mesmo com essa barreira, verifica-se seu empenho para fazer valer a Constituição, de 1787, bem como sua *Bill of Rights*. O bem-estar norte-americano mereceu consideração por programas governamentais de assistência social, como a Lei de Seguridade Social, de 1935, que previa a concessão de seguro desemprego, pensões para idosos, bem como a assistência aos deficientes, idosos pobres e crianças dependentes (BRINKLEY, 2014, p. 66).

Nas palavras de Griffin, o constitucionalismo norte-americano pode preencher a caracterização de fomentador de direitos, mormente os previstos na Constituição, de 1787, e aqueles que se denotam como derivação deles, desde que presentes a atuação do Executivo e a do Legislativo em um plano primordial, refletindo a participação social no plano político, espelho de suas demandas (GRIFFIN, 1996, p. 41):

The experience of American constitutionalism shows that you can maintain the written quality of the constitution only at the expense of abandoning the framework character of the document and you can maintain the framework character of the constitution only by abandoning the idea that all important constitutional change must occur through formal amendment.

em prol do enfraquecimento do *Obamacare*, age por outras frentes, como pela autorização federal aos Estados para solicitarem alterações específicas na cobertura prevista pelo programa.

Quer-se com isso dizer que o sentido de Constituição pode assumir outra feição, expresso por “(...) a text based institutional practice in which authoritative interpreters can create new constitutional norms” (GRIFFIN, 1996, p. 56).

Bruce Ackerman trata a questão ressaltada sob outro viés. O seu escopo de abrangência se refere à teoria dualista democrática, que se assemelha à Griffin na abordagem da mudança constitucional, mas consideradas tessituras específicas.

Faz-se a diferenciação entre os modelos democráticos dentro de um mesmo ângulo político. Destaca-se o grupo decisório feito pelo corpo representativo político, que em si traduz-se pela atividade político-burocrática hodierna, em que os representantes eleitos exercem na práxis suas atividades nas Câmaras ou Assembleias eleitas. Ou seja, não se visualiza uma ação política das massas com efetividade e atualidade nesse primeiro cenário democrático.

Em um segundo momento, de acordo com Ackerman, o povo é ilustrado como politicamente engajado, engendrando e buscando transformações no sistema (ACKERMAN, 1991, p. 6):

Decisions by the People occur rarely, and under special constitutional conditions. Before gaining the authority to make supreme law in the name of the People, a movement's political partisans must first, convince an extraordinary number of their fellow citizens to take their proposed initiative with a seriousness that they do not normally accord to politics; second, they must allow their opponents a fair opportunity to organize their own forces; third, they must convince a majority of their fellow Americans to support their initiative as its merits are discussed time and again, in the deliberative for a provided for “higher lawmaking”. It is only then that a political movement earns the enhanced legitimacy the dualist Constitution accords to decisions made by the People.

Considerando-se esse entendimento, as principais mudanças constitucionais ocorreram nos momentos precípuos já enumerados por Griffin, somando-se a este rol o momento de adoção originária da Constituição, de 1787, e de sua *Bill of Rights*. Esclarece, no entanto, que essas mudanças passaram de forma distante da legalidade, pressuposta, postumamente, no art. 5º do documento constitucional citado.

Assim sendo, encontram-se de um lado as transformações constitucionais, tidas como legais, resultantes de uma atividade democrática popular intensa que refletiu no Legislativo e, principalmente, no Executivo. No entanto, ocorreram fora das diretrizes impostas pela Constituição, de 1787, em seu aspecto formal.

O Poder Judiciário continua cumprindo um papel importante na democracia norte-americana, fazendo preservar a aplicabilidade das diretrizes da Constituição, de 1787. No entanto, essa atividade pode ser cerceada se afligir negativamente aquele sentido delimitado de democracia dual, mormente no oposto às atividades populares engajadas (MONTEBELLO, 2002, p. 102-103):

Ackerman deixa claro, contudo, que a revisão judicial perderá sua legitimidade caso venha a invalidar conquistas revolucionárias resultantes da deliberação soberana do povo, ainda que a mesma confronte direitos fundamentais constitucionais. É dizer, a Suprema Corte deve se submeter à democracia hierarquicamente superior, ou seja, às grandes decisões políticas tomadas por uma cidadania fortemente engajada.

Em outros termos, diz-se que a fonte de direito, no pensamento retratado, remete-se ao povo, aos cidadãos constituintes dos Estados Unidos da América, de forma que a verdadeira interpretação das atribuições da Constituição é remissível ao poder democrático dual com uma predominância das massas populares em sua atividade política intensa.

Disposições que constem como direitos fundamentais, que se valorem como afeitos à própria solidariedade, encontram respaldo para a instrumentalização por meio de políticas públicas que forneçam mecanismos catalisadores, mesmo perpassados, de forma alheia à atividade legislativa constitucional.

Por lógica pressuposta, a atividade popular que enxerga a necessidade de estabelecimento de uma religião oficial, em detrimento do previsto na Constituição, de 1787, em sua 1ª emenda⁷, merece respaldo, cabendo à Suprema Corte apenas respaldar esse posicionamento, fruto da atividade democrática dual e fundamental no processo de mudança constitucional desde tempos passados (MONTEBELLO, 2002, p. 103).

Vale o mesmo para a solidariedade e implemento de direitos sociais no bojo de um Estado liberal. A atividade democrática vinda das massas populares se revela um permissivo apto a tanto, mesmo se perpassando o art. 5º da Constituição, de 1787, e aspectos fundamentais de sua dinâmica constitucional (SMANIO, 2015).

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA?

Diante da proposta analisada de mudança constitucional para o caso norte-americano, averigua-se o papel que o Judiciário desempenha na sistemática adotada, até mesmo quanto ao implemento de políticas públicas via ativismo judicial ou a chamada judicialização da política.

⁷“Amendment 1º. Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”.

Historicamente, visualiza-se uma atividade profunda do Judiciário norte-americano, mormente de sua Suprema Corte, desde a formação como Estado independente. Em sua assunção ao cargo de presidente dos Estados Unidos da América, em 1801, Thomas Jefferson enfrentou a intervenção da Suprema Corte, titularizada por John Marshall, quando seu antecessor, John Adams, fez diversas nomeações na Administração em momentos anteriores e ínfimos à assunção do novo presidente, questão resolvida pelo Judiciário. É o famoso caso *Marbury vs. Madison*, de 1803. Deve-se pontuar que a própria Constituição, de 1787, não apropria de forma veemente a disposição do Judiciário Federal em possuir uma atuação mais abrangente no tocante a questões políticas, o que demonstra a proposta tenra da Suprema Corte por uma judicialização que evoluiria ao decorrer dos tempos (SOUTO, 2015, p. 5):

O fato é que o sintetismo da Lei Fundamental norte-americana não permitiu que se estabelecesse, de forma expressa e inequívoca, a competência da Suprema Corte para decretar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo dos demais Poderes da República. Não parece ter sido essa uma atitude deliberada, isto é, de forma proposital não previram a competência da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade de lei, ainda que não se possa esquecer que, se tal dispositivo tivesse sido inserido de forma direta, expressa, muito provavelmente a ratificação do Texto pelos Estados teria sofrido uma oposição ainda maior à efetivamente verificada.

Essa atividade percorreu uma linha crescente no decorrer de sua história, verificando-se embates constantes com o Legislativo e o Executivo. O caso do *New Deal* reflete essa realidade.

Em virtude desse posicionamento da Suprema Corte, aborda-se a questão da mudança constitucional e da implementação de políticas públicas, como as afeitas à solidariedade se relacionam com o Judiciário em suas funções basilares.

Mesmo se pensando na oponível judicialização da política, no caso norte-americano refere-se o estamento a uma realidade que não se integra a essa assertiva. A própria figura da mutação constitucional, que poderia ser oponível, resta colocada em um segundo plano, tendo-se em pauta os recortes teóricos alocados na presente exposição⁸.

⁸Na mutação constitucional, tem-se uma alteração no sentido e alcance das disposições constitucionais, enquanto no caso da mudança constitucional norte-americana tem-se um espectro mais dilatado de abrangência, que

Entende-se que as posturas adotadas pelo Judiciário nada mais fazem do que refletir um posicionamento expresso pela democracia dual de Ackerman, em sua faceta popular, e que contamina o Executivo e o Legislativo. Dessa forma, as medidas jurídicas adotadas pela Suprema Corte norte-americana representariam a homologação de tendências já escrituradas nos outros poderes, observado o poder inculcido pela democracia dual ackermaniana.

Ackerman expressa esse posicionamento no famoso caso das *Slaughterhouses*⁹:

(...) it is not the case that every important constitutional question ends up in the courts for full-dress resolution. Sometimes, as in *Slaughterhouse*, courts simply acknowledge the constitutional conclusion reached by others after long and bitter years of argument.

The challenge is to take those non-Tocquevillean truths seriously. The great precedents established by Presidents and Congresses in dialogue with their fellow citizens, command respect even if their significance is given scant acknowledgment in judicial opinions. It is about time for lawyers to move beyond their myopic focus on the work of the courts. It is not too late for them to redeem the promise made by the first words of the constitutional text, and to treat We the People as the principal architect of America's constitutional destiny (ACKERMAN, 1998, p. 252).

Diz-se que um momento de recuo da Suprema Corte perante as reformas intervencionistas e alheias ao *laissez-faire* pelo *New Deal*, colocou-se de acordo com o espírito democrático, uma vez que os princípios interpretativos que vinham sendo adotados judicialmente se colocaram defronte à democracia dualista exposta ou, em outros termos, ao institucionalismo histórico que engloba os valores democráticos que devem conduzir a atividade política da nação, com reflexão no campo jurídico (e todas com embasamento no campo social).

A judicialização restou afetada nesse processo, com o implemento de políticas sociais, e da própria solidariedade, com respaldo nas atividades do Legislativo e do Executivo (DUARTE; MOURA; MASTRODI; TSUBONE, 2005, p. 83):

ACKERMAN e os defensores de sua teoria, em contraste, advertem-nos que, em realidade, a essência da constituição tinha sido transformada pelas políticas sociais e econômicas do governo Roosevelt – não simplesmente se tratava apenas de que aquelas interpretações anteriores a esse citado momento constitucional revelaram-se equivocadas e, por consequência, forma corrigidas ou o equilíbrio de poder entre os poderes Legislativo e Judiciário foi ajustado. Houve, sublinhamos, lembrando ACKERMAN e seus seguidores, uma mudança constitucional profunda no pós-anos 30 do século passado.

reveste o texto constitucional de uma nova inspiração, deixando em segundo plano o normativismo dos *Founding Fathers* para a recuperação de uma democracia de direitos.

⁹Trata-se de um movimento propagado pelos matadouros de Nova Orleans contra o governo estadual, em razão da criação de um monopólio de matadouros com o potencial de afetar negativamente seus negócios. Na visão dos primeiros, as emendas da Reconstrução forneciam aos brancos e aos negros direitos como cidadãos norte-americanos, incluindo o direito de competir em um cenário de livre mercado, sem interferências legislativas injustificadas. A Suprema Corte rejeitou a demanda dos matadouros de Nova Orleans.

As supremacias da Constituição e da soberania popular restam latentes perante a força do Judiciário, fato que encontra um recorte mais dinâmico nas sociedades periféricas.

Aonde não é visualizável uma sociedade devidamente organizada e politicamente atuante, reconhece-se no Judiciário uma instância cabível ao desnivelamento das dificuldades para o implemento de políticas sociais, no bojo do conceito retratado de solidariedade.

A estrutura dos três poderes se revelando de forma precária, com o seu funcionamento inadvertido, nos termos de um Estado Social pertinente e de posição, acaba propugnando o depósito das esperanças sociais nas costas do Poder Judiciário, reconhecida sua organicidade interna e sua afeição aos princípios legais e constitucionais específicos a dada sociedade, pluralista como hoje se reconhece (DUARTE; MOURA; MASTRODI; TSUBONE, 2005, p. 102-103).

Constatada uma democracia diversa, em que o institucionalismo histórico e a teoria democrática dualista ganham robustez, entende-se que o Legislativo e o Executivo podem cumprir esse mister, mesmo com implementações políticas e sociais passando ao arredo das diretrizes impostas pelo Judiciário, em paralelo ao que dispõe o ordenamento infraconstitucional e constitucional.

O posicionamento de Vanice Lirio do Val le realça o debate citado (VALLE, 2005, p. 149-150):

Aliás, é importante destacar, a mudança constitucional brasileira normalmente se dá diretamente no plano da constituição jurídica, porque não se vê, no mais das vezes, o consenso constitucional que permitiria localizá-la, ainda que inicialmente, no plano da constituição política. No particular, portanto, nosso processo é inverso: a proposta de modificação se inicia no plano da constituição jurídica, a partir da qual se constrói, se não o consenso quanto ao mérito, ao menos o consenso quanto à inexorabilidade das mudanças empreendidas – eis que formalizadas no texto.

Tem-se uma inflexão, verificando-se a inversão da constituição jurídica para a política. A judicialização da política, portanto, não caberia no modelo norte-americano de acordo com o marco teórico adotado.

CONCLUSÃO

O constitucionalismo norte-americano pode ser entendido sob uma perspectiva de um Estado construído, essencialmente, sob a égide liberal, nos moldes delineados por Alexander

Hamilton e o partido federalista nos idos iniciais de sua história.

No entanto, possível se asseverar que a solidariedade, caractere marcante no Estado Social, mereceu atenção no espaço constitucional norte-americano. Políticas públicas foram estruturadas com base na assertiva inicialmente definida no presente trabalho, de forma a complementar o espírito da Constituição, de 1787, em sua atualidade.

Nesses termos, com base nos marcos teóricos adotados para a abordagem pertinente, quais sejam, Stephen Griffin e Bruce Ackerman, denoto u-se que essa instrumentalização tem se perpetrado em um processo de inovação constitucional que passa diagonalmente ao documento constitucional, embora possa ser considerado legal e de acordo com o espírito democrático norte-americano.

O institucionalismo histórico e a teoria democrática dualista confraternizam do aspecto conceitual de que o Legislativo e o Executivo apresentam o condão de influenciar decisivamente no processo de aplicação da normatividade constitucional, sem a ingerência do Judiciário, afastando-se a contemplação do ideal de judicialização da política, que seria típico aos países periféricos.

Com base nessa assertiva, a atividade do Legislativo e do Executivo, motivada pela agitação popular e cidadã por reformas que se façam pertinentes ao contexto histórico pontual, proporciona àqueles a mobilidade para utilizar-se da Constituição e seus argumentos, de forma a adequar políticas e medidas jurídico-administrativas pertinentes de forma a fazer valer as necessidades sociais. Em diversos períodos históricos, essa chancela restou observada, como nos casos da Reconstrução, em um período pós Guerra Civil, e com o *New Deal* de Roosevelt.

Ao Judiciário, ressalvado seu ativismo histórico, restou um papel de oficialização de políticas já decantadas no meio social e conduzidas pelos dois outros poderes na seara constitucional. O exemplo dado de um princípio contrário à letra constitucional, mas adotado pela soberania popular em um novo momento histórico, com o implemento de políticas públicas de salvaguarda em um momento precoce à manifestação da Suprema Corte, denota esse posicionamento.

Não se perscruta, portanto, de acordo com o entendimento desenvolvido, de que se observou uma judicialização da política, ou um processo de mutação constitucional, nos termos engendrados pela doutrina brasileira.

Verificou-se, isso sim, a estabilização da Constituição, de 1787, como instituição volátil, que recebe seus artigos fundadores em uma instrumentalização histórica, pontual, pelo Legislativo e pelo Executivo, com a chancela do povo, em seu processo de contínua demanda pela observância de suas necessidades, até mesmo por meio de políticas sociais ligadas à solidariedade.

A soberania popular, princípio de vital importância para o constitucionalismo norte-americano, restou observado na atuação desses três poderes, e, por via oblíqua, a Constituição, de 1787, como seu documento-espelho. O que poderia se tomar como ilegal em uma sistemática doutrinária brasileira, que foca todo o processo constitucional em seu Judiciário, ganha legalidade em uma sistêmica em que os poderes mais afeitos à representatividade popular fomentam o espaço para as políticas públicas que se façam desejáveis.

A soberania popular triunfa, e o constitucionalismo encontra um espaço de manejo longe do ativismo e da autopromoção do Judiciário, que nem sempre reflete acerca da pureza de suas ações no tocante aos interesses nacionais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press. 1991. V. 1.

_____. **We the People: Transformations**. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University press. 1998. V. 2.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10^o ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRINKLEY, Alan. **Franklin Delano Roosevelt**. Barueri: Amarelis, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAHL, Robert A.. **A Constituição norte-americana é democrática?** 1^a ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

DUARTE, Fernanda; MOURA, Francisco; MASTRODI, Josué; TSUBONE, Rubens Takashi. Ainda há supremacia do Judiciário? In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria da Mudança**

Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição (1787). The Constitution of The United States of America.** Bedford, Massachusetts: Applewood Books, 2014.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **A Teoria do Estado no fim do século XIX e no início do século XX:** os enunciados de Léon Duguit e de Maurice Mauriou. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. Considerações sobre a ética. **Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Rio de Janeiro v. 5, nº 1, 2006. Disponível em <http://www.confluencias.uff.br/index.php/confluencias/article/view/103/204> . Acesso em: 04.03.2020.

GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: from theory to politics.** Princeton: Princeton University Press, 1996.

MONTEBELLO, Marianna. Estudo sobre a Teoria da Revisão Judicial no Constitucionalismo norte-americano – a abordagem de Bruce Ackerman, John Hart Ely e Ronald Dworkin. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Temas de Direito Constitucional Norte-Americano.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SIFFERT, Paulo de Abreu. Breves notas sobre o Constitucionalismo americano. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Temas de Direito Constitucional Norte-Americano.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Cidadania e Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina. **O Direito na Fronteira das Políticas Públicas.** São Paulo: Páginas e Letras, 2015.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América: leis e costumes.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

VALLE, Vanic e Lírio do. Constitucionalismo americano e a incorporação teórica dos Separation of Power Games. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria da Mudança**

Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, José Ribas; MASTRODI NETO, Josué; VALLE, Vanice Lírio do. A Teoria da Mudança no Constitucionalismo Americano: limites e possibilidades. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Recebido em: 12/04/2020

Aprovado em: 28/10/2020