

CONSTITUCIONALISMO E INSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANOS: A ATUALIDADE DOS FRAMERS*

AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND INSTITUTIONALISM: THE FRAMERS TODAY

Igor de Lazari[†]

Fabrcio Faroni^{††}

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Trato Histórico da Teoria Institucional: Dos Federalistas; 3. Inépcia Constitucionalista: Da Nova Perspectiva Constitucional; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

RESUMO: A tradição Constitucional americana dispõe de duas paradigmáticas referências históricas: a Constituição e os *papers* Federalistas. O trato institucional historicamente considerado – na Constituição e nos *papers* – revela que a experiência histórico-constitucional muito se coaduna aos novos paradigmas teórico-doutrinários, dentre os quais a própria Teoria Institucional. Ademais, o legado dos Federalistas, agregado à tradição constitucional, muito contribui à possibilidade da constituição de desenhos institucionais distintos daqueles há muito considerados. Pode-se afirmar terem eles contribuído, ou mesmo tendo sido responsáveis, para fixação de princípios constitucionais fundamentais. Também os federalistas erigem máximas institucionais, quando das considerações acerca das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos. O trato contemporâneo da Teoria Constitucional, pois, muito aponta para os eventos historicamente reconhecidos, e lá também identifica sua razão.

* Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com financiamento da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) pela concorrência do Edital nº 9 de 2011 (Processo nº E-26/111.832/2011), além de Bolsa de Iniciação Científica-IC (Processo nº E-26/102.240/2011), e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pela concorrência do Edital Universal de 14/2011 (Processo nº 480729/2011-5).

[†] Graduando em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Técnico Judiciário Federal da 2ª Região (SJRJ/TRF2). E-mail: igorlazari@ufrj.br.

^{††} Mestrando em Direito do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Procurador Federal. E-mail: faroni@uol.com.br

PALAVRAS-CHAVE: Desenhos Institucionais; Federalistas; Constituição Americana; Teoria Institucional; Teoria Constitucional

ABSTRACT: The American constitutional tradition has two paradigmatic historical references: the Constitution and the Federalist papers. The institutional deal historically considered – on the Constitution and on the *papers* – reveals that the historical and constitutional experiences are in line with new theoretical and doctrinal paradigms, among them the Institutional Theory. Moreover, the the Federalists’ legacy, added to the constitutional tradition, greatly contributes to the possibility of the establishment of new institutional designs, different from the old fashioned ones. It can be said they have contributed to, or even have been responsible for, fixing fundamental constitutional principles. The Federalist also erects institutional maxims, what can be said about the considerations on the *institutional capacities* and the *systemic effects*. Thus the Contemporary deal of the Constitutional Theory points to the historically recognized events, and there also identifies its reason.

KEYWORDS: Institutional Designs; Federalists; U.S. Constitution; Institutional Theory; Constitutional Theory

Law is the most historically oriented, or if you like the most backward-looking, the most past-dependent”, of the professions. It venerates tradition, precedent, pedigree, ritual, custom, ancient practices, ancient texts, archaic terminology, maturity, wisdom, seniority, gerontocracy, and interpretation conceived of as a method of recovering history. It is a suspicious of innovation, discontinuities, “paradigm shifts”, and the energy and brashness of youth¹

1. INTRODUÇÃO

Compreender o fenômeno institucional, e propriamente a Teoria Institucional, implica ontologicamente na compreensão da Teoria Constitucional, visto que nada mais é que espécie da qual esta é gênero. Ela desperta como novo paradigma da Teoria Constitucional

¹ POSNER, Richard. “Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship”. **The University of Chicago Law Review**, Vol. 67, No. 3, 2000, p. 573

Norte-americana, não apenas em âmbito hermenêutico, mas igualmente em âmbito pragmático. Ademais, tem por objeto, conjuntamente, os dois tratados constitucionais clássicos: interpretativo (ou normativo) e comportamental, mesmo porque, invariavelmente, o comportamento deriva de prática interpretativa, e afigura-se falho desprezar aspectos desta última, propriamente sob a perspectiva institucional. Mostra-se não apenas falho e precário, mas uma recomendação teórica a *Institutional Turn* da Teoria Constitucional Interpretativa².

É um tanto claro, no entanto, que Teorias Interpretativas carentes de adendo institucional têm ocupado, historicamente, grande espaço na Teoria Constitucional³. Lapsos históricos, diga-se, bem definidos, tratando-se a divisão Realista-Formalista do final do século XIX e início do século seguinte, *strictu sensu*, do primeiro grande tratado interpretativo norte-americano (quicá da própria história jurídica norte-americana⁴). Há de se dizer, no entanto, que quanto aos estudos do direito constitucional, propriamente, têm-se por precursor paradigmático *Marbury v. Madison*, que não apenas significou seu início, mas há quem diga também seu fim, nada tendo no curso do Direito Constitucional o ultrapassado, visto que, o porquê de deverem as Cortes dotar do poder do *judicial review* por ele introduzido, em uma ordem democrática, remanesce a grande e mais difícil querela do Direito Constitucional⁵.

É uma opinião pertinente. Afinal, afirmar que é “*emphatically the province and duty of the judicial department to say what the Law is*”⁶ enseja dúvidas acerca de que forma se dá o dizer, decorrente é claro, de exercício interpretativo, o que questiona metonimicamente o método hermenêutico que se mostra mais adequado. Porventura tenha sido exatamente essa a grande falha da Teoria Constitucional: negligenciar os aspectos institucionais em *Marbury* e maximizar, doravante, a repercussão interpretativa; meramente a título exemplificativo, a Supremacia Judicial, conceito recorrente na presente Teoria Constitucional, é comumente conceituada como, ressalvadas idiosincrasias, “the notion that judges have the last word when it comes to constitutional interpretation and that their decisions determine the meaning

² SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 28, 2002, p. 36

³ “[b]lindness to institutional considerations is pervasive. It can be found in the work of early commentators on interpretation, including that of Jeremy Bentham; in the influential work of H.L.A. Hart, Ronald Dworkin, and Henry Hart and Albert Sacks; and in much contemporary writing”. *Idem*. P. 1

⁴ Cf. TAMANAHA, Brian. **Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging**. Princeton University Press: New Jersey, 2010, p. 1 (“*Perspectives on judging in the United States are dominated by a story about the formalists and the realists*”).

⁵ KAHN, Paul. **The Reign Of Law – Marbury V. Madison and the Construction of America**. New Haven, CT: Yale University Press, 1997, p. 4; PILDES, Richard. “Is the Supreme Court a “Majoritarian” Institution? **Supreme Court Review**, 2010, p. 1 (“*Indeed, it is not wrong to characterize American legal thought as “obsessed” with the moral problem of judicial review*”).

⁶ John Marshall. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

of the Constitution for everyone”⁷. A interpretação Constitucional, entretanto, “*by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both*”⁸. A Supremacia, destarte, não se caracteriza nos eixos interpretativos, mas decorre essencialmente de diálogo institucional⁹.

Essa é a tradição cultuada e protraída doutrinariamente, apesar de não menos importantes os aspectos institucionais naquele caso discutidas: a Corte de Marshall não apenas declarou inconstitucional o *Judiciary Act of 1789* por atribuir poderes supra-constitucionais à Suprema Corte (na ocasião, para conhecer do Mandado de Segurança), mas o fez para não se afigurar inócua, tampouco fraca, haja vista carecer de autoridade para requerer a J. Madison a nomeação de W. Marbury, se acolhido o *writ of madamus* por ele proposto¹⁰.

Note-se, destarte, que o julgamento não apenas afixou a autoridade constitucional interpretativa da Suprema Corte americana, erigindo o poder de *judicial review*, mas consolidou, ou ao menos garantiu, a independência do Poder Judiciário e, *lato sensu*, a Separação de Poderes e distintivos *checks and balances*, princípios estes reiterados, defendidos e difundidos anos antes nos *papers* Federalistas. Tratam-se de desenhos institucionais de larga escala previstos na Constituição Americana, com exceção do *judicial review*, cuja solidez deriva de processo evolutivo histórico¹¹. Isto é, apesar de carecer de

⁷ KRAMER, Larry. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004, p. 125

⁸ Federalista No. 78 (Hamilton). MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers**. London: Penguin, 1987, p. 439

⁹ “A Supremacia não é autônoma, portanto, mas interdependente (ou “colaborativa”): decorre de determinado mecanismo de comunicação com os demais Poderes e, de certa forma, com o próprio povo; identifica-se uma Supremacia quando o exercício de poder não mais ocorre sem que interfira na órbita de exercício dos demais Poderes”. LAZARI, Igor; BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. *Poderes Constitucionais e Larmarckismo Judicial* (forthcoming), p. 10

¹⁰ Em 1800, John Adams nomeia, próximo do término do mandato presidencial, dezenas de pessoas a uma série de cargos, e requer a John Marshall, então secretário de Estado, despachos de ordens de trabalho, dentre as quais a de William Marbury para exercício de função de Juiz de Paz do Distrito de Columbia. Marshall, no entanto, não é capaz de fazê-lo, remanescendo a tarefa residual ao novo secretário de Estado, James Madison. Thomas Jefferson, recém eleito, no entanto, exige Madison não nomeie membros do partido político adversário, dentre os quais Marbury. Marbury, então, impetra Mandado de Segurança perante a Suprema Corte a fim de que fossem entregues os documentos necessários à nomeação oficial. Para estudos detalhados cf. NELSON, Willian.

Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review. Lawrence: University Press of Kansas, 2000

¹¹ Há quem suporte, no entanto, a gênese constitucional do *judicial review*. Cf. PRAKASH, Saikrishna; YOO, John. “The Origins of Judicial Review”. **UC Berkeley: Boalt Hall**, 2003, p. 4-7 (“*We believe that the Constitution, as originally understood, authorized the federal and state judiciaries to ignore unconstitutional federal legislation [...] First, the recent attack on judicial review ignores the starting point for all constitutional interpretation: the constitutional text [...] Second, recent arguments also disregard the Constitution’s structure [...] Third, there is a wealth of evidence that the Founders believed that the courts could exercise some form of judicial review over federal statutes*”). Note-se, no entanto, que Hamilton abarca defesa ao *judicial review* no *paper* 78, p. 438 (“[...] *duty [of courts of justice] it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void [...] No legislative act, therefore, contrary to the Constitution must be valid*”).

previsão constitucional expressa, pressupor o sistema judicial americano sem *judicial review* (poder no/e pelo qual tem a Suprema Corte autoridade de determinar o significado da Constituição¹²) é tão difícil quanto conjecturar o parlamentarismo nos Estados Unidos¹³.

Quanto aos Federalistas, ao lado da Declaração da Independência e da própria Constituição constituem – além de compor a tríade dos grandes documentos Norte-americanos produzidos – singular exposição daquela última – “*the most significant contribution Americans have made to political philosophy*”¹⁴. Além dos *scholars*, também muitos *justices* deles fizeram uso, uma vez promotores [os *papers*] de importantes evidências constitucionais e, de certa forma, de legitimidade interpretativa¹⁵ -- do início do governo Constitucional, os Americanos confiaram nos *papers* Federalistas como a mais autorizada fonte de compreensão das intenções dos *framers*¹⁶.

Essa exposição histórica, apesar de um tanto flutuante, coaduna-se à finalidade deste estudo: demonstrar quão relevantes os aspectos institucionais historicamente discutidos em âmbito constitucional americano, ou mesmo negligenciados (subjugados pela estrita interpretação, mesmo que dela derivem as considerações institucionais) à possibilidade de construir uma teoria institucional contemporânea, não mais preocupada com desenhos institucionais de larga escala¹⁷, para cuja fixação muito contribuíram os Federalistas (também Marbury), mas cativada por desenhos de pequena escala, atentos às *institutional capacities* e *dynamic effects*. Ademais, para fins de estudos comparados, há de se demonstrar também que o grande óbice à preocupação com desenhos de pequena escala no âmbito doméstico brasileiro, dá-se pelo fato, indubitavelmente, de não estarmos confortáveis com desenhos institucionais de larga escala, ao contrário do que ocorre aos americanos, consequência, claro,

¹² Assenta-se no princípio asseverado por John Marshall: “[i]t’s emphatically the province and duty of the judicial department to say what the Law is”. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

¹³ As controvérsias acerca do *judicial review* perpetuam-se historicamente, constituindo-se o hodierno debate sobre a legitimidade do seu uso o mais recente deles. No entanto, “[t]he Court Will continue to exercise judicial review; the constitutional order demands as much [...] Americans can – and will – debate the legitimacy of judicial review, but they should know that dialogue nourishes their distinctive experiment in constitutionalism. Americans have never taken judicial review for granted, and they never can”. BRIGHAM, John. “Judicial Review”. In HALL, Kermit (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States** (2 ed.). New York: Oxford University Press, 2005, p. 542

¹⁴ COOKE, Jacob (Ed.). **The Federalist**. Middletown: Wesleyan University Press, 1961, p. IX

¹⁵ Cf. CORLEY, Pamela; HOWARD, Robert; NIXON, David. The Supreme Court and Opinion Content: The Use of the Federalist Papers. **Political Research Quarterly**, Vol. 58, No. 2, 2005, p. 329

¹⁶ KAMINSKI, John. “The Federalist”. In HALL, Kermit (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States** (2 ed.). New York: Oxford University Press, 2005, p. 332

¹⁷ Compreendidos como estruturas institucionais bem-definidas e resistentes a investidas reformadoras, embora passíveis de otimização. Desenhos institucionais de pequenas escala, no entanto, devem ser compreendidos como estruturas menos onerosas quanto à gênese, reforma e extinção, mas suficientes à otimização dos arranjos institucionais, e da própria democracia constitucional. Cf. VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small**. New York: Oxford University Press, 2007

da demasiadamente imatura democracia brasileira (a doutrina americana já não mais questiona princípios básicos na ordem constitucional – em efeitos retóricos --, como a estrutura federalista ou a separação dos Poderes, tampouco Direitos Fundamentais estritamente, já bem definidos e dotados de considerável solidez, ao contrário do que ocorre ao Brasil).

Finalmente, o artigo tem por objeto (i) as considerações institucionais nos Federalistas e repercussões históricas pertinentes; (ii) o novo paradigma interpretativo da Teoria Constitucional, em contraposição às teorias interpretativas clássicas, como promotor de novo modelo teórico; e (iii) a perspectiva minimalista dos desenhos institucionais, como instrumento de constituição de um modelo democrático.

2. Trato Histórico da Teoria Institucional: dos Federalistas

A relevância dos *papers* Federalistas à Teoria Constitucional é evidente, como demonstramos, não apenas para fixação de princípios Constitucionais expressos, mas uma extensão à própria constituição. Não foi tão-somente uma exposição de motivos, que acaba por se ofuscar, mas o pilar de sustentação atemporal; objetivo propriamente depreendido no *paper* 34, no qual afirma Hamilton que “*we must bear in mind that we are not to confine our view to the present period, but to look forward to remote futurity*”¹⁸. Daí, pois, tomarmos um conjunto de artigos do final do século XVIII como marco teórico: trata-se de “uma” obra que dispensa o epíteto ‘obsoleto’, cujas considerações institucionais almejamos demonstrar. Concordemos, entretanto, que os *Federalist Papers* não são um trato *formal* de Teoria Política, mas uma série de ensaios com uma causa política específica, eis que não há de se criar expectativas de que toda terminologia importante seja explicitamente definida, ou toda premissa completamente defendida, o que não significa que os autores tenham utilizado palavras imprecisamente, ou falharam pensar através de suas premissas, tão-somente que devemos tentar compreender argumentos eventual e laconicamente definidos¹⁹. Ademais, quanto dos graus de seriedade e influência atribuídos aos Federalistas, estes têm sido utilizados (i) à apreciação patriótica dos princípios fundamentais do regime americano, (ii) à revelação crítica das deficiências essenciais do regime, ou (iii) à contemplação do ulterior

¹⁸ Federalista No. 34 (Hamilton), p. 227

¹⁹ EPSTEIN, David. **The Political Theory of the Federalist**. Chicago: The University of Chicago Press, 1984, p. 3

declínio ou progresso daquele regime²⁰. Deteremo-nos com mais vigor àquele primeiro, de maneira objetiva é claro; propriamente dos princípios constitucionais erigidos.

Não apenas abrangem [os *papers*] trato acerca de desenhos institucionais de larga escala, *e.g.* separação de poderes e freios²¹ ou *judicial review*²², e, de maneira geral, a estrutura republicana Norte-Americana²³, mas tangenciam também recorrentes considerações institucionais contemporâneas, dentre as quais a supremacia judicial²⁴ e a carência de representatividade popular do Judiciário, aquela mera cogitação²⁵, e esta uma razão técnica²⁶. No entanto, a determinação e distribuição de competências entre os Poderes, e a justificativa e fundamentação para tanto, que constituíram também objetivo dos *papers* – isto é, ratificar e legitimar os preceitos constitucionais, dentre os quais a tripartição²⁷ –, aproximam-se da concepção estrutural das *capacidades institucionais*. Compreendida como atributo, *capacidade institucional* – talvez melhor definida como mero fenômeno, haja vista carecer de identidade conceitual – não se trata de redundância terminológica, isto é, exercício pelo exercício; compreende, mormente, exercício legítimo e racional, atento aos efeitos [sistêmicos]²⁸ e devidas prescrições competencionais – não se trata, de certo, tão-somente de avocação de competências, mas compreensão adequada das “divisas laborais”, dentro das quais se dá traquejo institucional apropriado. Não restam dúvidas de que é parte do que se verifica nos federalistas, no âmbito dos Poderes, propriamente – a previsão de estrutura de tripartição de Poderes significa, como outrora suportado, desenho de larga escala, e sugere a

²⁰ *Idem.*

²¹ Federalist No. 51 (“*The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*”)

²² Federalist No. 78

²³ Federalist No. 39

²⁴ Federalist No. 78

²⁵ Vide nota 6

²⁶ Federalist No. 51 (“*Were this principle [separate and distinct exercise of the different powers of government] rigorously adhered to, it would require that all the appointments for the supreme executive, legislative, and judiciary magistracies should be drawn from the same fountain of authority, the people [...] Some difficulties, however, and some additional expense would attend the execution of it. Some deviations, therefore, from the principle must be admitted. In the constitution of the judiciary department in particular, it might be inexpedient to insist rigorously on the principle: first, because peculiar qualifications being essential in the members, the primary consideration ought to be to select that mode of choice which best secures these qualifications; second, because the permanent tenure by which the appointments are held in that department must soon destroy all sense of dependence on the authority conferring them*”)

²⁷ “*Article I. Section I. All Legislative Power herein granted shall be vested in a Congress of the United States which shall Consist of a Senate and House of Representatives [...] Article II. Section I. The Executive Power shall be vested in a President of the United States of America [...] Article III. Section I. The Judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish*”. **The Constitution of The United States of America.**

²⁸ Tratam-se os efeitos sistêmicos de repercussões [institucionais] a múltiplos atores privados e públicos decorrentes de qualquer abordagem institucional em particular. A compreensão dos efeitos decorrentes do auto-exercício tem por variável também as Capacidades Institucionais. Cf. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “*Interpretation and Institutions*”. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 28, 2002

previsão de competências que, acaso figurem nos delineados limites de exercício, modula também *capacidades institucionais*. Daí, pois, afirmarmos que competências e capacidades constituem relação de gênero-espécie; isto é, não basta a competência à satisfação institucional, mas precípua e primordialmente *capacidade*. *Capacidades Institucionais* constituem, destarte, competências estritamente insertas naqueles limites [de exercício], passíveis, não há dúvidas, de otimização. Ademais, soma-se à legalidade no âmbito legalista, “distinctive abilities and limitations”²⁹ das instituições à determinação dos *boundaries* de exercício “capacitado” e legítimo.

Quanto à Separação de Poderes, como prevista pelos Federalistas, não apenas delineia competências, mas estabelece algumas daquelas limitações há pouco citadas por meio dos *checks and balances*³⁰ - mecanismos que ordenam e modelam as capacidades. É evidente, e deixa claro Madison, que “[t]he Oracle who is always cited on this subject is the celebrated Montesquieu”³¹. O mérito federalista, entretanto, é redimensionar a estrutura governamental da distribuição de Poderes, alvitre que, a propósito, constituiu uma das principais objeções suportadas pelos mais respeitáveis adversaries da Constituição, sob argumento de distorcer a máxima política de que o legislativo, executivo e judiciário deveriam ser separados e distintos³². A existência de mecanismos de mútua ingerência não atenta, no entanto, àquela máxima; “this however, is not among the vices of that constitution [the British]”³³: a Constituição Britânica, com a qual dialoga, dispunha recíprocas ingerências entre os Poderes, nem por isso, sustenta Madison, e diria ele também Montesquieu³⁴, afigurava-se tirânica³⁵.

Ao alertar dos riscos da concentração de poderes, ele não quis dizer que esses departamentos [legislativo e executivo] não devessem possuir mútua ingerência parcial, ou

²⁹ *Idem*, p. 3

³⁰ “*The regular distribution of power into distinct departments; the introduction of legislative balances and checks [...]: these are wholly new discoveries, or have made their principal progress towards perfection in modern times. They are means, and powerful means, by which the excellences of republican government may be retained and its imperfections lessened or avoided*”. Federalista No. 9 (Hamilton), p. 119

³¹ Federalista No. 47 (Madison), p. 302

³² “*One of the principal objections inculcated by the more respectable adversaries to the Constitution is its supposed violation of the political maxim that the legislative, executive, and judiciary departments ought to be separate and distinct*”. *Idem*. p. 302-303

³³ *Idem*. p. 304.

³⁴ “*so this great political critic appears to have viewed the Constitution of England as the standard, or tu use his own expression, as the mirror of political liberty*”. *Idem*. p. 303. Montesquieu, entretanto, limitou-se a dizer que “[i]t’s not for me to examine whether at present the English enjoy this liberty or not. It suffices for me to say that it is established by their laws, and I seek no further”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **The Spirit of the Laws**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 166

³⁵ “*This would have been the case [...] if the King, who is the sole executive magistrate, had possessed also the complete legislative power, or the supreme administration of justice; or if the entire legislative body had possessed the supreme judiciary, or the supreme executive authority*”. MADISON, op. cit., p. 304

controle sobre, de seus atos³⁶. A propósito, afirmara Montesquieu, se o Poder Executivo não possuir o direito de fiscalizar os empreendimentos do legislativo, este último será despótico, na medida em que aniquilará todos os demais Poderes³⁷.

Ademais, concordam Madison e Montesquieu quanto ao caráter tirânico da acumulação de Poderes; aliás, aquele compartilha da máxima “[w]hen legislative power is United with executive power in a single person or in a single body of the magistracy, there is no liberty, because one can fear that the same monarch or senate that maker tyrannical laws will execute them tyrannically”³⁸, quando da sustentação de que “[t]he accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny”³⁹.

Evidente que a Separação dos Poderes, em Montesquieu ou nos Federalistas, tinha por escopo a garantia e preservação de liberdades, haja vista a cumulação de Poder promover suposto regime tirânico. Nada disso obsta à identificação de aspectos institucionais, mesmo que implicitamente discutidos. Como outrora suportado, trata-se a tripartição de desenho institucional de larga escala, e é útil instrumento à leitura e predefinição das *Capacidades Institucionais* – obviamente insuficiente, no entanto. A delimitação de competências e a imputação de remédios restringentes, como ocorre *e. g.* aos *checks and balances*, próprios da Separação, não há dúvidas, colaboram na resolução de questões institucionais⁴⁰.

Enfim, toda a retro discussão do século XVIII é não mais que apenas aspectos históricos. Almejamos, pois, demonstrar que, ao rediscutir e redesenhar, mesmo que sutilmente, a clássica concepção de separação de poderes no âmbito da estrutura de governo republicana, com a qual se preocupava Montesquieu, os Federalistas preconizam discussões de ordem institucional que tangenciam contemporânea inclinação da Teoria Constitucional,

³⁶ “he [Montesquieu] did not mean that these departments [legislative and executive] ought to have no partial agency in, or not control over, the acts of each other”. *Idem*, p. 304

³⁷ MONTESQUIEU, op. cit., p. 162. “if the executive power does not have the right to check the enterprises of the legislative body, the latter will be despotic, for it will wipe out all the other power”. Note-se que à época três espécies de poder eram identificadas: poder legislativo, poder executivo sobre as coisas dependentes do direito de nações, e poder executivo sobre as coisas dependentes dos direitos civis; o poder de julgar, no entanto, é atributo terminológico do qual lançou mão Montesquieu para descrever a terceira espécie de poder - segunda sub-espécie de poder executivo.

³⁸ *Idem*, p. 157

³⁹ “In the structure of the federal government no regard, *it is said*, seems to have been paid to this essential precaution in favor of liberty”. MADISON, op. cit., p. 303

⁴⁰ Uma delas a especialização, variável que implica na extensão das *capacidades institucionais*. Cf. LAZARI, Igor; BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. “A Relevância dos Limites Discricionários do Juiz Generalista” (forthcoming); SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. op. cit.

no âmbito Institucional propriamente, às *Capacidades Institucionais* (apenas um dos aspectos).

3. Inépcia Constitucionalista: da Nova Perspectiva Constitucional

O processo evolutivo da teoria constitucional americana ao longo de dois séculos de história pode ser dito um tanto conservador: do trato dos direitos do século XIX (que de certa forma acompanha a própria história constitucional); à *political turn*⁴¹ do início do século seguinte (na forma do Movimento Realista no Direito e dos estudos behavioristas da performance judicial na Ciência Política)⁴²; à *dificuldade contramajoritária*⁴³ da segunda metade do século XX, que “set the boundaries of, and established the framework for, discourse in American constitutional jurisprudence”⁴⁴; à querela interpretativista contemporânea: “[t]he single most important word in modern constitutional theory is *interpretation*”, mas, paradoxalmente, “[t]he single most confusing word in modern constitutional theory is “*interpretation*”⁴⁵.

No âmbito interpretativo, verifica-se, de fato, uma série de teorias e paradigmas interpretativos⁴⁶, mas que historicamente compartilham das mesmas perguntas, quais sejam

⁴¹ No período, o “*structural map of American constitutional government associated with republican theory, in which courts and legislatures were conceived of occupying radically different governmental spheres and performing radically different functions, would be replaced by a more fluid map, in which legislatures could be expected to expand the scope of their activity and, in response, courts could be expected to be more active in defining their posture of constitutional review, if not necessarily more active in scrutinizing legislative policies [...]*The shift from republican to democratic constitutionalism had been fueled in part by the emergence, in the late nineteenth and early twentieth century, of altered conceptions of the nature of law and the role of judging”. WHITE, Edward. “The Arrival of History in Constitutional Scholarship”. **University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Papers Series**, 2001, p. 92

⁴² Identifica-se a vertente pragmática da Teoria Constitucional, em detrimento da acepção normativa: (“*The Realists took for granted that judges made law, and that subjective judicial biases affected the outcome of decisions, although their principal area of focus was common law rather than constitutional decisions. Behaviorist political scientists directed their attention to constitutional law, seeking to demonstrate how the political value orientation of Supreme Court justices affected their constitutional decisions and asserting that because the Constitution was interpreted by humans, with political agendas, its undergirding principles would (and should) necessarily change with the times*”). *Idem*.

⁴³ DAHL, Robert. “Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-maker”, **Journal of Public Law**, Vol. 6, 1957; BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1962

⁴⁴ WHITE, op. cit., 102

⁴⁵ CAMPOS, Paul. “Three Mistakes about Interpretation”. **Michigan Law Review**. Vol. 92, No. 2, 1993, p. 388

⁴⁶ Dentre as correntes mais autorizadas, *textualists* (preconizam abordagem textual à interpretação constitucional, haja vista tratar-se a Constituição também de um texto), *originalists* (objetivam ou direcionam-se às intenções ou compreensões dos *framers*, desprezando preferências pessoais ou predileções), *doctrinalists* (contemplam interpretações anteriores relacionadas a problemas específicos, de forma a organizá-las coerentemente a fim de alcançar soluções a problemas outros correntes), *developmentalists* (admitem a adição histórica de valores *judge-made*, somando-se à arena interpretativa práticas informais, usos, e cultura pública), *philosophes* (preconizam cultura interpretativa crítica sobre o melhor significado das proibições e restrições constitucionais, e a justificação dos próprios julgamentos), *structuralists* (reiteram, no âmbito interpretativo, a impossibilidade de

(as mais importantes): quem deve interpretar a Constituição? E como fazê-lo?⁴⁷ A falha, em verdade, é tê-las adotado como eixo da Teoria Constitucional; não significamos que sejam dispensáveis, mas não devam ser absolutas. É necessário, pois, no âmbito institucional, a redimensão das perguntas constitucionais: “The central question is not *how, in principle, should a text be interpreted?* The question instead is *how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?*”⁴⁸. A primeira pergunta implica, tão somente, subjetivismos e idiosincrasias; esta última deve reger o exercício interpretativo e é adequadamente satisfeita se projetadas as *capacidades institucionais* e os *efeitos sistêmicos*. Isto é, não releva apreciar, *e. g.*, a materialidade da decisão de determinado juiz ou ministro, se “correta” ou “errada”, mas se detinha à época de decisão capacidades institucionais e previra adequadamente os efeitos decorrentes da decisão. Elevada a âmbito de larga escala, a pergunta central não é como a constituição deve ser interpretada, mas, ao contrário, como algumas instituições, *e.g.* Suprema Corte, com suas distintivas habilidades e limitações, devem interpretar certos dispositivos constitucionais; não há como respondê-la satisfatoriamente sem lançar mão de considerações institucionais.

Entretanto, demonstram-nos Cass Sunstein & Adrian Vermeule que “nearly all of the most prominent discussions of interpretation—including, for example, those by Bentham, Blackstone, H.L.A. Hart, Henry Hart and Albert Sacks, Dworkin, Eskridge, Manning, and Richard Posner—are incomplete and unsuccessful”⁴⁹, no que se refere às preocupações de ordem institucional, eis que negligenciam aspectos relevantes à interpretação, quais sejam, as *capacidades* e os *efeitos sistêmicos*. Discutem, doravante, variáveis que repercutem especialmente nas capacidades, eis que a *expertise* para previsão de efeitos decorre também, de certa forma, das próprias *institutional capacities*. Finalmente, não definem novo modelo interpretativo, tampouco suportam algum de maneira especial, mas demonstram que as

negligenciar argumentos estruturantes da Constituição, *e.g.* separação de Poderes e Federalismo, dos quais os resultados interpretativos são inerentes), *purposivists* (objetivam identificar e implementar os propósitos básicos e profundos dos sistema de governo através da abordagem interpretativa), *aspirationists* (relevam a prudência da interpretação constitucional, toda ela em prol do bem comum, ciente também das aspirações de natureza constitucional), e *balancers* (prioriza interpretação balanceada, na busca pelo equilíbrio entre particulares e Estado). Cf. BAKER, Thomas, “Constitutional Theory in a Nutshell”, **William & Mary Bill of Rights Journal**, Vol. 13, No. 57, 2004, pp. 95-101

⁴⁷ Luc Tremblay diria serem quatro as perguntas que dominam Teoria Constitucional Normativa contemporânea: “[w]hat is the purpose of the constitution? What makes a constitution legitimate? What kinds of arguments are legitimate within the process of constitutional interpretation? What can make judicial review of legislation legitimate in principal”. TREMBLAY, Luc. “General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law”. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, No. 4, 2003, pp. 525-562. Parece-nos, no entanto, que perseveram com vigor essas duas apenas, ao menos no contexto Norte-americano.

⁴⁸ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *op. cit.*, p. 2

⁴⁹ *Idem*, pp. 2-3

perguntas historicamente diretivas da Teoria Constitucional são uma patologia à cultura jurídica, cujas considerações institucionais servem como cura⁵⁰.

Dentre elas, como demonstramos, desenhos Institucionais de larga-escala, no contexto Norte-americano – *e. g.* Separação dos Poderes, Federalismo – são, de forma geral, previsões constitucionais que se complementam nos *papers* Federalistas. A fixação dos mesmos é essencial à manutenção da ordem de Estado, eis que o servem, fundamentalmente, à determinação e orientação. Lógico, não se sustentam meramente na previsão constitucional, mas no processo histórico de maturação e de constante afirmação. É, não há dúvidas, processo de reconhecida onerosidade, mas indispensável à estabilidade constitucional democrática.

Adrian Vermeule, propõe, no entanto, ao contrário da maioria da literatura autorizada do Direito, também outras áreas-- que tratam de arranjos (ou desenhos) institucionais de larga escala à identificação e determinação de uma democracia constitucional funcional – desenhos institucionais de pequena escala, isto é, estruturas menos onerosas quanto à gênese, reforma e extinção, mas suficientes à otimização dos arranjos institucionais, e da própria democracia constitucional, com as quais dialoga ao longo da obra; incluem-se entre os retro mecanismos, *e. g.* regras legais que promovem imparcialidade privando oficiais de informações enviezantes, isto é, que promovam comportamentos individualizados; regras de voto que criam quantia adequada de responsabilidade para políticos e juízes; e regras legislativas que estruturam deliberação, em parte pelo ajuste das condições pelas quais a deliberação ocorre transparentemente, ou secretamente⁵¹.

Não cumpre discorrer acerca dos mecanismos propriamente, mas entendê-los como uma nova estrutura institucional à otimização da democracia de forma distinta dos tratados clássicos, que não raras as vezes questionam desenhos institucionais de larga escala. Mostra-se, pois, mais conveniente admitir a estrutura estatal corrente, e otimizá-la por meio de mecanismos de pequena escala; mostra-se não apenas menos oneroso, mas desvia também esforços de recorrentes críticas históricas à construção de uma democracia constitucional. Entretanto, há de assumir, finalmente, que *small-scale mechanisms* são úteis a democracias dotadas de certa solidez, cujas estruturas de larga-escala não mais são questionadas. “The fact is that in most democratic polities, the basic constitutional arrangements are no longer up for grabs”⁵², caso contrário, haveriam de se interessar por arranjos e estruturas constitucionais

⁵⁰ *Idem.* p. 48

⁵¹ VERMEULE, Adrian. *op. cit.*, pp. 1-2

⁵² *Idem.* p. 2

básicas, o que ocorre a democracias recentes (veja-se o caso brasileiro). Também, pois, os mecanismos de pequena escala pressupõem a deusa da história.

4. Conclusão

A constituição americana e os *papers* federalistas preveem desenhos institucionais de larga escala e também outras considerações institucionais, como as *capacidades*. Esse trato institucional, propriamente, tem repercussões na hodierna Teoria Constitucional, ao qual é atribuída parcela de responsabilidade pela gênese da Teoria da Institucional, ou por aspectos que lhe sejam próprios, como os desenhos institucionais de pequena escala, que ocorrem no âmbito de democracias suficientemente amadurecidas e confortáveis já com os desenhos de larga escala, ou ao menos nas quais onde não ocupem grande espaço da doutrina. Daí, pois, a discussão no contexto constitucional americano acerca daqueles desenhos, no qual aqueles de larga escala afirmados já pelos federalistas não mais se sujeitam a reformas (ou considerá-las pressupõe grande óbice), tão-somente a mecanismos de otimização. Ao contrário do que ocorre ao Brasil, no qual a previsão de mecanismos de pequenas escala à otimização da democracia inviabiliza-se pela carência de estabilidade e afirmação das estruturas de larga-escala, da própria Constituição inclusive, principalmente da garantia de direitos e afirmação da força normativa constitucional.

As considerações institucionais históricas, pois, identificadas nos Federalistas e na própria constitucional americana, explicitam potencial suporte às considerações contemporâneas, como ocorre ao *judicial review*, a supremacia judicial e a separação de Poderes. A tradição e experiência constitucional americana, da qual poucos compartilham, respectivamente à própria ordem, é claro, fomentam discussões que não se deixam erigir alhures, tratando-se a Teoria Institucional, e aquilo que compreende, *e. g.*, capacidades institucionais, efeitos sistêmicos e desenhos institucionais (mecanismos de pequena escala) a mais recente pertinente à Teoria Constitucional. Há de se considerar, portanto, que a experiência histórica teve por produtos resultados presentes da mesma forma individuais; a construção do fenômeno institucional e, de maneira geral, a hodierna postura do trato constitucional, é a inevitabilidade histórico-tradicional; isto é, a Teoria Institucional não é acidental, mas produto histórico da Tradição Constitucional americana.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAKER, Thomas. “Constitutional Theory in a Nutshell”. **William & Mary Bill of Rights Journal**, Vol. 13, No. 57, 2004.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1962

BRIGHAM, John. “Judicial Review”. In HALL, Kermit (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States** (2 ed.). New York: Oxford University Press, 2005.

CAMPOS, Paul. “Three Mistakes about Interpretation”. **Michigan Law Review**. Vol. 92, No. 2, 1993.

COOKE, Jacob (Ed.). **The Federalist**. Middletown: Wesleyan University Press, 1961.

CORLEY, Pamela; HOWARD, Robert; NIXON, David. “The Supreme Court and Opinion Content: The Use of the Federalist Papers”. **Political Research Quarterly**, Vol. 58, No. 2, 2005.

DAHL, Robert. “Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-maker, *Journal of Public Law*”, Vol. 6, 1957.

EPSTEIN, David. **The Political Theory of the Federalist**. Chicago: The University of Chicago Press, 1984.

KAHN, Paul. **The Reign Of Law – Marbury V. Madison and the Construction of America**. New Haven, CT: Yale University Press, 1997.

KAMINSKI, John. “The Federalist”. In HALL, Kermit (ed.). **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States** (2 ed.). New York: Oxford University Press, 2005.

KRAMER, Larry. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LAZARI, Igor; BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. “A Relevância dos Limites Discricionários do Juiz Generalista” (forthcoming).

_____. “Poderes Constitucionais e Larmarckismo Judicial” (forthcoming).

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers**. London: Penguin, 1987.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **The Spirit of the Laws**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

NELSON, Willian. **Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review**. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

PILDES, Richard. “Is the Supreme Court a “Majoritarian” Institution?” **Supreme Court Review**, 2010.

POSNER, Richard. “Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship”. **The University of Chicago Law Review**, Vol. 67, No. 3, 2000.

PRAKASH, Saikrishna; YOO, John. **The Origins of Judicial Review**. UC Berkeley: Boalt Hall, 2003.

SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, No. 28, 2002

TAMANAH, Brian. **Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging**. Princeton University Press: New Jersey, 2010.

TREMBLAY, Luc. “General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law”. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, No. 4, 2003.

VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small**. New York: Oxford University Press, 2007.

WHITE, Edward. “The Arrival of History in Constitutional Scholarship”. **University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Papers Series**, 2001.