

*Bruno Costa Alvares*<sup>3</sup>

### RESUMO

O objetivo do presente trabalho é apresentar uma narrativa sobre a proposta de Constitucionalismo Progressista elaborada e defendida por Mark Tushnet. A reflexão será feita para possibilitar a abordagem do direcionamento proposto por Tushnet no sentido de um constitucionalismo que se debruce na persecução de políticas públicas destinadas a melhorar, materialmente, as condições daqueles que vivem em situações de extrema escassez de condições materiais. Para isso, o trabalho apresentará a tipologia, proposta por Nimer Sultany, do campo teórico constitucional progressista, o que possibilita a identificação de Tushnet na corrente da dissolução e como expoente do constitucionalismo popular. A partir daí a análise versará sobre a contestabilidade dos conceitos, a exemplo da contestabilidade do conceito do boa vida, que será usado como ponto de inflexão com a proposta de Tushnet e servirá como ponto de partida para a apresentação da proposta de Constitucionalismo Progressista do autor.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo Progressista. Democracia. Condições Materiais.

## 1 INTRODUÇÃO

No início da última década, Mark Tushnet, expoente representante da corrente do constitucionalismo popular, publicou no *Ohio State Law Journal* um breve artigo com as suas considerações sobre o Constitucionalismo Progressista. De forma clara, aponta que o constitucionalismo deve ser progressista e constitucional, o que implica no uso principal do termo progressista no sentido da descrição de políticas públicas destinadas a melhorar as condições materiais daqueles que vivem ou sobrevivem em condições de severa escassez de condições materiais.

O texto, apesar de breve, traz importantes (e polêmicas) considerações do autor sobre o tema, a exemplo do foco do autor no processo de alívio da privação de condições materiais em detrimento ao combate à desigualdade pura e simplesmente. Essa abordagem pode ter como

---

<sup>3</sup> Mestrando no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

finalidade a efetiva proteção aos direitos humanos ao permitir a realização dos direitos econômicos e sociais que demandam condições materiais mínimas. E são sobre essas considerações que o presente trabalho pretende refletir.

Além disso, com o intuito de esclarecer a posição de Tushnet na teoria constitucional e, também, para abordar alguns elementos e conceitos caros ao constitucionalismo progressista, o trabalho também trará algumas elucidações e reflexões feitas por Nimer Sultany. Ao tratar do estado da teoria constitucional progressista, Sultany trouxe importantes considerações sobre a tipologia do campo teórico constitucional progressista e sobre a contestabilidade dos conceitos, a exemplo da contestabilidade do conceito do boa vida, o que usaremos como ponto de inflexão com a proposta de Tushnet, que trata do conceito de boa vida como elemento de um problema colateral de ordem filosófica.

## **2 O CAMPO DA CONSTITUCIONAL PROGRESSISTA**

### **2.1 A tipologia do campo proposta por Nimer Sultany**

No início da última década Nimer Sultany publicou pela *Harvard Civil Law-Civil Rights Review* um estudo crítico e detalhado sobre as teorias constitucionais liberais progressistas. O autor faz um mapeamento das posições sobre a questão contramajoritária no âmbito das teorias do *judicial review* e, segundo ele, essas teorias procuram resolver a irreconciliável tensão entre constitucionalismo e democracia.

A questão contramajoritária<sup>4</sup> é apenas um exemplo dentro de debates mais abrangentes e cruciais relacionados à tensão entre constitucionalismo e democracia, mas ela serve como justificativa do esforço de Sultany na busca por uma análise discursiva da crítica e das teorias [do *judicial review*] em si (SULTANY, 2012, p. 375).

Cumprir notar que Sultany pretende também mapear o campo da teoria constitucional progressista liberal e ofertar uma tipologia de sua fragmentação (2012, p. 376). O campo liberal aqui compreendido descreve um arco de atuações políticas mais progressistas (à esquerda do centro

---

<sup>4</sup> Entenda-se por *contramajoritarianismo* a acusação feita às cortes constitucionais quando elas utilizam direitos e garantias constitucionais como fundamento para limitar a vontade das maiores populares contemporâneas.

político) a atuações políticas mais conservadoras (à direita do centro político) e Sultany escolheu abordar apenas as correntes liberais progressistas, por entender que o contraste com os conservadores necessariamente desviaria do foco o seu debate acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia.

O autor apresenta uma análise discursiva sobre o desenvolvimento do constitucionalismo como controle à democracia no campo da teoria do constitucionalismo progressivo. Nele, o autor apresentará uma tipologia que pretende dar conta de três dos principais pontos entre as tipologias existentes: primeiro, estabelecer uma conexão entre a forma de argumentação eleita por cada corrente doutrinária e o seu respectivo efeito sobre a teoria da constituição; segundo, ao invés de separar as correntes doutrinárias entre os debates sobre a democracia e os debates sobre o constitucionalismo, a tipologia compreende os dois conceitos em seu conflito; terceiro, distinguirá entre as doutrinas que pretendem atribuir algum grau de encerramento quanto às controvérsias conceituais e aquelas que rejeitam tal pretensão.

Segundo Sultany, o debate entre constitucionalismo e democracia se divide em duas grandes categorias (2012, p. 386): a do discurso unitário, que defende a possibilidade de uma democracia constitucional, em que os conceitos de constitucionalismo e democracia sejam harmônicos, e a do discurso da fragmentação, que compreendem que tais institutos são antagônicos, sendo impossível não reconhecer a contradição entre a garantia da legitimidade política (da divisão dos poderes) justificar a prática do controle judicial de normas.

As correntes da categoria do discurso unitário podem ser divididas em dois grupos: o grupo da negação, que afirma não existir contradição entre constitucionalismo e democracia, de modo que o controle judicial de normas é justificável; e o grupo da reconciliação, que reconhece uma tensão entre os conceitos, mas defende a possibilidade de sua reconciliação, levando a conclusão de que o controle judicial de normas pode ser justificável (2012, p. 387).

De outro lado, as correntes da categoria do discurso da fragmentação podem ser divididas entre o grupo do endosso, que afirma que a contradição entre constitucionalismo e democracia é insuperável, mas que tal fato não necessariamente inviabiliza a possibilidade de justificar o controle judicial de normas; e o grupo da dissolução, que também afirma que os conceitos são irreconciliáveis e, por isso, o controle judicial de normas é ilegítimo.

Tendo em vista que o objetivo deste trabalho não é análise pormenorizada da tipologia proposta por Sultany, o recorte será feito pela observação do discurso da fragmentação e, mais

especificamente, no grupo do populismo, no qual está enquadrado o autor cuja proposta de constitucionalismo progressista será analisada posteriormente: Mark Tushnet.

## 2.2 O Populismo de Mark Tushnet

Como já mencionado, a segunda posição no discurso da fragmentação é a da dissolução, que compreende os autores que resolvem a tensão entre democracia e constitucionalismo abandonando este (2012, p. 420). Tal posição defende que o poder político democraticamente exercido é irrestrito e rejeita o controle judicial de normas, e pode ser dividida em dois subgrupos: (i) do procedimentalismo desqualificado e (ii) populismo.

A segunda posição da dissolução é a do populismo, cujos mais proeminentes proponentes são Richard Parker e Mark Tushnet. Tal como Wandron<sup>5</sup>, os populistas rejeitam o controle judicial de normas, mas diversamente dele, os populistas enfatizam seus argumentos mais na participação do cidadão comum do que nos direitos. Esta corrente visa melhorar o processo democrático promovendo a maior participação popular, rejeitando ou removendo as restrições ao debate político; e rejeitando qualquer obstáculo às decisões majoritárias. Para eles, liberdade política significa igualdade política, soberania popular e, de consequência, governo da maioria.

Na defesa do populismo, Richard Parker ataca o sentimento anti-populista que associa as decisões majoritárias a conotações de intolerância, irracionalidade e passionalidade, rotulando-o ainda de irresponsável ao tentar domar a política comum, de modo que, desvelada a iveracidade deste ataque anti-populista, o direito constitucional deveria ter por missão central promover as decisões majoritárias (2012, p. 424).

O autor rejeita a ideia de que as Cortes são “oráculos do direito”, e defende que os juízes deveriam ser pessoas comuns; que os tribunais também deveriam compor a arena política e, às vezes, decretos judiciais deveriam ser descumpridos. A longo prazo, a lei não consegue controlar a política, e o constitucionalismo é uma fantasia.

Sultany aponta que tal como Parker, Mark Tushnet chama sua posição de populista pois distribui amplamente a responsabilidade pelo direito constitucional (2012, p. 425), já que a

---

<sup>5</sup> Sultany identifica Jeremy Waldron no procedimentalismo desqualificado, eis que é apontado como, adepto da democracia majoritária. Waldron se opõe à restrição da maioria por meio de leis superiores (constituição), argumentando que caberia ao povo e aos seus representantes eleitos decidir sobre os procedimentos para solução de conflitos legais, inclusive sobre quais direitos deveriam ser atribuídos aos cidadãos.

Constituição pertence a todos, e não a advogados e juízes. O autor distingue entre uma Constituição “grossa” e uma Constituição “fina”. O constitucionalismo populista defende a segunda, em um modelo que contenha apenas os princípios fundamentais contidos na declaração de independência e no preâmbulo da constituição norte-americana, e cujo desenho do conteúdo seja promovido por uma discussão mais aberta e decidido por uma participação direta pelo povo.

O direito constitucional nesta concepção estaria preocupado com os direitos humanos e com o autogoverno. Por fim, afirma que não existiria contradição entre direitos humanos e o constitucionalismo populista: se existe o risco de o povo errar e tomar decisões ruins, o mesmo existiria para os Tribunais.

Cabe dizer, para além das considerações feitas por Sultany em sua tipologia, que Mark Tushnet apresenta um Constitucionalismo Popular como conceito que sofre intenso processo dialógico. Nesse sentido, o povo mobilizado, seus representantes políticos e as Cortes oferecem suas interpretações constitucionais ao mesmo tempo. A interação de todos estes atores produziria o direito constitucional.

Contudo, a principal diferença é que no constitucionalismo popular as Cortes não são protagonistas no diálogo, eis que o povo e os Poderes Legislativo e Executivo podem aceitar decisões da Corte, mas podem, contudo, também rejeitá-las, ignorando o que fora decidido pelo Judiciário (TUSHNET, 2006, p. 999). Para Tushnet, o Constitucionalismo Popular se baseia na ideia de que todos nós deveríamos participar na criação de direito constitucional através de nossas ações na política.

Feita a localização de Mark Tushnet e da sua teoria na tipologia proposta por Nimer Sultany e estabelecidas as bases para a compreensão da sua proposta de constitucionalismo progressista, abordaremos algumas questões propostas no Capítulo III do texto de Sultany, em especial o que diz respeito à origem e natureza das contradições de forma geral, o que deve servir também de fundamento para compreensão da proposta de constitucionalismo progressista de Tushnet direcionado à resolução da provação de condições materiais.

### **2.3 Da contestabilidade dos conceitos ao paradoxo em Sultany**

Sultany dá início ao terceiro capítulo do seu texto apontando que justificação (*justification*) e razão (*reason*) são temas inter-relacionados do liberalismo, e que dizem respeito à contradição

atribuída à democracia constitucional. A complexa relação entre liberalismo pós-iluminista e razão dá origem a duas questões: (1) a origem e natureza das contradições de forma geral e, (2) os possíveis métodos para resolvê-las (SULTANY, 2012, p. 431).

As recentes divergências sobre a relação entre constitucionalismo e democracia demonstram o quanto os conceitos fundamentais no liberalismo são dotados de uma certa ‘fragilidade’. Alguns teóricos sinalizam que essa fragilidade relacionada aos conceitos pode ser explicada a partir da distinção feita entre liberais iluministas e pós-iluministas sobre a razão. Para a maioria dos liberais do Iluminismo, a livre aplicação da razão universal leva a um consenso moral e político porque a razão é capaz de revelar a verdade e a moralidade poderia ser deduzida a partir da racionalidade – Sultany aponta Kant como representante desse campo. Teóricos liberais pós-iluministas, no entanto, entendem que a razão não leva necessariamente a verdades moralmente superiores e que a divergência racional é parte integrante da condição humana (Rawls, por exemplo, argumenta que o seu conceito político de justiça, diferentemente do liberal iluminista, não reivindica ser verdadeiro, mas apenas razoável). Mas, tanto iluministas quanto pós-iluministas concordam que a justificação pública da política é possível em virtude da razão.

A noção de contestabilidade dos conceitos surge no contexto marcado pela fragmentação das abordagens liberais sobre a razão e pelo reconhecimento, pelos pós-Iluministas, dos limites da investigação racional, e vai de encontro a ele. Sultany cita W. B. Gallie para argumentar que a insistência em algumas disputas conceituais não pode ser explicada longe de questões psicológicas ou causas metafísicas (2012, p. 432). Essas disputas conceituais são intermináveis porque concentram-se em conceitos essencialmente contestados, ou seja, são conceitos cujo uso adequado envolve inevitavelmente a disputa, por parte dos usuários do conceito, sobre seus usos adequados.

O emprego da noção de contestabilidade essencial não leva, necessariamente, ao descobrimento de uma solução em uma disputa teórica conceitual. Dworking, por exemplo, ao discutir sobre constitucionalismo e democracia, adota uma abordagem restritiva e transforma a discussão em uma disputa entre concepções concorrentes de democracia e faz o mesmo ao discutir liberdade e equidade, transformando o debate inter conceitos em uma disputa intra-conceito (2012, p. 433). Para Sultany, isso exemplifica o fracasso de uma abordagem trans substantiva abrangente, sugerindo que a abordagem de disputas conceituais não pode ser transformada em um julgamento teórico isolado em si mesmo. Para ele, muitos teóricos direcionam o debate sobre as disputas

conceituais para um nível teórico que o transforma em abstração, reduzindo debates políticos a meras questões filosóficas.

A solução para ele não está na mera substituição do normativo pelo descritivo, dos valores pelos fatos, do ‘dever ser’ pelo ser. Reduzir o debate político a disputas factuais, como pretendem teóricos racionalistas e empiristas ao subordinar as questões ao crivo da racionalidade, ignoraria a contestabilidade.

A chave estaria, portanto, em aceitar o entrelaçamento do conceitual e do político para oferecer uma saída mais precisa do problema imposto pela dificuldade contramajoritária, reconhecendo, também, que a dificuldade persiste porque ainda restam presentes a batalha política pela boa vida e a discussão sobre o papel do direito na sociedade (2012, p. 435).

Sultany passa a trabalhar com a contestabilidade de dois conceitos fundamentais à compreensão das disputas e das crises no campo constitucional progressista: democracia e constitucionalismo.

A democracia, apesar de parecer poder servir como um mecanismo substituto da razão liberal iluminista no objetivo da busca de consenso sobre a defesa da liberdade no direito, é, também, um conceito contestável. Enquanto muitos liberais contemporâneos aceitam o processo democrático como meio de garantir a liberdade no campo jurídico, muitos deles discordam sobre como esse processo deve ocorrer e sobre quais seriam os requisitos e os objetivos da democracia.

O debate clássico contrapõe democracia procedimental, segundo a qual democracia é a regra da maioria e que a lei e os procedimentos formais devem segui-la como princípio, e democracia constitucional, cujo propósito é a imposição de limites ao que pode ser feito pela maioria por meio de condicionantes constitucionais estabelecidos pelo próprio povo. Assim, a vontade da maioria, convertida em lei ou procedimento legal, deve estar de acordo com direitos fundamentais pré-estabelecidos.

Sultany aponta que o campo teórico da democracia constitucional permite a coexistência de interpretações diversas, o que leva, por exemplo, aos debates contemporâneos que opõem concepções agregativas e concepções deliberativas de democracia. As agregativas/pluralistas entendem a democracia como um modelo onde a preferência de peças estratégicas, sejam eles indivíduos ou grupos de interesses, são agregadas, ao passo que as deliberativas entendem a democracia como processo de diálogo no qual a razão prática é exercitada com o propósito de alcançar um acordo sobre questões de interesse coletivo e para a articulação do bem comum.

Os desentendimentos sobre o conceito de democracia não se limitam à literatura acadêmica, o que nos leva à questão inicial de que a democracia, que deveria ser o remédio para a contestabilidade, na verdade é parte dessa contestabilidade, de modo que a sua introdução ao debate dá origem a outras formas de desentendimentos.

Dada a contestabilidade do conceito de democracia, alguns pensadores liberais contemporâneos apresentam a ideia de constitucionalismo como uma reação à contestabilidade e pluralismo com respeito à boa vida. No entanto, o constitucionalismo é igualmente uma noção contestável, o que debilita a utilidade do conceito de constitucionalismo.

O constitucionalismo é um bom exemplo da aplicação da contestabilidade porque é internamente complexo e descrito de diversas maneiras. As formulações sobre constitucionalismo mostram, geralmente, a visão política defendida pelos teóricos constitucionalistas, de modo que não expõem as controvérsias em torno do conceito, que se divide em dois grandes grupos. O primeiro, dos teóricos que debatem os componentes internos ou os critérios do conceito, critérios internos do conceito e suas condições de validade, como nos debates sobre autoria constitucional. O segundo, dos teóricos que debatem os objetivos aos quais o conceito pode servir e sua capacidade de atingir esses objetivos prescritos. Tendo em vista os desentendimentos inerentes à discussão sobre a boa vida, o constitucionalismo é visto como mecanismo fundamental na tradição liberal.

O constitucionalismo é sobre o respeito às escolhas dos indivíduos e sobre tolerar as suas respectivas escolhas sobre seus modos de vida. Para muitos liberais o constitucionalismo é sinônimo de procedimentalização e legalização da do que é justo. O constitucionalismo, então, faz a intermediação das controvérsias que surgem entre os cidadãos que têm aspirações políticas conflitantes.

De todo modo, a questão da contestabilidade dos conceitos de democracia e constitucionalismo, de forma separada, é complexa. Contudo, o paradoxo de fato surge da junção dos dois conceitos em um só. A contestabilidade dá origem a paradoxos e muitos teóricos descrevem a combinação de constitucionalismo e democracia como um grande paradoxo, o que pode levar a diversas conclusões contraditórias e inconsistentes sobre as questões que a envolvem. Para Sultany, o paradoxo da democracia constitucional é irresolúvel não apenas porque democracia e constitucionalismo são, por si só, conceitos contestáveis, mas também porque existem vários tipos de paradoxos, uma variedade de maneiras de resolver paradoxos, e, ainda assim, tais possibilidades de resoluções podem ser inconsistentes (2012, p. 443).



Não há um único modo correto de se resolver um paradoxo. Filósofos ocidentais têm enfrentado paradoxos de cinco maneiras principais: racionalismo, empirismo, kantianismo, dialética hegeliana e decisionismo. As duas primeiras abordagens buscam reconciliar contradições aparentes, harmonizando razão e percepção. O terceiro e o quarto não são reconciliadores neste sentido, mas respondem às contradições percebidas e à realidade das contradições, respectivamente. A quinta abordagem é uma abordagem emotivista, segundo a qual a escolha entre demandas éticas inconsistentes não é guiada pela razão.

O mapeamento e a tipologia apresentados por Sultany mostram que as respostas oferecidas por teóricos constitucionais para a questão do constitucionalismo e da democracia são variações da aplicação de algumas dessas abordagens sobre os paradoxos. Mais do que isso, o trabalho mostra um quadro mais complicado do que supõe a “tricotomia” do racionalismo/empirismo/kantianismo. Isto porque não há necessariamente abordagens genéricas para todos os paradoxos, eis que o mesmo teórico, por exemplo, poderia ser um racionalista com respeito a um paradoxo e empirista em relação a outro. Mais importante ainda, o padrão de raciocínio escolhido não necessariamente prediz a conclusão com relação ao paradoxo em questão.

Mas, para efeito de análise, cabe ressaltar que esse mapeamento tem origem, fundamentalmente, na batalha política pela boa vida e a discussão sobre o papel do direito na sociedade, o que faz surgir os diversos campos que destinam diferentes propostas de relação entre democracia e constitucionalismo.

Para esse efeito, passaremos finalmente à análise da proposta de constitucionalismo de Mark Tushnet que, de início, coloca em destaque a proposição de que cada ser humano é, em virtude da sua humanidade, habilitado a buscar a sua própria versão de “boa vida” e o quanto a capacidade do indivíduo de buscar esse objetivo é severamente restringido pelas condições de privação material, forçando um movimento de deslocamento do debate do campo teórico para a análise situada na realidade material.

### **3 CONSTITUCIONALISMO PROGRESSISTA: UMA PROPOSTA POR MARK TUSHNET**

No texto intitulado *Progressive Constitutionalism: What Is It?* publicado no *Ohio State Law Journal*, Mark Tushnet afirma que a sua intenção não é a de falar por/para todos aqueles que se identificam como constitucionalistas progressistas e destaca, inclusive, o quão insensato isso seria. O autor aponta que o termo progressista carrega uma bagagem histórica difícil de ser deixada de lado, mas que, segundo ele, deveria ser. Antes de dar início à descrição do que ele considera como os mais importantes componentes do constitucionalismo progressistas no começo do século XXI, o autor faz algumas ressalvas. A primeira delas diz respeito ao fato de que os chamados progressistas na primeira metade do século XX eram entusiasmados pelas ciências sociais e muitos deles eram desatentos, indiferentes ou mesmo hostis às reivindicações de justiça racial. A segunda ressalva feita pelo autor adiciona o fato de que o século XX induziu um certo ceticismo sobre a afirmação de que cientistas/experts guiados pelas ciências sociais poderiam desenvolver, garantir a adoção, e implementar políticas que promovessem o bem público.

O constitucionalismo deve ser progressista e constitucional. Para Tushnet isso significa que o uso principal do termo progressista reside na descrição de políticas públicas destinadas a melhorar as condições materiais daqueles que vivem/sobrevivem em condições de severa escassez de condições materiais. A partir daí ele tece algumas considerações.

A primeira delas diz respeito ao foco em condições materiais em oposição a condições psíquicas e, mais especificamente, em oposição às condições que Charles Taylor se refere quando descreve políticas de reconhecimento (a versão de progressismo de Tushnet não descarta a importância das políticas de reconhecimento, mas insiste que aquilo que deve ser considerado central pelo progressismo deve ser o alívio da privação das condições materiais) (TUSHNET, 2011, p. 1073).

Na segunda, Tushet também foca no processo do alívio da privação de condições materiais em detrimento ao combate da desigualdade. A sua versão de progressismo é absolutamente confortável com disparidades razoavelmente grandes de condições materiais de bem-estar. Existe, segundo ele, contudo, o risco de a desigualdade material chegar em um ponto tão severo que dificultaria a adoção de políticas que objetivam a garantia de condições materiais básicas de existência. Isso, porque há também o risco de pessoas que vivem em situação de severa privação material acharem muito difícil mobilizar-se politicamente

Na Terceira e última consideração preambular o autor aponta que o objetivo principal do progressismo é reduzir e, eventualmente, eliminar as condições de severa escassez material e aí, o

que deveria importar aos progressistas é justamente o debate político voltado para a eliminação dessas condições.

Para o Autor, o seu conceito de progressismo possui diversas lacunas, algumas delas colaterais do próprio progressismo, mas, a sua definição é de que o progressismo não é e não deve ser centralmente preocupado com a liberdade de expressão, justiça processual em casos criminais, e muitas das questões associadas ao constitucionalismo liberal no final do século XX (2011, p. 1074). O motivo disso é para evitar que o progressismo tenha uma bagagem que poderia distrair o constitucionalista progressista daquilo que o autor acredita ser o verdadeiro foco das suas preocupações (o autor coloca que batalhas sobre a regulamentação de publicações sexualmente explícitas, por exemplo, seriam uma grande distração)

Contudo, constitucionalistas progressistas podem preocupar-se com esse tipo de problemas colaterais por duas razões. A primeira delas, de ordem filosófica ou político-teórica. Para explicá-la, o autor questiona o motivo pelo qual os progressistas estariam preocupados com as condições de privação material. Para ele, a preocupação com condições de severa privação material advém de um compromisso mais profundo desses progressistas, compromisso este que diz respeito, por exemplo, à proposição de que cada ser humano é, em virtude da sua humanidade, habilitado a buscar a sua própria versão de boa vida.

No entanto, a capacidade do indivíduo de buscar esse objetivo é severamente restringida pelas condições de privação material. Tushnet aponta que o compromisso dos progressistas com essa virtude humana de buscar alcançar sua própria visão de boa vida está também na raiz de muitos dos problemas considerados colaterais. Por isso, o mesmo compromisso que fundamenta a oposição de alguns progressistas à privação de condições materiais é também o que fundamenta outros progressistas na defesa da liberdade de expressão e de outras questões colaterais (2011, p. 1075).

A segunda razão pela qual progressistas acabam por preocupar-se com questões colaterais seria de ordem estratégica ou causal. Isto porque a proteção de alguns direitos pode tornar mais fácil para que progressistas alcancem seu objetivo legislativo central. Essas discussões superficiais, contudo, ilustram certo impasse no constitucionalismo progressista em questões que não envolvam de forma direta políticas voltadas para a redução ou eliminação de privação material.

Outra preocupação mais central é a de que o progressismo nada diz sobre justiça racial. E aí o autor aponta que existem diversas razões para focar exclusivamente no problema da privação

de condições materiais. Para ele, questões de raça nos Estados Unidos estão fortemente relacionadas com condições materiais. Assim, se a política tivesse sucesso em reduzir ou eliminar as condições de severa privação material, grande parte da classe beneficiada por essa redução seria composta por membros de minorias raciais. Ainda, segundo ele, tomar a questão da privação material como a questão central do progressismo reduziria questões relacionadas sobre como manter os progressistas unidos como uma força política. E, a partir daí, as questões sobre coalizão política estariam mais voltadas na construção de coalizões entre progressistas e outros, externos ao progressismo, ao invés de despende esforços na construção de coalizões dentro do próprio campo. Por fim, o foco exclusivo na questão da privação material oferece a possibilidade de reduzir as tensões inter-raciais que, segundo Tushnet, prejudicaram a eficácia de muitos movimentos políticos nos Estados Unidos, do campo liberal à esquerda.

Passada a explanação sobre o progressismo, o autor passa a discorrer sobre o constitucionalismo. Primeiro, destaca que o constitucionalismo exige algum tipo de hierarquia de valores. Alguns interesses políticos são meramente políticos, outros são constitucionais. Valores constitucionais são fundamentais e significativamente ‘entrenchados ou enraizados’ contra modificações realizadas pela via legislativa ordinária (2011, p. 1076).

Ademais, outra distinção, que é familiar para os constitucionalistas britânicos, mas não tanto para os americanos, é a de pensar nos mecanismos institucionais pelos quais a hierarquia de valores é implementada. Aí reside a distinção entre constitucionalismo jurídico e constitucionalismo político. As duas formas de constitucionalismo diferem-se pelo mecanismo por meio do qual as garantias constitucionais são aplicadas/asseguradas. E aqui, essa aplicação refere-se ao processo pelo qual a legislação e as ações executivas são avaliadas para determinar se elas têm a capacidade de modificar esses valores fundamentais por meio da simples alteração ordinária de legislação, ou se elas têm mecanismos especiais reservados para a mudança constitucional.

No constitucionalismo jurídico quase todas as garantias constitucionais são asseguradas pelas Cortes. Em oposição, o constitucionalismo político depende dos mecanismos da política comum, como partidos políticos, representantes legislativos e representantes atuantes da sociedade civil, para assegurar a aplicação das garantias constitucionais. Adeptos do constitucionalismo político defendem que legisladores deveriam discutir as suas escolhas/decisões fazendo referência obviamente às questões políticas, mas também aos valores constitucionais. Contudo, não há, para eles, mecanismo institucional capaz de assegurar que valores constitucionais prevaleçam sobre

meros valores políticos. Assim, para constitucionalistas políticos, às vezes, o processo de formulação de políticas envolve escolhas constitucionais ao invés de meras escolhas políticas (2011, p. 1077).

Tushnet afirma que seu argumento central é de que o constitucionalismo progressista deve ser compreendido no campo do constitucionalismo político e não do constitucionalismo judicial. Isso porque ele questiona, por exemplo, a capacidade das Cortes em criar doutrinas que lhes permitam decidir se determinada política pública estaria de acordo ou não com o objetivo de diminuir/eliminar a privação de condições materiais (2011, p. 1077). Ele destaca que no constitucionalismo progressista as Cortes deveriam ter um papel residual, meramente procedimental, no sentido de determinar que o legislador se pronuncie sobre a adequação de determinada política pública com o propósito fundamental de reduzir as condições de severa privação material. O autor inclui a possibilidade de a Corte eventualmente suspender a aplicação de determinada política pública se entender que ela não está de acordo com o referido propósito, mas, uma vez que o debate legislativo ocorra, a Corte deve retroceder.

Para o autor, a razão principal de colocar o constitucionalismo progressista dentro do campo do constitucionalismo político é garantir a estabilidade sistêmica do progressismo. Subordinar a aplicação de garantias constitucionais às Cortes pode gerar sérios riscos aos elementos substanciais do constitucionalismo (2011, p. 1078).

O primeiro deles diz respeito à debilidade democrática. Aqueles que não se envolvem de forma imediata e direta com a política não o faz porque têm muitas outras coisas a fazer, eis que política toma tempo e esforço. Por isso, pessoas comuns decidem gastar seu tempo com outras coisas e assim, o autor aponta que um sistema democrático debilitado/enfraquecido pode produzir políticas que não consistem com aquelas que o constitucionalismo político deveria produzir.

O segundo risco está relacionado mais precisamente ao caráter legalista do constitucionalismo jurídico, o que implica na delegação de um grau substancial de controle sobre o que é 'constitucional' a especialistas do campo jurídico. Os custos dessa delegação podem ser vistos mais precisamente pelo avanço de um doutrinário, identificado pela reserva do espaço da doutrina aos especialistas do direito, afastando dela as pessoas comuns. Nesse sentido, para Tushnet, as decisões das Cortes deveriam buscar uma apresentação mais acessível, de modo a possibilitar que as pessoas compreendam os efeitos de determinadas condutas.

Ainda, o autor considera o problema da proporcionalidade. A doutrina da proporcionalidade está disseminada na jurisprudência constitucional fora dos Estados Unidos. As ideias de proporcionalidade e equilíbrio são ideias que fazem parte do raciocínio prático comum no dia a dia das pessoas. Para a doutrina jurídica, proporcionalidade e equilíbrio funcionam como um checklist com uma análise estruturada para a avaliação da razoabilidade dos objetivos de determinado governo ou política governamental. Segundo o autor, não é possível afirmar se essa estrutura doutrinária de proporcionalidade e equilíbrio aplicada dentro do constitucionalismo jurídico seria normativamente superior aos julgamentos de proporcionalidade feitos no constitucionalismo político, apesar de ambos parecerem igualmente eficazes.

Alguns podem questionar o fato de que o constitucionalismo político não conseguiria sustentar um constitucionalismo que dependa de valores fundamentais enraizados, ao passo que o constitucionalismo jurídico conseguiria. Contudo, Tushnet destaca que princípios de livre expressão são diferentes, por exemplo, da imposição de taxas sobre alta renda, eis que o primeiro está relacionado com o constitucionalismo jurídico, mas não com o constitucionalismo político, ao passo que o segundo não está relacionado com nenhum dos dois.

Esse entrincheiramento/enraizamento, no entanto, não delimita de forma clara a distinção entre constitucionalismo jurídico e político. A verdadeira questão é se na prática os valores fundamentais estão mais enraizados no constitucionalismo jurídico do que no político. Mas essa seria uma questão empírica, na qual Tushnet aponta que as diferenças no enraizamento de valores fundamentais são sutis, e que o que os críticos identificam como uma falta de compromisso popular com valores fundamentais muitas vezes é simplesmente uma discordância sobre o conteúdo desses valores em circunstâncias específicas (2011, p. 1080).

Nesse sentido, a verdadeira questão relacionada ao enraizamento de valores fundamentais não está relacionada com valores tais como o da livre expressão. Na verdade, a questão surge em conexão com as próprias estruturas relacionadas ao processo de tomada de decisão política do qual dependem os constitucionalistas. Constitucionalistas jurídicos dependem das Cortes para identificar valores fundamentais, enquanto constitucionalistas políticos dependem da política para tanto. A política normalmente ocorre dentro de estruturas estáveis de tomada de decisões (a exemplo de legislaturas distritais, referendos para o processo de construção legislativa em alguns estados e representação igualitária dos estados no Senado). São essas estruturas que possibilitam a

via do constitucionalismo político, que não existiria sem elas. Mas, essas estruturas também o restringem.

Essa é uma das dificuldades relacionadas às reivindicações dos constitucionalistas políticos, ou seja, de que sua abordagem é normativamente mais atraente do que a do próprio constitucionalismo jurídico. Constitucionalistas jurídicos podem ser tendenciosos a soluções legalistas, mas constitucionalistas políticos, em qualquer cenário político, serão tendenciosos a soluções que foquem nos resultados práticos. Sendo assim, seria necessário comparar a atratividade normativa do conjunto de resultados associados ao constitucionalismo político com o dos resultados associados ao constitucionalismo jurídico. E aí o autor aponta que nesse contexto, não deve haver qualquer preferência pelo constitucionalismo político ou jurídico, eis que a escolha dependerá de determinadas particularidades.

Outra possibilidade trazida pelo autor é a de recuar a atenção para estruturas políticas existentes e passar a pensar em alternativas. Roberto Unger denomina as estruturas políticas de hierarquias congeladas e propõe a construção de direitos desestabilizadores para desestruturar essas hierarquias. Isso corresponde, de acordo com Tushnet, a simples proposição de que os constitucionalistas políticos devem estar sempre atentos aos efeitos do enviesamento da estrutura existente para a tomada de decisão política. É preciso, também, buscar sempre a inovação institucional para tentar romper com esse engessamento das estruturas políticas (2011, p. 1081).

Nesse ponto, o autor destaca que constitucionalistas políticos, ao menos na tradição constitucional dos Estados Unidos, são reconhecidos por serem inovadores quando se trata de desenho institucional. No mesmo sentido, progressistas sempre estiveram na linha de frente das inovações institucionais. Mas cabe destacar que para o constitucionalismo político não pode haver solução institucional permanente, da mesma forma que não existem valores fundamentais permanentes.

No entanto, se o constitucionalismo progressista está comprometido com a implementação daquilo que os progressistas acreditam ser valores fundamentais, como esses valores podem ser identificados? Se os constitucionalistas jurídicos usam as Cortes como mecanismo de identificação desses valores, como isso ocorre no constitucionalismo político? Tushnet aponta que além do texto constitucional e dos termos carregados de valores, que são a alma do constitucionalismo político, existem também as tradições fundamentais da nação, identificadas por meio do processo pelo qual

as pessoas interpretam e identificam a sociedade em que vivem (2011, p. 1082). Progressistas interpretam essas tradições para apoiar os valores pré-existentes.

Por fim, Tushnet afirma que os progressistas deveriam ser (mais) comprometidos com o constitucionalismo jurídico do que com o político, embora tenha muita coisa relacionada com a avaliação política das perspectivas do constitucionalismo político que, apesar dos seus defeitos, parece ser uma melhor opção nesse aspecto do que o constitucionalismo jurídico, que, por sua vez, não tem se apresentado como uma boa solução e tampouco demonstra sinais de melhora.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No cerne da proposta de constitucionalismo progressista voltado a redução e eventual eliminação de condições de grave privação material de Tushnet está a preferência do autor pelo constitucionalismo político em detrimento do jurídico, eis que no constitucionalismo jurídico, quase todas as garantias constitucionais são impostas por tribunais, ao contrário do constitucionalismo político, que se vale dos mecanismos da política ordinária para impor as garantias constitucionais;

A razão principal de colocar o constitucionalismo progressista dentro do campo do constitucionalismo político é garantir a estabilidade sistêmica do progressismo, porque subordinar a aplicação de garantias constitucionais às Cortes pode gerar sérios riscos aos elementos substanciais do constitucionalismo, sendo que o primeiro deles diz respeito à debilidade democrática.

Deste modo, apesar da grandiosidade da proposta de destinar o progressismo à questão fundamental da redução das condições de privação material, o potencial problema parece residir em um otimismo que parece não considerar a possibilidade de abusos por parte das maiorias, o que poderia incorrer em violações legais das mais diversas.

Um modelo, como levantado pelo próprio autor, em que pessoas comuns, por terem muitas outras coisas a fazer ao invés de uma atividade política que lhes toma tempo e esforço, decidem gastar seu tempo com outras coisas, pode gerar um sistema democrático debilitado, produzindo políticas que não consistem com aquelas que o constitucionalismo político deveria produzir. E aí



parece ser temerário o movimento de restringir o campo de atuação das cortes constitucionais no sentido de conferir à população o papel de construção, interpretação e vivência da Constituição.

É nítido que o risco apontado por Tushnet no sentido do caráter legalista do constitucionalismo jurídico, que implica na delegação de um grau substancial de controle sobre o que é ‘constitucional’ a especialistas do campo jurídico, deve ser considerado.

No entanto, uma acomodação teórica entre constitucionalismo popular e supremacia judicial parece ser mais razoável em um momento de crise da Democracia Constitucional. Nesse sentido, a exemplo do proposto por Robert Post e Reva Siegel, permitir que o Direito Constitucional dite o que é Constituição é arriscado, podendo as crenças constitucionais da nação serem suplantadas pela estreita visão das Cortes. Mas, permitir o mero julgamento político da Constituição também é perigoso, eis que coloca os direitos constitucionais e valores da democracia em situação de vulnerabilidade (POST; SIEGEL, 2004, p. 1038).

## REFERÊNCIAS

POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. **Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy**. *California Law Review*, Berkeley, v. 92. p. 1040, 2004. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss_papers).

Acesso em: 18 de mar. de 2021.

SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: the Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. [Cambridge, MA], v. 47, p. 371–455, 2012.

TUSHNET, Mark V. **Popular Constitutionalism As Political Law**. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 81. p. 999-1000, 2006.

TUSHNET, Mark. **Progressive Constitutionalism: What Is It?** *Ohio State Law Journal*. [Columbus, OH], v. 72, n. 6, p. 1073–1082, 2011.

## PROGRESSIST CONSTITUTIONALISM:

### A NARRATIVE ABOUT MARK TUSHNET'S PROPOSAL

## ABSTRACT

The objective of the present work is to present a narrative about the proposal of Progressive Constitutionalism elaborated and defended by Mark Tushnet. The reflections are made to enable the approach proposed by Tushnet to a constitutionalism that privileges the search for public policies aimed at the material improvement of the conditions of those who live in situations of extreme material scarcity. Therefore, the work will present the typology of the progressive constitutional field proposed by Nimer Sultany, which allows identifying Tushnet in the current of dissolution and as a representative of popular constitutionalism. From there, the analysis will focus on the contestability of concepts, such as the contestability of the concept of the good life, which is used as an inflection point for Tushnets proposal and intends to serve as a starting point for the presentation of the author propostas proposal for Constitutionalism Progressive.

**Keywords:** Progressive Constitutionalism; Democracy; Material Conditions