JOGO DURO CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONAL HARDBALL

MARK TUSHNET*

Tradução: DAVID SOBREIRA**

RESUMO

Este ensaio desenvolve a ideia de que o jogo duro constitucional designa uma prática política distintiva: o emprego de iniciativas situadas dentro dos limites plausíveis da doutrina constitucional vigente, mas incompatíveis com entendimentos pré-constitucionais que tornam possível o funcionamento ordinário do governo constitucional. A partir de exemplos como filibusters em indicações judiciais, redesenho dos distritos eleitorais, impeachment presidencial, legislação do New Deal e Marbury v. Madison, defendo que o jogo duro tende a surgir em períodos de transformação constitucional, quando atores políticos percebem que está em disputa não apenas uma vitória política episódica, mas a instituição de uma nova ordem constitucional. O argumento conecta essas práticas ao entrincheiramento partidário, à reconfiguração de arranjos institucionais e ao papel dos tribunais em momentos de transição.

Palavras-chave: entendimentos pré-constitucionais; jogo duro constitucional; ordem constitucional; transformação constitucional; entrincheiramento partidário.

ABSTRACT

This essay develops the idea that constitutional hardball designates a distinctive political practice: the use of initiatives that fall within the plausible boundaries of existing constitutional doctrine, but that are incompatible with the pre-constitutional understandings that make the ordinary operation of constitutional government possible. Drawing on examples such as filibusters of judicial nominations, electoral redistricting, presidential impeachment, New Deal legislation, and Marbury v. Madison, I argue that constitutional hardball tends to emerge in periods of constitutional transformation, when political actors perceive that what is at stake is not merely an episodic political victory, but the establishment of a new constitutional order. The argument connects these practices to partisan entrenchment, the reconfiguration of institutional arrangements, and the role of courts in moments of transition.

Keywords: pre-constitutional understandings; constitutional hardball; constitutional order; constitutional transformation; partisan entrenchment.

* Carmack Waterhouse Professor of Constitutional Law, Georgetown University Law Center.
Nota do Tradutor: atualmente, William Nelson Cromwell Professor of Law, Emeritus, Harvard Law School.

** Master of Laws (LL.M.), Harvard Law School. Professor de Direito Constitucional, Universidade Christus.
david.sobreira@unichristus.edu.br

Recebido em: 5-8-2026 | Aprovado em: 18-8-2026[1]

[1] Artigo convidado. Publicado originalmente em inglês por Mark Tushnet na J. Marshall L. Review, vol. 37, n. 2, 2004, p. 523-553.
Nota do Tradutor: o resumo, o abstract, as palavras-chave e as keywords não constam do artigo original. Foram acrescentados pelo tradutor, com autorização do autor, para fins de adequação às exigências editoriais de periódicos acadêmicos brasileiros.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: O CONCEITO DE JOGO DURO CONSTITUCIONAL, COM ALGUNS EXEMPLOS; 1.1 ALGUNS EXEMPLOS DE JOGO DURO CONSTITUCIONAL; 1.2 O JOGO DURO CONSTITUCIONAL E O ENTRINCHEIRAMENTO PARTIDÁRIO; 2 EXPLICANDO O JOGO DURO CONSTITUCIONAL; 2.1 O JOGO DURO CONSTITUCIONAL E OS ARRANJOS INSTITUCIONAIS; 2.2 O JOGO DURO CONSTITUCIONAL E OS PRINCÍPIOS SUBSTANTIVOS; 2.3 OS TRIBUNAIS NO JOGO DURO CONSTITUCIONAL; 3 MARBURY V. MADISON COMO JOGO DURO CONSTITUCIONAL; 4 ELABORAÇÕES: BRUSHBACKS* E FRACASSOS; 4.1 A PRIMEIRA VARIANTE: OS BRUSHBACKS; 4.2 UMA SEGUNDA VARIANTE: OS FRACASSOS; 4.3. OS FRACASSOS MOSTRAM QUE O JOGO DURO CONSTITUCIONAL NÃO É EXTRAORDINÁRIO?; ALGUMAS POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES NORMATIVAS; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO: o conceito de jogo duro constitucional, com alguns exemplos.

Nos últimos anos, venho notando um fenômeno que me parece novo ao longo de minha trajetória como estudioso do direito constitucional. Chamo esse fenômeno de jogo duro constitucional. Este ensaio desenvolve a ideia de que tal prática existe, de que há um sentido em que ela é nova e de que seu surgimento (ou ressurgimento) é interessante porque sinaliza que os atores políticos compreendem estar em posição de instituir um novo conjunto de arranjos institucionais profundos, de um tipo que chamo de ordem constitucional[2]. Um esboço sintético do jogo duro constitucional é o seguinte: ele consiste em reivindicações e práticas políticas – iniciativas legislativas e executivas – que se situam, de modo praticamente incontroverso, nos limites da doutrina e da prática constitucionais vigentes, mas que, ainda assim, guardam certa tensão com entendimentos *pré*-constitucionais estabelecidos[3]. É *jogo duro* porque seus praticantes se veem jogando para valer[*], de um modo bem particular; acreditam que o que está em jogo na controvérsia política provocada por suas ações é bastante importante e que sua derrota, com a vitória de seus adversários, representaria um revés sério, talvez permanente, para as posições políticas que sustentam[4].

[2] Sobre minha discussão a respeito da ideia de ordem constitucional, na qual se apoia a análise deste trabalho, *ver* TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

[3] Refiro-me àqueles pressupostos "que dispensam menção" que sustentam os sistemas em funcionamento de um governo constitucional. São difíceis de identificar fora de tempos de crise precisamente porque dispensam menção (um termo alternativo seria *convenções*). Esses pressupostos são *conceitualmente* anteriores à Constituição (portanto, "pré"-constitucionais), não necessariamente anteriores em um sentido temporal.

[*] [NT]: A expressão *playing for keeps*, traduzida aqui como "jogar para valer", designa uma disputa em que os participantes não tratam o resultado como reversível ou meramente episódico; jogam como se a vitória pudesse consolidar vantagens institucionais duradouras.

[4] Para uma investigação paralela, tratando, contudo, de situações em que o que está em jogo é substancialmente mais elevado do que tem sido nos Estados Unidos, *ver* MARAVALL, José María. The Rule of Law as a Political Weapon. *In*: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (ed.). *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 261.

Este ensaio começa, aqui, com alguns exemplos de jogo duro constitucional, seguidos de uma descrição da prática em termos mais gerais. A Seção 2 desenvolve a conexão, afirmada nesta seção, entre o jogo duro constitucional e mudanças em arranjos constitucionais fundamentais ou, em meus próprios termos, ordens constitucionais. A Seção 3 descreve, então, os acontecimentos em torno de *Marbury v. Madison* como um episódio de jogo duro constitucional. A Seção 4 oferece elaborações adicionais do conceito, enfatizando em particular as maneiras pelas quais o jogo duro constitucional pode fracassar, além de defender o conceito contra a objeção de que ele não singulariza, de fato, uma prática distinta da política constitucional ordinária. Por fim, a Seção 5 apresenta algumas modestas reflexões normativas sobre o jogo duro constitucional.

1.1 Alguns exemplos de jogo duro constitucional

Exemplos de jogo duro constitucional podem dar aos leitores uma noção melhor das práticas que tenho em mente[5]. Talvez o melhor exemplo seja o *filibuster*[*] conduzido pelos Democratas do Senado contra diversas indicações judiciais feitas pelo presidente George W. Bush em 2002-03[6]. As ações dos Democratas situavam-se claramente dentro dos limites estabelecidos pelas regras do Senado, e a Constituição autoriza expressamente o Senado a adotar regras para reger seu funcionamento[7]. Os Republicanos responderam ao *filibuster* elaborando um argumento segundo o qual ele seria inconstitucional por interferir na capacidade do Senado de decidir, por voto majoritário, se daria seu consentimento a uma nomeação. Considero esse argumento forçado,[8] pois exige que se distinga entre *filibusters* de indicações judiciais e

[5] Registro, desde o início, que abordo o material a partir de uma posição política de esquerda. Acredito que minha posição política me torna mais atento aos exemplos de práticas de jogo duro que vejo à direita. A estrutura de meu argumento, porém, sugere fortemente que, quando um lado começa a jogar o jogo duro constitucional, o outro lado entrará no jogo. Assim, estou confiante de que alguém que observasse a política contemporânea a partir da direita seria capaz de localizar exemplos de jogo duro constitucional praticado por liberais e progressistas. Há um sentido em que meu argumento sugere que os conservadores devem ter iniciado a dinâmica contemporânea de jogo duro constitucional, embora eu suspeite que seria bastante difícil identificar a *primeira* instância de jogo duro constitucional, e me abstenho de tentar. Pela mesma razão, evitei outra abordagem possível para identificar o jogo duro constitucional, sugerida a mim por Vicki Jackson. Seu raciocínio é o de que o jogo duro constitucional tem origem em um sentimento de injustiça: pessoas que julgavam estar jogando conforme as regras descobrem que seus adversários mudaram de táticas de maneiras que as colocam em desvantagem. Elas então adotam uma estratégia de retaliação olho por olho. A dificuldade dessa abordagem é que ela depende crucialmente de identificar o *primeiro* afastamento dos entendimentos anteriores. Uma vez iniciado o jogo duro constitucional, os participantes – e os observadores, que terão suas próprias predisposições partidárias – divergirão sobre essa identificação exatamente pelas mesmas razões pelas quais se engajam no jogo duro constitucional.

[*] [NT]: *filibuster*, mantido em inglês, é a tática de obstrução parlamentar pela qual uma minoria prolonga indefinidamente o debate para retardar ou inviabilizar a deliberação sobre uma matéria – aqui, a confirmação de indicações judiciais. No Senado dos Estados Unidos, o encerramento forçado do debate (*cloture*) exige supermaioria qualificada (desde 1975, três quintos – 60 dos 100 senadores), de modo que o *filibuster* confere a uma minoria de 41 votos poder de bloqueio.

[6] O exemplo é melhor do que outros precisamente porque tem caráter bipartidário: as ações de ambos os lados do plenário do Senado têm os atributos-chave do jogo duro constitucional.

[7] CONSTITUIÇÃO DOS EUA, art. I, § 5, cl. 2. "Cada Casa pode determinar as regras de seus trabalhos".

[8] Desenvolvido em *Judicial Nominations, Filibusters, and the Constitution: When a Majority is Denied its Right to Consent: Before the Senate Judiciary Subcommittee on the Constitution*, 2003 [doravante Depoimento de Eastman]

filibusters de legislação ordinária recomendada pelo presidente ao Congresso no cumprimento de seu dever de assim proceder[9]. Ainda assim, *há* distinções plausíveis que poderiam ser invocadas,[10] e algumas versões dos argumentos contra a constitucionalidade de uma regra do Senado que autorize *filibusters* de modo geral são bastante substanciais[11]. Os argumentos dos Republicanos, portanto, também se encontravam dentro dos limites constitucionais.

Ao mesmo tempo, alguns aspectos do comportamento tanto dos Democratas quanto dos Republicanos foram incomuns. Os *filibusters* Democratas foram, se não únicos,[12] bastante incomuns. Poderíamos comparar o *filibuster* às nomeações para os tribunais federais durante o recesso legislativo.[*] A Constituição claramente autoriza tais nomeações,[13] e o uso desse poder pelos presidentes não era incomum[14]. Contudo, os presidentes passaram a abster-se de usar seu poder – inequivocamente constitucional – de fazer nomeações durante o recesso legislativo, em parte por preocupação com possíveis intromissões na independência judicial decorrentes da possibilidade de que um indicado em recesso não venha a receber um cargo permanente a menos que caia nas graças do presidente[15]. Essa contenção no uso de um poder reconhecido poderia até equivaler a uma frágil convenção pré-constitucional contra as nomeações em recesso para os tribunais. De modo semelhante, poder-se-ia dizer que o Senado

(manifestação de John C. Eastman, Professor de Direito Constitucional, Chapman University School of Law, e Diretor do The Claremont Institute Center for Constitutional Jurisprudence. Disponível em: http://www.claremont.org/static/pdf/eastmantestimony.pdf. Acesso em: 3 set. 2003).

[9] CONSTITUIÇÃO DOS EUA, art. II, § 3. "Ele *deverá*, de tempos em tempos, ... recomendar à consideração [do Congresso] as medidas que julgar necessárias e convenientes". (grifo acrescentado).

[10] Por exemplo, como sugere o depoimento do Professor Eastman, o poder do presidente de indicar juízes envolve um conjunto de preocupações de separação de poderes distinto – e talvez mais importante – do que o poder de recomendar legislação. *Judicial Nominations, Filibusters, and the Constitution: When a Majority is Denied its Right to Consent: Before the Senate Judiciary Subcommittee on the Constitution*, 2003

[11] Para uma visão geral, *ver* CHEMERINSKY, Erwin; FISK, Catherine. The Filibuster. *Stanford Law Review*, v. 49, p. 181-254, 1997. Os argumentos mais fortes são contrários ao uso de uma regra que autorize *filibusters* para blindar essa própria regra de alteração por maioria do Senado.

[12] Os Republicanos haviam promovido um *filibuster* quando Lyndon Johnson indicou o *Justice* Abe Fortas para suceder Earl Warren como *Chief Justice*. Para uma descrição, *ver* KALMAN, Laura. *Abe Fortas*: a biography. New Haven: Yale University Press, 1990. p. 355. O depoimento do Professor Eastman afirma que os *filibusters* Democratas são "ainda mais problemáticos do que o que se travou com êxito contra Fortas, porque Fortas nunca obteve apoio majoritário em uma votação de encerramento forçado do debate" (*cloture*). *Judicial Nominations, Filibusters, and the Constitution: When a Majority is Denied its Right to Consent: Before the Senate Judiciary Subcommittee on the Constitution*, 2003. p. 23, n. 36. Segundo Kalman, "Quando [o líder da maioria do Senado] Mansfield convocou uma votação em 1º de outubro, apenas quarenta e cinco dos oitenta e oito senadores presentes votaram pelo encerramento forçado do debate". KALMAN, *op. cit.*, p. 355.

[*] [NT]: nas "nomeações de recesso" (*recess appointments*), o Presidente pode preencher temporariamente determinadas vagas durante o recesso do Senado, permitindo que o nomeado entre imediatamente em exercício, sem confirmação senatorial prévia. A nomeação permanece válida até o final da sessão seguinte do Senado – podendo, conforme o momento em que for realizada, durar mais de um ano –, salvo se o nomeado for anteriormente confirmado pelo Senado.

[13] CONSTITUIÇÃO DOS EUA, art. II, § 2, cl. 3. "O presidente terá o poder de prover todas as vagas que ocorram durante o recesso do Senado".

[14] Para uma discussão, *ver* FISHER, Louis. *Recess Appointments of Federal Judges*. Congressional Research Service, 5 set. 2001. Disponível em: http://www.senate.gov/reference/resources/pdf/RL31112.pdf. Acesso em: 14 nov. 2003.

[15] A prática de nomeações para tribunais durante o recesso legislativo, prevista no Artigo III, ficou suspensa por cerca de vinte anos, sendo então retomada pelo presidente Jimmy Carter em 1980 (uma nomeação em recesso de um juiz distrital, cujo nome não foi reapresentado quando a nomeação expirou) e, após outro período de vinte anos, pelo presidente William Clinton em 2000 (uma nomeação em recesso de Roger Gregory, que foi posteriormente reindicado pelo presidente George W. Bush e confirmado pelo Senado). *Ibid.*, p. 19-24.

havia adotado uma convenção pré-constitucional contra o uso do *filibuster* em indicações judiciais desde a indicação de Abe Fortas. O *filibuster* dos Democratas é, então, um repúdio a um entendimento pré-constitucional consolidado.

A resposta Republicana é semelhante, embora em menor grau. Alguns Republicanos sugeriram que, caso os *filibusters* persistissem, apoiariam litígios voltados a estabelecer a inconstitucionalidade da prática[16]. O que havia de incomum nessa ameaça é que os senadores costumam ser bastante zelosos em abster-se de submeter disputas internas da Casa à supervisão judicial. A liderança do Senado, por exemplo, muitas vezes protocolou petições sustentando que senadores individuais carecem de legitimidade processual ativa (*standing*) para impugnar procedimentos do Senado. O caminho preferido – equivalendo, talvez, mais uma vez, a uma convenção pré-constitucional – é que o Senado resolva essas controvérsias no âmbito da própria Casa[17].

Acredito que o jogo duro constitucional é mais disseminado do que um único exemplo indica. O esforço bem-sucedido no Colorado, e o esforço paralelo no Texas, de rever decisões de redesenho dos distritos eleitorais (*redistricting*) tomadas após o censo de 2000 é semelhante em estrutura. Os Legislativos estaduais têm um direito inquestionável de alterar as linhas dos distritos tantas vezes quantas quiserem. A justificativa para fazê-lo no Colorado e no Texas não era frívola; em cada estado, o primeiro conjunto de distritos foi concebido não por um Poder Legislativo eleito, mas por um tribunal que atuou depois de o Legislativo estadual haver deixado de agir[18]. Ainda assim, em cada rodada de redesenho dos distritos eleitorais desde a década de 1970 os legisladores geralmente consideraram o primeiro conjunto de distritos como fixo até o próximo censo ou até que um tribunal lhes ordenasse traçar um novo conjunto de distritos. As ações Republicanas no Colorado e no Texas constituem jogo duro constitucional porque são incompatíveis com o que parecia ser um entendimento pré-constitucional consolidado[19]. A resposta dos Democratas no Texas – ao abandonarem os trabalhos

[16] Para uma cópia da petição inicial protocolada pela Judicial Watch, *ver* http://www.judicialwatch.org/complaint_051403.shtml. Acesso em: 12 nov. 2003.

[17] A ameaça dos Republicanos de apoiar litígios era um "repúdio" mais brando ao entendimento pré-constitucional do que o *filibuster* dos Democratas, porque era – ao menos até o presente – apenas uma ameaça. A nomeação em recesso, pelo presidente Bush, do indicado obstruído Charles Pickering parece ser um repúdio mais forte ao possível (e frágil) entendimento pré-constitucional que limita o uso da nomeação em recesso.

[18] Para o Colorado, *ver* REID, T.R. Texans Back Colorado Democrats in Redistricting Case. *The Washington Post*, 9 set. 2003. p. A2. "O Legislativo estadual, dividido entre os dois partidos, não conseguiu chegar a um novo plano distrital a tempo para a eleição de 2002, de modo que um tribunal estadual traçou o mapa." REID, *op. cit*. Para o Texas, *ver* CILIZZA, Chris. *Redistricting Two-Step to Resume Monday*. Roll Call, 11 set. 2003. "Depois que os legisladores do Texas ficaram em impasse em suas tentativas de redesenhar as linhas em 2001, um tribunal federal adotou um plano que manteve o status quo nas eleições de 2002." CILIZZA, *op. cit*.

[19] A complementar o jogo duro dos próprios esforços de redesenho dos distritos eleitorais está a sugestão do deputado Tom DeLay de que a *falta* de promulgação de novas linhas distritais é, ela própria, uma violação constitucional, da alegada exigência constitucional de que as linhas distritais sejam traçadas pelos Poderes Legislativos sempre que possível. Para a declaração de DeLay, *ver Fox News Sunday* (transmissão da rede Fox, 17 ago. 2003), afirmando: "Devemos, pela Constituição, redistribuir a representação ou redesenhar os distritos a cada 10 anos".

legislativos e deixarem o Estado – foi uma forma defensiva de jogo duro constitucional, incompatível com o que a maioria das pessoas consideraria serem as obrigações de representantes eleitos[20].

Um último exemplo é o impeachment do presidente Clinton[21]. Também aqui havia, ao menos, substancial respaldo constitucional para a proposição de que a Câmara dos Representantes tinha o poder de submeter Clinton a impeachment por aquilo que seus membros concluíram que ele havia feito[22]. Naturalmente, o impeachment, sobretudo de um presidente, é assunto sério. Antes do impeachment de Clinton, membros da Câmara protocolaram petições voltadas a instaurar processos de impeachment de outros presidentes[23] Essas tentativas nunca foram levadas adiante com qualquer seriedade. É possível combinar esse fato com as evidências provenientes de impeachments de juízes federais para identificar ainda outro entendimento pré-constitucional: a Câmara dos Representantes não deveria conduzir agressivamente uma investigação de impeachment a menos que, desde o início, haja probabilidade razoável de que a investigação resulte na destituição do alvo de seu cargo. O impeachment de Clinton foi incompatível com esse entendimento.

O jogo duro constitucional tem outra característica. Quando os políticos recorrem a ele, o que está em jogo é de grande importância. Os *filibusters* dos Democratas têm por objetivo, em primeira instância, impedir que o presidente transforme os tribunais federais de apelação ao nomear um grande número de juízes que os Democratas consideram conservadores em excesso para o bem da nação[24]. Os esforços de redesenho dos distritos eleitorais dos Republicanos são concebidos para aumentar o número de cadeiras que os candidatos Republicanos têm probabilidade de conquistar, ampliando assim a probabilidade de que os Republicanos mantenham o controle da Câmara dos Representantes até o próximo censo e o redesenho

[20] Embora eu qualificasse isso um pouco, observando que as obrigações dos representantes decorrem de um dever para com os eleitores de considerar o conjunto de questões de que os Legislativos se ocupam, ao passo que os Democratas deixaram o estado para evitar participar de uma sessão legislativa extraordinária que tratava apenas da questão do redesenho dos distritos eleitorais.

[21] Robert Reich vale-se dos exemplos do impeachment, de alguns aspectos da controvérsia eleitoral de 2000 na Flórida e da eleição revogatória (*recall*) na Califórnia para sustentar seu argumento de que os Estados Unidos passaram a vivenciar o que ele chama de eleição permanente (por oposição a campanha eleitoral permanente), na qual os resultados alcançados no dia da eleição não são tidos por definitivos da própria eleição. REICH, Robert B. The Permanent Election. *The American Prospect*, 1º set. 2003. Disponível em: http://www.prospect.org/print/V14/8/reich-r.html. Acesso em: 14 nov. 2003. A ideia de Reich é semelhante à minha, mas provavelmente tem alcance mais amplo do que a ideia de jogo duro constitucional.

[22] Poderiam, de maneira razoável, ter acreditado que suas declarações falsas constituíam um crime grave ou má conduta (*high crime or misdemeanor*) passível de impeachment segundo as interpretações aceitas desses termos (referindo-se a conduta criminosa grave ou a conduta, equivalente ou não a crime grave, que lançasse dúvida sobre a aptidão do presidente para permanecer no cargo), ou que a Câmara tinha o poder de submeter um presidente a impeachment sempre que julgasse, segundo os padrões que escolhesse, que ele havia cometido um crime grave ou má conduta (posição associada ao então deputado Gerald Ford, em observações feitas em 1970, citadas em STONE, Geoffrey et al. *Constitutional Law*. 4. ed. Aspen Publishers Inc., 2001. p. 362 (“uma infração passível de impeachment é aquilo que a maioria da Câmara dos Representantes considera que ela seja em um dado momento da história”).

[23] Por exemplo, tais petições foram protocoladas em conexão com o caso Irã-contras. *Ver* TURLEY, Jonathan. Senate Trials and Factional Disputes: Impeachment as a Madisonian Device. *Duke Law Journal*, v. 49, p. 1-146, 1999. p. 77, n. 366. (descrevendo uma resolução sobre impeachment que foi protocolada e encaminhada à Comissão de Justiça, que não lhe deu seguimento).

[24] Embora eu não tenha evidência direta disso, acredito que os *filibusters* visam – talvez mais importante – a dissuadir o presidente de indicar uma pessoa igualmente conservadora para uma vaga na Suprema Corte, caso alguma surgisse antes das eleições de 2004.

dos distritos eleitorais subsequente. O caso do impeachment de Clinton é um pouco mais complicado. O então vice-presidente Al Gore teria substituído Clinton na presidência, caso o impeachment fosse seguido de uma condenação. Não haveria mudança no controle partidário do Poder Executivo. Ainda assim, a liderança Republicana na Câmara dos Representantes poderia razoavelmente ter acreditado que o impeachment de Clinton enfraqueceria substancialmente a posição política do ocupante da Casa Branca, fosse essa pessoa Clinton ou Gore[25].

Descrevi o jogo duro constitucional como uma estratégia que políticos racionais adotam[26]. Ele se apresenta em uma forma *ofensiva*, quando políticos de um partido minoritário veem aberta a oportunidade para uma (possível) transformação permanente de seu status. Tais políticos praticam o jogo duro constitucional para mudar seu status. Ele também se apresenta em uma forma *defensiva*, quando políticos de um partido dominante veem a possibilidade de serem permanentemente deslocados do poder. Esses políticos praticam o jogo duro constitucional para preservar seu status.

1.2 O jogo duro constitucional e o entrincheiramento partidário

A característica de altas apostas do jogo duro constitucional mostra que o jogo duro é um elemento do fenômeno mais geral que Jack Balkin e Sanford Levinson identificaram como entrincheiramento partidário[*27]. Segundo Balkin e Levinson, mudanças em larga escala em arranjos institucionais estruturantes ocorrem por meio de um processo de entrincheiramento partidário.

Balkin e Levinson concentram-se no entrincheiramento partidário nos tribunais. "Quando um partido conquista a Casa Branca, ele pode preencher o Judiciário federal com membros de seu próprio partido, presumindo um Senado relativamente aquiescente."[28, p. 1067] Ao fazê-lo, o presidente estende as posições programáticas de seu partido, e suas posições sobre o significado da Constituição, por um período muito mais longo do que sua própria presidência. E, uma vez empossados os juízes, "eles começam a mudar os entendimentos da Constituição que aparecem no direito positivo"[29]. Para Balkin e Levinson, o entrincheiramento

[25] Para discussão adicional sobre o impeachment de Clinton, *ver* nota 72.

[26] Louis Michael Seidman sugeriu-me que há outra forma de jogo duro constitucional, que ele considera mais importante. Na versão alternativa, os políticos jogam o jogo duro constitucional a partir de uma crença essencialmente *irracional* de que seus adversários políticos estão tão profundamente errados que sua permanência no cargo, ou a possibilidade de se tornarem dominantes, é uma ameaça a tudo aquilo que a nação representa. Seidman aponta o exemplo do impeachment, em que os Republicanos na Câmara dos Representantes devem ter sabido que não tinham nenhuma chance de destituir Clinton do cargo (e que, se o destituíssem, teriam Al Gore em seu lugar). Meu argumento, de que os Republicanos da Câmara tinham em vista as eleições presidenciais de 2000, parece-lhe forçado. Seidman e eu concordamos que ambas as formas de jogo duro constitucional bem poderiam ocorrer.

[*] [NT]: *partisan entrenchment*, aqui traduzido como entrincheiramento partidário, designa o processo pelo qual um partido consolida suas preferências em instituições que perduram para além de sua vitória eleitoral imediata.

[27] BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, p. 1045-1109, 2001.

[28] *Ibid.*

[29] *Ibid.*

partidário significa que "[o]s partidos que controlam a presidência nomeiam juristas de sua preferência – dado qualquer contrapeso que o Senado venha a exercer"[30], p. 1076.

O processo de entrincheiramento partidário deveria, a meu ver, ser compreendido de modo mais amplo do que na apresentação inicial de Balkin e Levinson[31]. O processo completo de entrincheiramento partidário tem várias etapas, nas quais o controle dos tribunais é apenas uma fase[32]. Primeiro, os defensores de um determinado conjunto de arranjos obtêm o controle sobre um componente do governo[33]. Em seguida, valem-se desse controle para conceber mecanismos que assegurem seu controle continuado daquele componente. Por exemplo, podem desenvolver formas de implementar a regulamentação do serviço público (funcionalismo), voltadas a eliminar a influência partidária nos escalões inferiores da burocracia executiva, de modo que os burocratas de nível inferior estejam, de fato, comprometidos com um determinado programa partidário[34]. Ou, talvez mais importante, definem sua agenda substantiva, legislativa ou executiva, de maneira a atrair forte apoio de alguns e a desmobilizar seus adversários[35]. Além disso, aqueles que controlam um componente do governo tentam alavancar esse controle para assumir o controle de outros componentes. Balkin e Levinson concentram-se em particular na capacidade de uma coalizão partidária que assume o controle

[30] *Ibid*.

[31] Concordando, como concordo, com boa parte da abordagem de Balkin e Levinson, posso parecer um tanto grosseiro ao observar que, não obstante seu reconhecimento de que os entendimentos constitucionais se desenvolvem fora dos tribunais, sua análise concentra-se quase exclusivamente nos tribunais como locais de transformação constitucional. Talvez tenha esse foco porque Balkin e Levinson veem *Bush v. Gore* como parte muito mais importante da história do entrincheiramento partidário do que eu vejo, minimizando assim a importância dos episódios de jogo duro constitucional que estavam sendo praticados em outros lugares. Para outra obra que reconhece o valor do trabalho de Balkin e Levinson ao mesmo tempo em que o critica por algumas omissões, *ver* GILLMAN, Howard. Constitutional Law as Partisan Entrenchment: The Political Origins of Liberal Judicial Activism (artigo não publicado, em poder do autor). Disponível em: http://www.yale.edu/law/ltw/papers/Hw-gillman.pdf. Acesso em: 14 nov. 2003.

[32] Um sinal da necessidade de uma visão mais ampla do processo é a expressão *presumindo um Senado relativamente aquiescente* no relato de Balkin e Levinson sobre o entrincheiramento partidário nos tribunais. BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, p. 1045-1109, 2001. p. 1067. O *filibuster* Democrata mostra que não precisamos fazer tal pressuposição, mesmo quando o mesmo partido da presidência controla formalmente o Senado. *Cf*. BALKIN; LEVINSON, *op*. *cit*., p. 1083 (descrevendo *Bush v. Gore* como um caso em que "cinco membros da Corte us[aram] seus poderes de revisão judicial de constitucionalidade para entrincheirar seu partido na Presidência e, desse modo, na prática, também no Judiciário, por causa do poder de nomeação do presidente") (grifo acrescentado).

[33] Minha exposição contrasta com a de Balkin e Levinson em parte porque trato os tribunais como simplesmente um de vários componentes do sistema político, todos os quais podem desempenhar o papel principal no entrincheiramento partidário.

É perfeitamente normal que os Presidentes entrincheirem membros de seu partido no Judiciário como meio de moldar a interpretação constitucional. É assim que ocorre a maior parte da mudança constitucional. É coisa bem diversa que membros do Judiciário federal selecionem um presidente que entrincheirará colegas de mentalidade afim no Judiciário. BALKIN; LEVINSON, *op*. *cit*., p. 1083. Observo também que Balkin e Levinson enfatizam corretamente a extensão temporal do entrincheiramento. O sentido em que *Bush v. Gore* "entrincheirou" um presidente Republicano é bastante diferente do sentido em que um presidente entrincheira os apoiadores de seu partido nos tribunais.

[34] As técnicas são conhecidas: exílio para postos indesejáveis, atribuição de tarefas ingratas e triagem política não reconhecida de candidatos a nomeação e promoção.

[35] Um exemplo poderia ser o desenvolvimento de restrições legislativas aos tipos de causas que os advogados apoiados pela Legal Services Corporation podem propor, por vezes descritas como um de vários meios de "cortar o financiamento da esquerda". Para a apreciação, pela Suprema Corte, de uma parcela muito pequena dessas restrições, *ver Legal Services Corp. v. Velazquez*, 531 U.S. 533 (2001).

exíguo do Senado e da presidência de obter um controle muito mais extenso sobre o Judiciário, por um longo prazo[36].

As apostas são altas quando os políticos recorrem ao jogo duro político porque, segundo acreditam, os vencedores podem acabar obtendo controle permanente (significando controle por todo o horizonte temporal relevante para os políticos de hoje) sobre o governo como um todo. O vencedor do jogo duro constitucional leva tudo, e o perdedor perde tudo. A próxima seção deste ensaio examina a possibilidade de que essa característica do jogo duro constitucional possa explicar seu surgimento em determinadas conjunturas políticas (e sua ausência em outras).

2 EXPLICANDO O JOGO DURO CONSTITUCIONAL

Esta seção descreve vários aspectos do jogo duro constitucional em maior detalhe. Começo ampliando o argumento de que o jogo duro constitucional está associado a mudanças de uma ordem constitucional para outra. Faço-o examinando a maneira pela qual o jogo duro constitucional pode ser jogado no que diz respeito aos arranjos institucionais e no que diz respeito a princípios substantivos. A seção conclui descrevendo como os tribunais podem jogar o jogo duro constitucional.

2.1 O jogo duro constitucional e os arranjos institucionais

As características do jogo duro constitucional ajudam a explicar seu surgimento. Considere-se, primeiro, o fato de que os argumentos do jogo duro não são frívolos. O ponto importante aqui é que essa característica, em si mesma, não pode de modo algum identificar um fenômeno interessante. O Congresso promulga o tempo todo legislação constitucionalmente questionável, em favor de cuja constitucionalidade existem, ainda assim, argumentos não frívolos[37]. Quando o Congresso assim procede, está agindo de uma forma constitucionalmente *ordinária*: promulgando leis inconstitucionais que seus apoiadores acreditam ser constitucionais.

[36] E, evidentemente, o processo de entrincheiramento partidário poderia prosseguir caso o Judiciário passasse então a interpretar a Constituição de maneiras que entrincheirassem ainda mais os partidários na presidência e no Senado que ali colocaram os juízes.

[37] Um exemplo recente óbvio é a lei federal sobre queima de bandeira, promulgada na esteira de *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), e declarada inconstitucional em *United States v. Eichmann*, 486 U.S. 310 (1990). Acredito que as decisões da Corte eram impostas por todas as teorias coerentes da Primeira Emenda e que a lei federal era, em princípio, indistinguível da lei estadual anteriormente declarada inconstitucional. Ainda assim, quatro membros da Suprema Corte teriam confirmado a lei federal contra a impugnação constitucional. Ou, para tomar outro exemplo, a Lei de Decência nas Comunicações (*Communications Decency Act*), declarada inconstitucional por uma Corte que foi unânime quanto às questões centrais em *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997), parece-me, novamente, inconstitucional sob qualquer teoria geral razoável da Primeira Emenda, mas posso conceber o desenvolvimento de uma exceção estritamente definida à teoria padrão para as comunicações abrangidas pela lei.

A palavra *ordinária* indica o critério necessário para distinguir o jogo duro constitucional, pois evoca a distinção de Bruce Ackerman entre política ordinária e momentos constitucionais[38]. Para os presentes fins, o que importa no relato de Ackerman é sua descrição da história constitucional dos Estados Unidos como consistindo de longos períodos de política ordinária, separados por períodos mais curtos, que Ackerman denomina momentos constitucionais. No plano descritivo, os arranjos institucionais fundamentais da nação – as relações entre o presidente e o Congresso, os mecanismos pelos quais os políticos organizam apoio junto ao público e os princípios que os políticos adotam para orientar o desenvolvimento das políticas públicas – diferem depois que um momento constitucional passou. Assim, por exemplo, os grupos de interesse desempenharam um papel na política nacional antes do *New Deal*, e um papel diferente depois de completada a transformação constitucional do *New Deal*[39, p. 12].

Minha sugestão é que o jogo duro constitucional é a forma pela qual o direito constitucional é praticado de modo distintivo durante períodos de transformação constitucional[40, p. 3]. Não pretendo dar a entender que seja a *única* forma pela qual o direito constitucional é praticado durante tais períodos. Precisamente porque tais períodos podem ser prolongados, uma grande quantidade de legislação ordinária será promulgada em cada um deles, e parte dessa legislação estará sujeita a impugnação constitucional ordinária. Sugiro, em vez disso, que o jogo duro constitucional singulariza práticas constitucionais associadas à transformação constitucional. Uma implicação importante decorre dessa sugestão: não deveríamos observar episódios de jogo duro constitucional durante períodos de política ordinária[41].

Aqui se torna aparente a relevância da segunda característica do jogo duro constitucional. Uma forma de distinguir períodos de política ordinária de períodos de transformação é que, durante os primeiros, os entendimentos pré-constitucionais são tidos como pressupostos, ao passo que, durante os segundos, tais entendimentos são postos em questão. A ideia é que os arranjos institucionais característicos de uma determinada ordem constitucional – característicos, isto é, de cada período específico de política ordinária – são os pressupostos aceitos por todos os atores politicamente significativos daquele período, ao passo que todo o propósito da transformação constitucional é alterar os arranjos institucionais previamente tomados como certos. Naturalmente, os defensores da transformação irão pôr em questão os entendimentos pré-constitucionais, porque desejam substituir esses entendimentos por outros. Um exemplo tosco, muito mais tosco do que seria uma análise completa, seria: antes do *New Deal*, o Congresso iniciava a legislação sujeita a modesta revisão pelo presidente, ao passo que, depois do *New Deal*, o presidente iniciava a legislação sujeita a modesta revisão pelo Congresso. E, *durante* o período transformador em que Franklin D. Roosevelt tentava

[38] Não é preciso aceitar a análise de Ackerman em todo o seu esplendor (eu não a aceito) para reconhecer que ele identificou algo importante em nossas práticas constitucionais ao distinguir entre o ordinário e o extraordinário.

[39] Para meu relato das diferenças, *ver* TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

[40] Minha principal divergência com Ackerman é que ele acredita (por boas razões dentro de seu próprio projeto) que os momentos constitucionais devem ocorrer em períodos relativamente comprimidos (como sugere o termo *momentos*), ao passo que eu acredito que as transformações constitucionais podem ocorrer ao longo de períodos substancialmente prolongados. Para uma discussão dessa divergência, *ver* TUSHNET, *op*. *cit*.

[41] Para uma discussão, *ver* o texto que acompanha as notas 82-85. Para adotar uma terminologia científica que considero inadequada para este tema, poder-se-ia dizer que encontrar jogo duro constitucional durante períodos de política ordinária refutaria a hipótese que proponho.

construir uma nova ordem constitucional, seus esforços para tomar para si a iniciativa legislativa foram entendidos como desafios a entendimentos pré-constitucionais consolidados acerca da relação entre o presidente e o Congresso – e, como tais, revolucionários.

A associação entre o jogo duro constitucional e a transformação constitucional explica, por fim, o fato de que as apostas são altas quando um episódio de jogo duro constitucional está em curso. As apostas são altas porque aqueles que se beneficiam dos arranjos institucionais vigentes, e são desafiados por defensores de arranjos institucionais dramaticamente distintos, temem, com razão, que irão perder *permanentemente* o poder político caso novos arranjos institucionais sejam instituídos. Afinal, os defensores dos novos arranjos são *políticos* em busca de poder, que oferecem ao eleitorado sua visão do bem público, para que seja considerada e eventualmente adotada. Naturalmente, os políticos que detêm o poder durante um período de política ordinária temem que irão perder o poder caso novos arranjos institucionais sejam instituídos, porque as pessoas que buscam construir esses novos arranjos são seus adversários na política ordinária, que se viram incapazes de prevalecer sob os arranjos existentes.

Até aqui, minha exposição do jogo duro constitucional enfatizou propostas de afastamento de entendimentos pré-constitucionais consolidados acerca dos próprios arranjos institucionais. A relação entre o jogo duro constitucional e a transformação constitucional deve estar clara nesse contexto. Apenas ligeiramente diferentes são os exemplos que utilizei para ilustrar a ideia de jogo duro constitucional. Ali o jogo duro constitucional dirige-se a *processos* consolidados de adoção de políticas públicas. Os defensores da transformação constitucional jogam o jogo duro constitucional quando tentam substituir processos consolidados por outros que lhes tornariam mais fácil instituir os novos arranjos institucionais que preferem.

Considerem-se alguns exemplos utilizados anteriormente neste ensaio. Revisitando o desenho de distritos congressuais, a fim de ampliar a probabilidade de que um partido obtenha uma maioria mais estável na Câmara dos Representantes, é esse tipo de jogo duro constitucional. Também o é o próprio termo *entrincheiramento* utilizado por Balkin e Levinson. Ele mostra que o objetivo buscado pelos partidários é o controle sobre a política substantiva durante o prolongado período de política ordinária que esperam que se siga, uma vez entrincheirado seu controle.

O exemplo que Balkin e Levinson utilizam – usar maiorias apertadas para obter o controle sobre o Judiciário – é um pouco mais complexo. Acredito que sua estrutura seja dupla. Primeiro, um Judiciário entrincheirado tem condições de proteger contra impugnações constitucionais as vitórias partidárias obtidas por pequena margem na aprovação de legislação substantiva. Como veremos, tal legislação substantiva pode, ela mesma, constituir a plataforma para estender o controle partidário na legislatura. Segundo, um Judiciário entrincheirado pode estar em posição de assegurar vitórias que uma coalizão partidária é incapaz de alcançar na legislatura[42]. O exemplo clássico desse fenômeno é o papel mutuamente reforçador do Congresso e da Suprema Corte durante a Segunda Reconstrução da década de 1960.

[42] Evidentemente, sua capacidade de fazê-lo depende de modo importante da teoria constitucional do poder judicial associada aos entendimentos constitucionais sustentados pelos defensores da transformação constitucional. Mais especificamente, esse mecanismo de entrincheiramento partidário será indisponível para aqueles que se propõem a entrincheirar arranjos institucionais que minimizem o papel dos tribunais na formulação de políticas (a menos que, como pode ser possível, seus princípios distingam entre o papel judicial durante o período de transição e esse papel durante o período subsequente de política ordinária).

Os tribunais atuaram para auxiliar o movimento pelos direitos civis em pontos em que, por razões que os adeptos da maioria Democrata acreditavam ser inteiramente contingentes,[43] o Congresso era incapaz de agir.

2.2 O jogo duro constitucional e os princípios substantivos

O exemplo da Segunda Reconstrução introduz um aspecto importante do jogo duro constitucional que minha exposição, até aqui, deixou de discutir. Esse aspecto é o uso do jogo duro constitucional em matérias substantivas, e não em matérias de arranjos institucionais ou em matérias do processo de formulação de políticas.

As ordens constitucionais combinam arranjos institucionais duradouros com princípios de política pública que orientam os tomadores de decisão à medida que atuam no interior dessas instituições. Assim, por exemplo, um presidente proporá novas leis que implementem os princípios da ordem constitucional,[44] os membros do Congresso farão o mesmo,[45] e os tribunais confirmarão a validade das leis que sejam compatíveis com os princípios da ordem e invalidarão aquelas que não o sejam[46].

Os atores políticos podem jogar o jogo duro constitucional com princípios substantivos. Os defensores de uma transformação constitucional proporão legislação que force os limites da doutrina constitucional existente. As leis propostas não serão obviamente inconstitucionais,[47] porque o jogo duro constitucional consiste em ações plausivelmente defensáveis sob a doutrina constitucional existente. Mas elas sinalizarão que seus defensores têm uma compreensão substancialmente diversa do papel do governo daquela que parecia consolidada. E, o que é importante, as propostas, se promulgadas, poderiam ter o efeito de fortalecer politicamente a coalizão que busca mudar a ordem constitucional.

O *New Deal* fornece bons exemplos de como os atores políticos podem jogar o jogo duro constitucional em matérias substantivas; a *Great Society*[*], outros exemplos um pouco menos eficazes. A legislação trabalhista do *New Deal* era questionável sob a doutrina existente. A Suprema Corte invalidou as disposições sobre salários e jornada da Lei de Conservação do Carvão Betuminoso de 1935 (*Bituminous Coal Conservation Act*) em *Carter v. Carter Coal Co.*,[48] sustentando que o Congresso carecia de poder, sob a Cláusula de Comércio, para regular tais atividades econômicas "locais". Essa decisão claramente ameaçava a Lei Nacional de Relações

[43] Isto é, a dificuldade de superar um *filibuster* conduzido por uma minoria no Senado.

[44] Isto é, quando um dos arranjos institucionais da ordem constitucional confere ao presidente um grande papel na iniciativa das políticas públicas.

[45] E podem rejeitar propostas presidenciais que considerem incompatíveis com os princípios orientadores da ordem.

[46] Isso explica o fenômeno amplamente notado de que a maior parte do que a Suprema Corte faz é invalidar leis "antigas" – aquelas promulgadas antes de surgir a ordem constitucional atual – ou leis que são "atípicas", em vigor apenas em estados ou localidades que (ainda) não foram tocados pela transformação constitucional que levou outros estados a revogar leis semelhantes.

[47] Ainda que possam ser bastante questionáveis.

[*] [NT]: *Great Society* ("Grande Sociedade") é o conjunto de programas domésticos promovidos pelo presidente Lyndon B. Johnson em meados da década de 1960, voltados à superação da pobreza e da desigualdade racial – entre eles o *Civil Rights Act* (1964), o *Voting Rights Act* (1965), o *Medicare* e o *Medicaid*. No ensaio, integra, ao lado do *New Deal*, a ordem constitucional que o autor denomina "*New Deal–Great Society*".

[48] *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

do Trabalho (*National Labor Relations Act* – NLRA), peça central da legislação trabalhista do *New Deal*, que estabeleceu uma estrutura para regular as relações de trabalho que os progressistas e os sindicatos vinham buscando havia anos. Como Peter Irons e Barry Cushman demonstraram, a NLRA não era patentemente inconstitucional sob a doutrina existente[49]. Ainda assim, os advogados que trabalhavam na lei e nos casos que surgiram após sua promulgação sabiam que tinham um árduo trabalho pela frente, pois sabiam que a lei avançava agressivamente contra os limites constitucionais que a Suprema Corte havia estabelecido.

Ademais, a NLRA repousava sobre pressupostos acerca do papel do governo nas relações de trabalho que diferiam substancialmente dos pressupostos anteriormente sustentados. A NLRA substituiu a supervisão governamental da negociação entre empregadores e empregados, conforme procedimentos especificados em lei e sujeita a certas restrições táticas também especificadas em lei, pela barganha – individual ou coletiva – regulada exclusivamente pelo poder dos participantes no mercado, sujeita às regras padrão do *common law* relativas à coação e à fraude. E, por fim, a NLRA tinha probabilidade de estender o domínio político do Partido Democrata de duas maneiras. Podia-se esperar que os sindicatos, cuja tarefa de organização era facilitada pela NLRA, recompensassem o Partido Democrata concedendo-lhe apoio político[50]. E podia-se esperar que os progressistas, favoráveis à gestão profissional da sociedade, fizessem o mesmo, considerando os princípios regulatórios da NLRA consonantes com seus pressupostos tecnocrático-profissionais.

A Lei dos Direitos de Voto de 1965 (*Voting Rights Act*) fornece um exemplo paralelo, embora menos nítido[51]. Os efeitos políticos da Lei, acreditavam seus defensores, beneficiariam o Partido Democrata ao compensar as perdas do partido no Sul, decorrentes de seu apoio ao movimento pelos direitos civis. A Lei deslocou o controle estadual sobre os procedimentos de votação, substituindo-o pela regulação por burocratas federais no Departamento de Justiça, por meio do mecanismo de "pré-aprovação federal" (*preclearance*) da Lei. A Lei desafiava entendimentos pré-constitucionais acerca dos "direitos dos estados". O entendimento pré-constitucional de que os estados *eram titulares* desses direitos havia, para todos os fins práticos, desaparecido quando o Congresso passou a regular a economia nacional, mas eles permaneciam arraigados em relação a muitas outras áreas de atuação estadual[52]. Esses entendimentos pré-constitucionais refletiam-se em doutrina constitucional que sugeria a impropriedade de ação do Congresso que deslocasse os *mecanismos* do governo estadual, ainda que o poder do Congresso de deslocar a substância daquilo que esses governos faziam estivesse claramente estabelecido[53].

---

[49] CUSHMAN, Barry. *Rethinking the New Deal Court*: The Structure of a Constitutional Revolution. Oxford University Press, 1998; IRONS, Peter H. *The New Deal Lawyers*. Princeton: Princeton University Press, 1982.

[50] Vale ressaltar que, antes do *New Deal*, os membros dos ofícios especializados organizados em sindicatos prestavam apoio significativo aos candidatos Republicanos. *Ver* RAYBACK, Joseph G. *A History of American Labor*. Macmillan Publishing Co., Inc., 1966. p. 298-299.

[51] O exemplo é menos nítido porque a *Great Society* foi uma extensão, e não um repúdio, do *New Deal*.

[52] Ainda em 1961, Herbert Wechsler continuava a defender a proposição de que a regulação estadual era a norma em nosso sistema constitucional, e a regulação federal, a exceção. *Ver* WECHSLER, Herbert. *Principles, Politics, and Fundamental Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1961. p. 52 ("A ação nacional ... sempre foi considerada excepcional em nossa organização política ... [A]queles que defendessem seu exercício devem ... responder à questão preliminar de por que a matéria não deveria ser deixada aos estados") (reproduzindo artigo originalmente publicado em 1954).

[53] Para uma descrição das doutrinas que poderiam ser invocadas para impugnar aspectos do *Voting Rights Act*, *ver South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301, 358-62 (1966) (Black, J., voto concorrente e dissidente em parte).

A Suprema Corte, evidentemente, confirmou a constitucionalidade da NLRA[54] e da Lei dos Direitos de Voto.[55] Ao fazê-lo, agiu em conformidade com ainda outro princípio que orientava a ordem constitucional do *New Deal* e da *Great Society*, um princípio que mesclava arranjos institucionais com matérias de substância. Esse princípio era o de que os tribunais e os Poderes políticos deveriam ser colaboradores no desenvolvimento das políticas públicas[56]. Esse princípio simplesmente enuncia o que acontece uma vez instituída uma ordem constitucional: todas as instituições do governo operam harmoniosamente, implementando os princípios substantivos característicos da ordem e dividindo o trabalho conforme os arranjos institucionais característicos da ordem[57].

2.3 Os tribunais no jogo duro constitucional

O reverso da colaboração durante as ordens constitucionais é o conflito durante a transição de uma ordem constitucional para outra. Essa possibilidade esteve implícita em meu relato até aqui. O próprio fato de que as propostas oferecidas pelos defensores da transformação constitucional são constitucionalmente questionáveis implica que há uma chance considerável de que os tribunais as considerem inconstitucionais, caso promulgadas. Mas uma escalada de conflito sugere algo mais do que discordância substantiva. Ela pode ser a forma distintiva pela qual os tribunais jogam o jogo duro constitucional. Novamente, temos de encontrar alguma maneira de distinguir entre invalidações constitucionais ordinárias, do tipo que ocorrerá durante períodos em que uma ordem constitucional é estável, e invalidações que indicam conflitos mais profundos, potencialmente transformadores.

Ofereço uma sugestão para tal método de distinção, ressalvada pela observação de que ela pode refletir tanto uma preocupação com acontecimentos recentes quanto minha opinião de que temos estado em um período prolongado de transformação constitucional. A sugestão é que podemos identificar o jogo duro constitucional judicial observando os tribunais negarem expressamente que a Constituição lhes imponha uma obrigação de colaboração. Essa negativa pode ocorrer na retórica judicial ou na doutrina constitucional. A primeira possibilidade é sugerida pelo argumento condensado nos títulos de dois artigos recentes de Ruth Colker e seus coautores: “Dissing Congress” e “Dissing States”[58]. A segunda é sugerida pelas decisões recentes da Suprema Corte acerca do alcance do poder do Congresso de fazer cumprir a Primeira Seção da Décima Quarta Emenda. Particularmente reveladora é a tensão entre a observação

[54] *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937).
[55] *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966).
[56] Para uma discussão mais ampla, *ver* TUSHNET, Mark. The Supreme Court and the National Political Order: Collaboration and Confrontation. *In*: KAHN, Ronald; KERSCH, Ken (ed.). *The Supreme Court and American Political Development*. (no prelo).
[57] A meu ver, um sistema de governo mais ou menos permanentemente dividido pode ser uma ordem constitucional em funcionamento harmonioso, quando os partidos que controlam os diferentes Poderes concordam em manter suas divergências dentro de limites compreendidos e aceitam que cada um obterá apenas pequenas vitórias.
[58] COLKER, Ruth; BRUDNEY, James. Dissing Congress. *Michigan Law Review*, v. 100, p. 80-144, 2001; COLKER, Ruth; SCOTT, Kevin M. Dissing States: Invalidation of State Action During the Rehnquist Era. *Virginia Law Review*, v. 88, p. 1301-1386, 2002.

do *Justice*[*] Anthony Kennedy de que o Congresso tem "o dever de formar seu próprio juízo informado sobre o significado e a força da Constituição", ainda que esse dever surja apenas quando "o Congresso age dentro de sua esfera de poder e responsabilidades",[59] e a decisão do caso em que ele fez essa observação, que foi a de que a Suprema Corte decidiria se o Congresso havia desincumbido dessa responsabilidade de uma maneira conforme à Constituição. Como Reva Siegel e Robert Post argumentaram com veemência, as decisões da Corte são mais bem compreendidas precisamente como a articulação de uma doutrina que nega ser a colaboração entre os tribunais e os Poderes políticos um mecanismo constitucionalmente imposto para elaborar o significado da Constituição[60].

3 *MARBURY V. MADISON* COMO JOGO DURO CONSTITUCIONAL

Marbury v. Madison pode ser compreendido como um acontecimento dentro de um episódio mais amplo de jogo duro constitucional, com uma ressalva importante que menciono desde o início. O jogo duro constitucional envolve práticas e argumentos incompatíveis com entendimentos pré-constitucionais consolidados. Mas a Constituição dos Estados Unidos ainda era jovem em 1801. Os entendimentos pré-constitucionais *não* estavam nem um pouco consolidados e, de fato, o episódio mais longo do qual *Marbury* fez parte poderia ser compreendido como um conflito acerca de quais viriam a ser os primeiros entendimentos pré-constitucionais da nação – em particular, se nossos arranjos constitucionais deveriam assentar-se no pressuposto de que o conflito político no plano nacional seria conduzido por meio de partidos políticos que unissem facções de diversos estados em torno de um programa comum. Não é incompatível com a ideia geral de jogo duro constitucional ajustar minha caracterização de suas propriedades para admitir a possibilidade de que o conflito não envolva uma incompatibilidade com entendimentos pré-constitucionais, mas uma disputa sobre o próprio conteúdo desses entendimentos. Ainda assim, a modificação parece-me *ad hoc*, e prefiro simplesmente assinalar a diferença entre o contexto de *Marbury* e os demais exemplos de jogo duro constitucional que forneci[61].

Como Sanford Levinson lamentou, os cursos básicos de direito constitucional nas faculdades de direito frequentemente deixam de situar *Marbury* em seu contexto mais amplo[62]. Esse contexto começa com o surgimento de partidos políticos nacionais na década de 1790,

[*] [NT]: no sistema norte-americano, os membros da Suprema Corte são tradicionalmente denominados *Justices*, ao passo que os demais magistrados federais são denominados *judges*.

[59] *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 535 (1997).

[60] POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Equal Protection by Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel. *Yale Law Journal*, v. 110, p. 441-526, 2000; POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power. *Indiana Law Journal*, v. 78, p. 1-45, 2003; POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. *Yale Law Journal*, v. 112, p. 1943-2059, 2003.

[61] De fato, caso outros identifiquem exemplos adicionais de conflitos sobre entendimentos pré-constitucionais, eu de bom grado modificaria minha descrição das características definidoras do jogo duro constitucional.

[62] LEVINSON, Sanford. Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either. *Wake Forest Law Review*, v. 38, p. 553-578, 2003.

bastante contrário às expectativas dos *framers*[*] sobre como a política nacional seria organizada. O Partido Federalista, centrado no ambicioso programa de Alexander Hamilton de criar uma república comercial centralizada, com fortes laços com a Grã-Bretanha, confrontava o Partido Democrata-Republicano, centrado na visão de Thomas Jefferson de uma república de agricultores-proprietários independentes (*yeomen*), simpáticos à difusão do sentimento Republicano que viam ocorrer na França.

A eleição presidencial de 1796 assistiu às primeiras campanhas organizadas nacionalmente. John Adams obteve uma vitória apertada no colégio eleitoral sobre Jefferson, com o apoio dos candidatos bastante concentrado regionalmente (o de Adams no Norte, o de Jefferson no Sul). O Artigo II refletia a incapacidade dos constituintes de antecipar o surgimento de partidos políticos organizados nacionalmente, dispondo que o presidente seria a pessoa que recebesse o maior número de votos no colégio eleitoral e o vice-presidente a pessoa que recebesse o segundo maior número de votos[63]. O Artigo II fez com que Adams se tornasse presidente e Jefferson vice-presidente em 1796.

O conflito partidário prosseguiu, exemplificado pela promulgação, pelos federalistas, da Lei de Sedição de 1798 (*Sedition Act*), que tipificou como delito publicar críticas "falsas, escandalosas e maliciosas" ao governo nacional, ao Congresso ou ao presidente – mas não ao vice-presidente – e que teve sua vigência limitada por cláusula de caducidade, de modo a expirar em 4 de março de 1801, o dia em que o presidente a ser eleito em 1800 tomaria posse. Os candidatos na eleição de 1800 eram Adams e Jefferson e, como afirma o historiador Paul Finkelman, "[s]e Adams fosse reeleito, não precisaria da lei; e se Jefferson vencesse, não poderia direcionar a lei contra os apoiadores de Adams"[64, p. 421].

Os defeitos do Artigo II em um mundo de partidos políticos organizados nacionalmente vieram à tona na eleição. Os Democrata-Republicanos obtiveram mais votos no colégio eleitoral do que os federalistas. O problema era que os membros do colégio eleitoral não podiam depositar seus votos separadamente para presidente e para vice-presidente. Um partido bem-organizado combinaria que todos os seus apoiadores no colégio eleitoral depositariam seus votos no candidato do partido à presidência, e todos, exceto um, votariam no candidato do partido à vice-presidência. E, de fato, foi isso que os federalistas fizeram. Os jeffersonianos, porém, não eram assim tão bem-organizados, e Jefferson e o candidato à vice-presidência de seu partido, Aaron Burr, receberam o mesmo número de votos. O ambicioso Burr viu nisso uma oportunidade de tornar-se presidente e recusou-se a ceder à pressão para que permitisse a Jefferson assumir a presidência. Isso transferiu a eleição à Câmara dos Representantes, onde ocorreu o primeiro episódio de jogo duro constitucional. O partido de Adams viu sua oportunidade na ambição de Burr, e seis estados com maiorias federalistas em suas delegações na Câmara depositaram seus votos em Burr. Como dois estados estavam divididos entre federalistas e Democrata-Republicanos, Jefferson recebeu apenas oito votos na Câmara, um a menos

[*] [NT]: o termo *framers* é mantido no original por não possuir equivalente exato em português. Embora possa, em certos contextos, aproximar-se de "constituintes", seu sentido é mais amplo: designa os agentes que concebem, estruturam ou dão forma a uma Constituição, emenda ou arranjo constitucional, não apenas os membros formais de uma Assembleia Constituinte.

[63] As disposições do Artigo II são ainda mais complexas, porque também refletiam o pressuposto dos constituintes de que seria raro a pessoa com o maior número de votos ter também a maioria dos votos eleitorais (porque, pensavam eles, muitos candidatos seriam "filhos favoritos", com apoio apenas em seus estados de origem).

[64] FINKELMAN, Paul. *Election, Presidential, 1800*. *In*: LEVY, Leonard W.; FISHER, Louis (ed.). *Encyclopedia of the American Presidency*. v. 2. Macmillan Library Reference, 1994.

do que a maioria exigida. Após cerca de uma semana de manobras malsucedidas, os federalistas recuaram. Os representantes federalistas nos dois estados divididos abstiveram-se de votar, entregando os votos de seus estados a Jefferson, e os federalistas em dois estados com maiorias federalistas depositaram cédulas em branco. Jefferson recebeu, assim, dez votos e tornou-se presidente. O partido de Jefferson também se tornou o partido majoritário na Câmara e no Senado.

Os federalistas podem ter agido como estadistas em relação à presidência, ainda não haviam encerrado sua atuação. A Constituição previa um período bastante longo entre a eleição do novo presidente e o momento em que ele tomaria posse, neste caso de novembro de 1800 a 4 de março de 1801. O Congresso anterior, dominado pelos federalistas, e Adams permaneciam no cargo, com poder para promulgar quaisquer leis que conseguissem. Dando prosseguimento um programa de reforma judicial ao qual haviam se comprometido antes da eleição, os federalistas promulgaram a Lei do Judiciário de 1801 (*Judiciary Act of 1801*), que o presidente Adams sancionou em 13 de fevereiro. A Lei extinguiu os tribunais de circuito então existentes, compostos por um juiz distrital e dois *Justices* da Suprema Corte, e criou seis novos tribunais de circuito em seu lugar, com novos cargos para dezesseis juízes de circuito. A Lei também reduziu o número de *Justices* da Suprema Corte de seis para cinco, com efeito a partir do momento em que um *Justice* em exercício deixasse o cargo. Ela também ampliou substancialmente o alcance da jurisdição federal, em consonância com o programa centralizador dos federalistas. Alguns aspectos da Lei do Judiciário de 1801, em particular a abolição do dever imposto pela Lei do Judiciário original de 1789 aos *Justices* da Suprema Corte de atuar nos tribunais de circuito, eram reformas sensatas. Mas o contexto político fez com que a maioria das disposições da Lei fosse vista pelos jeffersonianos como uma tentativa dos federalistas de se entrincheirar nos tribunais à medida que eram forçados a deixar a presidência e o controle do Congresso. Para os jeffersonianos, isto é, a Lei de 1801 era jogo duro constitucional.

Os jeffersonianos responderam na mesma moeda. Uma vez que controlaram o Congresso e a presidência, revogaram a Lei de 1801. A Lei do Judiciário de 1802 extinguiu os novos tribunais de circuito. Os jeffersonianos sabiam que a revogação era constitucionalmente questionável. É verdade que o Artigo III atribuiu o poder judicial da nação na Suprema Corte "e aos tribunais inferiores que o Congresso vier a instituir e estabelecer de tempos em tempos"[65]. Mas extinguir os tribunais de circuito significava eliminar os novos juízes de circuito, o que poderia ser entendido como violação da garantia constitucional de que os juízes federais ocupam seus cargos "enquanto tiverem bom comportamento"[66]. Preocupados com a possibilidade de que a Suprema Corte concordasse que eliminar os novos tribunais era inconstitucional, os jeffersonianos promulgaram outra lei que adiou o próximo período de sessões da Suprema Corte, na esperança de que, tendo os juízes de circuito permanecido fora do cargo (ou ao menos sem remuneração) por um ano ou mais, a questão já houvesse se dissipado quando a Corte examinasse a constitucionalidade da Lei de 1802[67].

[65] CONSTITUIÇÃO DOS EUA, art. III, § 1.

[66] *Ibid.*

[67] Mesmo o adiamento do período de sessões da Corte foi, evidentemente, jogo duro constitucional, porque havia argumentos substanciais de que o Congresso carece do poder de controlar os detalhes da administração dentro do Poder Judiciário. A Suprema Corte anuiu à orientação do Congresso e adiou seu período de sessões. Em si mesma, essa ação não confirmou o poder do Congresso, porque a ação da Corte poderia ser interpretada como uma decisão tomada pela própria Corte, informada pelas concepções do Congresso e consonante com elas, mas não – do ponto de vista da Corte – uma ação imposta pelo Congresso.

As grandes disputas de 1801 e 1802 foram, portanto, sobre leis que reorganizaram substancialmente o Judiciário federal. *Marbury* envolvia uma lei inteiramente distinta, promulgada duas semanas após a Lei do Judiciário de 1801, que criou quarenta e dois cargos de juízes de paz no Distrito de Columbia. O presidente Adams e o Senado apressaram indicações e confirmações, e Adams assinou os diplomas de nomeação de todos os novos magistrados. Como assinalei, o governo da nação ainda era jovem e, o que é importante, pequeno. Ao Secretário de Estado, além de suas atribuições em assuntos externos, foi conferido o dever de transmitir os diplomas aos funcionários federais; fazia sentido que ele o fizesse para os embaixadores, afinal, e por que duplicar burocracias para as nomeações judiciais? John Marshall tornou-se Secretário de Estado de Adams em maio de 1800. Foi indicado para presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) em 20 de janeiro de 1801 – após a eleição de Jefferson, evidentemente – e confirmado pelo Senado em 27 de janeiro. Restavam cerca de seis semanas antes de Jefferson tomar posse, e Marshall continuou a atuar como Secretário de Estado por um breve período, mesmo depois de prestar o juramento do cargo de *Chief Justice*[68]. Ele apôs o selo dos Estados Unidos nas nomeações e começou a expedi-las. Quatro permaneciam sem entrega na manhã de 4 de março de 1801, quando Marshall deixou o gabinete para empossar Jefferson como presidente. James Madison, o novo Secretário de Estado, encontrou as nomeações sobre a escrivaninha quando chegou, em 5 de março. Jefferson determinou que os documentos fossem retidos. Sobreveio *Marbury v. Madison*.

As apostas são altas no jogo duro constitucional. As Leis do Judiciário de 1801 e 1802 foram episódios de jogo duro constitucional porque o que ali estava em jogo era o controle do governo nacional como um todo. Se os jeffersonianos prevalecessem, teriam o controle sobre os três Poderes do governo nacional, ao passo que, se os federalistas prevalecessem, teriam uma base de apoio no Judiciário, que poderiam usar para restringir o que o Congresso e, especialmente, o presidente fizessem. *Marbury* também era jogo duro constitucional, não porque a lei que criava os juízes de paz no Distrito de Columbia tivesse qualquer importância real, mas porque suscitava a questão de saber se os federalistas seriam capazes de usar seu controle do Judiciário para disciplinar o Congresso e o presidente.

Na verdade, a questão em *Marbury* era ainda mais refinada. O poder dos tribunais federais de assegurar a observância dos limites constitucionais ao poder do Congresso era essencialmente inquestionado quando *Marbury* foi decidido. Duas coisas, contudo, *eram* contestadas, e *Marbury* reuniu ambas. Os tribunais podiam invalidar a legislação do Congresso quando uma questão constitucional lhes fosse apresentada em um caso adequado. Assim, por exemplo, os tribunais podiam recusar-se a fazer cumprir uma lei penal que fosse, em sua visão, inconstitucional, porque, ao implicar os tribunais na aplicação, o Congresso necessariamente consentia em dar aos tribunais a última palavra sobre a constitucionalidade. A primeira questão contestada era: quando o Congresso agia por conta própria, isto é, não convocava os tribunais para auxiliar na implementação de políticas públicas, poderiam os tribunais, de algum modo, considerar inconstitucionais as ações do Congresso? A segunda questão contestada distinguia o Congresso da presidência. Admitindo-se que os tribunais pudessem declarar inconstitucionais as leis federais, poderiam eles considerar contrários ao direito – e, portanto,

[68] Não creio que o acúmulo de cargos por Marshall seja um exemplo de jogo duro constitucional. Jefferson pediu que Marshall permanecesse como Secretário de Estado. *Ver* NEWMYER, R. Kent. *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2001. p. 141 (referindo-se ao pedido de Jefferson). De todo modo, a estrutura rudimentar do governo nacional exigia mais flexibilidade no provimento de cargos nacionais do que passamos a julgar apropriado.

sujeitos a controle judicial – atos do Executivo praticados com fundamento em lei, que não excedessem os limites da autorização legal, mas tampouco fossem exigidos por ela?

A recusa de Jefferson em entregar a nomeação de Marbury suscitou ambas as questões contestadas. No curso ordinário, os tribunais não se envolviam na entrega ou na retenção de nomeações. E, obviamente, nenhuma lei impunha a decisão de Jefferson. Marshall praticou jogo duro em *Marbury* ao resolver ambas as questões contestadas de uma maneira que permitia aos tribunais (dominados pelos federalistas) serem supervisores contínuos das ações praticadas pelo Congresso e pela presidência (dominados pelos jeffersonianos). Fê-lo interpretando as leis federais que definiam a jurisdição dos tribunais federais de modo a autorizá-los a expedir *writs of mandamus* a altos funcionários do Executivo, quando os tribunais concluíssem que as leis reguladoras das ações desses funcionários limitavam sua discricionariedade.

A jogada de Marshall tem certa genialidade. À primeira vista, um processo de *mandamus* difere de uma persecução penal porque, nesta, o governo – o Executivo, autorizado pelo Congresso – recorre aos tribunais e lhes pede auxílio, ao passo que, naquele, um particular pede ao tribunal que o ajude contra um funcionário do Executivo. A jogada de Marshall foi assimilar os dois casos ao dizer que, em ambos, o Congresso autorizou alguém a pedir auxílio aos tribunais e, tendo-o feito, permite que os tribunais supervisionem o que o Congresso e os funcionários do Executivo fizeram. A revisão judicial (*judicial review*) de constitucionalidade em casos apropriados não era controverso no início do século XIX, mas a supremacia judicial na interpretação constitucional o era. Ao criar um regime jurisdicional no qual particulares podiam levar funcionários federais a juízo, Marshall avançou muito na direção de estabelecer a supremacia judicial[69].

Marbury foi um episódio de jogo duro constitucional por muitas razões. A lógica da decisão de Marshall está, como todo estudante do caso sabe, longe de ser inatacável. Ainda assim, como em todos os exemplos de jogo duro constitucional, os argumentos que Marshall apresentou, embora talvez forçados, não eram, em ponto algum, frívolos. Marshall elevou as apostas ao tratar o caso como um caso que envolvia o poder dos tribunais – o último bastião do controle federalista – de supervisionar os demais Poderes, controlados pelos jeffersonianos. E, evidentemente, Marshall conseguiu estabelecer o poder dos tribunais de controlar os demais Poderes numa decisão que tornava impossível a Jefferson revidar diretamente. Marshall acabou por dizer que os tribunais tinham o poder de impor ao presidente as disciplinas da Constituição sem, de fato, fazê-lo em favor de Marbury.

Ainda assim, permanece em aberto a questão de saber se Marshall de fato obteve êxito no curto e no médio prazo. Naturalmente, considera-se que *Marbury* estabeleceu o poder de revisão judicial de constitucionalidade, mas ninguém realmente contestava isso. O que Marshall queria, como praticante de jogo duro constitucional, era conter os jeffersonianos. Contudo, os jeffersonianos e seus sucessores, os Democratas jacksonianos, controlaram a formulação de políticas nacionais por décadas depois de 1803. Marshall permaneceu na Corte até

[69] Muito, mas não todo o caminho. Mesmo segundo a análise de Marshall, o Congresso poderia blindar seus programas da supervisão constitucional pelos tribunais se descobrisse alguma maneira de eliminar a possibilidade de uma ação ofensiva de um particular contra o governo – eliminando o *writ of mandamus* em uma classe de casos, por exemplo (embora fazê-lo pudesse ser bastante difícil, à luz da capacidade de um Judiciário recalcitrante de interpretar criativamente as leis de jurisdição).

1835 e, durante seu mandato, a Corte jamais declarou inconstitucional qualquer lei federal importante para o programa jeffersoniano-jacksoniano[70].

4 ELABORAÇÕES: *BRUSHBACKS*[*] E FRACASSOS

Descrevi o jogo duro constitucional como um sintoma da possibilidade de uma mudança nos pressupostos estruturantes de uma ordem constitucional. Os líderes políticos jogam o jogo duro quando acreditam estar em posição de passar de uma ordem para outra, ou quando acreditam estar ameaçados pela possibilidade de tal mudança. Mas poderíamos observar o jogo duro constitucional em diversas variantes, porque a iniciativa do jogo duro depende de *percepções*, por parte dos líderes políticos, de possibilidades, e não de quaisquer condições objetivamente verificáveis.

4.1 A primeira variante: os *brushbacks*

O plano de *court-packing*[*] de Franklin D. Roosevelt, de 1937, é um exemplo do que poderíamos chamar de *brushback*. Roosevelt propôs ampliar o tamanho da Suprema Corte, nominalmente para oferecer auxílio aos *Justices* idosos no desempenho do trabalho da Corte, permitindo-lhes distribuir a carga de trabalho por uma Corte maior, com membros mais jovens. Todos sabiam, porém, que essa justificativa para ampliar a Suprema Corte não era a verdadeira. Roosevelt queria ampliar a Corte para poder nomear novos membros em número suficiente para garantir que os programas do *New Deal*, sujeitos a impugnações constitucionais nada triviais sob a doutrina então existente, fossem confirmados como constitucionais.

O plano de *court-packing* satisfaz as condições que estabeleci para o jogo duro constitucional. Nada na Constituição limita expressamente a autoridade dos Poderes políticos de fixar o tamanho da Suprema Corte. Talvez pudéssemos elaborar um argumento de que alterações no tamanho da Corte só são constitucionalmente admissíveis quando motivadas por preocupações de política pública com o funcionamento eficiente da Corte,[71] mas, ainda que o

[70] Não me é sequer claro que as invalidações, pela Corte Marshall, de leis estaduais, algumas das quais faziam parte de iniciativas Democratas, tenham sido assim tão importantes. Para uma análise, *ver* KLARMAN, Michael. How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions? *Virginia Law Review*, v. 87, p. 1111-1184, 2001.

[*] [NT]: *court-packing* designa, em sentido estrito, a estratégia de alterar a composição numérica de um tribunal – especialmente de uma suprema corte ou de uma corte constitucional – com o objetivo de modificar sua orientação decisória. A expressão é mantida em inglês por seu uso consolidado no debate jurídico e político. Em português, aproxima-se de "empacotamento da Corte", embora também dialogue, em sentido mais amplo, com debates sobre aparelhamento ou captura judicial.

[71] Haveria dificuldade tanto em fazê-lo de modo geral quanto em aplicar qualquer critério do gênero ao próprio plano de *court-packing*. Antes do *New Deal*, os Poderes políticos *haviam* ajustado o tamanho da Corte por considerações puramente políticas, reduzindo-o à medida que surgiam vagas durante a presidência de Andrew Johnson e ampliando-o depois que Johnson deixou o cargo. Além disso, a justificativa declarada por Roosevelt para o plano satisfaria *qualquer* exigência de que as ampliações fossem justificadas por preocupações de política pública. Ela só poderia ser atacada se tivéssemos uma doutrina robusta que admitisse impugnações a leis cujas justificativas declaradas, embora aceitáveis em si mesmas, sejam pretextos para fins inadmissíveis. Contudo, embora a Corte tenha enunciado tal doutrina, a doutrina não é nada robusta. *Ver*, *e.g.*, *McCulloch v. Maryland*, 17

fizéssemos, permaneceria verdadeiro que o plano de *court-packing* era constitucionalmente defensável dentro da doutrina existente. Mas, evidentemente, o plano era incompatível com um entendimento pré-constitucional de que o tamanho da Corte não deveria ser manipulado para fins meramente políticos e, em particular, simplesmente para garantir que uma Corte reconstituída chegasse a resultados politicamente desejáveis. E, por fim, Roosevelt propôs o plano porque acreditava estar em posição de promover uma transformação constitucional.

O que há de interessante no plano de *court-packing* é que, embora a crença de Roosevelt acerca da perspectiva de transformação constitucional fosse (ou viesse a se revelar) correta, o próprio plano fracassou. A narrativa convencional, contudo, é que o plano de *court-packing* desencadeou a transformação, à medida que a maioria da Corte – ou, mais precisamente, o *Justice* Owen Roberts – mudou de posição em reação à ameaça que o plano representava. A literatura recente contestou persuasivamente essa narrativa em sua forma mais pura,[72] mas essa contestação é irrelevante aqui. O plano de *court-packing* ilustra a possibilidade de que um episódio de jogo duro constitucional possa produzir transformação constitucional ao intimidar a oposição política. É por isso que denomino essa possibilidade de *brushback*, que, no beisebol, é um arremesso destinado a intimidar o rebatedor.

4.2 Uma segunda variante: os fracassos

O *brushback* mostra que instâncias particulares de jogo duro constitucional podem fracassar no imediato, mas ter êxito no quadro mais amplo[73]. Há outra categoria interessante, na qual um ator político joga o jogo duro constitucional e simplesmente fracassa.

Alguns exemplos de jogo duro constitucional fracassado são os seguintes. (1) No final da década de 1960, Richard Nixon tentou reter verbas (*impoundment*[*]) que o Congresso havia destinado a fins específicos, argumentando que, como presidente, tinha uma obrigação constitucional de administrar os gastos a serviço do objetivo macroeconômico de controlar a inflação. Novamente, existiam as condições para o jogo duro constitucional. As pretensões constitucionais de Nixon eram algo forçadas sob a doutrina existente,[74] mas não eram frívolas. O entendimento pré-constitucional prevalecente, contudo, era o de que o presidente tinha de

U.S. (4 Wheat.) 316, 423 (1819) (afirmando que "caso o Congresso, sob o pretexto de executar seus poderes, promulgue leis para a consecução de objetos não confiados ao governo[,] tornar-se-ia o penoso dever deste tribunal ... declarar que tal ato não é lei da terra"); *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922) (apoiando-se na doutrina do "pretexto" para invalidar a lei federal do imposto sobre o trabalho infantil [*Child Labor Tax Act*]).

[72] *Ver* CUSHMAN, Barry. *Rethinking the New Deal Court*: The Structure of a Constitutional Revolution. Oxford University Press, 1998. p. 33.

[73] Considero plausível tratar o impeachment de Bill Clinton como um *brushback*, que alcançou seu efeito não na destituição de Clinton do cargo, mas no enfraquecimento da posição política do Partido Democrata presidencial nas eleições presidenciais de 2000.

[*] [NT]: *impoundment* designa a recusa presidencial de gastar verbas orçamentárias já autorizadas pelo Congresso. Aproxima-se, na legislação financeira brasileira, do contingenciamento, mas não se confunde integralmente com ele, pois envolve a recusa presidencial de executar dotações já aprovadas pelo Congresso.

[74] Acredito que o consenso acadêmico é o de que a pretensão de Nixon de autoridade presidencial não era bem fundamentada. *Ver* KURLAND, Philip B. Impoundment of Funds. *In*: LEVY, Leonard W. (ed.). *Encyclopedia of the American Constitution*. v. 2. Macmillan Publishing Co., Inc., 1986. p. 967 (observando que "onde o Congresso determinou o dispêndio de verbas em apoio a um programa legislativo, o presidente não tem escolha senão efetivar a vontade do Congresso").

gastar as verbas que o Congresso havia autorizado, porque havia algo de repulsivo em um presidente sancionar legislação com os dedos cruzados, isto é, com o pensamento de que, dissesse o que dissesse a legislação, ele poderia depois decidir não a cumprir. Por fim, o esforço de Nixon integrava uma estratégia mais ampla entre os Republicanos de arrebatar o controle sobre a política nacional dos Democratas que dominavam o Congresso. A estratégia, para os fins presentes, tinha dois componentes. A estratégia eleitoral do Partido Republicano era ampliar sua representação no Sul, obtendo ali cadeiras em número suficiente para assumir o controle do Congresso. Sua estratégia constitucional era deslocar o poder, no governo nacional, do Congresso – enquanto este permanecesse sob controle Democrata – para a presidência e os estados, que os Republicanos podiam ao menos ocasionalmente controlar. O único problema, evidentemente, era que Nixon fracassou em transformar a ordem constitucional[75]. Ele *acreditava* estar em posição de fazê-lo, mas sua análise estava errada.

(2) Uma década e meia depois, diante de um Judiciário que ele e seu governo acreditavam estar controlado por seus adversários políticos em questões substantivas cruciais para a agenda transformadora do governo, o Procurador-Geral Edwin Meese defendeu o direito do presidente, sob a Constituição, de promover suas próprias interpretações constitucionais mesmo diante de declarações em contrário da Suprema Corte[76]. A posição de Meese não era constitucionalmente frívola[77]. Ela gerou, contudo, enorme controvérsia,[78] porque era incompatível com entendimentos consolidados acerca da supremacia das interpretações constitucionais da Corte. E, mais uma vez, o governo Reagan pode ter iniciado uma transformação constitucional, como acredito,[79, p. 9] ou pode meramente ter tentado fazê-lo, como acreditam seus apoiadores, mas não completou a transformação ou, segundo outras opiniões, sequer teve êxito em iniciá-la.

(3) Na década de 1830, os adversários políticos de Andrew Jackson acreditavam ter uma oportunidade de expulsar os jacksonianos do poder. O Partido Federalista havia se desintegrado na década de 1810, e os jeffersonianos haviam sido transformados pela presidência de Jackson. Henry Clay, entre outros, achava que poderia ser possível reviver algo como o Partido Federalista. Os jacksonianos opunham-se firmemente ao Banco dos Estados Unidos (*Bank of the United States*), acreditando que ele era um instrumento pelo qual as elites abastadas oprimiam as pessoas comuns. Clay impulsionou a aprovação, no Congresso, de um projeto de lei que renovava a autorização de funcionamento do Banco vários anos antes do necessário, a fim de criar uma questão com a qual ele e seus aliados políticos pudessem recorrer ao eleitorado na eleição presidencial de 1832. Jackson, então, vetou a renovação. O veto de Jackson apoiou-se numa combinação de objeções ao Banco baseadas em política pública e num argumento contra sua constitucionalidade, não obstante a decisão em contrário da Suprema Corte

[75] Minha opinião é que foram necessários Ronald Reagan e Newt Gingrich, auxiliados por Bill Clinton, para realizar isso. *Ver* TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003. p. 9-11. Mas, ainda que eu esteja errado em minha afirmação de que uma nova ordem constitucional passou a existir, a observação sobre o fracasso de Nixon permanece exata.

[76] MEESE, Edwin. The Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 979-990, 1987.

[77] De fato, acredito que ela esteja correta. *Ver* TUSHNET, Mark. The Supreme Court, the Supreme Law of the Land, and Attorney General Meese: A Comment. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 1017-1026, 1987.

[78] SYMPOSIUM. Perspectives on the Authoritativeness of Supreme Court Decisions. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 977-978, 1987.

[79] *Ver* TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

em *McCulloch v. Maryland*[80, p. 576]. Jackson venceu com folga a eleição de 1832, e o partido de Clay, que viria a ser conhecido como os Whigs, só assumiu o controle do governo mais de uma década depois.

O episódio da renovação da autorização de funcionamento do Banco enquadra-se em minha definição de jogo duro constitucional. Evidentemente, o momento da renovação do Banco estava inteiramente dentro do poder constitucional do Congresso, e, ainda assim, promulgar legislação vários anos antes de ela produzir qualquer efeito está em tensão com as práticas ordinárias. Pode-se sustentar que o presidente dispõe da autoridade constitucional formal de vetar legislação por qualquer fundamento que seja, e, ainda assim, a mensagem de veto de Jackson era incompatível com os entendimentos habituais acerca do poder de veto de duas maneiras. Ela invocava razões de mérito político, ao passo que os presidentes anteriores tinham um histórico forte, embora não uniforme, de vetar legislação apenas com fundamentos constitucionais[81]. Além disso, as razões constitucionais fornecidas por Jackson haviam sido rejeitadas pela Suprema Corte, e sustentar um fundamento constitucional diante de uma decisão em contrário da Suprema Corte era, novamente, incomum à época.

Os exemplos da retenção de verbas por Nixon, da posição de Meese sobre a autoridade do presidente de interpretar a Constituição e da controvérsia da renovação da autorização de funcionamento do Banco mostram que o jogo duro constitucional pode fracassar. Os atores políticos praticam o jogo duro constitucional quando *acreditam* que uma mudança de ordens constitucionais é possível. Fracassam quando essa crença se revela equivocada.

4.3 Os fracassos mostram que o jogo duro constitucional não é extraordinário?

A possibilidade de fracasso, contudo, poderia sugerir que o próprio conceito de jogo duro constitucional não é assim tão útil. A dificuldade é que a possibilidade de fracasso significa que os atores políticos poderiam recorrer ao jogo duro constitucional o tempo todo. Se o fazem, o conceito não consegue diferenciar entre formas ordinárias de política e formas extraordinárias, e, no entanto, fazer isso é precisamente aquilo para que o conceito foi concebido.

Aqui, o papel da percepção e da crença, e da disposição de agir com base em percepções e crenças, importa enormemente. O caso decisivo seria saber se poderíamos identificar períodos durante os quais os líderes políticos do partido fora do poder não acreditavam estar em posição de transformar a ordem constitucional e reconquistar permanentemente o poder numa ordem transformada. Nesses períodos, os líderes políticos acreditam que a ordem existente é bastante estável[82]. Durante eles, esperaríamos ver os líderes políticos da oposição

[80] JACKSON, Andrew. Veto Message. *In*: RICHARDSON, James D. (ed.). *Messages and Papers of the Presidents*. v. 2. 1900.

[81] Sobre as práticas de veto, *ver* FISHER, Louis. *Constitutional Conflicts Between Congress and the President*. Lawrence: University Press of Kansas, 1985. p. 141-147.

[82] Considerei se deveria acrescentar outro critério, o de que a ordem existente efetivamente *fosse* estável durante esses períodos, e ao final concluí que não deveria. Não estou certo de que poderíamos identificar critérios, independentes do juízo dos líderes políticos, para identificar a estabilidade "verdadeira". E, de todo modo, os líderes políticos fora do poder têm forte incentivo para agir com base em crenças de que uma transformação é possível, caso as sustentem. Assim, as crenças que os líderes políticos sustentam serão, quase com certeza, um bom indicador da verdadeira estabilidade de qualquer modo.

aceitando as instituições e os princípios organizadores da ordem existente, e alegando apenas que seriam melhores em conduzir essas instituições e em implementar esses princípios do que os atuais ocupantes dos cargos. E não esperaríamos ver os líderes da oposição tentando jogar o jogo duro constitucional.

Felizmente para mim, penso que existem tais períodos e que o conceito de jogo duro constitucional, portanto, conserva alguma utilidade. As campanhas presidenciais de 1952 e 1960 são os exemplos mais fáceis que posso oferecer. Em ambas, os candidatos Republicanos à presidência aceitaram os princípios da ordem constitucional do *New Deal*. O contraste entre as campanhas de Richard Nixon em 1960 e em 1968 é particularmente instrutivo aqui. Em 1960, Nixon apresentou seu programa como mais do mesmo – mais da administração competente dos programas do *New Deal* que a presidência de Dwight Eisenhower proporcionara. A campanha de 1968 foi diferente. Nixon foi influenciado pela tese de Barry Goldwater de que o povo americano merecia uma escolha, e não um eco,[83] e por sua própria compreensão de que teria, ao menos, de cooptar os apoiadores de Goldwater se quisesse conquistar a indicação do partido. Nixon também concluiu que a decadência da coalizão do *New Deal*, sob a pressão do movimento pelos direitos civis e da Guerra do Vietnã, oferecia uma oportunidade para uma mudança real na ordem constitucional. Sua bem-sucedida campanha de 1968 pôs a possibilidade de mudança dramática sobre a mesa política[84].

Pondo essa análise nos termos que desenvolvi, Nixon acreditava, em 1968, que havia uma possibilidade de transformação constitucional e, portanto, começou a jogar o jogo duro constitucional. Aconteceu de Nixon ter avaliado mal a situação ou sua própria capacidade de vencer no jogo duro constitucional. Mas a diferença entre suas campanhas de 1960 e 1968 mostra que o jogo duro constitucional não precisa ser a condição ordinária da política.

Ainda assim, o conceito de jogo duro constitucional parece, de fato, descrever boa parte das práticas políticas recentes, isto é, posteriores a 1980. A razão, creio, é que temos vivido um período bastante prolongado de transformação constitucional. Considere-se como as coisas se apresentariam se combinássemos minha ideia de jogo duro constitucional com a porção descritiva do relato de Bruce Ackerman acerca dos momentos constitucionais. Em meus termos, os momentos constitucionais de Ackerman são períodos concentrados durante os quais nossa ordem constitucional passa rapidamente de uma forma a outra. Esperaríamos, então, observar o jogo duro constitucional no breve período em torno de um momento constitucional – logo antes dele, à medida que os pressupostos pré-constitucionais são postos em questão, e logo depois dele, à medida que novos pressupostos pré-constitucionais são instituídos. E, então, durante os períodos prolongados daquilo que Ackerman denomina política ordinária, observaríamos política constitucional ordinária, isto é, iniciativas de políticas públicas que poderiam suscitar questões constitucionais ordinárias sem desafiar pressupostos pré-constitucionais consolidados.

[83] O slogan que a apoiadora de Goldwater, Phyllis Schlafly, usou para descrever a candidatura dele em uma publicação de campanha de 1964. SCHLAFLY, Phyllis. *A Choice Not an Echo*. Washington, D.C.: Regnery, 1964.

[84] Não pretendo sugerir que Nixon tenha feito campanha abertamente sobre a possibilidade de transformação constitucional (exceto, talvez, no que diz respeito aos papéis do Congresso e do presidente na determinação da política doméstica nacional), mas apenas que sua vitória abriu possibilidades que Nixon compreendeu, porque tivera de acomodar-se aos cada vez mais poderosos conservadores de Goldwater no Partido Republicano. Após sua eleição, ele reconheceu essa acomodação, e suas implicações para entendimentos constitucionais básicos, ao ceder grandes partes do Departamento de Justiça aos conservadores de Goldwater.

O quadro é diferente se a transformação constitucional puder ocorrer ao longo de um período prolongado, como creio que possa ter sido o caso desde cerca de 1980[85]. Observaríamos, então, um período igualmente prolongado no qual os líderes políticos jogariam o jogo duro constitucional. De fato, poderia acabar parecendo que o jogo duro constitucional era o estado *normal* das coisas, e não um sintoma da possibilidade de transformação constitucional. A transformação poderia parecer uma luz sempre a recuar no fim do túnel, e o jogo duro constitucional, a maneira pela qual os políticos praticam a política cotidiana.

■ ALGUMAS POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES NORMATIVAS

Até aqui, procurei manter minha análise tão descritiva quanto possível. Ainda assim, suspeito que a maioria dos leitores tenderá a achar que há algo de desagradável no jogo duro constitucional como processo[86]. Afinal, jogar para valer na política é, poder-se-ia pensar, uma receita para o desastre social, conduzindo, no extremo, ao genocídio e à aniquilação do inimigo[87]. Mesmo aquém disso, o jogo duro constitucional poderia conduzir a deterioração das relações pessoais entre agentes politicamente ativos. E, como L. Michael Seidman enfatizou, jogar para valer poderia ser errado justamente por não reconhecer a possibilidade de que os adversários político-constitucionais de alguém possam, de fato, estar certos acerca da Constituição – uma possibilidade que, segundo Seidman, está sempre presente[88].

Note-se, contudo, que algumas dessas questões normativas não dizem respeito ao jogo duro constitucional em si mesmo, mas ao que acontece quando alguém vence o jogo. Considere-se, por exemplo, o mero caráter desagradável do jogo duro constitucional. Esse problema poderia ser eliminado depois que a transformação constitucional ocorre – isto é, depois que emergimos do túnel para a nova ordem constitucional. Então, os políticos que detêm o controle do governo podem retornar à política constitucional ordinária, e seus adversários podem, como Eisenhower e Nixon em 1960, atuar segundo as regras estabelecidas pelos vencedores, na esperança de obter, eles próprios, uma vitória ou duas. Se nossas apreensões normativas estiverem fundadas em simples desagrado pelo jogo duro constitucional, agravado pelo fato de que os políticos vêm jogando-o há mais de vinte anos, podemos nos consolar com a possibilidade de que, algum dia, os Republicanos vençam[89].

[85] *Ver*, de modo geral, TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003, onde argumento que nosso atual conjunto de arranjos fundamentais merece ser descrito como uma ordem constitucional, mas reconheço a força dos argumentos de que o que estamos vivenciando é um período transicional prolongado.

[86] Se não sobre quaisquer exemplos específicos que utilizei. Novamente, intervém o problema da perspectiva. Suspeito que as pessoas tenderão a ver o que descrevo como instâncias de jogo duro constitucional como estratégias jurídico-políticas inteiramente sensatas quando conduzidas pelo lado que favorecem, e como jogo duro desagradável apenas quando conduzidas pelo outro lado.

[87] Essa é, certamente, a implicação prática que o jurista alemão (e nazista) Carl Schmitt extraiu de sua análise da política como combate entre inimigos.

[88] SEIDMAN, Louis Michael. *Our Unsettled Constitution*. New Haven: Yale University Press, 2001.

[89] Ou, menos provavelmente, que os Republicanos venham a aceitar o fato – se é que é um fato – de que suas perspectivas de vitória completa são escassas, passando assim a aceitar as pequenas vitórias e as pequenas derrotas que, como argumento em outro lugar, são características da atual ordem constitucional (que não deveria ser compreendida como um período prolongado de transição).

Os problemas normativos associados a jogar para valer são distintos. As soluções para esses problemas normativos são, em geral, evidentes. Em sua forma mais geral, a solução é que os atores político-constitucionais se comportem como adultos. Assim, por exemplo, a solução para o problema criado pelo empate na eleição presidencial de 2000 – uma solução que seria óbvia em outros sistemas constitucionais democráticos – teria sido a negociação de um governo de coalizão, com algum acordo, talvez consignado em um documento de coalizão, acerca de quais pastas ministeriais cada partido controlaria, com garantias de que, consideradas em conjunto, as pastas dos Democratas e dos Republicanos teriam importância social e política aproximadamente equivalente. De modo semelhante, a solução madura para o problema das indicações judiciais polarizadoras seguidas de *filibusters* é um acordo pelo qual o presidente não submeteria indicações acerca das quais um número substancial de senadores tivesse profundas reservas, combinado com um acordo pelo qual os senadores confirmariam todos os indicados que passassem por esse escrutínio[90].

O problema, então, não está em identificar resultados que evitem os perigos do jogo duro constitucional. Ele está, antes, em alcançar esses resultados pelos meios ordinários da política. Várias possibilidades insuficientes merecem menção.

Primeiro, poderíamos simplesmente esperar que, uma vez identificado e nomeado o fenômeno sistêmico do jogo duro constitucional, os atores políticos decidam não jogar o jogo. Eles abririam mão da aspiração de obter a vitória total sobre seus adversários. Trata-se de uma possibilidade que, em outro trabalho, denominei tagarelice dos teóricos constitucionais – identificar soluções normativamente atraentes para problemas reais e esperar que sua mera atratividade normativa induza os atores políticos a adotá-las[91]. Como sugere o rótulo que dei a essa esperança, ela não me parece uma estratégia promissora.

Segundo, poderíamos esperar que os atores políticos sejam, de fato, suficientemente maduros para adotar as soluções óbvias. Nos termos de Madison, poderíamos esperar que nossos líderes políticos fossem "estadistas esclarecidos"[92]. Mas, como Madison observou em seguida, "estadistas esclarecidos nem sempre estarão ao leme"[93]. E nossas circunstâncias contemporâneas sugerem que estadistas esclarecidos poderiam *nunca* estar ao leme. A razão está na estrutura de nosso atual sistema partidário[94]. Por razões estruturais, esse sistema produz líderes políticos altamente partidários e ideologicamente polarizados. Simplificando uma realidade complexa: cada partido seleciona seus candidatos em uma primária partidária na qual

[90] Alcançar tal acordo exigiria que cada lado renunciasse a formular pretensões fortes acerca das prerrogativas constitucionais do presidente (de indicar quem quer que julgue apto ao cargo) e do Senado (de recusar-se a confirmar indicados por quaisquer fundamentos que um número suficiente de senadores considere apropriados). Para um exemplo interessante de um compromisso fracassado sobre a composição do Judiciário federal, *ver* GILLMAN, Howard. Constitutional Law as Partisan Entrenchment: The Political Origins of Liberal Judicial Activism (artigo não publicado, em poder do autor). Disponível em: http://www.yale.edu/law/ltw/papers/Hw-gillman.pdf. Acesso em: 14 nov. 2003. p. 8-9 (descrevendo as tentativas do Procurador-Geral Republicano, Herbert Brownell, de obter um compromisso com os Democratas do Senado sobre o aumento do número de juízes federais e a distribuição das nomeações por partido).

[91] TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 155. "Boa parte da produção acadêmica sobre a Suprema Corte ... parece pressupor que, se acadêmicos e jornalistas tagarelarem com os *Justices* por tempo suficiente, eles despertarão e verão a luz que lhes estamos oferecendo."

[92] THE FEDERALIST No. 10 (James Madison).

[93] THE FEDERALIST No. 10 (James Madison).

[94] Madison, evidentemente, não antecipou o surgimento de partidos organizados nacionalmente, muito menos o particular sistema partidário que temos hoje.

os eleitores provêm da ala ideologicamente mais extrema do partido. As eleições, então, opõem um Republicano bastante conservador a um Democrata bastante liberal. No agregado, acabamos com uma Câmara dos Representantes e um Senado nos quais não há, para todos os fins práticos, centro. Os partidários que elegemos ficam, então, inclinados a jogar o jogo duro constitucional – ou, ao menos, dificilmente serão estadistas esclarecidos no sentido exigido.

Terceiro, poderíamos esperar que os atores políticos percebam que a maré um dia vai virar. Isto é, poderiam acreditar corretamente que, ao jogar o jogo duro constitucional hoje, talvez consigam assumir o controle de todas as alavancas do poder de governar, mas poderiam perceber que, um dia, seus adversários aproveitarão a oportunidade para jogar o jogo duro constitucional em retribuição, conquistar o poder e alijá-*los* do poder. O problema, aqui, está no horizonte temporal dos atores políticos. Eles não se importarão se a maré virar depois que sua vida politicamente ativa houver terminado – depois que morrerem, aposentarem-se ou assumirem o papel de estadista veterano. E, se a história serve de guia, o tempo de vida de uma ordem constitucional é mais longo do que o horizonte temporal da maioria dos atores políticos ativos. Eu não gostaria de ser cobrado pelos juízos a seguir, mas considere-se a possibilidade de que a ordem jeffersoniana-jacksoniana tenha durado de cerca de 1801 até algum ponto no final da década de 1840 ou início da de 1850, de que a ordem pós-Reconstrução tenha durado de cerca de 1876 até algum ponto na década de 1930, e de que a ordem do *New Deal-Great Society* tenha durado de meados da década de 1930 a meados da de 1970. Em cada ponto, o tempo de vida restante de cada ordem constitucional é mais longo do que o horizonte temporal de quase todo ator político – com a exceção do período em que uma ordem constitucional está visivelmente em declínio, que é precisamente quando a oposição política verá as vantagens de começar a jogar o jogo duro e o partido dominante jogará o jogo duro para escorar seus alicerces em ruína.

Há alguma maneira pela qual a política poderia produzir políticos que se recusem a jogar o jogo duro constitucional? A resposta, suspeito, está em romper os limites da política convencional. As dinâmicas que descrevi ocorrem porque os dois grandes partidos são ideologicamente polarizados. Uma solução institucional seria a criação de um terceiro partido, um centro politicamente mobilizado[95]. Como o surgimento de tal partido parece extremamente improvável,[96] suspeito que iremos vivenciar o jogo duro constitucional até que o Partido Republicano estabeleça seu domínio em todos os Poderes, ou até que seus líderes percebam que dificilmente o farão no futuro previsível.

[95] Por um momento, pareceu que o *Reform Party* poderia desempenhar tal papel. A decisão de Jesse Ventura de não concorrer à reeleição (com a possibilidade de uma campanha posterior à presidência) parece ter eliminado essa possibilidade.

[96] A decisão da Suprema Corte em *Timmons v. Twin Cities Area New Party*, 520 U.S. 351 (1997), eliminou um método promissor pelo qual tal terceiro partido poderia ter surgido. E, de modo mais geral, as decisões da Corte sobre partidos políticos têm endossado cada vez mais o sistema bipartidário, justificando leis estaduais que protegem o duopólio. Para uma discussão, *ver* ISSACHAROFF, Samuel; PILDES, Richard H. Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 643-717, 1998.

REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, p. 1045-1109, 2001.

CHEMERINSKY, Erwin; FISK, Catherine. The Filibuster. *Stanford Law Review*, v. 49, p. 181-254, 1997.

CILIZZA, Chris. Redistricting Two-Step to Resume Monday. *Roll Call*, 11 set. 2003.

COLKER, Ruth; BRUDNEY, James. Dissing Congress. *Michigan Law Review*, v. 100, p. 80-144, 2001.

COLKER, Ruth; SCOTT, Kevin M. Dissing States: Invalidation of State Action During the Rehnquist Era. *Virginia Law Review*, v. 88, p. 1301-1386, 2002.

CUSHMAN, Barry. *Rethinking the New Deal Court*: the structure of a constitutional revolution. Oxford University Press, 1998.

EASTMAN, John C. *Judicial Nominations, Filibusters, and the Constitution: When a Majority is Denied its Right to Consent*: testimony before the Senate Judiciary Subcommittee on the Constitution. U.S. Senate, 2003. Disponível em: http://www.claremont.org/static/pdf/eastmantestimony.pdf. Acesso em: 3 set. 2003.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Legal Services Corp. v. Velazquez*, 531 U.S. 533 (2001).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Timmons v. Twin Cities Area New Party*, 520 U.S. 351 (1997).

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *United States v. Eichmann*, 486 U.S. 310 (1990).

FINKELMAN, Paul. Election, Presidential, 1800. *In*: LEVY, Leonard W.; FISHER, Louis (ed.).*Encyclopedia of the American Presidency*. Macmillan Library Reference, 1994. v. 2, p. 421.

FISHER, Louis. *Constitutional Conflicts Between Congress and the President*. Lawrence: University Press of Kansas, 1985.

FISHER, Louis. *Recess Appointments of Federal Judges*. Congressional Research Service, 5 set. 2001. Disponível em: http://www.senate.gov/reference/resources/pdf/RL31112.pdf. Acesso em: 14 nov. 2003.

FOX NEWS SUNDAY. [Declaração de Tom DeLay]. Fox, 17 ago. 2003. Programa de TV.

GILLMAN, Howard. *Constitutional Law as Partisan Entrenchment*: the political origins of liberal judicial activism. 2003. Artigo não publicado. Disponível em: http://www.yale.edu/law/ltw/papers/Hw-gillman.pdf. Acesso em: 14 nov. 2003.

IRONS, Peter H. *The New Deal Lawyers*. Princeton: Princeton University Press, 1982.

ISSACHAROFF, Samuel; PILDES, Richard H. Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 643-717, 1998.

JACKSON, Andrew. Veto Message. *In*: RICHARDSON, James D. (ed.). *Messages and Papers of the Presidents*. 1900. v. 2, p. 576.

JUDICIAL WATCH. *Complaint* [petição inicial]. 2003. Disponível em: http://www.judicialwatch.org/complaint_051403.shtml. Acesso em: 12 nov. 2003.

KALMAN, Laura. *Abe Fortas*: a biography. New Haven: Yale University Press, 1990.

KLARMAN, Michael. How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions? *Virginia Law Review*, v. 87, p. 1111-1184, 2001.

KURLAND, Philip B. Impoundment of Funds. *In*: LEVY, Leonard W. (ed.). *Encyclopedia of the American Constitution*. Macmillan Publishing Co., Inc., 1986. v. 2, p. 967.

LEVINSON, Sanford. Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either. *Wake Forest Law Review*, v. 38, p. 553-578, 2003.

MADISON, James. The Federalist n. 10. *In*: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. 1787.

MARAVALL, José María. The Rule of Law as a Political Weapon. *In*: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (ed.). *Democracy and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 261.

MEESE, Edwin. The Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 979-990, 1987.

NEWMYER, R. Kent. *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2001.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Equal Protection by Law: Federal Antidiscrimination Legislation After Morrison and Kimel. *Yale Law Journal*, v. 110, p. 441-526, 2000.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. *Yale Law Journal*, v. 112, p. 1943-2059, 2003.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power. *Indiana Law Journal*, v. 78, p. 1-45, 2003.

RAYBACK, Joseph G. *A History of American Labor*. Macmillan Publishing Co., Inc., 1966.

REICH, Robert B. The Permanent Election. *The American Prospect*, 1º set. 2003. Disponível em: http://www.prospect.org/print/V14/8/reich-r.html. Acesso em: 14 nov. 2003.

REID, T. R. Texans Back Colorado Democrats in Redistricting Case. *The Washington Post*, 9 set. 2003. p. A2.

SCHLAFLY, Phyllis. *A Choice Not an Echo*. Washington, D.C.: Regnery, 1964.

SEIDMAN, Louis Michael. *Our Unsettled Constitution*. New Haven: Yale University Press, 2001.

STONE, Geoffrey *et al*. *Constitutional Law*. 4. ed. Aspen Publishers Inc., 2001.

SYMPOSIUM. Perspectives on the Authoritativeness of Supreme Court Decisions. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 977-978, 1987.

TURLEY, Jonathan. Senate Trials and Factional Disputes: Impeachment as a Madisonian Device. *Duke Law Journal*, v. 49, p. 1-146, 1999.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, v. 37, p. 523-553, 2004.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

TUSHNET, Mark. The Supreme Court and the National Political Order: Collaboration and Confrontation. *In*: KAHN, Ronald; KERSCH, Ken (ed.). *The Supreme Court and American Political Development*. [no prelo].

TUSHNET, Mark. The Supreme Court, the Supreme Law of the Land, and Attorney General Meese: A Comment. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 1017-1026, 1987.

WECHSLER, Herbert. *Principles, Politics, and Fundamental Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1961.