



DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, DIGNIDADE HUMANA E O MAL ENRAIZADO

CONSTITUTIONAL DEMOCRACY, HUMAN DIGNITY, AND ENTRENCHED EVIL

Mark Graber

Mark Graber é Regents Professor na Escola de Direito da Universidade de Maryland. O artigo foi publicado originalmente em: GRABER, Mark. Constitutional Democracy, Human Dignity, and Entrenched Evil. *Pepperdine Law Review*, v. 38, n. 5, 2011. Tradução por Bruno Meneses Lorenzetto.

Resumo

O artigo discute o papel dos compromissos constitucionais em uma democracia constitucional. Em razão disso, com o apoio nas teorias de Robert G. McCloskey e de Sanford Levinson, ressalta que questões políticas podem ser mais importantes do que teorias da interpretação ou da adjudicação constitucional, especialmente quando estas dizem respeito às estruturas fundamentais da ordem constitucional. Assim, disputas sobre o sentido da dignidade humana e direitos fundamentais estruturam vários elementos do regime constitucional, de modo que, uma democracia constitucional tem mais chance de sobreviver quando há compromisso dos próprios cidadãos com as normas constitucionais.

Palavras-chave: Democracia; Constitucionalismo; Dignidade Humana.

Abstract

The article discusses the role of constitutional commitments in a constitutional democracy. For this reason, with the support of Robert G. McCloskey and Sanford Levinson's theories, it is emphasized that political issues may be more important than theories of constitutional interpretation and adjudication, especially when they concern fundamental structures of the constitutional order. Thus, disputes about the sense of human dignity and fundamental rights, structure various elements of the constitutional regime, so that a constitutional democracy is more likely to survive when there is a commitment of the citizens themselves to constitutional norms.

Key words: Democracy; Constitutionalism; Human Dignity.

1. PREFÁCIO

Cientistas políticos e professores de direito da minha geração são capazes de observar aquilo que compreendemos sobre o constitucionalismo, pois nós estamos sentados confortavelmente nos ombros do Professor Sandy Levinson (Symposium: A Tribute to Sandy Levinson, *Law and Courts*, 2010). Enquanto estamos nesta confortável posição elevada, nós vemos melhor a Constituição fora das Cortes (LEVINSON, 1988), a relação entre direito e literatura (LEVINSON, 1982), a maneira em que os monumentos refletem e formam regimes políticos (LEVINSON, 1998), as complexidades da tortura em um regime democrático, a ascensão do Estado de vigilância e o novo presidencialismo (LEVINSON; BALKIN, 2010; LEVINSON; BALKIN, 2006), as virtudes e desafios da diversidade (LEVINSON, 2003), a natureza de crises constitucionais (LEVINSON; BALKIN, 2009), falhas elementares na Constituição dos Estados Unidos (LEVINSON, 2007) e a alternativa da constituição estadual (LEVINSON, 2013). A publicação de *Compromisso e Constitucionalismo* (LEVINSON, 2011) irá facilitar o engajamento acadêmico com o alto preço de compartilhar o espaço constitucional com aqueles cujos valores são fundamentalmente diferentes dos nossos.

O Professor Levinson foi capaz de ver maneira tão aguçada em parte porque ele teve a oportunidade de sentar nos ombros de vários gigantes acadêmicos. O primeiro foi seu orientador de dissertação Robert G. McCloskey, o há muito tempo Professor de Administração na Universidade de Harvard (MURPHY, 1979; MURPHY, 1964). McCloskey é mais conhecido para os acadêmicos contemporâneos como o autor de *The American Supreme Court* (MCCLOSKEY, 1960), uma obra que o Professor Levinson atualizou dedicadamente (LEVINSON, 2010) Walter F. Murphy o há muito tempo professor McCormick de Teoria do Direito no departamento de Política na Universidade de Princeton foi outro mentor (LEVINSON, 2010, p. 20). Murphy foi um homem extraordinário (SCHEPPELE, 2010; BARBER, 2010; DANELSKI, 2010; FLEMING, 2010; LEVINSON, 2010). Ele foi um herói de guerra (DANELSKI, 2010), um ilustre romancista (MURPHY, 1979), e um acadêmico cujos interesses variaram de estudos empíricos das decisões judiciais nos Estados Unidos (MURPHY, 1964), até a problemas normativos e práticos no desenho e manutenção de constituições que poderiam moldar e preservar ordens políticas justas (MURPHY, 2007).

McCloskey e Murphy estavam preocupados com compromissos constitucionais. O tema central de *The American Supreme Court* é que cortes funcionam melhor nas margens constitucionais. McCloskey se opunha às decisões judiciais que buscavam resolver grandes questões do direito constitucional como qual seria o grau preciso do poder governamental para regular a economia nacional ou a liberdade de expressão dos comunistas. Em vez disso, ele preferia que as cortes decidissem casos de forma que mantivessem um diálogo entre todos os ramos do governo nacional sobre a melhor aplicação dos princípios constitucionais em circunstâncias particulares. “Os grandes sucessos da Corte”, escreveu McCloskey, “foram alcançados quando esta atuou perto das margens ao invés de no centro da controvérsia política, quando esta empurrou e gentilmente puxou a nação ao invés de tentar regê-la”. Murphy era mais autoconsciente sobre o papel do compromisso em uma ordem constitucional. O seu *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order* detalhou longamente os desafios especiais que a necessidade de um compromisso apresenta para os regimes constitucionais comprometidos em proteger direitos humanos fundamentais.

O presente artigo é um tributo aos pensamentos de Sandy Levinson sobre compromissos constitucionais ao fazer homenagem aos pensamentos sobre compromissos constitucionais de nosso mentor comum, Walter Murphy. Ao invés de se envolver diretamente em um diálogo com *Compromise and Constitutionalism*, a análise abaixo une o diálogo preexistente entre os professores Levinson e Murphy sobre como construir uma política decente entre pessoas que possuem profundas disputas sobre o que constitui decência política. Walter Murphy é infelizmente amplamente conhecido pelo público jurídico apenas por meio do trabalho de seus excepcionais pupilos como Sandy Levinson, Jim Fleming, Christopher Eisgruber, Andrew Koppelman, Jennifer Nedelsky, e Robert George. A obra *Constitutional Democracy* de Walter Murphy e outras obras magníficas merecem leitura atenta. Professores do direito não deveriam se contentar com o aprendizado sobre um dos mais importantes pensadores constitucionais de nosso tempo apenas pelo trabalho de seus estudantes.

2. INTRODUÇÃO

Por que o trabalho seminal de Walter Murphy sobre constitucionalismo, *Democracia Constitucional*, é diferente de (quase) os outros trabalhos seminais sobre constitucionalismo? A maioria dos clássicos do final do Século XX em teoria constitucional nos Estados Unidos são dedicados a teorias da adjudicação e interpretação constitucional. John Hart Ely insiste que os juízes deveriam promover a visão democrática da Constituição; Robert Bork argumenta que juízes deveriam promover a visão original da Constituição; Ronald Dworkin afirma que os juízes deveriam promover a visão aspiracional da Constituição; Sandy Levinson sustenta que representantes eleitos e cidadãos ordinários deveriam ter alguma autoridade como intérpretes constitucionais; Mark Tushnet quer levar o poder de declarar leis inconstitucionais para longe dos juízes, ao menos como este poder é exercido nos Estados Unidos. *Democracia Constitucional* expande o escopo das investigações constitucionais. Murphy explora os compromissos normativos estabelecidos pela democracia constitucional, as instituições mais propensas a realizar esses compromissos normativos e as características dos bons cidadãos necessários para manter uma democracia constitucional.

As teorias da interpretação e adjudicação constitucional, Murphy demonstra, são apenas uma pequena faceta do empreendimento constitucionalista. Quem deve interpretar, quais interpretações deveriam ser confiáveis e como a interpretação deve ser realizada, devem ser derivadas de compreensões mais básicas dos propósitos e instituições constitucionais. Determinar entre um sistema presidencial ou parlamentarista é mais crucial para a ordem constitucional do que determinar se as cortes deveriam ter o poder de declarar que determinadas decorações de natal violam a Cláusula de Estabelecimento. A democracia constitucional é mais propensa a sobreviver quando cidadãos estão comprometidos com normas constitucionais do que quando juízes aplicam consistentemente a teoria “certa” da adjudicação constitucional. Talvez juristas acadêmicos, dada a missão institucional particular das escolas de direito, deveriam continuar a equacionar teoria constitucional com a teoria da adjudicação constitucional quando estão ensinando e escrevendo. Seus estudantes e público mais amplo deveriam, não obstante, lembrar, como *Democracia Constitucional* tão vivamente enfatiza, que as questões fundamentais do constitucionalismo deveriam ser respondidas por representantes eleitos, movimentos políticos e cidadãos, mesmo

aquelas questões como: deveriam as cortes ter a autoridade para fixar sentidos constitucionais?

A afirmação do Professor Murphy de que “o constitucionalismo demanda adesão (...) a princípios centrados no respeito à dignidade humana e as obrigações que derivam desses princípios”, contudo, arrisca estreitar indevidamente o empreendimento constitucional. O problema não é simples, talvez nem mesmo a identificação do constitucionalismo com o compromisso com direitos humanos básicos seja capaz de remover muitos regimes da investigação constitucional. *Democracia Constitucional* insiste que ordens políticas autoritárias podem ser “constitucionista” [constitutionist] se os líderes políticos respeitam as normas estabelecidas no texto constitucional daquele regime. Esta pode ser simplesmente uma terminologia estranha para aquilo que Ran Hirschl classifica como “teocracias constitucionais”. Ainda, desacreditar a noção convencional de que os estadunidenses em 1787 estavam comprometidos com um governo constitucional possui a virtude de sublinhar como as instituições governantes na fundação estavam projetadas para proteger a escravidão assim como direitos humanos fundamentais. O problema mais incômodo é o de que a distinção entre constitucionalismo e constitucionismo obscurece como as disputas sobre aquilo que constitui a dignidade humana e direitos humanos fundamentais podem estruturar numerosos elementos do regime constitucional. Os personagens da convenção constitucional fictícia do Professor Murphy barganham com pessoas que eles acreditam negam direitos humanos fundamentais, e as razões deles para fazê-lo sugerem que tais debates são endêmicos para a democracia constitucional. Ao invés de tratar o aborto como um “caso especial”, a experiência estadunidense com a escravidão sugere que “pactos com a morte” estão no coração do empreendimento constitucional.

Esta breve nota explora as análises do Professor Murphy das proteções constitucionais propostas para o aborto legal e para os nascituros como um meio para elaborações sobre “o problema do mal constitucional”. Problemas do mal constitucional emergem quando se têm boas razões para compartilhar o espaço cívico com pessoas que se acredita estarem comprometidas com práticas abomináveis. Pessoas que se encontram em tal regime podem ter de fornecer muito mais espaço para injustiça do que a distinção entre constitucionalismo e constitucionismo podem indicar ser necessário. As mesmas justificações para os compromissos sobre aborto feitas na

política ficcional de Nusquam¹ justificam compromissos feitos nos Estados Unidos antes da guerra. Estes compromissos constitucionais apresentam problemas interpretativos particularmente difíceis que não podem ser resolvidos por entendimentos compartilhados de dignidade humana ou direitos fundamentais. Quanto maior for o significado político das controvérsias sobre o que constitui a dignidade humana, mais provável se torna que instituições constitucionais básicas se estruturam com tais controvérsias em mente, e mais crucial se torna que instituições constitucionais, incluindo práticas de interpretação da Constituição, produzam soluções que continuem acomodando pessoas que não possuem um ideal comum de boa política.

As barganhas que tornam constituições possíveis advertem contra distinções muito agudas entre ações com base em princípios e em compromissos. Muitas teorias legais estão fundadas na distinção entre direito e política frequentemente baseadas nesta distinção entre princípios e compromisso. Murphy nos conta que o “constitucionalismo demanda aderência (...) a princípios centrados no respeito pela dignidade humana e nas obrigações que derivam desses princípios.” (MCCLOSKEY, 1960, p. 229) Levinson nos conta que “política é, realmente, a arte de aceitar todos os tipos de males menores.” (ELY, 1980). “Talvez se possa dizer que compromissos não ‘abandonam princípios’ por completo”, ele escreve, “mas eles geralmente deixam princípios ostensivos suspensos pelo mais fraco dos fios” (BORK, 1990). Em uma mirada diferente, na perspectiva defendida neste ensaio, o compromisso é fundado nos mesmos tipos de princípios como igualdade, justiça, liberdade, dignidade humana e outros bens constitucionais. A pessoa que nunca se compromissa não pode mais reivindicar fidelidade à Constituição dos Estados Unidos ou qualquer constituição do que a pessoa que nega que todas as pessoas têm direito à “igual proteção da lei”.

3. COMPROMETENDO-SE COM O MAL

Democratas constitucionais fazem compromissos sobre questões que eles acreditam dizer respeito à dignidade humana e direitos fundamentais. Alguns participantes na convenção constitucional fictícia do Professor Murphy insistem que o

¹ N. T.: Nusquam é uma nação mítica criada por Walter F. Murphy para tratar da democracia constitucional.

aborto legal viola direitos humanos fundamentais. “Se (...) nós concordamos que a dignidade humana é o nosso valor central e a vida humana é sagrada”, delega-se para a convenção constitucional fictícia na afirmação de Nusquam, “apenas quando outra vida humana está em risco podemos nós mantermo-nos fiéis aos valores centrais e dizer uma mãe possui o direito constitucional de matar um feto humano que ela está carregando”. Outro delegado responde imediatamente, “E sobre a dignidade da mulher” (DWORKIN, 1978). “A dignidade humana dela”, ela continua, “não requer que ela controle sobre seu próprio corpo e vida?” (LEVINSON, 1988). O debate subsequente revela diferenças substantivas sobre se e quais políticas de aborto são consistentes com o compromisso constitucional com a dignidade humana. Não obstante, ciente de que nenhuma facção é apta a “convencer seus oponentes que nós estávamos certos,” (TUSHNET, 1990) e que um compromisso constitucional foi concertado. Em um voto próximo, a convenção concorda em fazer “uma declaração clara em uma carta constitucional que a vida humana é sagrada e, com a Corte Constitucional tomando parte do processo decisório, permitir os processos políticos tomarem a decisão inicial.” (TUSHNET, 2008).

Nusquam aparentemente permanece uma democracia constitucional depois de chegar a um compromisso sobre o aborto, embora o porquê não seja claramente afirmado na *Democracia Constitucional*. Que a Constituição nem permite explicitamente nem claramente bane o aborto dificilmente demonstra o devido respeito pelos direitos humanos básicos. A Constituição da democracia constitucional poderia dificilmente demonstrar que as pessoas possuem direitos inalienáveis à vida, à liberdade e à busca da felicidade, mas garante aos representantes eleitos o poder de escravizar negros ou retirar os direitos fundamentais deles. Que todos os lados do debate sobre aborto derivem suas posições de um comprometimento com a dignidade humana não distingue adequadamente compromissos sobre aborto dos compromissos anteriores à guerra que os estadunidenses chegaram sobre a escravidão. Escravagistas se engajaram no discurso dos direitos assim como abolicionistas. Eles invocavam o direito de não ser privados de sua propriedade sem o devido processo legal,² insistiam que as leis antiescravidão tinham sido aprovadas sem seu consentimento eram formas de escravidão, e afirmavam que a retórica abolicionista insultava sua dignidade como seres morais. O interesse próprio não explica porque

² O professor Stephen Elkin tem enfatizado este ponto há anos. Ver: ELKIN, 2006.

tantos soldados sulistas, escravagistas e não escravagistas, voluntariamente se engajaram em ataques de batalhas quase suicidas durante a Guerra Civil.

A justificação ostensiva para o compromisso sobre o aborto em Nusquam é a justificação pragmática dada para compromissos sobre escravidão nos Estados Unidos antes da guerra. As acomodações constitucionais para os males percebidos em ambos regimes foram o preço para a união constitucional. O alter ego aparente do Professor Murphy, Professor Retlaw Deukalion, exortou concessões sobre o aborto que poderiam permitir “ambos os lados (...) viver juntos em paz” (MURPHY, 2007, p. 16). Representantes dos estados livres durante as convenções de elaboração e ratificação soaram este acorde instando indulgência sobre a escravidão. “Se nós não concordamos com estes fundamentos médios & moderados”, Oliver Ellsworth alertou seus colegas delegados na convenção constituinte, “nós perderemos dois Estados, com os quais outros podem estar dispostos a se distanciar, distanciando-se em uma variedade de formas & direções, e mais provavelmente em diversas confederações e não sem derramamento de sangue” (TUSHNET, 2008, p. 15). Outros constituintes do norte falaram da “necessidade de um acordo” quando justificaram as proteções constitucionais para a escravidão (RAN HIRSCHL, 2004).

Os compromissos estadunidenses sobre a escravidão em 1787 podem ser mais consistentes com a democracia constitucional do que os acordos Nusquamitas ou estadunidenses sobre o aborto em 2008. Muitos constituintes do norte tinham algum fundamento para pensar que a escravidão estava morrendo naturalmente. David Biron Davis percebe o crescente “consenso geral” nos Estados Unidos e Europa de que o governo não precisa agir para enfraquecer a servidão humana. “A escravidão negra”, a sabedoria popular no final do século XVIII sustentava, “era uma anomalia histórica que poderia sobreviver por um período de tempo apenas nas sociedades do plantation em que havia se tornado o modo de produção dominante” (MURPHY, 2007, p. 315-22). Roger Sherman instava delegados do norte na convenção constituinte a não se preocupar sobre as proteções constitucionais para a servidão humana pois “a abolição da escravidão parecia estar acontecendo nos Estados Unidos & o bom senso de vários Estados iria provavelmente de maneira graduada completá-la.”(MAYER, 1998). Nenhum membro da convenção de Nusquam reivindicou que o tempo sozinho poderia resolver os debates sobre escolhas reprodutivas (Symposium: A Tribute to Sandy Levinson, Law and Courts, 2010, p. 828-32). Existem boas razões para pensar que algum espaço para escravidão era

necessário em 1787 para qualquer arranjo constitucional ser alcançado. James Madison informou Thomas Jefferson que “Carolina do Sul & Geórgia eram inflexíveis no ponto sobre os escravos”. Não parece haver tal necessidade em relação ao aborto, tanto em Nusquam ou nos Estados Unidos. Nenhum estado ira se separar da União se a política sobre aborto se inclinar dramaticamente tanto para uma direção pró-vida ou pró-escolha.

O problema do mal constitucional não pode ser refinado no caso Nusquamita pelo reconhecimento de que pessoas com opiniões erradas sobre o aborto são melhor descritas como tendo cometido um erro moral ou sofrendo de um ponto cego moral do que com o abandono do compromisso constitucional com a dignidade humana. Reinvidicações de que a democracia constitucional existe quando todas as partes fazem apelos de boa-fé sobre a dignidade humana não distinguem debates contemporâneos sobre o aborto de debates anteriores à guerra sobre a escravidão. Muitos participantes nos debates contemporâneos sobre o aborto não fazem tal concessão. Aqueles que afirmam que os defensores do pró-vida são misóginos ou que equiparam clínicas de aborto com campos de concentração não tratam as posições rivais como fundadas em uma razoável, embora equivocada, concepção de desenvolvimento humano. Enquanto muitos abolicionistas lançavam epítetos referentes aos escravagistas, Lincoln não o fazia. O Republicano de Illinois insistia que todas as partes do debate sobre a servidão humana compartilhavam as mesmas capacidades morais. “Os escravagistas Sulistas não eram melhores ou piores do que nós do Norte, e (...) nós do Norte não erámos melhores do que eles”, ele pronunciava. Nessa perspectiva, “se nós fossemos localizados como eles, nós deveríamos agir e sentir como eles; e se eles estivessem situados como nós, eles deveriam agir e sentir como nós; e nós nunca devemos perder de vista desse fato na discussão desse tema.”³ Não existem dados concretos, mas, suspeita-se que o percentual de defensores do aborto no debate que acreditam que seus rivais são tão comprometidos quanto eles a respeito dos direitos humanos fundamentais é provavelmente não muito diferente do que o percentual de defensores nos debates sobre escravidão que acreditavam que seus rivais faziam apelos de boa-fé sobre a dignidade humana.

A experiência fictícia de Nusquam e a atual experiência nos Estados Unidos sugerem que os compromissos com a democracia fornecem mais proteções práticas para direitos humanos básicos do que compromissos com o

³ Esta, certamente, uma conexão desavergonhada para: GRABER, 2006.

constitucionalismo. A prática democrática impõe várias barreiras à injustiça. Aspirantes pelo poder em uma democracia devem fazer argumentos e defender políticas que são consistentes com os compromissos democráticos com o regime popular e com noções populares de dignidade humana. Este obstáculo prático exclui demandas políticas para o retorno da escravidão no presente e de proteções constitucionais a favor do aborto antes da Guerra Civil. Governantes autoritários que tipicamente apelam para círculos eleitorais mais restritos possuem maior latitude retórica quando defendem suas políticas preferidas. O compromisso constitucional distintivo com a dignidade humana é improvável de fazer mais do que a democracia pode fornecer. Aborto na política contemporânea e escravidão no século XIX destacam como o debate em democracias tende a ser realizado entre facções com entendimentos muito díspares de dignidade humana, não entre as partes da dignidade humana e as partes do auto interesse. Quando pessoas possuem crenças sinceras que os gêneros possuem diferentes destinos, que diferentes raças não podem compartilhar o mesmo espaço político, que o nascituro possui menos direitos do que o nascido, ou que uma bolha de quatro células com DNA humano possui os mesmos direitos que um adulto, apelos para o compromisso constitucional com a dignidade humana ou o banimento constitucional em preferências explícitas, (MURPHY, 2007, p. 16) provavelmente não servirão para o trabalho político, intelectual ou acadêmico.

4. INTERPRETANDO COMPROMISSOS CONSTITUCIONAIS

Interpretar compromissos constitucionais é desafiador teórica e politicamente. Potenciais ambiguidades linguísticas amiúde não apresentam problemas interpretativos práticos quando um consenso existe a respeito de propósitos ou princípios subjacentes. O Frederic de Gilbert e Sullivan poderia ter sofrido com um contrato de aprendizagem mais longo do que o antecipado para os Piratas de Penzance por ter nascido em 29 de Fevereiro porque seu contrato especificava que ele seria desobrigado apenas no seu vigésimo primeiro aniversário. Ninguém pensa que ter nascido em ano bissexto influencia a elegibilidade para ser o presidente dos Estados Unidos. Existe o acordo tanto que “a idade de trinta e cinco anos” no Artigo II não se refere a aniversários ou se, o provimento é linguisticamente ambíguo, as propostas subjacentes são melhor alcançadas pela medição da idade por anos ao invés de pôr aniversários. Este recurso a princípios e propósitos geralmente acordados

é impossível quando potenciais ambiguidades linguísticas em compromissos constitucionais se tornam politicamente salientes. Quando a linguagem constitucional é uma consequência do desacordo sobre direitos humanos básicos ou sobre quais políticas promovem dignidade humana, observando que “o objetivo final da interpretação constitucional intencional é o de manter tanto a nação como os valores da democracia constitucional” (LEVINSON, 2011, p. 828), é improvável que esta forneça diretrizes para resolver controvérsias sobre o que os provimentos em disputa significam.

Considere os problemas interpretativos que surgiriam em Nusquam depois de um legislador propor que todos os médicos devem realizar abortos a pedido de uma mulher grávida. A Constituição de Nusquam declara que “a vida humana é sagrada”, mas também que os governantes devem ter o poder de determinar quando uma mulher deve ter o direito de terminar uma gravidez (LEVINSON, 2011, p. 18). O último provimento não torna explícito se o poder de determinar o direito de uma mulher de fazer um aborto abrange o poder de requerer que certos médicos realizem abortos. O originalismo em qualquer forma é inadequado para o desafio interpretativo. As pessoas responsáveis pela Constituição de Nusquam não consideraram se médicos poderiam ser obrigados a realizar abortos, nenhum entendimento geral existia durante a época da ratificação no sentido público de linguagem relevante e os princípios subjacentes o provimento constitucional eram controversos. Ao contrário, a experiência constitucional estadunidense com a escravidão sugere quatro estratégias interpretativas bastante distintas para interpretar este e outros compromissos constitucionais.

O poder legislativo de determinar a legalidade do aborto pode ser interpretada como elaborando o princípio constitucional de que “toda vida humana é sagrada”. O que “toda vida humana é sagrada” significa pode ser determinado à luz da vontade constitucional para tolerar o aborto. Que a Constituição permita governantes dar preferência aos direitos dos nascidos aos direitos dos nascituros sugere que, embora toda a vida humana seja sagrada, ou os nascituros não são humanos constitucionais ou eles não possuem os direitos dos humanos nascidos. Esta análise sugere que o poder legislativo sobre o aborto deve ser construído amplamente. Se os governantes podem determinar que o direito de uma mulher de terminar uma gravidez prevalece o valor da vida não nascida, então eles podem determinar que este direito também prevalece sobre a liberdade de um médico de não realizar o aborto. Os

Justices em *Dred Scott* demonstraram como um compromisso constitucional pode ser usado para elaborar um princípio constitucional mais amplo quando eles insistiram que proteções constitucionais para a propriedade nos territórios claramente compreendia proteções constitucionais para a propriedade de seres humanos. Em sua perspectiva, as claras garantias constitucionais para a escravidão sustentavam uma compreensão constitucional de que escravocratas tinham todos os direitos de outros detentores de propriedade. “A Constituição”, Taney escreveu, “reconhece o direito de propriedade do senhor em um escravo, e não faz distinção entre esta descrição de propriedade e outras propriedades pertencentes a um cidadão (...)” (MURPHY, 2007, p. 315). Consequentemente, ele continuou, “nenhum tribunal, agindo sobre a autoridade dos Estados Unidos (...) possui o direito de traçar tal distinção, ou negar para a escravidão o benefício das provisões e garantias que foram dadas pela proteção da propriedade privada contra usurpações do Governo.” (MURPHY, 2007, p. 315)

O poder legislativo, para determinar a legalidade do aborto, pode ser também interpretado como uma exceção ao princípio constitucional de que “toda a vida é sagrada”. A autorização constitucional explícita para o aborto legal foi necessária porque a legislação legalizando o aborto poderia de outra forma violar o compromisso constitucional com a santidade da vida. Compreendido com uma exceção a princípios constitucionais gerais, o poder constitucional dos governantes deveria ser interpretado do modo mais restrito possível. Se a Constituição não indica manifestamente que a legislatura pode obrigar médicos a realizar abortos, então este direito é inconstitucional. Os dissidentes em *Dred Scott* trataram os compromissos sobre a escravidão como uma exceção a princípios mais fundamentais quando eles afirmaram “escravidão, sendo contrária ao direito natural, é criada apenas por lei municipal” (MURPHY, 2007, p. 315). Na ausência de qualquer provimento constitucional manifestamente autorizando pessoas a trazer escravos em seus territórios, este direito não existia ou poderia ser inferido de outros dispositivos constitucionais.

Compromissos constitucionais podem criar zonas de exclusão interpretativa. As normas constitucionais sobre aborto, sendo compromissos, podem nem ser consideradas como elaborações sobre, ou exceções ao compromisso constitucional geral com a dignidade humana ou a santidade da vida. Quando ambiguidades potenciais emergem, elas devem ser resolvidas pelo recurso a princípios subjacentes a outras provisões constitucionais. Se médicos podem ser constitucionalmente demandados a realizar abortos pode ser determinado com alusão

aos princípios constitucionais subjacentes à liberdade religiosa ou à autoridade legislativa para regular a profissão médica, mas nenhuma referência legítima pode ser feita ao princípio da dignidade da pessoa humana subjacente à autoridade constitucional para regular o aborto, pois nenhum princípio constitucional explica ou justifica este provimento. Madison sugeriu tal abordagem interpretativa quando ele desistiu de tentar achar qualquer justificação coerente para tratar escravos como três- quintos de uma pessoa. Ele simplesmente pronunciou que o provimento constitucional relevante era um de vários “expedientes compromissórios da Constituição” (MURPHY, 2007, p. 320). Esta recusa em fundamentar a Cláusula dos Três-Quintos em qualquer princípio mais geral, significava que disputas sobre pessoas fracionárias só poderiam ser resolvidas pela interpretação dos princípios subjacentes a provimentos constitucionais não relacionados com a escravidão.

Compromissos constitucionais em textos constitucionais podem sustentar o princípio interpretativo de que disputas constitucionais devem ser comprometidas. Se compromissos em questões básicas da dignidade humana são necessários no momento de criação das constituições, então o mesmo espírito de compromisso deve ser praticado na interpretação de ambiguidades constitucionais. No espírito dos constituintes Nisquamitas, que acomodaram tanto proponentes como oponentes do aborto legal, autoridades constitucionais subsequentes podem determinar que governantes pudessem demandar constitucionalmente que médicos realizem abortos apenas quando nenhum outro médico se dispõe e está acessível para realizar o procedimento. Alguns juízes antes da guerra interpretaram provimentos constitucionais sobre o aborto no mesmo espírito do comprometimento. Depois de perceber que os constituintes tinham um acordo a respeito da escravidão, juízes federais concordaram em interpretar amplamente tanto o poder federal de devolver escravos fugitivos (MURPHY, 2007, p. 321) quanto o poder federal de proibir a importação de escravos estrangeiros (*Dred Scott v. Sandford*, 1857).

Elaboração, exceção, exclusão e compromisso podem todos ser estratégias legítimas para a interpretação de provimentos constitucionais que acomodam crenças diferentes sobre a dignidade humana. Constitucionalistas liberais, afirma convincentemente Howard Schweber, se compromissam a falar certa linguagem na discussão de temas do regime fundamental. Estadunidenses, quando discutem o status constitucional da pena de morte, devem falar em termos de “punições cruéis e excepcionais” ao invés de “punições eficientes”. A dissuasão importa apenas porque a

falha em dissuadir pode ser a marca de uma punição cruel e excepcional. Na discussão do aborto, os Nusquamitas são constitucionalmente comprometidos com o reconhecimento de que toda a vida é sagrada e que governantes têm o poder de determinar o escopo do direito a terminar uma gravidez. Sua retórica deve também fornecer uma consideração de outros provimentos constitucionais, mais notavelmente, provisões constitucionais sobre igualdade de gênero, que são relevantes para determinar o status constitucional da escolha reprodutiva. Quais argumentos, políticas, e compreensões constitucionais que respeitam tais compromissos se tornam o direito oficial do país, devem ser decididas pela política constitucional estabelecida inicialmente durante os processos de elaboração e ratificação.

Constituintes americanos anteriores à guerra estavam mais interessados do que seus homólogos ficcionais Nusquamitas na estrutura das políticas constitucionais que poderiam temporariamente e talvez permanentemente decidir intensas disputas sobre quais direitos humanos eram fundamentais. Os constituintes em 1789 decidiram não fazer muitas leis particulares, buscando, ao invés, ter debates futuros sobre a servidão humana decididos por políticas constitucionais particulares.⁴ Os compromissos responsáveis pela estrutura final da Legislatura nacional, do Executivo nacional e do Judiciário nacional foram todos feitos com um olhar em direção a futuros compromissos sobre a escravidão. Instituições constitucionais, funcionando como esperado originalmente, poderiam garantir que todas as políticas que enfrentassem a servidão humana teriam apoio substantivo tanto nos estados livres como escravagistas. Aborto em Nusquam, por comparação, foi amplamente relegado a um “caso especial”. Debates sobre o direito a terminar uma gravidez ocasionalmente emergiram quando Nusquamitas estavam considerando a estrutura das instituições governamentais, porém, as decisões mais básicas sobre a estrutura do governo não foram feitas com um olhar em direção a futuras políticas do aborto.

É improvável que regimes constitucionais na prática experienciem uma separação tão aguda entre questões sobre a estrutura de governo e questões sobre como resolver disputas sobre quais direitos humanos são fundamentais. Raras vezes instituições governamentais são discutidas politicamente primariamente nos termos de seus méritos intrínsecos. As pessoas tendem a sustentar os arranjos institucionais que elas acreditam que irão provavelmente privilegiar suas melhores compreensões de dignidade humana e assegurar aquilo que elas acreditam ser seus interesses

⁴ Para uma elaboração a respeito dos argumentos neste parágrafo ver: BRANDON, 1998.

fundamentais. Mudanças no apoio partidário pela supremacia judicial nos Estados Unidos, por exemplo, ocorreram historicamente após mudanças no curso de elaborações políticas judiciais. Se as constituições sobrevivem pode depender em quanto bem elas mediam intensas disputas sobre quais práticas melhor respeitam a dignidade humana. Nusquam se tornará um regime constitucional estável apenas se as instituições constitucionais consistentemente fornecerem políticas que a maioria dos cidadãos considerem toleráveis, mesmo se estas políticas forem inconsistentes de muitas formas com o que qualquer pessoa particular acredite estar envolvido por um compromisso constitucional com a dignidade humana.

Disputas sobre a dignidade humana saturam constituições. Elas influenciam a estrutura das instituições de governo, os limites específicos no poder de governar e os princípios usados para interpretar as ambiguidades constitucionais (MURPHY, 2007, p. 320). Quando novos regimes constitucionais naufragam por guerras culturais, a democracia constitucional deve estar tão comprometida em mediar estas disputas como em promover a dignidade humana ou garantindo o aumento do apoio público aos direitos humanos fundamentais. Se o resultado final é melhor rotulado como “constitucionalismo” ou “constitucionismo”, se não for, em grande parte, uma questão semântica, estará, em grande parte, nos olhos de quem vê. Alguma proteção para males constitucionais é o destino de projetos constitucionais em andamento em diferentes sociedades. O Professor Murphy frequentemente sublinha a importância do compromisso durante o processo de criação e interpretação de constituições (FARRAND, 1937, p. 375). A teoria da democracia constitucional, a experiência estadunidense sugere, deve considerar estes compromissos como centrais para o empreendimento constitucional ao invés de casos especiais que podem ser resolvidos independentemente de decisões constitucionais elementares.

5 EPÍLOGO

A John Paul Sartre articulou uma verdade elementar da teoria política em *Sem Saída* quando um dos personagens principais declara: “O inferno são os outros!” (SARTRE, 1944). Edmund Burke ofereceu a versão polida desde catecismo político quando insistiu que “Todo governo – na verdade cada benefício e alegria humana, cada virtude e cada ato prudente – é fundado em compromissos e intercâmbios.” Para o melhor e, sem dúvida, o pior, seres humanos constantemente encontram-se em

ambientes nos quais eles devem cooperar com pessoas as quais elas consideram, se não moralmente repreensíveis na maioria dos temas, moralmente repreensíveis em alguns temas. Se o princípio é compreendido como o conjunto de valores que permitem seres humanos viver uma vida decente, então a obrigação de concordar com compromissos constitucionais na criação e manutenção de ordens constitucionais é um princípio como qualquer outro.

REFERÊNCIAS

Symposium: A Tribute to Sandy Levinson. In: **Law and Courts An Organized Section of the American Political Science Association**, Ass'n, New York, N.Y, no. 3, Summer 2010, p. 4-20.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Constitutional Crisis. **University of Pennsylvania Law Review**, 707, 2009.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. **The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State**, 2006. Faculty Scholarship Series. 231.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State, **75 Fordham Law Review**. 489, 2006.

BORK, Robert H. **The Tempting of America: The Political Seduction of the Law**, 1990 **BYU Law Review**, 665, 1990.

BRANDON, Mark E. **Free in the world: American slavery and constitutional failure** 154. Princeton: Princeton University Press, 1998.

DANELSKI, David. **Walter F. Murphy: Hero, Scholar, and Friend**. In: **Law and Courts An Organized Section of the American Political Science Association**, Ass'n, New York, N.Y, 2010.

DORF, Michael C. **Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong and How We the People Can Correct It**, 2007. **Cornell Law Faculty Publications**. Paper 123.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

ELKIN, Stephen L. **Reconstructing the commercial republic: constitutional design after Madison**. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.

FARRAND, Max. **The Records of the Federal Convention of 1787**, vol. 1. New Haven: Yale University Press, 1937.

FARRAND, Max. **The Records of the Federal Convention of 1787**, vol. 2. New Haven: Yale University Press, 1937.

GRABER, Mark A. **Dred Scott and the problem of constitutional Evil**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HIRSCHL, Ran. Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales, **Texas Law Review**, 1819, 1820, 2004.

FLAMING, James E. **An Appreciation of Walter F. Murphy**. In: **Law and Courts An Organized Section of the American Political Science Association**, Ass'n, New York, N.Y., 2010.

SCHEPPELE, Kim Lane. The Passing of a Generation. In: **Law and Courts An Organized Section of the American Political Science Association**, Ass'n, New York, N.Y., no. 2, Spring 2010.

LEVINSON, Sanford. America's Other Constitutions: The Importance of State Constitutions for Our Law and Politics, **Tulsa Law Review**, 813, 2013.

LEVINSON, Sanford. Compromise and Constitutionalism, **Pepperdine Law Review**, 821, 2011.

LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

LEVINSON, Sanford. Remarks Prepared for Lifetime Achievement Award Panel. In: **Law and Courts An Organized Section of the American Political Science Association**, Ass'n, New York, N.Y., 2010.

LEVINSON, Sanford. Remarks Prepared for Lifetime Achievement Award Panel. In: **Law and Courts An Organized Section of the American Political Science Association**, Ass'n, New York, N.Y., 2010.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. **Constitutional Dictatorship: Its Dangers and its Design**, **Minnesota Law Review** 1789, 2010.

LEVINSON, Sanford. Law as Literature, **TEXAS LAW REVIEW**, 373, 1982.

LEVINSON, Sanford. **Written in stone: public monuments in changing**. Durham, NC: Duke University Press, 1998.

LEVINSON, Sanford. **Wrestling with Diversity**. Durham, NC: Duke University Press, 2003.

LEVINSON, Sanford. Walter Murphy: Semper Fi! In: **Law and Courts An Organized Section of the American Political Science Association**, Ass'n, New York, N.Y., 2010.

MAYER, Henry. **All on fire: William Lloyd Garrison and the abolition of slavery**, 313. New York: St. Martin s Press, 1998.

MCCLOSKEY, Robert G. **The American Supreme Court**. Chicago: University of Chicago Press, 1960.

MCCLOSKEY, Robert G. **The American Supreme Court**. Chicago: University of Chicago Press, rev., 5th ed. 2010.

MURPHY, WALTER F. **Constitutional Democracy**: creating and maintaining a just political order. Baltimore: John Hopkins UP, 2007.

MURPHY, WALTER F. **Elements of judicial strategy**. Chicago: The. University of Chicago Press, 1964.

MURPHY, WALTER F. **The Vicar of Christ**. Basingstoke: MacMillan Publishing Company, 1979. Durham: Duke University Press, 1998.

BARBER, Sotirios. Walter Murphy and the Public Spirit. In: **Law and Courts An Organized Section of the American Political Science Association**, Ass'n, New York, N.Y., 2010.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative perspective. Princeton: Princeton University Press, 2008.

Recebido em 13/08/2017

Aprovado em 13/08/2017

Received in 13/08/2017

Approved in 13/08/2017