

Embargos Culturais: Mark Tushnet e o movimento Critical Legal Studies

Mark Tushnet é importante teórico do direito norte-americano e participou ativamente do movimento *critical legal studies*, ao longo da década de 1980. Conta em sua biografia com o prestigioso dado de ter sido estagiário (*law clerk*) de Thurgood Marshall na Suprema Corte norte-americana.

Thurgood Marshall é reconhecido como um dos mais importantes líderes do movimento afroamericano pelas igualdades civís, tendo advogado para a NAACP's (*National Association for the Advancement of Coloured People*) nos momentos mais difíceis da luta travada contra o preconceito racial nos Estados Unidos.

Thurgood Marshall foi indicado e nomeado juiz da Suprema Corte norte-americana por Lyndon Johnson, em 1967[1]. Mark Tushnet biografou Thurgood Marshall, compondo painel da luta pelos direitos civís nos Estados Unidos, como pano de fundo à vida do biografado, especialmente importando-se com a resistência oferecida por grupos conservadores às ordens para que se desse fim ao regime de segregação racial nas escolas dos Estados Unidos[2].



Mark Tushnet escreveu artigo criticando a suposta utilização do princípio da neutralidade na interpretação do direito[3]. A alegação de tal princípio pela teoria liberal fora designada para remediar um problema central na teoria geral do direito, de modo a se engessar o poder judiciário, prevenindo-se contra eventual e temível tirania da toga[4].

Para Tushnet, a neutralidade parte de premissa equivocada, que nos trataria atomística e individualmente com autonomia, presumindo que nossas opções e valores são independentes das escolhas e avaliações feitas e sustentadas por terceiros[5].

Tushnet critica o uso da neutralidade como, por exemplo, defendido por Robert Bork[6]. Trata-se este último de juiz da corte federal de apelação do distrito de Columbia, que não logrou alcançar a indicação feita para ocupar cadeira na Suprema Corte, por parte do partido republicano, de cujas ideias conservadoras comunga.

Em seguida ao fracasso da tentativa, Bork publicou um livro de interpretação constitucional, reservando uma seção do mesmo para historiar seu malogrado caminho[7]. A aventada neutralidade de Bork é criticada por Tushnet, que também hostiliza as chamadas construções hermenêuticas interpretativistas, de reconstrução ideal dos conteúdos originários dos textos normativos, a exemplo da redação primitiva do texto constitucional norte-americano, tal como elaborada pelos constituintes (*the founding fathers*). Tushnet invoca em favor de sua crítica uma questão de linguagem. E escreveu:

Considere uma conversa ordinária entre duas pessoas. Alice escuta Artur falar a palavra “arbogast”. Ela pensa que conhece o significado da expressão, porém na medida em que a conversação continua, ela reconhece que Artur utiliza tal palavra de um modo que lhe parece um pouco estranho. Ela interrompe a conversa, para que Artur possa explicar o que quer dizer. E a explicação dele dá-se como resultado da forma como ele viveu até aquele



momento. Porque a vida de Artur é por definição diferente da vida de Alice, esta última encontra apenas uma ilusória impressão de que compreende o que Artur dissera. Sua tarefa consiste, então, em pensar uma maneira de compreender a vida de Artur, de forma a entender o que ele quer dizer, a partir da compreensão de como ele viveu até então. Nesta estória, entender o que Artur quer dizer quando falou “arbogast” tem o mesmo efeito do que entender o que significa “seguir o precedente do caso Roe vs. Wade” ou “manter a fidelidade ao que os constituintes originários queriam dizer com a expressão devido processo legal”[8].

No livro *Taking the Constitution away from the Courts*, Mark Tushnet reúne uma série de ensaios publicados previamente em várias revistas de universidades norte-americanas. Defende um novo modelo de interpretação constitucional. Problematizando o método clássico de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, o *judicial review*, Tushnet acredita que os próprios cidadãos devem estar atentos e vigilantes, na defesa de seus direitos.

E inicia seu livro relatando um fato da vida política norte-americana, que identifica uma antinomia, que sugere distinção entre cumprir a constituição e cumprir o que diz a Suprema Corte, eixo temático que oxigena suas considerações[9].

Em 1982, a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade de uma lei do estado do Texas que negava educação pública gratuita para crianças que fossem filhas de pais que emigraram ilegalmente para os Estados Unidos.

Em 1994 os eleitores da Califórnia aprovaram em plebiscito uma proposição que também negava escola pública gratuita para filhos de imigrantes ilegais. Uma corte federal da Califórnia imediatamente julgou inconstitucional a aludida norma daquele estado do oeste norte-americano. O governador da Califórnia jurou no dia da posse que iria cumprir a constituição federal, a constituição do estado e as leis estaduais.

Segundo Tushnet, em que pese a sombra negativa em torno da afirmação, o governador não havia jurado que iria cumprir o que determina a Suprema Corte, e conseqüentemente deveria tomar todas as providências no sentido de ver implementada a odiosa lei estadual[10]. Por outro lado, é tradição norte-americana, desde o desate do caso *Marbury vs. Madison*, do início do século XIX[11], declinar-se à Suprema Corte a última palavra em interpretação constitucional.

Constrói-se então um curioso paradoxo: (...) *a Constituição que impera fora das cortes é idêntica à Constituição que impera dentro das cortes, com a modesta exceção de que não sabemos as respostas dadas às questões constitucionais que ainda não foram apreciadas pelas cortes*[12].

Emerge o que Tushnet nomina de um *direito constitucional populista*, que rejeitaria a supremacia das decisões judiciais, contrariando a tradição fundada no direito norte-americano[13].

Tushnet combate também o formalismo interpretativo, que proclama que o juiz deve considerar apenas textos normativos e propósitos do legislador, esquecendo-se da realidade prática; o formalismo pode induzir a mais erros do que propõe eliminar[14].



Tushnet fulmina também a capacidade do legislador, nominando longa lista de senadores cujas biografias envergonham a história norte-americana, a exemplo de Joseph McCarthy, perseguidor temível de supostos comunistas, na década de 1950, no tempo da Guerra Fria, em odiosa passagem então conhecida como “caça às bruxas”[\[15\]](#). Embora o bom senso possa nos inclinar a pensar tratar-se de exceção, e não de regra, a percepção de Tushnet conduz-nos a outro paradoxo, de feição cética e niilista, dada a hostilidade ao judiciário e ao executivo também. Tushnet denuncia a desavença entre os magistrados da Suprema Corte norte-americana[\[16\]](#), lembrando que o juiz James McReynolds, que era antisemita, recusava-se a apertar as mãos do juiz Louis Brandeis, que era judeu, quebrando uma tradição que marcava o comportamento daqueles magistrados[\[17\]](#).

Antagonizando teorias mais recentes e mais moderadas de aceitação do controle de constitucionalidade de leis, a propósito das propostas de John Hart Ely, professor na Califórnia[\[18\]](#), Mark Tushnet tonificou o movimento *cls* ao concluir que o populismo constitucional instiga a discussão, problematiza os fundamentos da democracia e *orienta-nos na medida em que pensamos e discutimos os destinos do país* [\[19\]](#).

Em *The New Constitutional Order*, de 2003, Mark Tushnet avalia o minimalismo conceitual que afeta o modelo orgânico norte-americano, como resultado do triunfo e do desenvolvimento das percepções teóricas neoliberais.

Na década de 1930, com o objetivo de dominar a onda negativa que marcava os anos de intervenção nos Estados Unidos, os democratas, sob a liderança de Franklyn Delano Roosevelt, implementaram um projeto amplo de intervenção estatal, com foco no keynesianismo, que consubstanciou a ordem do *New Deal*[\[20\]](#).

As administrações imediatamente posteriores, democratas (Kennedy, Johnson, Carter) ou republicanas (Eisenhower, Nixon) de uma certa forma deram continuidade a essa engenharia. Porém, a expansão do neoliberalismo e do neoconservadorismo a partir de Reagan[\[21\]](#), especialmente como precursores de uma crise global[\[22\]](#), suscitaram uma diminuição do Estado (também sentida na administração republicana de Clinton) determinante de uma nova ordem constitucional minimalista, estuda por Tushnet. As administrações republicanas recentes, como a de George Walker Bush, têm insistido nesta diminuição do Estado, o que promove uma ordem constitucional aparentemente mais enxuta.

Neste sentido, o conservadorismo da corte de Rehnquist[\[23\]](#), e todo o novo modelo jurídico que decorre desta circunstância, a exemplo do golpe nas eleições presidenciais de 2000, quando os republicanos reconquistaram a Casa Branca[\[24\]](#), da tendência de se julgar limitadamente[\[25\]](#), do literalismo e do catolicismo conservador de Antonin Scalia[\[26\]](#), da parcimônia de Sandra Day O’Connor[\[27\]](#), do não comprometimento em Clarence Thomas[\[28\]](#), da tentativa em se recapturar a intenção dos constituintes originários[\[29\]](#), da questão da significação textual da fala constitucional[\[30\]](#), da proposição de uma arqueologia constitucional interpretativa[\[31\]](#), da ingerência política na Suprema Corte[\[32\]](#). O conservadorismo triunfou por um bom tempo.



Mark Tushnet analisa as instituições políticas norte-americanas que caracterizam esta nova ordem constitucional que se desenha. Focaliza o poder do presidente da República e lembra-nos que Reagan cumpriu a promessa que fez de instaurar um arranjo liberal, desarticulando os modelos intervencionistas então soberanos, que remontavam a Roosevelt (*New Deal*) e a Johnson (*Great Society*)[\[33\]](#).

Insiste na política de compromisso que é exigida do executivo, que deve articular-se afinadamente com um congresso polarizado e dividido[\[34\]](#). Tushnet menciona também o papel da imprensa, e a ridicularização que a mídia imprime ao judiciário e ao legislativo, que se pretendem distantes e superiores, em relação aos concretos problemas da vida real do cenário pragmático norte-americano.

Reproduz passagem do comediante Jay Leno, que teria dito que os norte-americanos atingiram um ponto no qual o Congresso não afeta a vida de ninguém, e por isso suas atuações são acompanhadas como mero entretenimento[\[35\]](#).

Tushnet preocupa-se também com os rumos conservadores que a Suprema Corte norte-americana teria tomado, dado a maioria de indicações republicanas em sua composição[\[36\]](#).

A Suprema Corte estaria favorecendo um nacionalismo acentuado, mitigando direitos estaduais, hiperpotencializando o poder central, formatando um federalismo vertical[\[37\]](#). Tushnet sente também um reducionismo programático na Suprema Corte, cuja presença na vida institucional concreta lhe parecia modesta no início da primeira década do século XXI, comparando-se com a época do *New Deal* ou com os tempos mais ferozes da era da luta pela igualdade civil[\[38\]](#).

Mark Tushnet compôs capítulo especial com o objetivo de estudar a nova ordem constitucional e a globalização nos Estados Unidos. A propósito de comparação, e sem qualquer sentimentalismo meloso que marca estudos comparativistas[\[39\]](#), tem-se um ponto referencial totalmente distinto dos efeitos da mesma globalização em relação ao constitucionalismo de países de periferia do sistema capitalista, como o Brasil.

Entre nós, sucessivas emendas constitucionais limitaram supostas conquistas plasmadas no texto de 1988, a exemplo do monopólio estatal na distribuição do gás, dos benefícios para as empresas de capital nacional, da reserva de mercado do subsolo, da reserva de mercado da navegação interna, do monopólio estatal nas telecomunicações e na produção de petróleo, da questão da reforma previdenciária, da reforma tributária e da revogação da limitação das de juros reais de doze por cento ao ano.

No modelo norte-americano, detentor de posição de centro do sistema, tem-se segundo Tushnet, o complexo problema da mobilidade do capital que paralisa a capacidade política de se regulamentar produção e emprego, por parte dos poderes ordinariamente constituídos[\[40\]](#).

Por outro lado, a complexa liderança que os Estados Unidos exercem no mundo, qual um inusitado poder de polícia dos interesses capitalistas[\[41\]](#), provoca a inserção de acordos e desacordos internacionais, em âmbito de direito público, no âmago do concerto constitucional interno[\[42\]](#). Também preocupam Tushnet as novas tendências de regulamentação[\[43\]](#), de uma vez que nos Estados Unidos não vinga a ideia de terceira via, tão cara à social democracia europeia, que planeja um intervencionismo



relativo, porém eficiente, especialmente no que toca a problemas de previdência social[44].

Mark Tushnet ocupa-se de temas constitucionais, especialmente de interpretação e de adequação, defendendo uma ligação real entre o texto e a vida das pessoas, preocupando-se menos com o direito dos livros (*law in books*) e mais com o direito e seus efeitos concreto (*law in action*), o que é marca do movimento *cls*, neste caso forte na tradição weberiana[45]. No pensamento de Mark Tushnet fica muito claro o cânon fundamental do *cls*, no sentido de que o direito é política.

Em artigo de 1986 Mark Tushnet especifica as relações entre o *cls* e o realismo jurídico. Afirma que o *cls* aceita o aspecto crítico do realismo jurídico, porém desafia seu programa construtivo[46].

Na medida em que o *cls* vale-se das técnicas críticas do realismo jurídico norte-americano, seria neste sentido um legítimo herdeiro daquele movimento pioneiro[47].

Radicalizando, Tushnet afirmou que os realistas não insistiram suficientemente na democratização do direito, o que, de resto, não fora proposta dos adeptos do programa *New Deal* de Roosevelt e muito menos do partido democrata[48].

Para Tushnet, os realistas defendiam valores de muita abstração, a exemplo de interesses públicos (*shared social values*), que podem, no entanto, serem manipulados, de forma a justificarem qualquer opção política ou decisão jurídica, a propósito da proteção ambiental cotejada com o desenvolvimento econômico[49].

O *cls* estaria envolvido em um projeto de socialismo mitigado, enquanto crítica a um capitalismo de ampla escala. Em uma sociedade socialista, por outro lado, o *cls* criticaria o socialismo pela negação da importância das conquistas individuais, assim como do impedimento de um crescimento espiritual e material[50].

Tushnet vale-se de Roberto Mangabeira Unger para racionalizar este paradoxo, na medida em que Mangabeira teria captado esta dimensão irracional do projeto do *cls*, a partir de uma noção de *direitos de desestabilização* (*destabilization rights*), contidos em um projeto de crítica institucional centrado em um plano de hierarquia e divisão sociais que o modelo orgânico dominante evita a qualquer custo[51].

Ao lado de Roberto Mangabeira Unger, Mark Tushnet levou ao máximo a tradição do *cls* de vincular direito e política, traço weberiano de que a ação social, tecnocrática (*Zweckrational*) ou orientada para valores éticos, religiosos, filosóficos ou mesmos holísticos (*Wertrational*), objetiva fins concretos, de arranjos de domínio, dado que para Weber o poder do homem sobre o homem (*Herrshchaft*) é um fato inescapável da existência[52].

[1] IRONS, Peter. *A People's History of the Supreme Court*, p. 415.

[2] TUSHNET, Mark. *Making Civil Rights Law*



, p. 232 e ss.

[3] TUSHNET, Mark. *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, in HUTCHINSON, Allan C. (ed.), *Critical Legal Studies*, p. 157 e s.

[4] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 157.

[5] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 167.

[6] TUSHNET, Mark. Op.cit. loc. cit.

[7] BORK, Robert H. *The Tempting of America, The Political Seduction of the Law*, p. 267 e ss.

[8] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 176/177. Tradução e versão livre do autor. Consider an ordinary conversation between two people. Alice hears Arthur use the word “arbogast”. She thinks she knows what he means, but as the conversation continues Alice realizes that Arthur is using the word in a way that comes to seem a little strange. She interrupts, so that Arthur can explain what he means. But things get worse. His explanation shows that his entire vocabulary rests on the way he has lived until that moment. Because Arthur’s life is by definition different from Alice’s, Alice finds herself left with only an illusory understanding of what Arthur says. Her task is then to identify the point at which she can, so to speak, think her way into Arthur’s life, so that she can understand what he means through understanding how he has developed. In this story, “ understanding what Arthur means when he says ‘arbogast’ “ plays the role of “following the rule in Roe vs. Wade “ or “ remaining faithful to the framer’s meaning of ‘ due process’ “.

[9] TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*, p. 7 e ss.

[10] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 7.

[11] NELSON, William E. *Marbury v. Madison- The Origins and Legacy of Judicial Review*.

[12] TUSHNET, Mark. Op.cit., loc.cit. Tradução e versão livre do autor. The Constitution outside the courts is identical to the Constitution inside the courts, with the modest exception that we do not know the answers to constitutional questions the courts have not gotten around to yet.

[13] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 32.

[14] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 44.

[15] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 55.

[16] As desavenças entre os juízes da Suprema Corte nos Estados Unidos, e os aspectos políticos que conduzem às votações e às deliberações, foram recentemente objeto de livro muito comentado. Ver COOPER, Phillip J., *Battles on the Bench, Conflict inside the Supreme Court*.

[17] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 56/57.

[18] ELY, John Hart. *Democracy and Distrust- a Theory of Judicial Review*, especialmente p. 43 e ss., a propósito dos chamados valores fundamentais.

[19] TUSHNET, Mark. Op.cit. p. 194. Tradução e versão livre ao autor. (...) it orients us as we think about and discuss where our country ought to go.

[20] Aspectos jurídicos do *New Deal* e as batalhas que foram travadas na Suprema Corte norte-americana podem ser pesquisadas em McCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*, p. 108 e ss.

[21] YERGIN, Daniel e STANISLAW, Joseph. *The Commanding Heights, the Battle for the World Economy*, p. 338 e ss.

[22] ARRIGHI, Giovanni. *The Long Twentieth Century*, p. 300 e ss.

[23] YARBROUGH, Tinsley E. *The Rehnquist Court and the Constitution*, especialmente p. 127 e ss.

[24] DERSHOWITZ, Alan M. *Supreme Injustice-How the High Court Hijacked Election 2000*.

[25] SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time- Judicial Minimalism on the Supreme Court*



, p. 259 e ss.

[26] SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation, Federal Courts and the Law*.

[27] O'CONNOR, Sandra Day. *The Majesty of the Law- Reflections of a Supreme Court Justice*.

[28] GERBER, Scott Douglas. *First Principles, the Jurisprudence of Clarence Thomas*.

[29] SMITH, Rogers M. *Liberalism and American Constitutional Law*, p. 167 e ss.

[30] WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation – Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review*, p. 47 e ss.

[31] BURT, Robert A. *The Constitution in Conflict*.

[32] BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Breach*, p. 127 e ss.

[33] TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*, p. 9.

[34] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 13.

[35] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 22.

[36] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 33.

[37] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 55.

[38] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 94.

[39] SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*, p. 27.

[40] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 142.

[41] Trata-se da tese de Michael Hardt e de Antonio Negri. HARDT, Michael e NEGRI, Antonio, *Empire*, p. 17 e ss.

[42] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 163 e ss.

[43] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 167.

[44] GIDDENS, Anthony. *The Third Way*, p. 99 e ss.

[45] KELMAN, Mark. *A Guide do Critical Legal Studies*, p. 297.

[46] TUSHNET, Mark. *Critical Legal Studies : An Introduction to its Origins and Underpinnings*, in HALL, Kermit L. et alli (ed.), *American Legal History- Cases and Materials*, p. 552.

[47] TUSHNET, Mark. Op.cit., p. 553.

[48] TUSHNET, Mark. Op.cit. loc. cit.

[49] TUSHNET, Mark. Op.cit. loc. cit.

[50] TUSHNET, Mark. Op.cit. p. 554.

[51] TUSHNET, Mark. Op.cit. loc.cit.

[52] LASSMAN, Peter. *The Rule of Man over Man: Politics, Power and Imagination*, in TURNER, Stephen, *The Cambridge Companion to Max Weber*, p. 83.

Date Created

03/03/2013