

Data do recebimento: 18/09/2020

Data do aceite: 11/11/2020

O PAVOR ARENDTIANO: TRIBUNAIS COM PODER¹

OR BASSOK²

(Tradução de Thiago Pádua)³

1 - Publicado originalmente como: BASSOK, Or. *The Arendtian Dread: Courts with Power*, *Ratio Juris*, Vol. 30, Issue 4, pp. 417-432, 2017. **Artigo traduzido por Thiago Aguiar de Pádua, que singelamente dedica a tradução a Lênio Luiz Streck, Jefferson Carús Guedes, Miguel Gualano de Godoy, Pablo Malheiros da Cunha Frota, Willis Santiago Guerra Filho, Otávio Luiz Rodrigues Junior e Luís Carlos Martins Alves Jr.**, juristas maiúsculos que têm criticado (densa e profundamente, e a sua maneira) a suposta “opinião pública do[no] Supremo”, como profetas que ouviram de há muito o som da chuva na serra, antes da inundação. Não significa que concordam com o texto/tradução, e nem que se enquadram em eventuais categorias descritas, e os erros aqui presentes são todos, exclusivamente, do tradutor. Adotou-se, como influências tradutórias, embora distintos, os seminiais escritos de Gregory Rabassa, Paulo Rónai, Yves Gambier, Eugene Nida e Hans Vermeer.

2 - Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Nottingham. Sou grato a Mikael Madsen, Marlene Wind e Juan Mayoral, por dois generosos convites para o iCourts Centre, na Universidade de Copenhague, sem os quais este artigo não teria sido escrito. Eu apresentei rascunhos anteriores no workshop da “*Trust, Social Capital and Networks*”, na iCourts, no décimo aniversário da Conferência Max Webber, e na Conferência I-CON de 2017. Marina Aksenova, Richard Bellamy, Filipe Bastos Brito, Shai Dothan, Dana Schmalz e Achilles Skordas ofereceram valiosos comentários e assistência. Todos os erros são meus. Esta é uma versão prévia do artigo que será publicado em sua forma final na *Ratio Juris*. Este artigo pode ser usado para fins não comerciais de acordo com os Termos e Condições da Wiley para autoarquivamento.

3 - Professor Doutor do PPG/Mestrado em Direito do UDF. Doutor e mestre em Direito. Foi Assessor de dois ministros do STF. Membro do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da ANACRIM/DF. Membro da ABPC – Associação Brasileira de Processo Civil. Membro da Academia Brasileira de Letras – ABrL. Membro da Comissão Especial do Direito à Educação e da Comissão Especial Direito & Literatura, ambas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogado.

RESUMO: Hannah Arendt tinha medo não apenas de um presidente populista se manifestando em nome das pessoas e desapegado da legalidade. Ela também estava preocupada com a possibilidade de a vontade popular ser utilizada para apoiar os responsáveis por limitá-la. Mais concretamente, ela estava com medo de a Suprema Corte americana contar com apoio popular. Este é o significado por trás de sua obscura representação da Suprema Corte como “a verdadeira sede da autoridade na República Americana”, mas inadequada ao poder. Eu argumento que a caracterização arendtiana de autoridade, que não demanda “nem coerção, nem persuasão”, significa que a fonte de legitimidade do Tribunal é a expertise jurídica, e não o apoio público. No entanto, o entendimento atualmente dominante entre os ministros da Suprema Corte americana, bem como entre os estudiosos, é o de que o apoio público é a fonte de autoridade do Tribunal. Na mente de Arendt, tal compreensão significa que o Tribunal se tornou a sede do poder. A corrupção da autoridade do Tribunal, bem assim o Direito Constitucional – como linguagem da especialidade capaz de resistir à opinião pública –, inevitavelmente irão acompanhar. Portanto, Arendt estaria extremamente preocupada com a contínua erosão do entendimento do papel da Suprema Corte americana como jurisperita e com a ascensão da tese de que sua fonte de legitimidade residiria no apoio público.



INTRODUÇÃO

A atual interpretação sobre o Federalista n. 78, por parte dos americanos, e, especialmente por parte dos ministros da Suprema Corte, faria Hannah Arendt enxergar a fonte da crise em que o direito constitucional americano se encontra mergulhado. Nas últimas décadas, o Federalista n. 78 tem sido parafraseado nos escritos de ministros da Suprema Corte americana (doravante, referido apenas como “o Tribunal” ou “a Corte), de acadêmicos e cientistas políticos (BASSOK, 2016; BASSOK, 2013, p. 159-61), sem que eles sequer percebam que estão mudando seu significado original. Os americanos agora leem o Federalista n. 78 para dizer que, sem a espada ou a bolsa, tudo que o Judiciário possui é a confiança pública.⁴

No Federalista n. 78, Hamilton escreveu que, sem a espada ou a bolsa, tudo que o Judiciário possui é meramente o julgamento. Arendt leu corretamente Hamilton: para ela, a confiança do Tribunal na sua competência jurídica, e não no apoio público, foi crucial para a sobrevivência da República Americana. Em suas palavras, para que a República Americana sobreviva, o Tribunal deve confiar na sua autoridade (expertise jurídica na interpretação da Constituição) e não no poder (apoio público).

Este artigo oferece três perspectivas da leitura de Arendt sobre a Suprema Corte americana. Primeiro, utilizo a leitura de Arendt sobre o Federalista n. 78 para mostrar que atualmente a leitura predominante da afirmação de Hamilton sobre a fonte de legitimidade do Tribunal não é apenas uma paráfrase da ideia de Hamilton. Pelo contrário, representa uma grande mudança na compreensão da legitimidade judicial nos EUA.

Segundo, eu explico o pavor que Arendt sentia de um Tribunal munido de poder, como o medo de um Tribunal que entende que sua fonte de legitimidade residiria no apoio público. Esse ponto não tem recebido nenhuma atenção da literatura acadêmica até agora.

Em terceiro lugar, enquanto o maior medo de Arendt foi a desinibição do poder – no sentido da vontade pública desvinculada de qualquer tipo de limitação –, seus escritos também expressam o medo da autoridade corrompida.

Arendt, portanto, temia não apenas um presidente populista se manifestando em nome do povo, desvinculado da lei e cumprindo a vontade popular, mas também estava preocupada com o fato de que a vontade popular poderia ser aproveitada para apoiar os responsáveis por limitá-la. Com base nessa perspectiva, aponto que Arendt estaria extremamente preocupada com a contínua erosão do entendimento do papel da Suprema Corte americana como “expert” (jurisperita) e com a ascensão da tese de que sua fonte de legitimidade residiria no apoio público.

1. A SUPREMA CORTE DE ARENDT: AUTORIDADE SEM PODER

Arendt acreditava que uma das principais razões para o sucesso da democracia americana é que a Suprema Corte possui autoridade, mas é impotente (ARENDDT, 1965, p. 200). Ela “[...] foi especialmente projetada com o propósito da autoridade.” (ARENDDT, 1965, p. 199).

Em termos arendtianos, o poder legítimo reside no povo (ARENDDT, 1965, p. 179), enquanto a “marca registrada” de autoridade “[...] é o reconhecimento inquestionável por parte daqueles que são solicitados a obedecer; nem coação ou persuasão são necessárias” (ARENDDT, 1970, p. 45).

4 - Ver, por exemplo, *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765, 817-18 (2002) (Ginsburg, J., dissidente); Gibson, Caldeira, Baird, 1998, p. 343; Karlan, 2012, p. 71

A descrição arendtiana da autoridade captura as características envolvidas na obediência às ordens de um especialista, como um médico. Nos casos das consultas especializadas, nós, de fato, obedecemos sem coerção, e às vezes até mesmo sem persuasão (ARENDDT, 1965, p. 91). Arendt não é sucinta ao caracterizar a autoridade como um relacionamento hierárquico, descrevendo que:

[A]utoridade... é incompatível com persuasão, pressupondo igualdade, e funcionando através de um processo de argumentação... Contra a ordem igualitária de persuasão está a ordem autoritária [ou baseada na autoridade], que é sempre hierárquica. (ARENDDT, 1958a, p. 92-93).

Ao ler atentamente *“What is Authority?”*, podemos perceber que Arendt escreve explicitamente sobre a especialização como sendo o fundamento para um relacionamento baseado na autoridade. Depois de notar que “em nenhum outro lugar o pensamento grego aproximou-se tanto do conceito de autoridade como na República de Platão”, Arendt discute vários exemplos em que Platão aborda “modelos de relação”. Um desses exemplos é a relação “médico/paciente”, quando Arendt observa que, “em todos esses casos, também o conhecimento especializado comanda a confiança, de modo que nem a força e nem a persuasão são necessários para obter cumprimento...” (ARENDDT, 1958a, p. 108;116). Em um texto posterior, Arendt dá outro exemplo da relação de autoridade: a relação entre um professor e um aluno (ARENDDT, 1970, 144). Essa relação também pode ser caracterizada como sendo baseada na expertise.

Segundo Arendt, enquanto os fundadores da República Americana pretendiam imitar a Roma antiga na construção da Corte, eles deixaram de imitar o Censor Romano, seu equivalente funcional. Ao contrário dos ministros da Suprema Corte, que são nomeados pelos representantes eleitos, o Censor Romano era eleito pela Assembleia Centuriata para um período de tempo limitado. Na perspectiva de Arendt, os censores detinham o poder porque sua fonte de legitimidade era o apoio público (ARENDDT, 1965, p. 200; VOLK, 2015, p. 183-85). Não era esse o modelo que os Pais Fundadores tinham em mente para o Tribunal, como Arendt concluiu: “[i]nstitucionalmente, é a falta de poder, combinada com a permanência no cargo, que sinaliza que a verdadeira sede da autoridade na República Americana é a Suprema Corte.” (ARENDDT, 1965, p. 200).

Para Arendt, o Tribunal não coloca o povo como sua fonte de legitimidade; sua legitimidade reside na sua capacidade de decifrar a Constituição. Essa habilidade interpretativa é o que torna o Tribunal digno do inquestionável respeito concedido àqueles que detêm autoridade, como os especialistas (GOLDONI; MCCORKINDALE, 2013, p. 119, 126). Quando Arendt escreve que “todas as instituições políticas são manifestações e materializações do poder; [e que] elas petrificam e desmoram assim que o poder vivo do povo deixar de sustentá-las” (ARENDDT, 1970, p. 41), nesse sentido, portanto, a ênfase deve ser colocada no significado da expressão “instituições políticas”, para que se possa compreender sua opinião sobre o Tribunal. Arendt não enxerga o Tribunal como uma instituição política, mas como um “expert”.

Para cumprir o seu papel de “expert”, o Tribunal deve interpretar a Constituição de acordo com seus conhecimentos jurídicos especializados (ARENDDT 1965, p. 199).⁵ Esta é uma função jurídica, em contraste com a função política da instituição que detinha autoridade equivalente em Roma: o Senado Romano (ARENDDT, 1965, p. 199-200). Mas o Senado também era um “expert”,

5 - Para a opinião de Arendt sobre os advogados como especialistas, cfr.: Arendt, 1965, p. 237; Scheuerman, 1997, p. 161; Klabbers, 2007, p. 22.

eis que Arendt adota a premissa de que o Senado Romano seria semelhante a um conselho de anciãos aconselhando crianças (ARENDR, 1958a, p. 122-23).

A expertise dos anciãos se encontra na fundação de Roma (ARENDR, 1958a, p. 121-24). Como veremos, Arendt também viu o Tribunal como um expert em entender o momento fundacional americano. Em vista de todas essas analogias entre a Corte e o Senado Romano, não é de se admirar então que, para Arendt, o Senado Romano se assemelha ao “Judiciário de Montesquieu, como o ramo do governo, cujo poder ele chamou de ‘alguma forma nula’ ... e que, no entanto, constitui a mais alta autoridade em governos constitucionais.” (ARENDR, 1958a, p. 122).

2. A LEITURA ARENDTIANA DO FEDERALISTA N. 78 VS. A ATUAL LEITURA DO FEDERALISTA N. 78

A visão arendtiana sobre a fonte de legitimidade do Tribunal corresponde bem à de Alexander Hamilton expressa no Federalista n. 78. Em seu escrito célebre, Hamilton asseverou que:

[...] o Judiciário, ao contrário, não tem influência sobre a espada ou a bolsa... Pode-se dizer verdadeiramente que não possui força e nem vontade, mas meramente o julgamento; e deve, em última instância, depender da ajuda do executivo para dar eficácia a seus julgamentos.” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 392).

De acordo com Hamilton, o apoio do governo, essencial para a eficácia das decisões do Tribunal, é adquirido porque o Poder Executivo reconhece o valor do julgamento do Tribunal, e não porque o Tribunal possui apoio público. Mesmo que o Tribunal faça um julgamento contrário à opinião popular ou aos interesses do governo, o governo ainda vai impor o julgamento, da mesma maneira que um paciente prossegue com um tratamento que causa dor porque assim foi recomendado por seu médico. Como o médico, a Corte fala em nome da expertise. Hamilton baseou a legitimidade do Tribunal “apenas” em sua expertise jurídica, e não no apoio público (BASSOK, 2013, p. 373-75).

Arendt parafraseia a fala de Hamilton, acrescentando: “Em outras palavras, a própria autoridade se tornou imprópria ao poder, assim como, inversamente, o próprio poder da legislatura fez o Senado (americano) incapaz de extrair autoridade.” (ARENDR, 1965, p. 200). Segundo Arendt, o sucesso dos EUA é devido ao fato de que Direito e Poder “[...] claramente reconheceram diferentes origens, diferentes legitimações, e diferentes esferas de aplicação.” (ARENDR, 1965, p. 166). O conhecimento jurídico da Corte e o seu distanciamento do apoio público tornaram-na adequada para a legitimidade baseada na expertise (“autoridade”), enquanto a natureza do Senado americano como um corpo eleito tornou-o adequado para a legitimidade baseada no apoio público (“poder”) e incapaz de extrair autoridade.

No Federalista n. 81, Hamilton rejeitou a perspectiva de que, nos processos, a apelação final seja, para o Senado (Legislativo), similar à Casa dos Lordes, na Inglaterra, que detém o poder judicial de “última palavra”. Hamilton explica que os juizes são “homens selecionados por seu conhecimento do Direito, adquirido em longo e laborioso estudo”, ao invés de representantes eleitos, e que estão em melhores condições de garantir que a Constituição não seja violada (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 408). A posição de Arendt sobre a diferença entre o Senado Romano e o Senado americano adota exatamente a mesma lógica.

O primeiro não foi eleito e, por isso, detinha autoridade. A esse respeito, seu equivalente nos EUA é o Judiciário. O Senado americano pode compartilhar o mesmo nome que o Senado Romano, já que a palavra “Senado” se tornou “cara” para os Fundadores Americanos. Mas Arendt observa que eles têm “muito pouco em comum” (ARENDR, 1965, p. 199-200). Os “homens” eleitos para o Senado americano não necessariamente possuem “sabedoria”, mesmo que o processo de discussão de opiniões no Senado possa, ao final, produzir decisões sábias (ARENDR, 1965, p. 227; VOLK, 2015, p. 206).

Nos EUA, o desenvolvimento do entendimento sobre a legitimidade judicial ocorreu recentemente, em um desenvolvimento mais bem capturado a partir do pensamento de Hamilton, atualmente parafraseado (BASSOK, 2016). Em 2012, Pamela Karlan termina sua análise na Revista de Harvard (*Foreword*), intitulada de “Democracia e Desdém”, asseverando:

Alexander Hamilton equivocou-se ligeiramente quando afirmou que o Judiciário não tem ‘nem a força, e nem a vontade’, mas meramente o julgamento; e deve finalmente depender da ajuda do executivo para a eficácia de seus julgamentos”. O judiciário deve, em última análise, depender do povo. (KARLAN, 2012, p. 71).

Em outras palavras, Karlan enxerga o apoio público como sendo a fonte de legitimidade do Tribunal. Mesmo que o Tribunal careça de expertise, funcionará adequadamente, desde que tenha apoio público.

Falar em nome do povo tem sido um poderoso símbolo ao longo da história política dos Estados Unidos (FRANK, 2010, p. 4-5). No entanto, até à invenção das pesquisas de opinião pública, as instituições eleitas detinham o monopólio sobre essa fonte de legitimidade (BASSOK, 2013, p. 156-59). Não é de se admirar, então, que a expressão “não parafraseada” de Hamilton – atribuindo a legitimidade da Corte a sua expertise – reinou suprema (BASSOK, 2016, p. 574-77). Em outros lugares, eu discuto longamente a invenção das pesquisas de opinião pública como ferramentas que possibilitaram o desenvolvimento dessa importante e dramática compreensão da fonte de legitimidade do Tribunal (BASSOK, 2016; BASSOK, 2013).

Para os propósitos deste artigo, que enfoca os perigos que Arendt teria enxergado em tal desenvolvimento, é suficiente dizer que hoje em dia seria um truísmo argumentar que a Corte precisa ter apoio público para funcionar corretamente. Tanto os ministros conservadores quanto os progressistas compartilham a ideia de que a fonte de legitimidade da Corte reside em seu duradouro apoio público.⁶ Essa ideia tornou-se tão poderosa no discurso constitucional americano que se tornou senso comum naturalizado (BASSOK, 2011, p. 240-41).

A maioria dos juristas, como Karlan, nem percebe que eles estão parafraseando o que Hamilton escreveu no Federalista n. 78, de maneira a encaixar essa compreensão controladora; eles simplesmente leem Hamilton como confirmação do paradigma de controle. Para os modernos leitores americanos de Hamilton, a questão crucial é se a Corte possui legitimidade sociológica, isto é, se o público a apoia. Para Hamilton e Arendt, a questão central era saber se a Corte conseguiria julgar; se ela possuía expertise. Na próxima seção, abordarei a expertise especial que Arendt atribuiu ao Tribunal e como ela assegura a autoridade da Constituição.

6 - Cf. (*Planned Parenthood vs. Casey*, 505, EUA). 833 [1992], com 865; (BASSOK, 2011, p. 258-63; BASSOK, 2016)

3. ARENDT COMO UMA ORIGINALISTA IDENTITÁRIA

Após derrubar o rei, os revolucionários franceses deificaram a vontade do povo, o que veio a servir como fonte, seja do poder seja do direito. Imaginar a soberania popular como “a imagem de Deus” cria o perigo de um soberano que pode varrer todas as restrições jurídicas e normativas “como um furacão” (ARENDDT, 1965, p. 181-86; KALYVAS, 2008, p. 215-17). Em outras palavras, todos os fundamentos, incluindo aqueles que a Revolução professou, poderiam ser alterados, desde que a vontade do povo apoiasse tal mudança (ARENDDT, 1965, p. 167; 183-84; ARENDT, 1958a, p. 110; KALYVAS, 2008, p. 234-35).

Em nome da vontade do povo – o direito superior da revolução –, qualquer direito poderia ser mudado, inclusive o direito que nasceu com a revolução (ARENDDT, 1965, p. 183). O soberano, afinal, não está limitado por nenhuma lei universal e não reconhece nada superior a si mesmo (ARENDDT, 1979, p. 230; KALYVAS, 2008, p. 219-20). Na visão de Arendt, esse tipo de vontade popular livre seria a receita perfeita para uma ordem constitucional fracassada, de resultados catastróficos, como demonstra o rescaldo da Revolução Francesa.

O sucesso da Revolução Americana foi a divisão entre direito e poder. No EUA, desde o início, “a sede do poder para eles era o povo, mas a fonte do direito devia se tornar a Constituição...” (ARENDDT, 1965, p. 157-59). A revolução conseguiu colocar o direito acima dos homens, criando uma Constituição que tem sido adorada desde muito cedo por causa de sua conexão com o momento constituinte (ARENDDT, 1965, p. 183-85; 198-199). Em outras palavras, tanto a Revolução Americana quanto a Francesa tinham em comum “a convicção de que a fonte e a origem do legítimo poder político residiam no povo” (ARENDDT, 1965, p. 179).

No entanto, a Revolução Francesa não percebeu a necessidade de se criar uma autoridade não baseada no poder popular. Uma estrutura governamental estável não pode ser construída sob essa “areia movediça” (ARENDDT, 1965, p. 163; KALYVAS, 2008, p. 219-20). O “temor reverencial” americano ao ato constituinte assegurou que a Constituição não dependesse da vontade atual do povo (ARENDDT, 1965, p. 204). Subsequentemente, foram evitadas tentativas contínuas em nome do “estado mental subjetivo” do povo para desmantelar os alicerces da revolução, uma vez que essas fundações foram colocadas sob forma constitucional (ARENDDT, 1965, p. 157; SCHEUERMAN, 1997, p. 151; 154).

Segundo Arendt, a duração da Constituição americana ao longo do tempo foi alcançada graças à sua contínua interpretação pelo Tribunal, que assegurou a sua ligação com a revolução constituinte. Nas palavras de Arendt – supostamente citando Woodrow Wilson⁷ –, o Tribunal tem funcionado como “[...] uma espécie de Assembleia Constituinte em sessão contínua” (ARENDDT, 1965, p. 200). Arendt argumenta que, como em Roma, a conexão contínua com o momento constituinte é a fonte de autoridade: primeiro, da autoridade da Constituição, e, posteriormente, também da autoridade da Corte (ARENDDT, 1965, p. 202-03). Para ela, a fundação é a “fonte da autoridade” (ARENDDT, 1965, p. 204), e a Constituição tem dentro de si o espírito da fundação, assim como o papel do Tribunal é servir como a voz viva daquela origem (ARENDDT, 1965, p. 231-32; GOTTSCHEN, 1994, p. 124). Arendt é mesmo tentada a prever que “a autoridade da república estará segura e intacta enquanto o próprio ato, o começo em si, for lembrado sempre que entram em jogo as questões constitucionais, no sentido mais restrito do palavra.” (ARENDDT, 1965, p. 204).

7 - Como eu demonstro abaixo, a citação de Arendt é inexata.

Para que o Tribunal cumpra seu papel de conectar a América contemporânea com seu momento constituinte, Arendt oferece um mecanismo muito semelhante ao modelo interpretativo que hoje chamamos de “originalismo”.⁸ Mas o originalismo de Arendt é de um tipo especial. Por meio de uma teoria interpretativa “orientada para a origem”, Arendt quer garantir um fio que conecte a identidade americana original com a identidade americana atual. Eu denomino esse subtipo de originalismo de “originalismo identitário” (BASSOK, 2015a, p. 297-302).

No processo de interpretação constitucional, os originalistas atribuem um lugar central à forma como a Constituição foi entendida originalmente, durante a geração constituinte. Entretanto, alguns deles rejeitam a ideia de que a Constituição seja um manifesto de identidade, enxergando o originalismo meramente como uma técnica de interpretação de textos jurídicos (SOLUM, 2011, p. 74; MCGINNIS; RAPPAPORT, 2012, p. 750); outros aceitam o papel central da Constituição na identidade da América, mas rejeitam a noção de que a fundação desempenha um papel tão central na construção da atual identidade americana (BALKIN, 2011, p. 74-81).

Para os originalistas identitários, a Constituição seria o ponto focal da identidade americana, ao passo que o originalismo seria o roteiro. Segundo os originalistas identitários, ao ler a Constituição de acordo com o seu sentido original, o Tribunal assegura a contínua fidelidade à identidade americana original (BASSOK, 2015a, p. 297-98; 302). Para cumprir esse papel, os originalistas identitários sustentam que os ministros detêm expertise em história constitucional e, portanto, em essência, são experts em identidade original americana (BERGER, 1977, p. 8-9; 18).

O originalismo identitário de Arendt se encaixa bem em sua analogia entre a Corte e o Senado Romano, eis que Arendt também viu os senadores romanos sendo guiados pelo passado de Roma, em seu papel de certificação de que o Direito de Roma estivesse de acordo com os princípios fundadores da cidade (GOLDONI; MCCORKINDALE, 2013, p. 120-21). Arendt explica que a autoridade do Senado em Roma deve ser entendida de acordo com as origens da palavra “autoridade”, que apontam para a noção de aumentar, o ato de ampliar uma fundação (LARA, 2013, p. 105; 108).

Da mesma forma, a autoridade interpretativa do Tribunal é derivada de seu papel de conservar, “aumentar e ampliar” a realização mais concreta do ato original de fundação (ARENDDT, 1965, p. 201; SCHEUERMAN, 1997, p. 158; GOTTSEGEN, 1994, p. 124). O Tribunal conserva a ligação com o entendimento original do momento fundacional, assegurando que o espírito original da Revolução continue a servir como parte central da existência americana. Na ausência de frequentes emendas constitucionais, a principal maneira de reiterar o ato de fundação é pela interpretação constitucional originalista por parte da Corte. (ARENDDT, 1965, p. 202).

Escrevendo durante o ponto alto da Corte Warren, Arendt observou que o Tribunal não cumpriu a promessa de “recordar o espírito revolucionário” (ARENDDT, 1965, p. 231-32; 239). Na visão de Arendt, ao adotar o originalismo identitário, não se cria o problema de permanecer preso àquela mão morta do passado, uma vez que a atual lealdade do povo à Constituição deve ser compreendida em termos da escolha de vincularem “[...] a si mesmos de volta ao começo” (ARENDDT, 1965, p. 198).

8 - Cf. Burns, 1987, p. 167; 171; 174-75.

Detectando a conexão que Arendt cria entre a revolucionária “fonte de autoridade”, observe que a Constituição e o método interpretativo da Corte respondem às perguntas demandadas pela literatura jurídica sobre Arendt supostamente desconsiderar a questão da final autoridade interpretativa (FRANK, 2010, p. 54-55). Arendt não negligenciou essa questão. Em vez disso, ela acreditava que ao Tribunal foi confiado o papel de assegurar a conexão com o momento constituinte fundacional. É verdade que essa visão não favorece sua posição em favor de políticas extrainstitucionais (ARENDDT, 1958b, p. 230).

A última posição de Arendt se encaixa melhor em um sistema de controle de constitucionalidade fraco (VOLK, 2015, p. 246-48) combinado com o constitucionalismo popular, que leva “[...] o próprio povo a ser a autoridade máxima em questões de interpretação jurídica.” (FRANK, 2010, p. 54; 57-58). No entanto, como explicado acima, essa não é a posição de Arendt em relação à Suprema Corte americana. Sua posição em relação à Suprema Corte pode ser em parte o resultado de suas dúvidas sobre a habilidade pública de manter vivo o espírito da revolução, tendo em vista o empobrecimento da experiência política em tempos de política “ordinária” (ARENDDT, 1975; SITTON, 1987, p. 81-82).

Essa leitura da realidade política americana é parte de sua visão geral sobre o estado moderno, que caminha para um processo de despolitização (ARENDDT, 1958b, p. 28-33; KALYVAS, 2008, p. 208-09). A arena pública moderna contemporânea só pode produzir os “humores das massas” em vez de adequadas opiniões de formação, como poderia ser obtido por meio de sua ideia do conselho democrático (ARENDDT, 1965, p. 221; SITTON, 1987, p. 81-82; 93). Assim, Arendt cria uma distinção entre “opinião pública”, no sentido de “humor público” não educado, e opiniões públicas que seriam o resultado de um processo de abertura de discussão e debate público (ARENDDT, 1965, p. 268-69; SITTON, 1987, p. 85).

Arendt não nega que a Constituição pode ser abordada “[...] de muitos ângulos distintos, e sobre os quais se poderia impor muitas interpretações diferentes...”, mas as interpretações da Corte não devem ser guiadas pela vontade do povo (ARENDDT, 1965, p. 157). A Constituição está “sujeita à vontade da maioria” não mais do que um “edifício está... sujeito à vontade dos seus moradores” (ARENDDT, 1965, p. 164).

Ela menciona, em resumo, que a Constituição “permaneceu como uma entidade secular tangível de maior durabilidade do que as eleições ou as pesquisas de opinião pública” (ARENDDT, 1965, p. 157). Sem a Constituição como um arquimediano ponto de autoridade, sem o Tribunal utilizar o originalismo identitário para conectar a América contemporânea à sua fundação, uma nova fundação pode ocorrer sempre que houver uma diferença de opinião suficientemente forte. Uma revolução estaria à espreita em cada esquina.

A opinião pública deve ser mantida à distância, de acordo com Arendt, e o Tribunal possui um papel-chave para garantir esse resultado. Mas qual é o problema de um Tribunal que enxerga e baseia sua legitimidade no apoio público, sem necessariamente seguir a opinião pública em casos concretos? A resposta de Arendt para essa questão não é explícita. Seus escritos deixam bem claro a contradição inerente entre a Constituição como um arquimediano ponto de autoridade e o furacão da opinião pública.

Minhas análises explicam o papel da Corte na manutenção da conexão entre a Constituição e o momento constituinte de fundação, garantindo assim a capacidade da Constituição em

manter sua autoridade. Ao explicar a leitura de Arendt sobre o Federalista n. 78 de Hamilton, eu também consegui decifrar a perspectiva de Arendt de que a Corte é a verdadeira sede da autoridade, mas imprópria ao poder. Enquanto a intuição de Arendt quanto ao Tribunal ser inadequado ao poder é bastante atraente para esta análise, eu argumento que, por meio de um trabalho mais interpretativo, outra camada pode ser exposta a partir do pensamento de Arendt, uma camada que explica o perigo de uma Corte munida de poder.

4. O PERIGO À ESPREITA

Em seus escritos, Arendt lida diretamente com dois perigos que ameaçam a capacidade do Tribunal de cumprir sua função (GOLDONI; McCORKINDALE, 2013, p. 125-31). Em primeiro lugar, a sua preocupação de que o Tribunal fosse excedendo o seu papel de intérprete da Constituição no contexto das decisões de dessegregação escolar (ARENDDT, 1958-59). Em segundo lugar, a sua preocupação de que o Tribunal não possa exercer sua autoridade em questões políticas cruciais, como a Guerra do Vietnã (ARENDDT, 1972, p. 99-101).

Enquanto esses perigos eram de o Tribunal não cumprir ou exceder seu papel de autoridade, o perigo atual que ronda o Tribunal é de um tipo diferente. O perigo atual – como expresso na mudança da leitura do Federalista n. 78 – é de um Tribunal com poder, ou seja, um Tribunal que muda o entendimento de sua fonte de legitimidade da expertise jurídica para o apoio público. Desde que o Instituto Gallup começou a rastrear o apoio público ao Tribunal (e suas decisões) de forma sistemática apenas durante os anos 1960 (MARSHALL, 2008, p. 1-2; 29; 77), Arendt não conseguiu detectar a influência da mensuração do apoio público ao Tribunal na compreensão da sua legitimidade judicial. No entanto, embora ela não tenha abordado esse perigo diretamente, podemos observar sua posição em relação ao adequado papel da Corte.

Arendt concorda que “a opinião pública, como a maior força que governa uma sociedade democrática igualitária”, é um dos poucos princípios que sobreviveram da Revolução, “[...] depois que o espírito revolucionário foi esquecido” (ARENDDT, 1965, p. 221). Ela enfatiza que, “em última análise”, toda autoridade repousa sobre a opinião, na medida em que todo regime requer confiança pública (ARENDDT, 1965, p. 230). Naturalmente, tal afirmação não significa que cada instituição individual exige confiança pública. Como Owen Fiss explicou, em uma democracia:

O consentimento não é concedido separadamente às instituições individuais. Ele se estende ao sistema de governança como um todo. Embora a legitimidade do sistema dependa do consentimento das pessoas, uma instituição dentro do sistema não depende do consentimento popular (FISS, 1985, p. 43-44).⁹

Arendt estava muito consciente do perigo da “inclinação da democracia em ser influenciada pela opinião pública e por sentimentos de massa” (ARENDDT, 1965, p. 225). Em vista desse perigo, ela cita uma carta de Hamilton em que ele fala sobre “um corpo permanente [que] pode contrabalançar a imprudência da democracia” (ARENDDT, 1965, p. 225). Arendt admite que “a instituição originalmente projetada para proteção contra o poder da opinião pública ou a democracia era o Senado.” (ARENDDT, 1965, p. 226). Também a Suprema Corte tornou-se, na prática, a “instituição que resta para o julgamento” que oferece “controle judicial” sobre a opinião pública (ARENDDT, 1965, p. 228-29).

9 - Ver também Fiss, 1979, p. 38.

Arendt temia que um Tribunal guiado pela lógica da opinião pública não conseguiria garantir a estabilidade de sua fundação, ou seja, da Constituição. Afinal, a Constituição foi criada como um “[...] documento escrito, uma coisa objetiva e duradoura... nunca um estado mental subjetivo, como a vontade.” (ARENDDT, 1965, p. 157). Ela foi projetada para permanecer “a entidade secular tangível de maior durabilidade que as eleições ou as pesquisas de opinião.” (ARENDDT, 1965, p. 157). A Constituição tem um mecanismo de emendas inerente que a torna relativamente imune à opinião pública, exceto em raras ocasiões.¹⁰ Se o Tribunal se torna um agente da opinião pública, toda essa estrutura é colocada em risco.

Ao se analisar um ponto que Arendt abordou em seu curto e controverso artigo “*Reflection on Little Rock*”, verifica-se que ela expõe a contradição entre a autoridade baseada na expertise e a opinião pública. Nesse artigo, escrito após a decisão da Suprema Corte de dessegregar as escolas do sul, Arendt argumentou que a Corte estava errada ao interferir nos planos privado e social (ARENDDT, 1958-59, p. 242). Ela escreveu que:

[...] obrigar os pais a mandarem seus filhos para uma escola integrada, contra a sua vontade, significa privá-los de direitos que eles claramente possuem em todas as sociedades livres - o direito sobre seus filhos e o direito social de livre associação (ARENDDT, 1958-59, p. 242).

Os detalhes da posição controversa de Arendt em relação à segregação não são o foco aqui. Gostaria de me concentrar no argumento de Arendt de que a interferência do Tribunal afetou a relação entre pais, crianças e professores, como foi explicado acima. E esse tipo de relação, conforme compreendido por Arendt, revela um formato baseado na autoridade.

Arendt escreve sob a premissa plausível de que, no sul, nesse período, os pais brancos apoiavam a segregação. Assim, ela conclui que:

[...] o conflito entre uma residência segregada e uma escola dessegregada, entre o preconceito familiar e as demandas escolares, destrói de uma só vez a autoridade de pais e professores, substituindo-a pela regra da opinião pública sobre as crianças, que não têm a capacidade, e nem o direito, de estabelecer uma opinião pública própria. (ARENDDT, 1958-59, p. 243).

Se fizermos uma analogia sobre a autoridade do Tribunal e os pais e professores, podemos concluir que se a autoridade do Tribunal baseada na expertise for destruída, ela estará condenada ao controle da opinião pública.

Sobre o perigo de a opinião pública controlar uma instituição com autoridade, nós podemos aprender a partir de uma referência que Arendt elaborou fundada em Kant, em seu ensaio “O que é Autoridade?” Discutindo o rei filósofo de Platão, que figura como um exemplo aproximando do conceito de autoridade (ARENDDT, 1958a, p. 106-07), Arendt observou que “essa combinação entre razão e regra também implicava um perigo para a filosofia”, e não apenas para o campo político (ARENDDT, 1958a, p. 107). A tentativa do rei filósofo de governar de acordo com a razão representa um perigo para a razão. Mas qual é esse perigo? Arendt observa que a discussão

10 - Por razões de simplicidade, evito discutir a questão da emenda constitucional fora do Artigo V. Entretanto, mesmo aqueles, como Bruce Ackerman, que defendem esse caminho para emendar a Constituição, limitam a vontade pública que é semelhante àquelas limitações colocadas pelo processo formal de emenda. Veja Bassok, 2015a, p. 307-11.

kantiana de Platão é a única referência a esse perigo. Arendt argumenta, citando Kant: “Não se deve esperar que os reis filosofem ou que os filósofos se tornem reis, e nem isso seria desejável, pois, inevitavelmente, a posse do poder corrompe o livre julgamento da razão.” (KANT apud ARENDT, 1958a, p. 107). Em outras palavras, podemos esperar que a linguagem jurídica seja corrompida se a Corte entender que sua fonte de legitimidade reside no poder (no apoio público).

A fim de compreender melhor esse ponto, usarei uma analogia frequentemente realizada sobre juízes e médicos; medicina e direito.¹¹ Como uma linguagem distinta de especialização, recentemente, a medicina encontrou um desafio à sua autonomia, com a introdução de uma métrica que mede o desempenho dos médicos com base nas opiniões dos pacientes (SCHOENFELDER, 2012). Nos EUA, nas últimas duas décadas, as experiências de mensurações de “atendimento ao paciente” ou “satisfação do paciente” tornaram-se cada vez mais constantes em muitas organizações e hospitais (PRICE, 2014, p. 523-24). Alguns desses programas até concedem bônus financeiros, com base no nível de satisfação dos pacientes (SCHOENFELDER, 2012; PRICE, 2014, p. 523).

Os resultados da entrada de pesquisas de opinião pública na profissão médica são diversificados e altamente disputados. Um estudo de 2012 intitulado “*The Cost of Satisfaction*” resume vários estudos realizados após a introdução dessa métrica, observando que, “neste cenário, os pacientes são mais inclinados às recomendações médicas e mais fiéis aos médicos, embora a pesquisa sugira a presença de uma relação tênue entre a satisfação do paciente e a qualidade dos resultados e dos cuidados com a saúde.” (FENTON, 2012, p. 405; PRICE, 2014, p. 534).

O estudo vai além da revisão de literatura e, com base em amostra nacional, demonstra que o maior nível de satisfação do paciente está associado a custos com medicamentos sujeitos a receita médica e a despesas gerais com cuidados de saúde. Além disso, está associado a maior mortalidade geral em comparação com aqueles de níveis mais baixos de satisfação (FENTON et al, 2012, p. 405-09).

Em um estudo de 1997, observou-se que os médicos prescreveram antibióticos para os pacientes com doença respiratória, embora em muitos desses casos eles tenham julgado que os antibióticos eram desnecessários. O estudo sugere que a prescrição excessiva seria resultado da constatação de que os médicos levaram em consideração sua perspectiva sobre as expectativas e a satisfação dos pacientes (HOLMES, 1997, p. 1211-1214).

Outro estudo analisou os exames de imagem, prescritos por médicos para pacientes com dor lombar aguda não complicada. Uma conclusão central foi a de que “pacientes atendidos por médicos expostos a incentivos com base na satisfação do paciente receberam mais rapidamente, ampliando sua imagem”, mesmo que tal exame “[...] não possa beneficiar os pacientes, podendo inclusive resultar em danos” (PHAM, 2009, p. 972; 977).

Desde tempos imemoriais, sem dúvida, as avaliações de médicos por parte dos pacientes baseiam-se não apenas na análise de seus conhecimentos profissionais. Os pacientes também estão interessados na capacidade de seus médicos de se comunicar e de se comportar de uma forma cuidadosa. A capacidade de medir essas avaliações em unidades fungíveis, permissivas da comparação entre os médicos, tem efeitos corruptores sobre a linguagem da medicina.

11 - Por exemplo, Kahn, 1997, p. 126; Richman, 2009, p. 1731.

Em termos arendtianos, a tentativa dos médicos de assegurar seu poder conduz à corrupção de sua linguagem sobre a expertise médica. Da mesma forma, tribunais e políticos falaram sobre o apoio público aos tribunais bem antes da invenção das pesquisas de opinião pública (BASSOK, 2013, p. 158- 59). No entanto, a capacidade de medir a opinião pública tem o potencial de levar um Tribunal a enxergar sua fonte de legitimidade no povo; em termos arendtianos, esse é um Tribunal com poder. E tal Tribunal pode corromper o direito como uma linguagem de expertise.

A linguagem do direito tem buscado funcionar como uma linguagem de expertise. Em linguagens de expertise, a questão sobre qual resultado argumentativo é legítimo ou apropriado não pode ser determinada pela vontade popular ou pelo uso popular de um argumento. O conhecimento especializado deve ser determinado pela comunidade de especialistas, de acordo com as regras de sua disciplina (POST, 2012, p. XII-XIV; 8; 29-32).

O ingresso na linguagem jurídica, via processo legislativo, depende da vontade popular, mas a separação entre direito e política após o processo legislativo é destinada a criar uma autonomia para uma linguagem de especialização (BASSOK, 2015b). Dessa forma, a linguagem jurídica cria um espaço de argumentação controlado por especialistas e não pela opinião pública. Em termos arendtianos, essa é a linguagem da autoridade, e não a linguagem de poder, pois, assim como um rei filósofo teria a razão corrompida se tivesse a chance de governar, um Tribunal guiado pelo poder teria corrompido o caráter racional-sistemático da linguagem jurídica (VOLK, 2015, p. 111-24).

5. INTERPRETAÇÕES CONCORRENTES SOBRE OS ESCRITOS DE ARENDT ACERCA DO TRIBUNAL

Antes de concluir, gostaria de discutir várias interpretações conflitantes da análise de Arendt sobre a Suprema Corte americana. Opostamente ao argumento de Jean Cohen e Andrew Arato, Arendt não sugeriu que a Corte funcione como uma “assembleia constituinte” que reescreve a constituição como uma espécie de “constituição de juízes” (ARATO; COHEN 2009, p. 317). Embora eu tenha um profundo respeito pelo trabalho de Cohen e Arato, sua leitura de Arendt sobre o ponto é baseada em dois equívocos. Primeiro, Arato e Cohen citam erroneamente a referência que Arendt fez de Woodrow Wilson. Eles escrevem que Arendt cita Wilson para representar o Tribunal como “uma assembleia constituinte em sessão contínua”. E acrescentam sua leitura dessa citação para dizer que a Corte “[...] também seria um órgão capaz de usurpar a soberania” (ARATO; COHEN, 2009, p. 317). A citação não é o que Wilson disse e também não foi como Arendt o citou. Baseada em uma citação de Corwin, Arendt cita Wilson para dizer que a Corte é “uma espécie de Assembleia Constitucional em sessão permanente”.¹² A diferença entre uma “assembleia constituinte” e uma “assembleia constitucional” é importante.¹³ Uma sessão

12 - Arendt também cita erroneamente a citação mencionada por Corwin. Corwin escreve que “De fato, por suas decisões que interpretam a Constituição, a Suprema Corte constantemente altera o efeito prático e sua aplicação. Como Woodrow Wilson apropriadamente colocou, com outras palavras, a Suprema Corte é ‘uma espécie de Convenção Constitucional em sessão contínua’ (CORWIN, 1958, p. 5). Claramente, Corwin não se referiu a Wilson para insinuar que o Tribunal redefine as características constitutivas da República americana. Pelo contrário, o Tribunal apenas a interpreta na aplicação da Constituição.

13 - Arato e Cohen parcialmente consertam a citação em uma edição posterior de seu artigo. Embora eles ainda falem de Arendt como alguém que apoie “uma constituição de juízes”, agora Arendt é citada mencionando Wilson dizendo que a Corte seria “uma espécie de assembleia constitucional em sessão permanente” (ARATO; COHEN 2010, p. 161). Enquanto a primeira parte da citação está corrigida, a segunda parte ainda está errada. Arendt escreveu: “sessão contínua”.

contínua, no primeiro caso, significa um projeto em andamento para redefinir os fundamentos da política (KALYVAS, 2008, p. 203, 229-30).¹⁴ Isso iria contradizer bastante a visão de Arendt sobre a Constituição americana e a Corte como medidas de permanência e estabilidade (ARENDT, 1965, p. 228-29; SCHEUERMAN, 1997, p. 158).

Uma “assembleia constituinte” pré-data e antecede a ordem constitucional (ARENDT, 1958b, p. 199). Por essas razões, Arendt não enxergou o Tribunal como uma assembleia constituinte capaz de redefinir os princípios constitutivos da República americana. Antes, ela via uma continuação do esforço constitucional, da forma definida pelo espírito revolucionário. Arendt fala de uma “sessão contínua”, e não de uma “sessão permanente”, como Cohen e Arato equivocadamente a atribuem, uma vez que ela enxergava como papel do Tribunal o de proteger o ato original de fundação (SCHEUERMAN, 1997, p. 158).

Em segundo lugar, Arendt fala do Tribunal como “*uma espécie de Assembleia Constitucional*” (a ênfase é minha) quando ela tenta explicar a autoridade do Tribunal ou o status especial em relação à fundação. Essa representação está centrada na fonte de autoridade do Tribunal, e não na sua função, como Cohen e Arato enxergam. Segundo Arendt, a função do Tribunal deveria ser interpretar a Constituição de uma forma que garanta um fio contínuo da era fundadora, e não reescrever a Constituição (como implica a frase “constituição de juízes”, usada por Cohen e Arato).

Eu também me distancio parcialmente da leitura que William Scheuerman fez de Arendt sobre esse ponto. Depois de descrever a visão de Arendt sobre a autoridade da Corte como “hierárquica”, e não baseada na persuasão, Scheuerman explica que:

É difícil imaginar que status uma tal concepção de autoridade pode adequadamente possuir na política moderna, desencantada e democrática: particularmente em uma democracia, apenas argumentação e “persuasão” discursiva podem legitimamente justificar o exercício do poder do estado (SCHEUERMAN, 1997, p. 159).

Scheuerman acrescenta que o Tribunal pode ser visto como um garantidor das formas tradicionais de dominação política (SCHEUERMAN, 1997, p. 159). Arendt argumentaria que Scheuerman simplesmente falhou em compreender a essência da autoridade baseada na expertise. O traço central da autoridade baseada na expertise é o que Scheuerman vê como dominação ilegítima, enquanto Arendt admite que o significado de autoridade, da forma como ela utiliza a palavra, “[...] desapareceu do mundo moderno”. (ARENDT, 1958, p. 91). Ela escreve que “as velhas metáforas e modelos consagrados pelo tempo para relações autoritárias”, como as relações entre professores e alunos, “[...] perderam a plausibilidade”. (ARENDT, 1958, p. 92).

Scheuerman também argumenta que, no livro “Sobre a Revolução”, Arendt apresenta um quadro em que a “conversação constitucional” da Suprema Corte representa uma ampliação da “deliberação mútua”, básica para o próprio ato de fundação, enquanto no livro “O que é Autoridade?”, Arendt apresenta autoridade como sendo “incompatível com a persuasão” (SCHEUERMAN, 1997, p. 158). Como explicado acima, o modelo arendtiano de autoridade não muda em “Sobre a Revolução”, como é evidente no exemplo do professor e do aluno, que se encaixa nos seus escritos anteriores sobre autoridade.¹⁵

14 - É lamentável que Klyvas, que enfatiza a distinção entre poder “constitucional” e poder “constituente”, leia a citação de Arendt sobre Wilson como se ele estivesse dizendo que “o Tribunal é uma espécie de poder constituinte contínuo”, de uma maneira semelhante à equivocada leitura de Cohen e Arato (KALYVAS, 2008, p. 279). Isso o leva a atribuir inconsistências que não existem na análise de Arendt.

15 - Ver também Arendt, 1965, p. 279.

Christian Volk lê Arendt sob o prisma da “deshierarquização”, e enxerga o Tribunal como parte de tal aparelho (VOLK, 2015, p. 159; 177-80; 214-15; 225; 229; 244-48). Essa leitura tenta ajustar o pensamento de Arendt às tendências atuais de entender os Tribunais como instituições que aumentam a democracia deliberativa. Em sua opinião, em vez de ser um expert na linguagem jurídica, o Tribunal seria parte de um diálogo em andamento, de interpretação constitucional com outras instituições e com as próprias pessoas (KRAMER, 2004). Refletindo ou não a realidade, essa perspectiva é uma leitura equivocada de Arendt – pois falha por não levar a sério sua compreensão hierárquica da autoridade – e sobre sua ênfase no fato de que o Tribunal foi criado para manter a autoridade. Além disso, ao dizer que a autoridade do Tribunal reside em sua conexão com o momento fundacional e, nesse sentido, funcionaria como “um tipo de Assembleia Constitucional”, não significa que sua função atual inclua “mútua deliberação” com as pessoas. Em seu trabalho, o Tribunal não recria o momento fundador recriando uma “deliberação mútua” com o povo.

Um compromisso com o momento constituinte, em termos da teoria interpretativa da Corte, não significa que o Tribunal precise recriar um processo deliberativo em sua prática por causa da deliberação mútua, que possivelmente era prevacente durante o período fundacional. Aderir ao originalismo identitário como sistema interpretativo não implica a adoção do modelo de um diálogo entre o Tribunal e as pessoas no momento atual; na verdade, em alguns aspectos, seria até contraditório. Da mesma forma, contrariamente ao alegado por Scheuerman (1997, p. 160), o desânimo de Arendt presente na frase: “a constituição de especialistas sob a qual a Europa veio a viver depois da Primeira Guerra Mundial” (ARENDR, 1965, p. 144) não é contraditório, conferindo ao Tribunal a autoridade para manter a conexão com a fundação, com base em sua expertise interpretativa.

A noção sobre uma “constituição de especialistas” na Europa após a Primeira Guerra Mundial expressou a compressão de que o fracasso das constituições em proteger a democracia antes da Segunda Guerra, especialmente na República de Weimar, na Alemanha, foi o resultado de sua criação por especialistas sem o envolvimento e o apoio do público (FEUCHTWANGER, 1993, p. 39; ARENDR, 1965, p. 144-45).

O principal ponto de Arendt é o de que, nos EUA, o papel do Tribunal seria o de conectar a leitura atual da Constituição com o seu momento constituinte, um momento que capta a vontade do povo. Enquanto não procurar reescrever a Constituição, ou torná-la uma constituição de juízes ou experts, o Tribunal confia na sua expertise quando interpreta a Constituição para ligar a sua interpretação contemporânea com o momento fundacional.

6. CONCLUSÃO

A imagem da qual Arendt tinha pavor, em sua insistência sobre a necessidade de se separar poder e autoridade, era aquela em que a vontade do povo vagueia sem restrições e é capaz de definir e redefinir a fundação. Essa era a imagem da França sob Robespierre e, em certa medida, era a sua compreensão sobre a Alemanha nos primeiros anos de Hitler (BURNS, 1987, p. 175). Em comum com muitos de seus contemporâneos judeus que experimentaram o colapso da República de Weimar, Arendt estava preocupada com um cenário em que um presidente popular eleito reconstituiria as fundações do Estado, manifestando-se em nome de um mandato popular supos-

tamente superior como fonte de legitimidade (ARATO; COHEN, 2009, p. 313; VOLK, 2015, p. 167-72). Arendt fazia parte de um tendência geral da teoria do Estado alemão para se concentrar na questão da ordem política (VOLK, 2015, p. 15-16; 249). No entanto, Arendt temia um perigo específico: o poder ganhar autoridade.

A imagem que eu apresentei neste artigo foi a da autoridade judicial ganhando poder. O Tribunal – que fala em nome das fundações constitucionais – é agora compreendido como possuidor de apoio público como fonte de sua legitimidade. Ao invés de possuir “apenas expertise”, ele detém também “confiança pública”. Essa não foi uma imagem que Arendt imaginou, uma vez que a mensuração regular de apoio público ao Tribunal em pesquisas de opinião, que permitiram essa mudança, apenas tinha começado na época em que ela estava escrevendo. À primeira vista, esse desenvolvimento não apenas não parece perigoso, podendo até mesmo ser algo positivo. O ramo menos perigoso acabara de se tornar mais forte.

No entanto, sondando o argumento de Arendt, ele expõe um perigo: a corrupção da linguagem da autoridade, pois o poder afeta a Corte. Medir o desempenho dos médicos pela satisfação do paciente demonstrou o perigo de a disciplina médica ser exposta a corrupção. Da mesma forma, a linguagem jurídica da expertise corre o perigo de ser corrompida, pois a Corte compreende que sua legitimidade está baseada na confiança pública.

REFERÊNCIAS

ARATO, A.; J. COHEN. Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt. **Constellations**, 16: 307-330, 2009.

ARATO, A.; J. COHEN. Banishing the Sovereign? Internal and External Sovereignty in Arendt. In: **Politics in Dark Times**. 137-171. Ed. Seyla Benhabib. Cambridge University Press: Cambridge, UK, 2010.

ARENDT, H. 1958a. What is Authority? In: **Between Past and Present: Eight Exercises in Political Thought**, Penguin: NY, 1977.

ARENDT, H. 1958b. **The Human Condition**. Chicago University Press: Chicago.

ARENDT, H. 1958-59. Reflections on Little Rock. In: **The Portable Hannah Arendt**. 231-46. Ed. Peter Baehr. Penguin: NY, 2000.

ARENDT, H. **On Revolution**. Penguin: London, UK, 1965.

ARENDT, H. **On Violence**. HBJ: San Diego, 1970.

ARENDT, H. Civil Disobedience. In: **Crises of the Republic**. New York: Harvest Book, 1972.

ARENDT, H. Home to Roost. In: **Responsibility and Judgment**. New York: Schocken, 2003.

ARENDT, H. **The Origins of Totalitarianism**. New York: Harvest Book, 1979.

BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

BASSOK, O. The Sociological-Legitimacy Difficulty. **Journal of Law & Politics**, 26: 239-72, 2011.

BASSOK, O. The Supreme Court's New Source of Legitimacy. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, 16: 153-198, 2013.

BASSOK, O. Interpretative theories as roadmaps to constitutional identity: The case of the United States. **Global Constitutionalism**, 4: 289-327, 2015a.

BASSOK, O. Constitutional Law: A Language of Expertise? **The Georgetown Law Journal**, Online 103: 66-77, 2015b.

BASSOK, O. The Supreme Court at the Bar of Public Opinion Polls. **Constellations**, 23: 573- 84, 2016.

BERGER, R. **Government by Judiciary**: The Transformation of the Fourteenth Amendment. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

BREYER, S. **Making Our Democracy Work**: a Judge's View. Alfred A. Knopf: New York, 2010.

BURNS, R. Hannah Arendt's Constitutional Thought. In: **Amor Mundi**: Explorations in the Faith and Thought of Hannah Arendt. 157-85. Ed. J.W. Bernauer. Martinus Nijhoff Publishers: Hingham, MA, 1987.

CORWIN, E.S. **The Constitution and What It Means Today**. Princeton University Press: Princeton, N.J, 1958.

FENTON, J.J., A.F. Jerant, K.D. Bertakis and P. Franks. 2012. The Cost of Satisfaction: A National Study of Patient Satisfaction, Health Care Utilization, Expenditures, and Mortality. 172 **Archives of Internal Medicine**, 172: 405-11.

FEUCHTWANGER, Edgar J. **From Weimar to Hitler**: Germany, 1918-33. Macmillan: Basingstoke, 1993.

FISS, O.M. The Supreme Court, 1978 Term, Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, 93: 1-58, 1979.

FISS, O.M. Two Models of Adjudication. In: **How Does the Constitution Secure Rights?**, 36-49. Eds. R.A. Goldwin and W. A. Schambra. American Enterprise Institute for Public Policy Research: Washington, 1985.

FRANK, J. **Constituent Moments**. Duke University Press: Durham and London, 2010.

GIBSON, J. L., G. CALDEIRA, and V.A. BAIRD. On the Legitimacy of National High Courts. **American Political Science Review**, 92: 343-58, 1998.

GOLDONI, M. C. McCorkingdale. The Role of the Supreme Court in Hannah Arendt's Political Constitution. In: **Hannah Arendt and the Law**, 117-32. Eds. M. Goldoni and C. McCorkingdale. Hart Press: Oxford, 2013.

GOTTSEGEN, M.G. 1994. **The Political Thought of Hannah Arendt**. State University of New York Press: Albany, N.Y, 2013.

HAMILTON A., J. MADISON, J. JAY. **The Federalist Papers**. Ed. Ian Shapiro. Yale University Press: New Haven, CT, 2009.

HOLMES, W., M.J., Britten N.M.R. **Influence of Patients' Expectations on Antibiotic Management of Acute Lower Respiratory Tract Illness in General Practice: Questionnaire Study**. *BMJ*. 315:1211-14, 1997.

KAHN, P.W. **The Reign of Law: Marbury v. Madison and the construction of America**. Yale University Press: New Haven, 1997.

KALYVAS, A. **Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt**. Cambridge University Press: Cambridge, 2008.

KARLAN, P.S. The Supreme Court, 2011 Term, Foreword: Democracy and Disdain. **Harvard Law Review**, 126: 1-71, 2012.

KLABBERS, J. Possible Islands of Predictability: The Legal Thought of Hannah Arendt. **Leiden Journal of international Law**, 20: 1-23, 2007.

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

LARA, M.P. **The disclosure of politics: struggles over the semantics of secularization**. Columbia University Press: New York, 2013.

MARSHALL, T.R. **Public Opinion and the Rehnquist Court**. State University of New York Press: Albany, N.Y, 2008.

MCGINNIS, John O. & RAPPAPORT, Michael. "The Abstract Meaning Fallacy." **University of Illinois Law Review**, 2012: 737-82.

PHAM, HH., LANDON, BE., RESCHOVSKY, JD., Wu B., Schrag, D. Rapidity and Modality of

Imaging for Acute Low Back Pain in Elderly Patients. **Arch Intern Med**, 2012, 169(10): 972-81.

POST, R.C. **Democracy, Expertise, and Academic Freedom**. Yale University Press: New Haven, 2012.

PRICE, R.A. et al. Examining the Role of Patient Experience Surveys in Measuring Health Care Quality. **Med Care Res Rev.**, 71(5): 522-54, 2014.

SCHEUERMAN, W.E. Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, 10:141-61, 1997.

SCHOENFELDER, T. **Patient Satisfaction: A Valid Indicator for the Quality of Primary Care?** Primary Health Care 2:1000e106, 2012.

SITTON, John F. Hannah Arendt's Argument for Council Democracy. **Polity**, 20.1: 80-100, 1987.

SOLUM, Lawrence B. What Is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. In: Grant Huscroft & Bradley W. Miller (eds.) **The Challenge of Originalism**. New York: Cambridge University Press, 2011.

RICHMAN, B. On Doctors and Judges. **Duke Law Journal**, 58:1731-41, 2009.

VOLK, C. **Arendtian Constitutionalism: Law, Politics and the Order of Freedom**. Hart Press: Oxford, 2015.

