



O QUE OS JURISTAS QUEREM DA HISTÓRIA

WHAT LAWYERS WANT FROM HISTORY

JACK M. BALKIN*

Tradução: RAPHEL PEIXOTO DE P. MARQUES** | SAMUEL CRUZ DE P. MARQUES***

RESUMO^{1 2}

O artigo investiga como advogados e juízes utilizam a história em suas práticas profissionais. Longe de buscar uma reconstrução objetiva do passado, os juristas mobilizam narrativas históricas para fundamentar ou contestar pretensões de autoridade jurídica. A história, nesse contexto, é canalizada por modalidades padronizadas de argumentação – como texto, propósito, tradição e ethos nacional – que moldam o que se considera juridicamente relevante. Além disso, o texto analisa o papel dos juristas como empreendedores da memória, demonstrando como as disputas jurídicas são também lutas pela memória constitucional. O texto diferencia práticas retóricas dos advogados de teorias normativas como o originalismo, ressaltando as tensões entre o uso estratégico da história e o ideal de fidelidade constitucional. Conclui-se com uma defesa do papel dos historiadores: mesmo quando ignoradas pelas decisões judiciais, suas contribuições ajudam a formar um repertório histórico acessível para futuras reinterpretações do Direito.

Palavras-chave: interpretação constitucional; juiz e historiador; originalismo; memória constitucional; argumentação jurídica.

ABSTRACT

Jack M. Balkin's article explores how lawyers and judges use history in legal reasoning. Rather than seeking historical objectivity, legal actors deploy historical narratives to bolster or undermine claims of legal authority. History is filtered through standardized forms of legal argumentation—such as text, purpose, tradition, and national ethos—which shape what is deemed relevant to law. Balkin also examines the role of lawyers and judges as memory entrepreneurs, showing how legal disputes often become contests over constitutional memory. The article distinguishes the rhetorical practices of lawyers from normative interpretive theories like originalism, highlighting the tensions between strategic uses of history and constitutional fidelity. Balkin ends by defending the historian's role: even if ignored in current litigation, historical contributions enrich the legal archive for future reinterpretations of constitutional meaning.

Keywords: constitutional interpretation; judge and historian; originalism; constitutional memory; legal argumentation.

* Ph.D. pela University of Cambridge, Reino Unido. Professor da Yale Law School.
jack.balkin@yale.edu

** Doutor em Direito, Estado e Constituição pela UnB, com período de pesquisa (Programa CAPES PDSE) no Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno da Università degli Studi di Firenze (Itália). Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA) e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/DF).
raphapeixoto@gmail.com

*** Graduando em Direito pela UnB.

Recebido em 9-5-2025 | Aprovado em 9-5-2025³

¹ **Nota do autor:** Meus agradecimentos a Jonathan Gienapp, Mark Graber e Johann Neem por seus comentários sobre versões anteriores.

² **Nota dos tradutores:** tradução, autorizada pelo autor, realizada a partir da versão em inglês do seguinte texto: BALKIN, Jack M. What Lawyers Want from History. *Yale Law School*, 2024. O resumo e as palavras-chave foram elaborados pelos tradutores.

³ Artigo convidado.



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 OS JURISTAS E A SUA ETERNA BUSCA POR AUTORIDADE; 2 HISTÓRIA E A ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA; 3 JURISTAS COMO EMPREENDEDORES DA MEMÓRIA; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O que os advogados constitucionais e juízes querem da história e como eles a utilizam? O objetivo deste breve ensaio não é defender melhores práticas profissionais ou dizer aos advogados como utilizar melhor a história. O objetivo é explicar aos historiadores como estes juristas que atuam em casos jurídicos e decidem controvérsias jurídicas usam a história e por quê.

Certamente, nem todas as pessoas que possuem diplomas jurídicos são advogadas e juízes; algumas estudam o passado da mesma forma como os historiadores acadêmicos fazem. Mas este ensaio trata de advogados que debatem a interpretação adequada da Constituição e ajudam a decidir o que ela significa. Na medida em que os historiadores desejam participar de discussões constitucionais com esses advogados, eles precisam entender a maneira como os advogados produzem profissionalmente conhecimento sobre o passado ou, para usar uma metáfora familiar, como o passado se parece aos olhos do Direito.

O uso da história pelos advogados não é meramente normativo. Ele é prescritivo. Procura-se usar a história para dizer o que devemos fazer; em particular, como devemos interpretar a lei ou a Constituição. Essa construção jurídica da história tem três características básicas. Primeiro, os advogados usam a história para buscar *autoridade*. Segundo, os advogados canalizam a história por meio de *formas de argumentação jurídica* padronizadas. Terceiro, os advogados constroem a memória; eles são *empreendedores da memória*.

Irei abordar cada um desses pontos individualmente.

1 OS JURISTAS E A SUA ETERNA BUSCA POR AUTORIDADE

Primeiro, a história importa para os advogados porque a autoridade é importante. Os advogados buscam reforçar a autoridade de suas alegações jurídicas e minar a autoridade jurídica das alegações de seus oponentes e críticos. Advogados usam a história tanto como precedente positivo quanto como precedente negativo. Usar a história como um precedente positivo é um uso *obediente* da história: devemos fazer isso no presente porque eles fizeram algo semelhante (de forma relevante) no passado.

Usar a história como precedente negativo é um uso *crítico* da história: não devemos fazer isso no presente porque eles fizeram no passado⁴, p. 25. Os argumentos jurídicos muitas vezes combinam perfeitamente os dois tipos de movimentos. Por exemplo, um advogado

⁴ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

pode argumentar que, ao interpretar os poderes do Presidente hoje, devemos seguir o que George Washington fez, mas não o que o Rei George III fez.

Como os advogados tentam promover as suas reivindicações de autoridade jurídica e minar as reivindicações de seus oponentes, eles geralmente buscam simultaneamente construir e desconstruir a autoridade jurídica. Eles usam a história de forma *construtiva* para mostrar que a história oferece lições claras que apoiam suas reivindicações de autoridade ou prejudicam as reivindicações de seus oponentes. Os advogados usam a história de forma *desconstrutiva* para argumentar que as lições da história não são relevantes para o presente, ou são confusas, obscuras e incertas e, portanto, a história não pode apoiar adequadamente as alegações jurídicas - especialmente as feitas por seus oponentes. Mais uma vez, os advogados muitas vezes passam de uma abordagem para a outra sem problemas, pois buscam reforçar as suas próprias posições e responder aos seus críticos.

Quando os historiadores participam de debates com advogados, eles devem entender que o que interessa aos advogados não é a história por si só, mas a história que apoia ou enfraquece as reivindicações de autoridade jurídica. Os historiadores costumam trabalhar com advogados e estes costumam se basear no trabalho dos historiadores para oferecer novas formas de produzir e reivindicar autoridade. Porém, em sua eterna busca por autoridade jurídica, os advogados são tentados a distorcer ou simplificar demais as explicações históricas e a afirmar que o passado oferece lições claras que os advogados podem citar e os juízes podem inserir em suas decisões. Portanto, um dos trabalhos mais importantes que os historiadores podem desempenhar na argumentação jurídica é o de desconstrução: expor anacronismos, combater a simplificação de narrativas e mostrar a riqueza e complexidade do passado. Os advogados geralmente aceitam de bom grado as habilidades desconstrutivas dos historiadores – especialmente quando são dirigidas contra as reivindicações de autoridade dos oponentes –, mas se ressentem em igual medida quando são dirigidas ao seu próprio trabalho.

Baseado no que acabei de expor, você deve ter concluído que o uso da história pelos advogados é totalmente retórico. E você estaria certo. Mas não estou usando o termo “retórico” de forma pejorativa, como muitas pessoas fazem. Tampouco estou me referindo a questões de estilo, apelos à emoção ou atos de manipulação. Em vez disso, uso a definição de Aristóteles: retórica é a arte de descobrir e desenvolver argumentos para persuadir outras pessoas sobre assuntos que não podem ser afirmados com certeza⁵, p. 37. O “reino da retórica”, como disse o filósofo Chaim Perelman, é o reino da deliberação prática sobre as coisas que importam para as pessoas⁶, p. 155 e 162. E o Direito é um lugar característico e central para a retórica nesse sentido não pejorativo.

2 HISTÓRIA E A ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Atualmente, muitas pessoas, incluindo políticos, cidadãos comuns, e até mesmo historiadores de vez em quando, empregam a história retoricamente para criar argumentos sobre o melhor caminho a seguir no presente, sobre quais são e quais deveriam ser os valores da

⁵ ARISTOTLE. *On rhetoric: a theory of civic discourse*. George A. Kennedy translation. 2nd. New York: Oxford University Press, 2007.

⁶ PERELMAN, Chaim. *The Realm of Rhetoric*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1982.

nação. Mas quando os advogados usam a história retoricamente, eles o fazem por meio de argumentos jurídicos.

Isso nos leva ao meu segundo ponto. Para entender o que os advogados querem da história e como eles a utilizam, não basta descrever o que os advogados fazem como uma forma de retórica. É preciso entender a natureza do argumento jurídico.

Quando os advogados argumentam sobre a interpretação da Constituição dos EUA, eles empregam uma série de formas padronizadas de argumentação, geralmente chamadas de “modalidades”, termo cunhado por Philip Bobbitt, que sugeriu uma famosa lista.⁷ Essas formas padrão de argumentação são o que Aristóteles teria chamado de tópicos especiais ou *topoi* da argumentação jurídica. Elas representam convenções ou regras de ouro amplamente aceitas sobre como interpretar a Constituição. Os exemplos são argumentos relacionados ao texto, propósito, estrutura, precedente e às consequências. Dependendo de como você conta, há onze desses *topoi* básicos no direito constitucional norte-americano: argumentos referentes ao (1) texto, (2) propósito, (3) estrutura, (4) consequências, (5) precedente, (6) convenção, (7) costume, (8) Direito natural e direitos naturais, (9) *ethos* nacional, (10) tradição e (11) autoridade reverenciada⁸, p. 18-20.

Bobbitt postulou que havia uma única modalidade histórica, que ele identificou com a intenção original⁹, p. 13. Mas isso é incorreto. Nem todos os usos da história no direito constitucional dizem respeito à história da promulgação da Constituição e de suas emendas – a maioria não diz respeito a isso. E mesmo que nos limitemos aos argumentos da história da promulgação, nem todos eles são argumentos sobre intenções originais.

Na verdade, não existe uma forma única de argumento histórico. Em vez disso, há onze modalidades diferentes de argumentos e pode-se invocar ou usar a história em cada um desses tipos diferentes¹⁰, p. 20-21. Assim, pode-se usar a história para explicar o significado do texto, os propósitos dos autores ou constituintes, a estrutura da Constituição, as consequências de uma determinada decisão e assim por diante.

Cada modalidade de argumento oferece uma maneira diferente de reivindicar autoridade para uma interpretação jurídica proposta. Cada modalidade oferece uma razão que explica por que uma interpretação proposta é a melhor. Possivelmente, as modalidades também ajudam os advogados a explicarem por que uma interpretação proposta é uma interpretação *da Constituição*, e não simplesmente uma boa ideia. Dessa forma, as modalidades dão uma estrutura retórica ao raciocínio jurídico; elas moldam o discurso jurídico e estruturam a forma como os advogados pensam – inclusive sobre o passado.

Por que isso é importante? Isso significa que os advogados não simplesmente invocam a história em seus argumentos. Em vez disso, os advogados canalizam a história por meio das formas padronizadas de argumentos. As modalidades moldam a forma como os advogados

⁷ See BOBBITT, Philip. *Constitutional Interpretation*. Wiley–Blackwell, 1991; BOBBITT, Philip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. New York/Oxford, 1982.

⁸ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

⁹ BOBBITT, Philip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. New York/Oxford, 1982, p. 9; BOBBITT, Philip. *Constitutional Interpretation*. Wiley–Blackwell, 1991.

¹⁰ BOBBITT, Philip. *Constitutional Interpretation*. Wiley–Blackwell, 1991.

veem a história, o que eles procuram, o que eles enfatizam e deixam de enfatizar e, em geral, como eles a utilizam.

As modalidades de argumentos jurídicos tornam a história relevante para o direito. É assim que a história sustenta os argumentos jurídicos. Mas, ao mesmo tempo, essas formas de justificação jurídica impõem um filtro à história. O que os advogados veem e não veem, o que eles enfatizam e não enfatizam no passado depende da modalidade de justificação que estão usando. Essa é a interdependência da história e da justificação.

Quando os historiadores participam de uma argumentação jurídica, eles devem ter em mente essas características do raciocínio jurídico. As explicações históricas serão persuasivas para advogados e juízes somente na medida em que se enquadrarem em uma ou mais modalidades de argumentação jurídica, porque as modalidades representam a porta de entrada para a criação de autoridade jurídica. As evidências históricas que parecem irrelevantes para esses métodos de justificação provavelmente serão ignoradas. Embora essa seletividade possa ser frustrante para os historiadores, ela decorre diretamente do modo peculiar como os advogados se interessam pela história.

Portanto, ao trabalhar e argumentar com advogados e juízes, os historiadores devem avaliar como traduzir da melhor forma as suas pesquisas para as modalidades de justificação jurídica. Eles devem explicar de forma criativa porque a história dos historiadores é relevante para as formas de justificação que os advogados utilizam. Felizmente, os historiadores são ensinados a olhar para as coisas a partir da perspectiva de pessoas que pensavam de forma muito diferente da nossa hoje. Para participar efetivamente da argumentação jurídica, os historiadores devem usar as mesmas habilidades de empatia intelectual.

Muitos debates sobre o uso da história no direito constitucional dizem respeito ao originalismo. Para entender as questões, é preciso distinguir *argumentos* originalistas, ou seja, argumentos relacionados à história da criação da constituição, e o originalismo como um “ismo” – uma teoria abrangente de interpretação¹¹, p. 22.

Argumentos originalistas são argumentos jurídicos que usam a história da fundação constitucional para reivindicar autoridade jurídica. Podemos citar alguns exemplos, como os argumentos da intenção original, o significado original do texto ou o entendimento original da estrutura constitucional. Esses argumentos canalizam a história por meio dos argumentos referentes ao propósito, texto, estrutura e assim por diante.

Assim, os argumentos originalistas são apenas casos especiais de argumentos históricos em geral. De fato, não há nada de especial nos argumentos originalistas. Todos, sejam originalistas ou não, formulam esse tipo de argumento, e o fazem desde o início da República.

Uma característica interessante dos argumentos originalistas no direito constitucional norte-americano é que eles geralmente são híbridos. Quer se trate de texto, propósito, estrutura ou qualquer outra coisa, eles também apelam para três outras formas padronizadas de argumentos: *ethos* nacional, tradição política e autoridade reverenciada. É por isso que, na prática, os argumentos originalistas geralmente estão ligados a apelos à tradição.

A filosofia do *originalismo* é mais do que a prática de apresentar argumentos originalistas. É uma teoria geral de interpretação (na verdade, uma família de teorias relacionadas) que

¹¹ Bobbitt argumentou que essas teorias abrangentes são ideologias. Ver BOBBITT, Philip. *Constitutional Interpretation*. Wiley–Blackwell, 1991.

surgiu durante o século XX, mais ou menos na mesma época da ideia do *constitucionalismo vivo* [“living constitutionalism”]. As duas abordagens do originalismo e do constitucionalismo vivo são gêmeos separados no nascimento. São duas respostas iguais e opostas à modernidade constitucional – o reconhecimento de que os Estados Unidos se tornaram muito diferentes do país que eram no momento de sua fundação¹², p. 60 e 67.

Para a maioria de seus adeptos, o originalismo é uma teoria exclusivista de interpretação. Ele argumenta que a única maneira de cumprir a Constituição é descobrir e ser fiel a algo fixado no momento da fundação constitucional e aplicá-lo ao presente. Esse algo pode ser a intenção original dos constituintes, o entendimento original dos ratificadores, o significado original para o público ou o sentido jurídico original para advogados bem treinados que viviam à época da promulgação da Constituição.

O originalismo foi adotado inicialmente pelos liberais do *New Deal*, como o juiz Hugo Black. Com o tempo, tornou-se a linguagem comum do movimento conservador moderno e, por isso, hoje é geralmente associado à política e ao movimento conservador. Há também alguns originalistas liberais, como eu, que têm abordagens distintas¹³. Entretanto, a maioria dos juízes e *justices* da Suprema Corte que são originalistas são *originalistas conservadores* que fazem parte do movimento jurídico conservador moderno. Esse movimento começou na segunda metade do século XX e continua até os dias atuais.

As versões conservadoras modernas do originalismo exercem praticamente a mesma função que o constitucionalismo vivo exerce para os liberais – tais versões oferecem uma maneira de adaptar uma constituição antiga a um mundo em constante mudança¹⁴, p. 545. Apesar de suas dificuldades teóricas, o originalismo conservador foi bem-sucedido politicamente porque permitiu que os conservadores expressassem seus valores contemporâneos (e em mudança) em nome do Direito e da Constituição¹⁵, p. 174.

A diferença entre os originalistas conservadores e os não originalistas não é o fato de o primeiro grupo apresentar argumentos originalistas e o segundo não. Na realidade, a distinção reside no fato dos originalistas argumentarem que a consistência com a análise originalista é a maneira correta de ser fiel à Constituição.

No entanto, na prática, a maioria dos advogados e juízes – inclusive a maioria daqueles que se autodenominam originalistas – são originalistas de cafeteria¹⁶. Com “originalismo de cafeteria”, quero destacar o fato de que os juristas selecionam e escolhem quando apresentar argumentos originalistas e quando não. Se o originalismo fosse realmente o único método

¹² BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

¹³ BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2011. Embora eu concorde com os (a maioria) *conservative originalists* quanto ao argumento de que o significado original é vinculativo para as gerações posteriores, eu argumento que a forma relevante do significado original é muito escassa e não é suficiente para resolver as questões constitucionais mais controversas. Por isso, para decidir estas questões, geralmente devemos nos envolver na construção constitucional, oferecendo argumentos que utilizam das várias modalidades.

¹⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, 2006.

¹⁵ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

¹⁶ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024, p. 70-73, p. 115, p. 160-63; BALKIN, Jack M. We Are All Cafeteria Originalists Now (and We Always Have Been). *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 33, issue 2, 2024.

válido de interpretação, então os advogados só ofereceriam argumentos originalistas e os juízes sempre os exigiriam e os empregariam ao redigir as suas decisões e votos. Mas não é isso que acontece no direito constitucional norte-americano. Juízes originalistas conservadores geralmente redigem decisões e votos que têm pouco ou nada a ver com uma investigação imparcial das fontes originalistas. Isso é especialmente verdadeiro quando os materiais originalistas se mostram inconsistentes com os valores contemporâneos dos conservadores americanos. No entanto, embora os juízes originalistas se envolvam em muitas decisões não originalistas, eles estão sempre apontando o dedo para os não originalistas e reclamando que os não originalistas não estão sendo fiéis à Constituição.

Na cultura jurídica americana, todo mundo é um originalista de cafeteria porque o objetivo da argumentação jurídica é resolver controvérsias atuais de forma que façam sentido para as pessoas que vivem no presente. Os argumentos originalistas tendem a ser persuasivos quando as pessoas se identificam com os valores dos fundadores, criadores ou constituintes, pelo menos da forma como eles os entendem ou reinterpretam¹⁷, p. 12, p. 71, p. 153-54, p. 162-163. Ou seja, os argumentos originalistas são persuasivos quando as pessoas podem entender os valores dos criadores como seus valores ou descrevê-los em um nível suficiente de generalidade para que as pessoas possam considerá-los como seus próprios valores. Mas quando os valores dos criadores parecem muito estranhos, irrelevantes ou embaraçosos, as pessoas geralmente não apresentam argumentos originalistas e simplesmente os ignoram. Como pessoas diferentes têm valores diferentes, elas nem sempre concordam quando devem apresentar argumentos originalistas e quando devem ignorá-los. Pelo mesmo motivo, quando as pessoas apresentam argumentos originalistas, elas geralmente descrevem a história da elaboração da constituição de maneiras contrastantes e em diferentes graus de abstração para que ela seja coerente com seus valores.

No âmbito acadêmico, os originalistas, que buscam ser teoricamente consistentes, muitas vezes se decepcionam com os juízes originalistas porque estes não parecem estar praticando o originalismo de forma correta ou consistente. Na verdade, as teorias acadêmicas originalistas muitas vezes não combinam com a forma como os advogados e juízes apresentam argumentos originalistas na prática, pois, como já mencionei anteriormente, esses argumentos são, na verdade, apelos ao *ethos*, à tradição e à autoridade reverenciada. Por isso, a recente fusão de originalismo e tradicionalismo da maioria conservadora da Suprema Corte é simplesmente uma versão mais explícita de um fenômeno que existe há muito tempo.

3 JURISTAS COMO EMPREENDEDORES DA MEMÓRIA

Meu terceiro ponto sobre os juristas diz respeito à memória. Advogados e juízes usam e constroem a memória para justificar seus argumentos. A memória coletiva é o que um grupo lembra sobre seu passado. A memória constitucional é a construção e o uso da memória coletiva para apoiar reivindicações constitucionais e estabelecer autoridade e legitimidade¹⁸.

¹⁷ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

¹⁸ SIEGEL, Reva B. The Politics of Constitutional Memory. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 20, 2022. [SIEGEL, Reva B. A política da memória constitucional. Tradução de Raphael Peixoto de P. Marques e Micael Costa. *Revista Jurídica da Ufersa*, v. 7, n. 13, 2023].

Os advogados e juízes se envolvem na construção da memória porque querem que as pessoas se lembrem do passado de determinada maneira, mas não de outra. Advogados e juízes são empreendedores da memória,^{19, p. 33–34} e as decisões judiciais tanto ampliam quanto dependem dos significados da memória constitucional.

Os historiadores também podem ser empreendedores da memória, mas seus objetivos não são os mesmos dos juristas. Na maioria dos casos, os historiadores querem que nos lembremos do passado de forma diferente, porque isso alargará nossa compreensão do mundo. Os advogados querem que nos lembremos do passado de forma diferente porque isso ajudará a reforçar as suas alegações sobre a interpretação constitucional. Os advogados estão interessados na memória pelo mesmo motivo que estão interessados na história: para obter e estabelecer autoridade jurídica.

Quando as pessoas discutem sobre o que devem fazer no futuro, geralmente discutem sobre o que aconteceu no passado. A memória tem poder normativo porque molda a maneira como as pessoas entendem o presente, o significado das coisas e como elas se tornaram o que são^{20, p. 182}. O que é apagado da memória coletiva é tão importante quanto o que é lembrado e colocado em primeiro plano. Isso se deve ao fato de que o que é apagado da memória não pode fazer reivindicações morais sobre nós. Para obter legitimidade e autoridade, portanto, é importante moldar e controlar a memória^{21, p. 185}. Por isso, os conflitos jurídicos também são, muitas vezes, conflitos sobre a memória do passado, e as disputas jurídicas são uma ocasião frequente de lutas sobre a memória. Os advogados que atuam como empreendedores da memória tentam fazer com que as pessoas se lembrem das coisas de forma diferente para moldar suas crenças sobre o que é justo e injusto.

“Disputas sobre a memória constitucional são disputas sobre quais vozes, quais experiências e qual história devem ser consideradas na forma como interpretamos e construímos a Constituição”^{22, p. 195}. E “toda perspectiva sobre a interpretação constitucional também é, implicitamente, uma representação da memória constitucional”^{23, p. 196}. Argumentos da doutrina constitucional, do significado original e da tradição, todos se envolvem em lembrança e esquecimento seletivo de diferentes maneiras.

Por si só, isso não é um problema; a memória é sempre seletiva. Mas o apagamento da memória na argumentação constitucional pode se tornar especialmente problemático quando o apagamento cria a “falsa aparência (...) de um consenso de valores” ou “de consentimento com arranjos sociais e políticos existentes” que podem ser injustos^{24, p. 196}.

¹⁹ O termo foi retirado de Elizabeth Jelin. Ver JELIN, Elizabeth. *State Repression and the Labors of Memory*. University of Minnesota Press, 2002 (definindo empreendedores da memória como aqueles que “se expressam e procuram definir o campo” de luta sobre a memória).

²⁰ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²¹ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²² BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²³ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²⁴ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

Os argumentos baseados na tradição, que se tornaram um elemento básico da Corte Roberts, são um bom exemplo. Os advogados usam a memória para construir a tradição. Eles geralmente preferem uma tradição que pareça unitária em vez de uma que seja mais complicada ou dialética. Como as alegações de tradição oferecem uma história oficial do passado, os argumentos da tradição podem “suprimir a história da resistência e das práticas de não conformidade de pessoas e comunidades com menos prestígio, autoridade e status”²⁵, p. 201-202. Como os juízes podem contar muitas histórias diferentes sobre o passado, é provável que contem uma história sobre a nação e suas tradições que esteja de acordo com seus valores políticos atuais. Os juízes podem, então, construir uma tradição que os ordene fazer o que eles já queriam fazer.

A maioria dos juízes não são historiadores profissionais. Portanto, eles dependem de outras pessoas para fazer a pesquisa histórica. O *justice* Clarence Thomas argumentou que isso não seria um problema porque “em nosso sistema adversarial de julgamento, é adotado o princípio da apresentação das partes (...) Os tribunais têm, portanto, a prerrogativa de decidir um caso com base nas informações históricas fornecidas pelas partes”²⁶, p. 208. Mas quando os juízes confiam nas partes e nos *amici* para fornecerem as informações históricas, eles podem selecionar e escolher entre explicações históricas concorrentes, apoiando-se nas partes em quem confiam.²⁷ Dessa forma, os juízes se tornam construtores ativos da memória constitucional, que, por sua vez, usam para reforçar sua autoridade.

Os historiadores podem desempenhar um papel importante ao desconstruir as reivindicações de memória e autoridade dos advogados, em mostrar que as tradições não são unitárias, mas contestadas, que as práticas do passado são complexas e não uniformes, e que os atos praticados pelas pessoas no passado têm significados e implicações diferentes do que os advogados e juízes imaginam²⁸, p. 173-174, p. 238. Contestar a memória constitucional é uma tarefa importante. A maneira como nos lembramos do passado molda como viveremos no presente.

Este ensaio argumentou que os advogados refazem a história à imagem do Direito e para seus propósitos. Eles canalizam o passado por meio de formas padronizadas de argumentação e constroem a memória para persuadir seus públicos. Os advogados moldam a história para que possam usá-la em sua busca por autoridade²⁹, p. 242. Para entender os usos jurídicos da história, é preciso ter clareza sobre o que os advogados querem com ela. Suas práticas seguem seus desejos.

Os historiadores que desejam se envolver com sucesso com os advogados devem considerar como a história aparece aos olhos do Direito – como o conhecimento histórico é canalizado por meio das modalidades padronizadas de argumentação jurídica. Eles devem prestar atenção em como os advogados e juízes atuam como empreendedores da memória. Acima de tudo, os historiadores devem aprender como aproveitar de seu poder desconstrutivo – sua

²⁵ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²⁶ New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen, 597 U.S. 1, 25 n.6, 2022.

²⁷ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²⁸ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²⁹ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024 (“Todas as teorias jurídicas moldam o passado; elas simplesmente fazem isso de diferentes maneiras e buscando objetivos diversos”).

capacidade de oferecer complexidades, contranarrativas e contra-sentidos que possam contestar as reivindicações de autoridade jurídica.

Seja para o bem ou para o mal, grande parte da argumentação jurídica é um raciocínio motivado. Ela é moldada pelos desejos dos advogados de ganhar casos, apoiar clientes e causas, estabelecer novos princípios jurídicos e defender agendas políticas. A identidade profissional dos juízes exige que eles sejam imparciais – ou pelo menos que se considerem assim. Porém, até mesmo os juízes são profundamente moldados por motivações conscientes ou inconscientes para obter resultados jurídicos que sejam justos a seu ver e para levar o Direito em direção desejada por eles.

Portanto, por mais robustas e poderosas que sejam as evidências históricas reunidas pelos historiadores, é sempre possível que os juízes as distorçam ou as ignorem. Eles citarão os *amici* em quem confiam e os resumos que lhes contam as histórias que querem ouvir. Por que, então, os historiadores deveriam se esforçar? Há dois motivos.

Primeiro, o Direito envolve muitos tomadores de decisão, não apenas um. Mesmo que alguns advogados e juízes não se comovam com as melhores evidências históricas, outros podem ser persuadidos. Os historiadores podem ajudar esses últimos, mesmo que os primeiros não queiram sua ajuda.

Em segundo lugar, os historiadores escrevem para o futuro, não apenas para o presente. Entender isso é tão valioso no Direito quanto na educação. O valor das contribuições dos historiadores para o Direito não se limita ao fato de sua perspectiva ter prevalecido em um litígio atual. O Direito – e seu sentido – não é estabelecido de uma vez por todas; ele muda ao longo do tempo. Os votos vencidos de hoje podem se tornar os votos vencedores de amanhã. Quando esse dia chegar, é importante que alguém já tenha feito o trabalho histórico e o tenha apresentado de forma que futuros advogados e juízes possam entender e utilizar. O Direito precisa do trabalho dos historiadores, mesmo que o Direito ainda não tenha se dado conta disso.

REFERÊNCIAS

ARISTOTLE. *On rhetoric: a theory of civic discourse*. George A. Kennedy translation. 2nd. New York: Oxford University Press, 2007.

BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

BALKIN, Jack M. We Are All Cafeteria Originalists Now (and We Always Have Been). *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 33, issue 2, 2024.

BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2011.

BOBBITT, Philip. *Constitutional Interpretation*. Wiley–Blackwell, 1991.

BOBBITT, Philip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. New York/Oxford, 1982.

JELIN, Elizabeth. *State Repression and the Labors of Memory*. University of Minnesota Press, 2002.

New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen, 597 U.S. 1, 25 n.6, 2022.



PERELMAN, Chaim. *The Realm of Rhetoric*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1982.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 545, 2006.

SIEGEL, Reva B. The Politics of Constitutional Memory. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 20, 2022. [SIEGEL, Reva B. A política da memória constitucional. Tradução de Raphael Peixoto de P. Marques e Micael Costa. *Revista Jurídica da Ufersa*, v. 7, n. 13, 2023].