

ORIGINALISMO E NÃO ORIGINALISMO E O DEBATE CONSTITUCIONAL NORTE- AMERICANO

ORIGINALISM AND NON-ORIGINALISM AND THE NORTH AMERICAN CONSTITUTIONAL
DEBATE

ORIGINALISMO Y NO ORIGINALISMO Y EL DEBATE CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO

Alexandre Garrido da Silva¹

Roberto Bueno²

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Resumo: Constituições, nas democracias, são caracterizadas pela abertura e pela generalidade textual. O Poder Constituinte Originário não é capaz de prever todas as minúcias ocorrentes na sociedade. Por isso cabe ao Poder judiciário a aplicação das normas diante do caso concreto. Essa arquitetura revela um problema: como o juiz deve interpretar as normas da Constituição? Recorrer à tentativa de resgatar a intenção dos legisladores originários ou considerar os valores e as compreensões atuais? Esse é o debate que gravita ao redor da disputa entre originalismo e não originalismo. O texto propõe fomentar o debate proposto por estas tradições, especialmente o problema da incompletude das Constituições e as vias de resposta judicial aos problemas concretos. Destacam-se também os limites da liberdade de criação judicial e as restrições em sua tarefa de aplicação do direito em um Estado democrático de direito. Os referenciais teóricos mobilizados à análise foram os de John Hart Ely e Antonin Scalia.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Originalismo; Não originalismo; John Hart Ely; Antonin Scalia.

1 Professor adjunto IV de Fundamentos do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutor e Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Pós-Doutor em Direito pela UERJ. Coordenador do grupo de pesquisa “Poder Judiciário e Teorias Contemporâneas do Direito” (CNPq). (garridosilva@ig.com.br).

2 Professor adjunto IV de Fundamentos do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutor em Filosofia do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Ceará. Pós-Doutor em Direito pelo Univem. Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB). (rbueno_@hotmail.com).

Abstract: The Constitutions of democracies are characterized by openness and textual generality. The Constituent Power is not able to predict all the minutiae that occur in society. This context reveals a problem: how should the judge interpret the norms of the Constitution? Should he/she resort to attempting to rescue the intent of the legislators at origin, or should he/she take into consideration current values? This is the debate that revolves around the dispute between originalism and non-originalism. The text proposes to encourage the debate proposed by these traditions, especially the problem of the incompleteness of the Constitutions and the forms of judicial response to concrete problems. We also emphasize the limits of the freedom of judicial creation and the restrictions in its task of applying the law in a democratic State of Law. The theoretical references mobilized for analysis were those of John Hart Ely and Antonin Scalia.

Keywords: Constitutional Law; Originalism; Textualism; John Hart Ely; Antonin Scalia.

Resumen: Constituciones, en las democracias, son caracterizadas por la apertura y por la generalidad textual. El Poder Constituyente Originario no es capaz de prever todas las minucias ocurrentes en la sociedad. Por eso, cabe al Poder Judicial la aplicación de las normas delante del caso concreto. Esa arquitectura revela un problema: ¿cómo el juez debe interpretar las normas de la Constitución? ¿Recorrer al intento de rescatar la intención de los legisladores originarios o considerar los valores y las comprensiones actuales? Este es el debate que gravita alrededor de la disputa entre originalismo y no originalismo. El texto propone fomentar el debate propuesto por estas tradiciones, especialmente el problema incompleto de las Constituciones y las vías de respuesta judicial a los problemas concretos. Se destacan también los límites de la libertad de creación judicial y las restricciones en su tarea de aplicación del derecho en un Estado democrático del derecho. Los referenciales teóricos movidos al análisis fueron los de John Hart Ely y Antonin Scalia.

Palabras clave: Derecho Constitucional; Originalismo; No originalismo; John Hart Ely; Antonin Scalia.

INTRODUÇÃO

Por mais que as Constituições possam ser detalhadas, a linguagem normativa nunca esgotará as infinitas possibilidades que possam aparecer nos casos concretos. O legislador não é capaz de prever todas as hipóteses de incidência de uma norma jurídica, por isso traça grandes linhas que no plano prático podem ser mais bem estabelecidas por intermédio dos princípios e por meio da aplicação pelo Poder Judiciário. Esta não é uma sugestão inovadora, mas retoma uma abordagem já presente em *McCulloch v. Maryland* (1819)³. A limitação reconhecida nesse caso também é ressaltada na Constituição brasileira quando, por exemplo, no art. 5º, estabelece um amplo elenco de direitos fundamentais

3 UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *McCulloch v. Maryland*, 1819. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>>. Acesso em: 3 de agosto de 2015.

e, ao mesmo tempo, não os enumera exaustivamente, conforme o disposto em seu parágrafo segundo, relegando tal tarefa ao momento da aplicação do direito quando a hermenêutica constitucional é realizada.

Nesse sentido, aparece um grande problema para o equilíbrio dos poderes em uma democracia: como e sob quais bases o Judiciário, cujos membros não são eleitos, devem interpretar o texto constitucional? Devem aplicar as normas com fundamento nos valores correntes da sociedade na qual estão inseridos ou devem se esforçar para encontrar as respostas nas intenções dos Legisladores ou no significado ordinário das palavras no momento em que a Constituição foi promulgada? A Constituição deve ser interpretada como um “documento vivo”, passível de atualizações judiciais de sentido atentas à realidade social ou se deve buscar, assim como em um esforço de pesquisa arqueológica, o significado original de seus vocábulos, a intenção subjetiva ou os fins pretendidos por seus autores? Em síntese, essa é a disputa travada entre originalismo e não originalismo.

O originalismo e o não originalismo ou interpretativismo e não interpretativismo são tradições da hermenêutica jurídica norte-americana que buscam responder qual a forma mais adequada de se interpretar o texto constitucional diante do caso concreto. Essa análise tem forte referência teórica nos trabalhos de John Hart Ely e Antonin Scalia. Por isso, esse artigo tem o objetivo de retomar este debate em termos críticos, a partir do diálogo com o pensamento desses autores.

A divergência central de ambos os ramos teórico-hermenêuticos do constitucionalismo, originalismo e não originalismo reside no fato de que o primeiro deles procura encontrar o sentido da Constituição a partir de uma leitura que se entrega à busca do sentido original da Constituição. Quando esse, por qualquer razão, não esteja explícito, caberá aos originalistas buscá-lo em todo o repertório gravado nos textos da história da elaboração da Constituição. Por outro, a tradição não originalista também assumida por Lief Carter⁴ propõe que a interpretação da Constituição requer uma tarefa mais ampla por parte dos tribunais e nisto, certamente, se desenha um horizonte de incertezas. Essa tarefa deve transcender o conjunto de referenciais normativos escritos nos textos legais. A sua recomendação é de que a solução adequada para a complexidade

4 Ver CARTER, Lief H. *Contemporary constitutional lawmaking*. Washington: Pergamon Press PLC, 1985, cap. III.

dos fatos não cabe dentro dos limites dos textos legais, pois neles há natural indeterminação linguística. Portanto, a atualização de seu conteúdo em face do caso concreto demanda uma solução a ser construída pelo Poder Judiciário por intermédio de abordagens metodológicas e posturas epistemológicas frequentemente rotuladas como ativistas.

A proposição deste artigo em diálogo com a realidade constitucional permite colocar em perspectiva uma série de reflexões que hodiernamente e realiza sobre a hermenêutica jurídica colocada em prática nos tribunais. Neste debate, verificou-se uma tensão entre perspectivas que ora defendem uma maior objetividade – ou objetividade possível –, procurando restringir a discricionariedade judicial com balizas hermenêuticas definidas pelo texto, pela história e pelo sistema normativo, ora reconhecem – e denunciam – a inafastável subjetividade que reside no espaço de liberdade conferido ao intérprete no momento de aplicação e concretização do Direito. Há uma aparentemente inesgotável tarefa de abordar a tarefa da liberdade criativa do juiz e a restrição absoluta em sua tarefa de aplicação do direito, e isto ocorre sob a luz de fundo de uma tentativa também inabordável de estabelecer critérios fixos para julgar casos que guardem similaridades. Em que pese a nobreza da finalidade, a melhor opção quem oferece é mesmo a natureza do objeto que não permite aos homens cumprir este seu objetivo de absoluta segurança, hermetismo que, por certo, comprometeria as liberdades.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: ORIGINALISMO E NÃO ORIGINALISMO

A tradição originalista foi triunfante nos Estados Unidos da América durante aproximados cem anos a partir da vigência da Constituição. O impacto do trabalho dos *Founding Fathers* encontra-se no centro dos debates políticos e jurídicos até os dias de hoje. Expoente do originalismo, a obra de Robert H. Bork defende a tese de que os juízes devem manter-se distantes de realizar atualizações hermenêuticas do texto constitucional, permanecendo fiéis à linha traçada pelos constituintes fundadores⁵. Antonin Scalia aparece como autor que corrobora dessas ideias teóricas. Para ele, o originalismo está ancorado na pura determinação da vontade democrática expressa pelo legislador, ou seja, à

5 Ver BORK, Robert H. *The Tempting of America*. New York: Touchstone, 1998.

intenção original dos constituintes e que, segundo esta tradição, apresenta-se como o “[...] criterio fundamental y más legítimo para interpretar las cláusulas constitucionales”⁶. Nessa tela, o juiz Scalia⁷ afirma que o Direito se bem que seja tornado efetivo pelo juiz e especialmente adaptado ao colorido dos casos particulares, exigindo distinções, ao legislador, por sua vez, é dada a competência para definir as leis que acobertam as situações gerais.

A partir disso, o sistema jurídico norte-americano tem se visto em meio ao debate sobre como interpretar o significado dos textos positivados na Constituição. O Poder Judiciário e, em especial, a Suprema Corte, ocupa papel especial na atividade de busca do sentido da Constituição, na medida em que tutelou valores democraticamente positivados nela. Assim, segundo Whittington, as atividades da Suprema Corte são cruciais para entender as demandas constitucionais e aquilo de que o texto se ocupa. Nesse aspecto, embora a Constituição não seja o que a Corte diz que ela é, complementa o autor, o Poder Judiciário permanece sendo importante ponto de acesso ao texto⁸.

O não originalismo, em polo completamente inverso, propõe uma interpretação Constitucional que supere o que está escrito textualmente, o que exigiria do intérprete uma produção criativa do direito, a partir de princípios teleológicos implícitos e compartilhados pela comunidade jurídica. Desse modo, o debate entre estas duas tradições, que compõem o núcleo temático da obra de Ely gira em torno da questão dos diferentes métodos interpretativos que ambas lançarão mão, no intuito de declarar, construir ou atualizar o sentido da Constituição norte-americana. Ely investiga e tematiza os fundamentos

6 A respeito desta leitura, Deltoro cita o trecho em que o juiz Taney afirmava em *Marbury v. Madison* que: No es la competencia de este tribunal decidir sobre la justicia o injusticia, corrección o incorrección política de estas leyes. La decisión sobre esa cuestión perteneció al poder político o legislativo, a aquellos que formaron la soberanía y establecieron la Constitución. El deber de este tribunal es interpretar el instrumento que elaboraron con la mejor luz que podamos obtener sobre la materia, y administrarlo como lo encontramos, de acuerdo con su verdadera pretensión y significado cuando fue adoptado... La Constitución no sólo habla con las mismas palabras, sino también con el mismo significado y propósito con el que habló cuando salió de las manos de sus redactores, y fue votado y adoptado por el pueblo de los Estados Unidos. Cualquier otra regla de interpretación abrogaría el carácter judicial de este tribunal convirtiéndolo en el mero reflejo de la opinión popular o pasión del día (Apud DELTORO, Pablo de Lora. **La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Boletín Oficial del Estado, 1998, p. 29). Uma análise originalista da posição sustentada pelo Chief Justice Taney no caso *Dred Scott* é examinada por Bork. Ver BORK, Robert H. **The Tempting of America**, p. 28-34.

7 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998, p. 11.

8 WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review**. Lawrence, Kansas: University of Kansas Press, 1999, p. 1.

e as repercussões democráticas que as metodologias, textualistas e livre-interpretacionistas, projetam na sociedade de modo a concluir sobre o impacto do papel do Judiciário⁹. Do ponto de vista da jurisprudência, outro caso que resume o embate colocado é *Muskrat v. United States*:

[...] Concluindo, [...] o chefe da justiça disse, depois de tratar dos poderes dos diferentes ramos do governo, e enfatizando a independência do poder judicial estabelecido em nossa Constituição: 'Estes princípios cardeais do governo livre não só havia sido estabelecido há muito tempo na Inglaterra, mas também nos Estados Unidos desde a época de sua primeira colonização, e orientou o povo americano na elaboração e adoção da presente Constituição. E é dever deste tribunal mantê-lo inalterado até onde possa ter o poder. E enquanto executa com firmeza todos os poderes judiciários a ela confiados, o tribunal vai abster-se cuidadosamente de exercer qualquer poder que não seja estritamente judicial em seu caráter, e que não lhe seja claramente reconhecido pela Constituição'¹⁰.

Uma leitura do tema, a partir da ótica da Corte, permite entender que o exercício do poder de *Judicial Review* não colide, mas, antes, reforça o conceito de democracia norte-americana. Como se comportaria o textualista típico perante uma argumentação como esta posta em *Muskrat*? A este respeito, Ely sugere que se haverá de recorrer aos "[...] valores de la Constitución con lo cual, dado que la Constitución misma fue sometida a ratificación popular y la obtuvo, estos valores proceden [...] del pueblo"¹¹. Inversamente, diz Espinosa em sua leitura da obra de Ely, que o órgão jurisdicional constitucional não deve aplicar métodos que visem desentranhar os significados texto constitucional. Ao fazer isso, um juiz, mesmo que seja conservador, pode se comportar como um ativista e intervir de maneira ilegítima na democracia¹².

O originalista típico irá legitimar sua interpretação judicial com base no argumento de que são porta-vozes do querer democrático expressado pelo povo e positivado por meio de seus representantes no texto constitucional. Para ele, aplicar a letra da lei constitucional é simplesmente retomar o melhor argumento

9 ELY, John. **Democracia y desconfianza**. Santa Fé de Bogotá: Universidade de los Andes, 1997, p. 92-93.

10 UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Muskrat v. United States**, 1911. Disponível em: <http://supreme.vlex.com/vid/muskrat-v-united-states-20027430?ix=resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=418&query%5Bfrase%5D=musktrat+v.+united+states&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28musktrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29+OR+titulo%3A%28musktrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score%3E>. Acesso em: 26 de setembro de 2009.

11 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 27.

12 ESPINOSA, Manuel José Cepeda. "Presentación". In: ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**. Santa Fé de Bogotá: Universidade de los Andes, 1997, p. xiii.

que a democracia pode em algum momento oferecer em termos de legitimação, ou seja, trata-se de mera atualização do querer político (público) em algum momento hipostasiado na norma jurídica.

A respeito do argumento originalista, as contribuições de Scalia são criticadas por Dworkin ao argumentar que a perspectiva originalista deveria dialogar com Derrida, Gadamer e com a teoria do círculo hermenêutico, e que a ausência desses referenciais, dentre outros pontos, permite classificar o trabalho de Scalia como esquizofrênico¹³. Scalia não responde em sua réplica¹⁴.

Dentre as contribuições de Scalia, encontra-se sua objeção ao não originalismo quanto à falta de critérios objetivos que substituam a leitura textualista e historicista apregoada pelo originalismo. Ele retoma esta ideia quando reforça sua posição originalista, defendendo que ela possui um sério interesse na busca de um “[...] objectified intent that a reasonable person would gather from the text of the law”. Sustenta a adoção de uma versão objetiva dos valores, não mergulhada na dimensão subjetiva do intérprete e nisto reside o núcleo da crítica originalista: a ausência de critérios objetivos/concretos por parte da perspectiva não originalista e, portanto, chegando à conclusão de que é incompatível com um governo democrático ou justo querer interpretar o que o legislador quis dizer em vez de aplicar aquilo que ele postulou¹⁵.

Assim, por exemplo, é possível observar que seria difícil que Scalia pudesse apoiar uma decisão como em *Gomillion vs. Lightfoot*, a qual “[...] invalidó por unanimidad la acción de Alabama, afirmando que “[...] actos ordinariamente legales pueden convertirse en actos ilegales cuando se ejecutan para lograr un fin ilegal”¹⁶. Sua dificuldade provavelmente residiria em extrair o ilegal de uma sucessão de práticas legais. Mas se em *Gomillion vs. Lightfoot* isto ocorreria, talvez o mesmo argumento estritamente legalista, além de baseado no querer do legislador e na tradição, possivelmente o seduzisse a sustentar a posição majoritária também em *Plessy v. Ferguson*¹⁷, quando não até mesmo em *Dred Scott*

13 DWORKIN, Ronald. Comment. In: SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998, p. 115.

14 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 144-149.

15 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 17.

16 Apud ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 172.

17 UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Plessy v. Ferguson**, 1896. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

v. *Sandford*¹⁸. Na mesma linha, o juiz Hugo Black, expoente do originalismo, embora envolto em outro contexto temático, explicitou algumas das dificuldades pelas quais passava o magistrado no momento de aproximar-se à melhor interpretação da legislação, alegando que seria impossível para qualquer Corte determinar uma motivação única ou predominante existente em um grupo de legisladores¹⁹.

Retomar a perspectiva de Ely permite observar a advertência acerca dos perigos de se entregar à crença de que o juiz apegado ao texto da Constituição será necessariamente um juiz moderado²⁰ e virtuoso. Acaso se pode dizer, devidamente sopesado o influxo do contexto histórico, que o textualismo da Corte que ditou *Dred Scott v. Sandford* (1856) ou, ainda, *Plessy v. Ferguson* (1896), constituem boas indicações de moderação judicial? Talvez se possa nutrir bem mais do que sobradas dúvidas a respeito de uma resposta positiva a esse respeito.

Daí, então, parece emergir maior espaço para teorias como a de Ely. O autor busca descrever o textualismo como uma teoria caracterizada pela limitação a que ficam expostos os juízes em sua busca do sentido da Constituição aos significados emanados dos constituintes por meio das referências históricas e escritas sobre o processo de elaboração da Constituição. Em meio ao debate, talvez ocorresse o recurso à reflexão sobre o peso da tradição na interpretação das normas jurídicas. Mas como delimitar a força argumentativa de uma tradição para a interpretação de um texto normativo? Seriam levadas em conta apenas as tradições locais ou as nacionais, seriam ponderadas e estimadas as tradições relativas ao gênero humano ou aquelas considerações históricas que lhe entendem como possuidor de determinados direitos? E na hipótese de uma tradição consolidar, em termos de dominação, simplesmente um preconceito, uma discriminação ou arbitrariedade em desfavor de um grupo social historicamente marginalizado?

O debate sobre o lugar da tradição na argumentação jurídica pode ser ilustrado por intermédio dos argumentos presentes em *Bradwell v. Illinois*

18 UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dred Scott v. Sandford**, 1856. Disponível em: http://supreme.vlex.com/vid/dred-scott-v-sandford-20072966?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=37&query%5Bfrase%5D=dred+scott+v.+sandford&query%5Bic_query%5D=texto%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29+OR+titulo%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais_id%5D=US&sort=score. Acesso em: 7 de julho de 2008. Acesso em: 7 de julho de 2008.

19 Apud ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 170.

20 ESPINOSA, Manuel José Cepeda. Presentación. In: ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**, p. xiii.

(1873)²¹ ou *Plessy v. Ferguson* (1896) – e é bem de sublinhar que aqui há casos em que flagrantemente se recorre aos argumentos baseados na natureza das coisas, bem como na forma tradicional como a sociedade constrói seus arranjos – como em *Brown v. Board of Education* (1954)²²²³. Nestes casos, parece que a Corte procura romper com laços tradicionais e históricos em prol da construção de uma sociedade cuja igualdade fosse ampliada - historicamente -, superando o profundo arraigamento cultural, demonstrando a transcendência dos limites estabelecidos pelo momento histórico fundacional.

2. HERMENÊUTICA, CONSTITUIÇÃO E TRADIÇÃO

A tradição pode servir a qualquer bandeira e encobrir privilégios, mascarar discriminações e consolidar violências injustificáveis. Nesse sentido, questiona Ely²⁴: como garantir que ela possui estrutura legitimada superior aos valores observados atualmente? Em caso negativo, ainda assim haveria de se deixar influenciar pela tradição no ato hermenêutico jurídico, conforme preconiza o originalismo? Se o mundo, hoje, se expressa mais inclusivo ao gênero feminino, como aplicar argumentos como aqueles existentes em *Bradwell v. Illinois*? Neste sentido, haveria de manter um arranjo social que, por tradição, praticava a discriminação racial, como resultou patente em *Plessy*? Não me parece que haveria muitos leitores dispostos a sufragar tal tese.

Há respostas possíveis a esses dilemas. Uma delas se encontra em Ely, segundo o qual a apreensão do significado da Constituição não pode se dar a partir de uma única fonte. Antes, considera um olhar no qual inclui múltiplas fontes e recursos, como a tradição, os valores sociais, a história legislativa, dentre outros. Quando todos são aplicados, tornam-se capazes de interpretar o sentido do texto normativo emoldurado pela Constituição. O autor sugere que o texto indica princípios fundamentais que cada época deve encarregar-se de torná-los claros dentro do contexto atual em que se inserem²⁵. Em sentido oposto, o textualismo, em sua versão ortodoxa, considera a necessidade de um mergulho

21 UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Bradwell v. State of Illinois**. Washington, 1872. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/83/130.html>. Acesso em: 7 de junho de 2015.

22 Para uma análise originalista deste caso, ver BORK, Robert H. **The Tempting of America**, p. 74-83.

23 UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Brown v. Board of Education**. Washington, 1954. Disponível em: <http://www.nationalcenter.org/brown.html>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

24 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 82.

25 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 20.

no passado como forma de entender a melhor projeção constitucional. Seu sentido permaneceria válido atemporalmente, residindo em um preciso lugar do passado, a saber, o momento da transformação do ideal (mundo pensado) em um querer manifesto (mundo empírico passível de pesquisa) e, logo, positivado (mundo da cultura, jurídico em particular) em um texto normativo.

Tribe alerta para que as normas escritas não são pedras, sob a égide de alguma natureza rígida e irretorquível, mas, antes, elas “[...] can be amended at any time by mere majorities of the current House of Senate makes courts reluctant [...] to revisit previous interpretations of what the statutes mean”²⁶. O que difere do que argumenta o *Justice Black*, segundo o qual apenas há o caminho da alteração legislativa, mesmo quando se possa perceber que os caminhos políticos se encontram bloqueados. Esta integridade textualista de Black adquire sua mais clara manifestação em *Griswold v. Connecticut* (1965)²⁷, sentença na qual foi invalidada lei que proibia o controle de natalidade em Connecticut sem que houvesse recurso a nenhuma disposição constitucional em particular²⁸.

Ao escrever seu livro, em 1980, Ely detectou indícios de que o textualismo encontrava-se em evidência, embora sentenças como a do caso *Roe v. Wade* (1973)²⁹ – paradigmática decisão sobre casos de aborto, ampliadora de tal direito sob o fundamento de que o direito à privacidade da mulher, sob certas circunstâncias (é bem de recordar que a decisão acatou parcialmente o recurso) –, não se enquadre naquele modismo teórico (*mere passing fad*)³⁰. O fato não passou despercebido pelo autor que destacou que a decisão em *Roe v. Wade* era um exemplo claro de interpretação em um sentido não positivista e que forçava uma reanálise no campo de estudo da hermenêutica jurídica³¹. Mesmo sendo uma moda passageira, o textualismo possuía atrativos dentre os quais destacam-se dois. Primeiramente, mostra-se como uma forma de evidenciar o direito funcionando e em segundo lugar há sérias dificuldades de encontrar

26 TRIBE, Lawrence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.15.

27 UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Griswold v. Connecticut**. Washington, 1965. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>. Acesso em: 13 de agosto de 2008.

28 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 20.

29 UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade**, 1973. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>. Acesso em: 19 de abril de 2015.

30 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002, p. 2-3. ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 3.

31 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 3.

alternativas que conciliem uma interpretação mais aberta com os ideais de uma teoria democrática³². A este respeito Scalia acresce ainda outra dificuldade ao argumento não originalista: não logram aportar uma teoria alternativa substitutiva (e substantiva) ao originalismo, senão que apenas o negam sem revelar uma ideia positiva de orientação ao magistrado em sua prática³³.

Sem embargo, é fato que os juízes criam direito a todo momento, no instante em que interpretam as normas gerais, adequando-as às sensibilidades e às sutilezas do caso concreto, especialmente quando há omissão nas normas, generalidade, obscuridade ou confusão. Neste momento de criatividade, alerta Ely, o Poder Judiciário deve fazer valer os princípios fundamentais da sociedade ou ainda completar o espaço deixado pelo legislador, o qual, aliás, poderia ser propositivo.³⁴

Contudo, sempre se volta ao problema fundamental do *Judicial Review*, quer se tenha sob a ótica do direito, *stricto sensu*, quer sob a da política (e de suas inevitáveis projeções sobre a democracia), que é o fato de um corpo não eleito aplicar, segundo suas próprias interpretações, aquilo que o Poder Legislativo, representativo e democrático, delimitou³⁵. Trata-se de um problema traduzido sobre o conceito de democracia, já que os magistrados não são eleitos pela soberania popular. Por outro lado, as correntes que justificam tal situação recordam que a função dos juízes é justamente a de interpretar a Constituição, o que passa por se debruçar por meio de matérias especializadas complexas e, frequentemente, controvertidas e sem perspectiva de consenso na sociedade. De todo modo, permanece em jogo o conceito de democracia conquanto se admita que seu pressuposto básico no contexto da modernidade o do mais tradicional contratualismo de Locke a Kant.

Essa tradição liberal se baseia na concepção de legitimidade estatal afeta à representação política. Evidenciando a nervura da discussão sobre a dimensão real do conceito de democracia sob o sistema da *Judicial Review*, já que se aceita, segundo Ely³⁶, a noção de que a democracia representativa é e deve ser “a nossa

32 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 3-4.

33 SCALIA, Antonin. **Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU.**, p. 23-24.

34 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 4.

35 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 4-5.

36 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 5.

forma de governo". Contudo, se a Constituição foi submetida ao povo, sempre se pode aduzir o argumento hamiltoniano, qual seja, o de que o desrespeito de novas legislações encontra no poder do Estado a quem compete interpretar as leis, a ação apropriada no tocante às normas em que recaiam sérias dúvidas quanto a sua constitucionalidade, de sorte que, sendo o caso, declarem-nas incompatíveis com o sistema e inaplicáveis por serem inconstitucionais. A isso se poderia acrescentar o argumento de Cooley, realçado por Ely,³⁷ para quem a força da Constituição deriva do povo e não da mera vontade do legislador. Portanto, a escolha do Poder Judiciário, composto de membros não eleitos, para atuar nos delicados casos de conflitos constitucionais cujo elemento para esclarecer-lhe poderia ser encontrado na vontade (popular) legitimadora de todo processo³⁸.

Com efeito, a inteligência do *Federalista*³⁹ parece indicar que Hamilton sustentaria que o motivo da escolha do Poder Judiciário como árbitro, na verdade, não é que se tratara de uma opção pessoal sua, mas, antes, de uma escolha dos constituintes que lhe outorgaram ao Poder Judiciário a tarefa de interpretar o sentido das leis.

A tradição política norte-americana aponta que não há simpatia pelo controle aristocrático da esfera política⁴⁰. Contudo, deve-se recordar⁴⁰ que a América foi constituída pela aristocracia,⁴¹ e suas referências às liberdades e à ojeriza ao governo de poucos (e ao poder centralizado) haveriam de ter os olhos voltados à experiência negativa junto à monarquia britânica. Por isso, sua defesa de um regime político cujo poder não estivesse concentrado nas mãos de qualquer aristocracia era, antes, a manifestação da descrença em poderes centralizados nos moldes da Coroa Britânica, de modo que o problema não era visto como sendo relativo às elites em si.⁴² Tanto é que a interpretação das leis ficou resguardada a uma elite, mas diferente da forte e centralizadora aristocracia real, o Poder Judiciário era considerado, naquele contexto histórico, o mais fraco entre os poderes.

37 Apud ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 36

38 Ver HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **El Federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

39 Interessa recordar o que Ely salienta, que cabe tomar o *Federalista* como fonte para o debate na medida em que ele próprio foi concebido como um instrumento para divulgar e obter adeptos à ratificação da Constituição (ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 24).

40 Ely, John. **Democracia y desconfianza**, p. 25.

41 Havia ali no período fundador tanto uma aristocracia rural, veja-se o caso de Jefferson, com alguns objetivos e visões de mundo muito bem definidas; e outra aristocracia, eminentemente urbana e ligada à indústria, que pode ser personificada em Hamilton.

42 Ver HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **El Federalista**, 1999.

Ao enfrentar o tema da espinhosa relação entre o controle constitucional e a democracia, Ely destaca o problema de garantir direitos às minorias contra a eventual comissão de atos tirânicos por parte das majorias que, como se viu, constituem o núcleo da retórica e da teoria jurídico-política do sistema e das convicções democráticas norte-americanas. Esta necessidade de oferecer garantias às minorias encontraria reflexo na filosofia política de Mill, colidindo frontalmente com a convicção da cultura norte-americana tradicional de que as majorias é que devem estabelecer as regras do jogo. Neste aspecto, e pouco destacado no texto, é que parece residir um problema ainda maior (mesmo que isto em absoluto desconsidere o objeto em questão) quanto à legitimidade da democracia. De qualquer sorte, há certo consenso quanto à que a Constituição de majorias com poderes ilimitados certamente conduz às situações de perigo⁴³, problema para o qual Mill intensamente chamaria a atenção em sua influente obra *On liberty*, mas de modo algum menos desprezível é a detenção de direitos, poderes, pelas minorias.

Os originalistas têm uma solução supostamente clara e simples. Seguindo *Justice Black*, a melhor e mais eficiente forma de proteger as minorias é seguir, de modo estrito, os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos e na Constituição Norte Americana. Contudo, o problema fundamental surge exatamente quando não exista um consenso sobre o sentido controvertido do texto constitucional. Nesses casos, os tribunais optariam pela trilha de *Breithaupt v. Abram* (1957)⁴⁴, a qual indica a localização de uma moral consensual contrária à norma escrita.⁴⁵

Embora Ely encontre importantes pontos de sustentação no originalismo, também chama a atenção para que “[...] some crucial reservations and refinements are necessary”⁴⁶. Uma crítica com a qual Ely alimenta o debate sobre o originalismo remete ao período fundacional, em especial a Noah Webster, cuja opinião a este respeito assemelhava-se com a de Jefferson em seu período pré-presidencial, que

43 Ely, John. **Democracia y desconfianza**, p. 26.

44 UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Breithaupt v. Abram**. Washington, 1957. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/352/432/>. Acesso em: 12 de julho de 2015.

45 John Stuart Mill nasce em 1806 (Londres) e falece em 1873 (Avignon). No contexto de seu pensamento filosófico, pode-se identificar fortemente a preocupação com as minorias. Desde logo, o antecedente se dá nos debates sobre o processo de afirmação e ratificação da Constituição norte-americana. Todo o processo de afirmação constitucional, contudo, se deu em tempos em que a filosofia milliana fez sentir todo seu impacto. Desta sorte, projeta-se como uma interessante linha de pesquisa a avaliação da recepção milliana na Suprema Corte norte-americana no século XIX em sentenças relativas aos direitos individuais, das minorias e das questões ligadas ao direito de dissensão e da liberdade religiosa.

46 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 11.

sustentava que aquelas constituições “[...] perpetuas presupone[n] un derecho a controlar las opiniones de generaciones futuras: es legislar para aquellos sobre quienes detentamos tan poca autoridad como sobre una nación de Asia”⁴⁷. Tanta instabilidade não agradava a Madison quanto, inversamente, atuava sedutoramente sobre a mente de Jefferson⁴⁸. Mas o que, então, parece ser tão atraente no textualismo para Ely? A atração parece residir no fato de que esse modelo de interpretação tem a virtude de aplicar a Lei e suas formas de funcionamento assim como escrito na Constituição, independente da ideia de tempo⁴⁹. Com efeito, a discussão sobre a aplicação constitucional às duas tradições, originalista e não originalista, considera buscar um sentido aos valores presentes na norma que porventura possam ser encontrados de forma implícita no texto, o que pode significar uma leitura precária do problema, mesmo quando o foco for o sentido almejado pelo constituinte e positivado nestas normas. Tal busca pode apenas significar a tentativa de descobrir uma escolha legislativa petrificada, que torna gélida e vazia a dimensão da vida ali onde ela apresenta-se vivaz, porque dinâmica, e assim lhe destitui de sentido porque atenta a um momento fugaz do pretérito em detrimento de uma perspectiva atualizadora e prospectiva do significado da Constituição.

Ely procura desmarcar-se da acusação de niilismo que lhe poderia ser atribuída pelo fato de descrever no potencial explicativo da história legislativa⁵⁰, uma vez que admite que as Constituições devem ser compreendidas como unidade e interpretadas com base em sua linguagem. Nessa tela, a história legislativa é um elemento que pode ser ponderado⁵¹, muito embora todos saibam, Scalia inclusive,⁵² das limitações que esta metodologia oferece. Aos originalistas, sem embargo, pouco lhes comove sobre as dificuldades que suas proposições contêm, e inclinam-se por interpretá-las a partir de “[...] premises that are explicit

47 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 29.

48 BUENO, Roberto. As origens do constitucionalismo: em torno ao debate Jefferson-Madison. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, v. 37, p. 1-23, 2009. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18472/9902>>. Acesso em: 23 de novembro de 2017.

49 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 12. É de notar que a visão jeffersoniana de que as leis deveriam mudar a cada dezenove anos de sorte a permitir a cada uma das gerações a criação de uma sociedade que lhes conviesse não foi uma ideia levada a termo tão radicalmente em seu período de presidência.

50 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 35.

51 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 31.

52 Ver SCALIA, Antonin. **Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU.**, p. 24. Ely faz referência a que uma abordagem avessa ao princípio central do originalismo, a saber, a atenção ao texto constitucional, seria um erro desconhecer a intenção dos legisladores constituintes (ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 34-35). Isto torna necessário, portanto, atentar à intenção do conteúdo que foi legislado e posteriormente ratificado como constitucional.

or clearly implicit in the document itself”⁵³, cuja base é lançar mão da linguagem tanto quanto da história legislativa⁵⁴. De qualquer sorte, como recorda o autor, “[...] things are seldom so simple [...] particularly where the intent of the framers of the Fourteenth Amendment is concerned”⁵⁵.

A análise linguística e/ou histórica, todavia, mantém graves problemas. Um deles diz respeito ao que o legislador constituinte quis dizer a seu tempo, por exemplo, com a proibição da aplicação de castigos cruéis e pouco habituais. Desde nossos dias é consistente o questionamento sobre o real alcance de tal pretensão legislativa. Assim, como seria respondida esta questão por originalistas e não originalistas? A hipótese de Ely é de que mesmo o originalista mais aferrado aos seus princípios não pensaria em nossos dias em apresentar argumentação de que a interpretação legal a ser adotada deveria ocorrer segundo o entendimento cultural e legal em vigor no período da criação da norma.

Scalia concebe a hipótese de que algum Estado aprovasse a lei de que os ladrões teriam duas mãos marcadas com a letra “l” a fogo e que, na sequência, investigações sobre a história legislativa encontrassem provas robustas o suficiente para sustentar que naquele período histórico esta conduta não seria entendida como um castigo “[...] cruel e pouco habitual”⁵⁶. Perante uma circunstância como a descrita, o que diria um originalista conseqüente? Qual seria a sua interpretação?

Para Scalia, o juiz originalista não teria problemas em admitir a inaplicabilidade desta legislação, já que a exegese constitucional, dentro do originalismo, deve levar em consideração a realidade⁵⁷. Seria apenas uma versão ponderada ou *soft* do originalismo constante na proposta de Scalia ou, então, seria reveladora de toda sua insuficiência? Seja qual for nossa avaliação e conseqüente resposta, o que parece restar claro é que, no mínimo, há aqui uma pergunta para a qual Scalia

53 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 12.

54 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 31.

55 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 15. Scalia faz expressa referência à dificuldade de “[...] decidir lo que quiso decir el lenguaje de 200 años [...] hay que estudiar los registros de todos los debates em los cuales se ratificó esa enmienda [...] se sabe que los informes de algunos de esos debates de hace muchos años, em realidad no son em absoluto confiables sobre lo que realmente ocurrió”. (SCALIA, Antonin. **Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU**, p. 24).

56 Scalia faz interessante reflexão sobre a projeção no tempo de uma interpretação que tenha como único balizamento o sentido que lhe quis emprestar o legislador. Diz ele que “[...] government by unexpressed intent is similarly tyrannical. It is the law that governs, not the intent of the lawgiver”. (SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 17).

57 SCALIA, Antonin. **Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU**, p. 25.

não oferece uma resposta consistente do ponto de vista da teoria originalista. Em questões difíceis como esta, por outro lado, para juízes como Brennan e Marshall, havia muitas dificuldades em aceitar a pena de morte, posto que sua inconstitucionalidade derivaria de sua profunda discordância com os valores sociais contemporâneos⁵⁸. Quanto ao argumento de Scalia, contudo, resta a pergunta sobre qual o fundamento teórico que aduziria em seu favor o juiz originalista para não aplicar a lei que, comprovadamente, tinha aquele significado original?

3. ORIGINALISMO X NÃO ORIGINALISMO: DEBATE ENTRE SCALIA E ELY

Quando é posto um problema como o do controle de constitucionalidade, o que subjaz é uma diferença profunda, por vezes autenticamente incomensurável, entre duas ou mais leituras axiológicas sobre um mesmo objeto. Neste sentido, diz Ely que o litígio constitucional supõe:

[...] una acción que ha sido aprobada por la rama legislativa del gobierno en cuestión o por alguien responsable de ella en última instancia, acción que por lo demás ha sido estimada como lo suficientemente aceptable por cualquier oficina del gobierno para que resulte en una defensa gubernamental ante los tribunales. Tales acciones involucran una elección de males (o de bienes). Pueden implicar infligir sufrimiento por razones cuya suficiencia está abierta a debate [...]⁵⁹.

Em torno a um espinhoso problema como esse é que subjaz todo o debate em torno do originalismo e do não originalismo, havendo temor de que ganhe espaço a ideia de que o juiz poderá lançar mão de valores pessoais para encontrar o sentido da norma jurídica a aplicar, no caso, a Constituição. Em seu momento, Scalia referia-se ao fato dizendo ser este um grave problema que encontrava entre os argumentos dos não originalistas. Scalia advertia que existe o “[...] peligro fundamental en la interpretación judicial [...] el peligro de que un juez se equivoque y confunda sus preferencias personales y la ley”⁶⁰. Neste momento, pode-se recordar Wechsler e seu bastante popular princípio da neutralidade⁶¹

58 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 88.

59 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 73-74.

60 SCALIA, Antonin. **Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU.**, p. 26.

61 A rigor, boa parte do argumento daqueles que se contrapunham à Declaração de Direitos naquele contexto histórico norte-americano estava baseada na afirmação de que, ao expressar um determinado número de direitos, terminariam por ser abertas portas à desconsideração de outros tantos, algo que à nossa visão histórica contemporânea aparece como argumento falacioso. Um de seus críticos, o textualista juiz Black, via na nona emenda o fantasma do direito natural como fonte direta para apreender o sentido e aplicar a nona emenda tanto quanto à própria décima-quarta. Acerca do tema, o temor de Black sobre o direito natural parece ser infundado, uma vez que se pode observar

que, a seu tempo, gozou de ampla aceitação no mundo jurídico norte-americano – como se realmente fora possível alguma neutralidade nas ações humanas.⁶²

Indubitavelmente, a preocupação de Scalia é apropriada e o que se encontra em Ely apenas corrobora esta ideia, ao dizer que “[...] the view that the judge, in enforcing the Constitution, should use his or her *own values* to measure the judgment of the political branches is a methodology that is seldom endorsed in so many words”.⁶³ Absolutamente, Scalia e Ely não trilham exatamente o mesmo caminho, mas a crítica originalista de Scalia passa por uma posição de moderação quanto à discricionariedade dos juízes em sua tarefa hermenêutica, e esta é a de que haverá de residir uma preocupação com o sentido com que o texto legal foi positivado, ou seja, o “[...] intent of the legislature”⁶⁴.

A aproximação que realiza Ely do assunto parece ser mais realista que a de Scalia na medida em que admite que, ainda quando os juízes supõem, e não raro defendem, estar lançando mão de uma metodologia de identificação “objetiva” dos valores e, portanto, altamente impessoal, em verdade, não podem mais do que igualmente lançar mão de valores que residem no conjunto de suas experiências que tornaram possível a sua construção cultural e, por conseguinte, sua posição como juízes. Este tipo de argumentação, embora não usada expressamente por Ely, é que permite chegar à mesma conclusão do autor, ou seja, que “[...] it is thus important at the outset to understand just why a “judge’s own values” approach is unacceptable:

com certa clareza como os revolucionários que brandiram o direito natural em seu favor foram os mesmos que souberam erigir um edifício jurídico-constitucional bastante denso e atento às necessidades da estabilidade político-institucional para a vida norte-americana do período pós-colonial, bem como para os séculos vindouros. Esta relação do jusnaturalismo com o pensamento político-jurídico fundacional é recordada parcialmente por Ely, quando diz que a Constituição foi ratificada por uma “[...] serie de personas [que] creían en la existencia de un sistema particular de principios jusnaturalistas. ‘Siendo esta ley natural contemporánea de la humanidad y dictada por Diós mismo es, desde luego, una obligación superior a cualquier otra. Es vinculante en todo el orbe, para todos los países y en todo momento. Ninguna ley humana es válida si resulta contraria a ella...’. Algún tipo de jusnaturalismo [...] pareciera ser entonces el candidato evidente en la búsqueda de una fuente de valores que dé contenido a las disposiciones abiertas de la Constitución”. (ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 69).

62 A respeito de metodologias que podem ser úteis para abordar questões complexas por parte dos tribunais Wechsler, sugeriu o “princípio da neutralidade”, que consiste basicamente em dois princípios que Merriam sintetiza, a saber: “[...] neutral principle consists of two elements: content generality and equal applicability” (MERRIAM, Jesse R. **Neutral Principles. Selected Works of Jesse R Merriam**. Berkeley, CA: Bepress, 2007. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=jesse_merriam. Acesso em: 28 de setembro de 2009). Merriam, por sua parte, reclama certa atualidade para Wechsler conquanto o princípio de neutralidade “[...] provides a powerful rebuttal to the Legal Realist claim that law is just another name for politics; anti-realists see neutralism as a way to restore the objectivity and reason that had once distinguished law as a discipline. Moreover, the ideal of neutrality still animates constitutional doctrine”. “[...] neutral principle consists of two elements: content generality and equal applicability” (MERRIAM, Jesse R. **Neutral Principles**, 2007).

63 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 44.

64 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 16.

that understanding will illumine the unacceptability of the entire enterprise”⁶⁵. Isto é o que Ely denomina de “falácia do realismo transformado”, que haverá de admitir que, humanos, os juízes,⁶⁶ durante seu trabalho, não se desvinculam de si mesmos e se transformam em alguma espécie de categoria *noumênica* kantiana.⁶⁷

Conforme diz Scalia, “[...] the judge is human, and feels the bias which the coloring of the particular cases gives”⁶⁸, oportunidade em que surge um problema quando este ser humano investido da função judicial “[...] decide the next case differently, he has only to distinguish, and thereby make a new law. The legislature must act on general views, and prescribe at once for a whole class of cases”⁶⁹. Aqui parece residir um dos pontos-chave da questão, a saber, que mesmo Scalia está pronto a assumir que alterações podem ser necessárias e, portanto, um originalismo de raiz ou, se se preferir, um originalismo puro pode não ser uma boa alternativa, e que, ademais, muito provavelmente, realmente não fosse a de sua preferência pessoal.

Voltando aos argumentos do originalismo de Scalia, a abertura ou o caráter genérico de normas como a nona emenda apenas pode provocar-lhe temores ou, em seus termos, de que “[...] los jueces piensen que la ley es lo que ellos quieren que sea”⁷⁰, com o que a consequência da aprovação de erros judiciais seria direta e inevitável. Assim, se o originalismo enfrenta seus problemas, o não originalismo possuiria na ótica de seus detratores a grave deficiência de não oferecer uma opção metodológica clara e objetiva ou, mesmo, um conjunto definido de valores⁷¹ da forma como se encontra, posto remeter, não raro, à suspeita de que o jusnaturalismo pode encontrar-se como a razão de muitos críticos em suas argumentações anti-originalistas. Conforme argumenta Ely, quem escreve este tipo de documento encontra-se em posição tal que “[...] no es probable que tengan la ley positiva de su lado, y por ello es aconsejable que recurran a la ley natural”⁷², o que, de fato,

65 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 44.

66 Uma tradução livre indicaria que “[...] a ideia de que o juiz ao aplicar a Constituição deveria utilizar seus próprios valores para medir o juízo do político é uma metodologia que raramente poderia ser subscrita nestes precisos termos”.

67 A este respeito diz Scalia em outro momento que “[...] the judges is human, and feels the bias which the coloring of the particular case gives. If he wishes to decide the next differently, he has only to distinguish, and thereby make a new law. The legislature must act on general views, and prescribe at once for a whole class of cases”. (SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 11).

68 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 11.

69 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 11.

70 SCALIA, Antonin. Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU, p. 26.

71 Esta categoria kantiana remete à possibilidade de um ente abstrato cuja constituição dá-se de forma independente do mundo dos sentidos e dele independe para tudo.

72 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 70.

teve lugar. Contudo, ainda que recorrendo ao direito natural e, em verdade, apenas por tê-lo feito, nas origens da América ficaram gravadas formas de ver, pensar e colocar o político em sua dimensão jurídica – aqui o caráter aberto ou abstrato do direito natural que viria a influenciar a cultura jurídica norte-americana –, e este é aspecto que deve ser levado em consideração por aqueles que se postam entre os defensores do originalismo. A disputa que se travava com a Coroa Britânica lhes retirava apoio ao argumento de direito positivo, mas, por outro lado, lhes abria portas à filosofia política como as de Locke.

Nestes documentos fundacionais, portanto, já se fazia presente uma característica da subsequente teoria legal norte-americana, que continua sob o viés aberto em suas normas jurídicas, das quais, como se viu, a nona emenda é um exemplo vivo. Devido a este seu caráter aberto é que muitas das alegações da Declaração da Independência puderam ser retomadas no que concerne ao antiescravagismo. A desvantagem que muitos críticos do jusnaturalismo trouxeram à baila era que esta formulação poderia servir a distintos propósitos, “[...] cualquier cosa que el individuo en cuestión deseara defender”⁷³. É certo, portanto, que embora muitos se inclinam intuitivamente a perceber a aplicação de princípios jusnaturalistas como realização do justo e do ponderado, e de que seja certo de que há sobrados casos de ações e valores defendidos com base em critérios jusnaturalistas que poderiam parecer simpáticos a Thoreau e à fundamentação de sua desobediência civil, as raízes do direito à independência, o direito ao autogoverno, etc., não é menos certo que há casos em que a utilização do mesmo princípio pode servir a propósitos inversos e com os quais tão intensamente quanto se poderia simpatizar com os primeiros, opor-se-ia aos segundos. Neste sentido, não foram poucos os exemplos históricos.

Na América se encontra, por exemplo, um John Calhoun que houve por bem sustentar com base no direito natural a inferioridade dos negros, bem como todo um documento legal, a Constituição de Kentucky de 1850⁷⁴ que igualmente recepcionou tal ideia⁷⁵. Na esfera dos tribunais, igualmente se deparou com decisões notoriamente questionáveis e reprováveis do ponto de vista de sua justificação moral. Assim, por exemplo, em *Bradwell v. Illinois* (1872), a Corte decidiu que

73 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 72.

74 A referida Constituição consagrava expressamente o regime escravocrata.

75 Apud ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 72.

uma demandante não poderia exercer a advocacia por força de que contrariava a natureza da organização familiar que tinha as mulheres à frente, dando sequência aos seus ofícios de mãe e esposa⁷⁶. Em outra sentença de triste recordação para a cultura jurídica norte-americana e, em especial, para sua mais alta Corte, tem-se *Plessy v. Ferguson* (1896), em que novamente a argumentação acerca da natureza das coisas voltava à cena principal de modo a cercear liberdades.⁷⁷

Contudo, ao mesmo tempo em que estas sentenças podem ter lugar baseadas em uma margem mais ampla de valorações, esse espaço também se revela seu ponto forte na medida em que permite que o desenvolvimento legal e jurisprudencial possa incluir novos anseios. Sua deficiência pode ser medida com certa clareza pela vagueza de sua projeção teórica menos que prática. A este respeito diz Mangabeira Unger que

[...] Para hacer plausible una doctrina en ausencia de la verdad moral revelada por Dios, sus proponentes se basan en referencias a la opinión moral compartida por los hombres de muchas épocas y sociedades diferentes. Cuanto más concretas son las alusiones a este presunto acuerdo moral intemporal, menos convincentes resultan. Por consiguiente, para fundamentar su posición, los proponentes del valor objetivo deben limitarse a unos pocos ideales abstractos cuya vaguedad permite casi cualquier interpretación⁷⁸.

Neste contexto, percebe-se o quanto tentativas louváveis e bem-intencionadas como a de fundamentar um direito em escala universal pode absolutamente propor outra dimensão de resultados práticos. Assim diz Ely, que “[...] es preciso elegir entre la trivialidad y la implausibilidad. Por consiguiente, este concepto ha desaparecido practicamente del discurso norteamericano”⁷⁹, em suma, aparentemente a influência religiosa havia diminuído naquele país⁸⁰.

76 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 72.

77 Nesta sentença aparece o seguinte trecho: “[...] The object of the amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguish from political equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either. Laws permitting, and even requiring, their separation, in places where they are liable to be brought into contact, do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, and have been generally, if not universally, recognized as within the competency of the state legislatures in the exercise of their police power. The most common instance of this is connected with the establishment of separate schools for white and colored children, which have been held to be a valid exercise of the legislative power even by courts of states where the political rights of the colored race have been longest and most earnestly enforced”. (ver *Plessy v. Ferguson*, 1896).

78 Apud ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 87.

79 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 73.

80 Pode-se dizer com certa tranquilidade que esta influência recrudescer na era Bush, tanto na administração do pai quanto do filho, quando a projeção dos grupos religiosos voltou a fazer sentir seu impacto de forma importante na

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse contexto, há uma sugestão de que os magistrados dispõem de um perfil isolado que os favoreceria para que sua atividade hermenêutica pudesse ter melhores chances de êxito do que se empreendida por outros atores jurídicos. Assim, imagina-se que o ambiente em que se movem lhes facilite ou mesmo facilite a adoção de perspectivas livres de preconceitos. Sabe-se que muitas vezes é extremamente difícil, para os legisladores, resistir às pressões do eleitorado, que reage a eventos particulares utilizando as paixões e a moral comum⁸¹.

Em outro turno, o legislador constitucional (mesmo no exercício de seu poder derivado) pode estar influenciado pela moral majoritária e que por muitas vezes não é inclusiva, igualitária e, em momentos, está orientada para um plano distante dos valores tutelados pela democracia e pela própria Constituição. É o caso, por exemplo, de emendas constitucionais que são aderidas ao texto em desconformidade com os seus princípios e vetores. Nesses casos, leituras exclusivamente textualistas podem ser negativas na reprodução social. A compreensão originalista, como sugere Scalia, certamente oferece bons parâmetros interpretativos, especialmente quando se calcula que o Poder Judiciário está composto por uma elite social e política não eleita, razão suficiente para alerta e contínua vigilância que evite recair em um governo de juízes. Porém, é necessário considerar que a sociedade se torna mais complexa a partir das contínuas interações sociais que nascem e se modificam vertiginosamente. Novas situações se põem especialmente com os avanços tecnológicos, as mudanças comportamentais e morais que interferem diretamente sobre os significados e as linguagens do texto constitucional.

Diante desse contexto de hipercomplexificação, o papel do juiz precisa ser ressignificado de modo a contemplar a precisão da leitura constitucional, mas abarcando a fidelidade dos princípios constitutivos da sociedade na qual ele está inserido. Por um lado, exige-se do Judiciário um compromisso com os valores inscritos na Constituição que funcionam como vetores interpretativos para a aplicação de regras mais determinadas.

vida norte-americana. Já no que concerne à hermenêutica jurídica, é interessante o apontamento de Ely sobre que nem mesmo aqueles que “[...] se consideram [personas] religiosas sostengan que el Todopoderoso habla en términos éticos suficientemente desprovistos de ambigüedad como para ayudar a dirimir los difíciles problemas de las políticas públicas”. (ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 69).

81 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 78.

A vontade do legislador, bem como a construção histórica, aparece como elementos que podem ser ponderados, mas não são exclusivos e nem excludentes de outras possibilidades interpretativas. O legislador constituinte, especialmente considerando os recentes textos normativos caracterizados por relevantes aspectos sociais pós-segunda grande guerra mundial, elenca importantes aspectos dos ambientes econômicos e de direitos humanos e que são imperativos ao Poder Judiciário. Em situações como essa, o textualismo seria uma alternativa efetiva de concretização adequada da Constituição. A partir disso não se revela a teoria mais correta de aplicação, a atenção deve ser concedida prioritariamente ao caso concreto e às consequências que as decisões trarão para a consolidação dos valores primários da formação da comunidade jurídica tutelada pela Constituição.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- BORK, Robert H. **The Tempting of America**. New York: Touchstone, 1997.
- BUENO, Roberto. As origens do constitucionalismo: em torno ao debate Jefferson-Madison. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. Uberlândia, V. 37, p. 1-23, 2009. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18472/9902>>. Acesso em: 23 de novembro de 2017.
- CARTER, Lief H. **Contemporary constitutional lawmaking**. Washington: Pergamon Press PLC, 1985.
- DELTORO, Pablo de Lora. **La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Boletín Oficial del Estado, 1998.
- DWORKIN, Ronald. Comment. In: SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998.
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.
- ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**. Santa Fé de Bogotá: Universidade de los Andes, 1997.
- ESPINOSA, Manuel José Cepeda. Presentación. In: ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**. Santa Fé de Bogotá: Universidade de los Andes, 1997. p. xi-xv.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **El Federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

MERRIAM, Jesse R. Neutral Principles. **Selected Works of Jesse R Merriam**. Berkeley, CA: Bepress, 2007. Disponível em: < http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=jesse_merriam>. Acesso em: 28 de setembro de 2009

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998. 159p.

SCALIA, Antonin. Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**. Montevideo, 1989, p. 21-28.

TRIBE, Lawrence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Bradwell v. State of Illinois*. Washington, 1872. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/83/130.html>>. Acesso em: 7 de junho de 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Breithaupt v. Abram**. Washington, 1957. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/352/432/>>. Acesso em: 12 de julho de 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Brown v. Board of Education**. Washington, 1954. Disponível em: <<http://www.nationalcenter.org/brown.html>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Dred Scott v. Sandford**, 1856). Disponível em: <http://supreme.vlex.com/vid/dred-scott-v-sandford-20072966?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=37&query%5Bfrase%5D=dred+scott+v.+sandford&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29+OR+titulo%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais_id%5D=US&sort=score>. Acesso em: 7 de julho de 2008

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Griswold v. Connecticut**. Washington, 1965. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>>. Acesso em: 13 de agosto de 2008.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Mcculloch v. Maryland**, 1819. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>>. Acesso em: 3 de agosto de 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Muskrat v. United States**, 1911. Disponível em: <http://supreme.vlex.com/vid/muskrat-v-united-states-20027430?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=418&query%5Bfrase%5D=muskrat+v.+united+st>

ates&query%5Bc_query%5D=texto%3A%28muskrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29+OR+titulo%3A%28muskrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score>. Acesso em: 26 de setembro de 2009.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Plessy v. Ferguson**, 1896. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html>>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Roe v. Wade**, 1973. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>>. Acesso em: 19 de abril de 2015.

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review**. Kansas: University of Kansas Press, 1999.



Recebido em: maio/2017

Aprovado em: março/2018