

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

Leonardo Schneider

Monografia

**Jurisdição constitucional e separação de poderes: um exame do textualismo de
Antonin Scalia como método democrático de interpretação constitucional**

**Curitiba
Outubro 2009**

LEONARDO SCHNEIDER

**Jurisdição constitucional e separação de poderes: um exame do textualismo de
Antonin Scalia como método democrático de interpretação constitucional**

Monografia

Monografia apresentada à disciplina
“DIR401 – Monografia” como
requisito parcial à conclusão do curso
de Direito, do Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná.

Orientadora: Prof^a. Eneida Desirée Salgado

**Curitiba
Outubro 2009**

If we are selecting people to read a text and give it the fair meaning it had when it was adopted, yes, the most important thing to do is to get a good lawyer. If on the other hand, we're picking people to draw out of their own conscience and experience a new constitution with all sorts of new values to govern our society, then we should not look principally for good lawyers. We should look principally for people who agree with us. When we are in that mode, you realize we have rendered the Constitution useless.

Scalia, Antonin. *Transcrição de conferência proferida no Woodrow Wilson International Center for Scholars em Washington, D.C., em Março de 2005.*

There is a story that two of the greatest figures in our law, Justice Holmes and Judge Learned Hand, had lunch together and afterward, as Holmes began to drive off in his carriage, Hand, in a sudden onset of enthusiasm, ran after him, crying, "Do justice, sir, do justice." Holmes stopped the carriage and reproved Hand: "That is not my job. It is my job to apply the law".

Bork, Robert H. *The Tempting of America.*

Sumário

1. Introdução

2. O potencial déficit democrático da jurisdição constitucional

2.1. A questão estrutural: Separação de poderes

2.1.1 A situação brasileira

2.1.2 A evolução da doutrina

2.2. A questão da legitimidade do judiciário

2.2.1 O povo como instância global de atribuição de legitimidade

3. O Textualismo como método de interpretação constitucional

3.1 A atual situação da interpretação

3.2. Diferenciação entre textualismo (original meaning) e originalismo (original intent)

3.3 O método na prática

3.3.1 Sexta Emenda: O direito do acusado de confrontar testemunhas

3.3.2 Nona Emenda: Os direitos não-enumerados (Unenumerated Rights)

3.3.2.1 Mutação Constitucional : A “Constituição viva”

4. Conclusão

5. Bibliografia

1. Introdução

A jurisdição constitucional é hoje um elemento constitutivo das configurações institucionais adotadas pela esmagadora maioria das democracias ocidentais, ainda que não seja necessariamente instituição imprescindível à democracia¹. Sua onipresença reveste-a daquele aspecto de “naturalidade” que em geral envolve dados culturais, já não imaginamos nossa estrutura jurídica sem alguma forma de controle de constitucionalidade, pouco nos questionamos se sua existência (ou a extensão de sua atuação) é adequada ou nociva à idéia de democracia que - supõe-se – é a pedra fundamental de nosso arranjo institucional².

De fato, a ascensão da idéia de um Estado constitucional em substituição ao Estado legislativo, com a introdução de limites ao poder decisório das maiorias e a garantia de direitos fundamentais, parece demandar a existência de alguma instância encarregada de fazer valer tais limites e garantias. Com a célebre decisão do Chief Justice Marshall em 1803 no caso *Marbury v. Madison*, a suprema corte americana lançou as bases do controle de constitucionalidade (concentrado e abstrato), justificando a atribuição de tal tarefa ao poder judiciário³. Posteriormente, outros Estados buscaram diferentes modelos utilizando diversas dosagens dos elementos concentrado e difuso, abstrato e concreto para exercer tal controle. De qualquer forma, é essencial questionarmo-nos sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade pelo judiciário em um contexto democrático, pois se trata da revisão dos atos dos “poderes políticos” ou “poderes populares”⁴ por parte do único poder (ou “órgão de soberania”) não legitimado pelo mais básico procedimento democrático, o sufrágio. Esta questão estará presente ao longo de todo o trabalho, pois a investigação sobre o textualismo de Antonin Scalia como método de

¹ MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. Pág. 114.

² Tal questionamento é o ponto central da obra do Prof. Sergio Fernando Moro “*Jurisdição Constitucional como Democracia*”, uma das leituras decisivas para a escolha do tema desta monografia.

³ “Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void. (...) It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other the courts must decide on the operation of each (. . .) So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty” Disponível em <http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>

⁴ “Political Branches” ou “Popular Branches” é a terminologia utilizada por Scalia para referir-se aos poderes eleitos (Legislativo e Executivo).

interpretação constitucional tem exatamente o objetivo de analisá-lo como método coerente para a preservação do princípio da separação de poderes e manutenção da atuação da jurisdição constitucional dentro dos limites da legitimidade democrática.

Para tanto, abordaremos a questão da jurisdição constitucional em regimes democráticos, especialmente quanto a sua relação com o princípio da divisão de poderes, bem como discutiremos a importância deste princípio para a estrutura estatal das democracias contemporâneas. Apresentaremos como hipótese a utilização do método de interpretação textualista (*original meaning*), conforme desenvolvido, defendido e aplicado pelo juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos Antonin Scalia, como técnica coerente de interpretação constitucional, analisando suas vantagens para o regime democrático e a separação de poderes, apresentando críticas a tal posicionamento e a defesa empreendida por Scalia.

Ao longo do trabalho será ainda necessário abordar pontual e brevemente peculiaridades do contexto institucional e legal brasileiro e norte-americano. Serão utilizados exemplos da atividade jurisdicional das cortes constitucionais dos Estados Unidos e do Brasil, ainda que não de maneira exaustiva.

Ressalte-se a relevância da discussão de um método que implica em reflexão sobre o papel e a extensão democraticamente justificada do mandato dos juizes. O Brasil tem assistido ao fenômeno da judicialização da política, com o Supremo Tribunal Federal ocupando posição de órgão de decisão (irreformável e irrecorrível) das questões públicas mais relevantes e polêmicas. Mesmo os atores políticos dos demais poderes da República reconhecem em seus discursos a soberania das decisões do STF. A latitude interpretativa auto-conferida pelos juizes constitucionais ao seu exercício de guarda da constituição terá importância decisiva para a questão da extensão do poder da corte e, conseqüentemente, para a separação de poderes e o regime democrático. Neste sentido, a adoção de um determinado método de interpretação (ou de nenhum) terá grande influência para a extensão do poder da corte. Note-se que o STF aparece como o último elo da cadeia de controles institucionais no modelo brasileiro, tendo competência para rever os atos de todos os poderes da República, mas não sendo controlado por nenhuma outra instância ou órgão. Assim, caberia aqui a célebre pergunta atribuída ao poeta romano Juvenal: “*quis custodiet ipsos custodes?*” (quem vigiará o vigia ou quem nos protegerá dos protetores).

Apresentamos a seguir a estrutura de argumentação e as hipóteses a serem desenvolvidas neste trabalho: Existe potencial déficit democrático na atuação da jurisdição constitucional (divisão em 2 aspectos: desrespeito ao princípio da separação de poderes e ausência de legitimidade democrática de decisões não fundamentadas no texto constitucional). O potencial déficit democrático diz respeito aos limites da atuação da jurisdição constitucional, que por sua vez é consequência da latitude interpretativa auto-conferida pela corte constitucional. O método textualista de interpretação (descrito neste trabalho), se aplicado de maneira consistente, pode contribuir para a atuação da jurisdição constitucional dentro dos limites da legitimidade democrática e em observância do princípio da separação de poderes.

2. O potencial déficit democrático da jurisdição constitucional

2.1. A questão estrutural: Separação de poderes

2.1.1 A situação brasileira

O problema do desrespeito à separação de poderes no Brasil tem sido levantado reiteradamente por diversos analistas da vida pública nacional. É atribuída ao Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho a frase “Aqui, o Executivo legisla, o Legislativo investiga e o Judiciário administra”⁵. O Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) veiculou peça publicitária em horário eleitoral gratuito em maio de 2008 na qual afirmava, na voz de seu Presidente Roberto Jefferson, que “o poder executivo legisla por meio de medidas provisórias. O legislativo vira judiciário gastando seu tempo apenas em CPIs. Aí, o Ministério Público assume o executivo chegando ao absurdo de encomendar projetos de urbanização.”⁶ Também é reiterada a alusão ao fenômeno da judicialização da política, como por exemplo pelo Ministro da Justiça Tarso Genro em recente Seminário sobre Reforma Política na Universidade Cândido Mendes: “Há hoje no Brasil uma radicalização da estatização da política em função dos poderes que o Judiciário tem avocado para si. E essa é a mais complexa e difícil questão de ser resolvida. Por uma questão muito simples: quando o Poder Judiciário resolve, não tem instância para recorrer. Podemos estar perante um fenômeno novo no processo político brasileiro: uma hiperconcentração de poder e legitimidade no Judiciário e um esvaziamento dos demais Poderes, que pode ser absolutamente problemático”⁷. Genro citou como exemplos de tal concentração de poder no judiciário a regulação do sistema partidário-eleitoral pelo TSE e STF, bem como a edição da súmula vinculante 11 do STF sobre o uso de algemas pelos agentes policiais.

Relevante para este trabalho é a atuação do judiciário supostamente fora dos limites da separação de poderes, particularmente do Supremo Tribunal Federal. Encontramos no voto do Ministro Eros Grau no Mandado de Segurança 26603/DF, referente à perda de mandato por desfiliação partidária ou troca de legenda, trecho que bem ilustra o problema dos limites da

⁵ In “A Revisão Constitucional”, artigo de Ney Prado disponível em http://www.sescsp.net/sesc/revistas_sesc/pb/artigo.cfm?Edicao_Id=260&breadcrumb=1&Artigo_ID=4098&IDCategoria=4595&reftype=1

⁶ Vídeo disponível em <http://www.youtube.com/watch?gl=BR&hl=pt&v=9-Duca5GI2k>

⁷ Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,brasil-assiste-a-judicializacao-da-politica-diz-tarso,356648,0.htm>

atuação da corte constitucional: “Veja-se bem que aqui estamos no plano de uma construção pretoriana, mesmo porque a Constituição não contempla o cancelamento de filiação partidária e a troca de legenda como causa de perda ou de renúncia de mandato.” Importante ressaltar que a Constituição de 1988 lista, em seu artigo 54, as hipóteses de perda de mandato, sem fazer menção à chamada “infidelidade partidária” como uma das hipóteses. Há sérias dificuldades em defender que se trata de mera interpretação, não sendo possível alegar que o constituinte simplesmente esqueceu-se de incluir tal hipótese, pois ela constava da Emenda Constitucional (ou Constituição) de 1969⁸ e foi discutida e rejeitada nos debates que antecederam a promulgação do texto constitucional de 1988. Assim, parece inescapável admitir que se trata realmente de reforma da constituição pelo judiciário⁹. Utilizamos aqui intencionalmente o termo “reforma”, muito embora este seja normalmente empregado em referência à atividade de alteração do texto constitucional pelo constituinte derivado, pois entendemos que o termo mais usual “mutação” seria mero eufemismo que não retrataria a radical manipulação da constituição aqui realizada pelo judiciário, efetivamente invertendo a opção do constituinte originário.

Outro exemplo claro de atuação reformadora do judiciário, embora neste caso trate-se de lei federal e não do texto constitucional, ocorreu no episódio da verticalização das alianças eleitorais. A lei 9.504 de 1997 dispõe em seu artigo 6º: “É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário”. A lei em questão regulou as eleições de 1998, na qual não houve obrigatoriedade de observância das alianças formadas para eleição majoritária nacional (Presidência da República) nos estados. A resolução do TSE nº 20.126 de 12/03/1998, em resposta à consulta nº 382, não impunha restrições às alianças locais em função das alianças firmadas para a eleição presidencial. No entanto, a Instrução nº 55, aprovada através da resolução nº 20.993 de 26/02/2002, dispõe em seu artigo 4º, parágrafo 1º: “Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição

⁸ Artigo 35, V da “Emenda Constitucional” nº 1 de 1969

⁹ Exemplos relacionados à esfera eleitoral em grande parte devidos à contribuição da Profa. Eneida Desirée Salgado, especialmente em sua fala na Semana Acadêmica do Centro Acadêmico Hugo Simas, em 24 de Agosto de 2009.

presidencial”. Ora, a regra que proíbe alianças conflitantes nas eleições regionais e nacionais não está no texto legal, não há trecho do diploma legal em questão que permita uma interpretação nestes termos. Assim, trata-se, utilizando as palavras do Ministro Eros Grau, de clara “construção pretoriana”, sem sustentação no texto legal. O quadro agrava-se com a constatação de que a Instrução nº 55 regulou as eleições de 2002, mesmo tendo sido aprovada no mesmo ano em que ocorreriam as eleições, sem observar o princípio da anterioridade (no caso, anterioridade eleitoral, artigo 16 da Constituição Federal). No entanto, a Emenda Constitucional 52/2006, que alterou as regras relativas a alianças eleitorais para permitir alianças distintas nos pleitos nacionais e regionais, não pôde ser aplicada na eleição do mesmo ano por força de decisão do STF, que reconheceu a necessidade de observância do princípio da anterioridade eleitoral.

Sobre os problemas do ataque à separação de poderes por meio de inovação legislativa introduzida no ordenamento jurídico pelo judiciário adverte Scalia:

Legislação feita por juizes é legislação *ex post facto*, e portanto injusta. Um ato não é proibido pelo estatuto, mas torna-se ilícito por uma construção jurídica. O legislativo não poderia fazer isto, pois a constituição proíbe. O judiciário não deve usurpar o poder legislativo, diz a Bill of Rights: mas ele não apenas usurpa, mas vai além dos limites do poder legislativo. Legislação feita por juizes é legislação especial. O juiz é humano e sente as predisposições que advêm das colorações do caso concreto. Se ele desejar decidir o próximo caso de maneira diferente, ele deve apenas distingui-lo¹⁰ do anterior, e assim produzir nova lei. O legislativo tem de agir a partir de uma visão geral e prescrever de uma só vez para toda uma classe de casos (SCALIA, 1997, p. 10).¹¹

¹⁰ “Distinguish” é o termo legal usado para definir a ação de comparar um caso perante a corte com um caso precedente no qual há similaridade apenas aparente. Ao fazer a distinção, a corte não precisará aplicar ou aplicará com limitações a argumentação legal que fundamenta a decisão do precedente.

Judge-made law is *ex post facto* law, and therefore unjust. An act is not forbidden by the statute law, but it becomes void by judicial construction. The legislature could not effect this, for the constitution forbids it. The judiciary shall not usurp legislative power, says the Bill of Rights: yet it not only usurps, but runs riot beyond the confines of legislative power.

Judge-made law is special legislation. The judge is human, and feel the bias which the coloring of the particular cases gives. If he wishes to 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.

RANTOUL, Robert. Oration at Scituate (July 4, 1836) *in* SCALIA, Antonin. A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. 1997. Princeton University Press. Pág. 10.

2.1.2 A evolução da doutrina

A doutrina da separação de poderes pode ser considerada, ao lado do conceito de governo representativo, como elemento central dos sistemas de governo que pretendem merecer o rótulo de “constitucional”. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 define, em seu artigo 16, que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”¹². O Professor Maurice Vile, da Universidade de Kent, enfatiza o papel da separação de poderes na limitação ao exercício do poder:

Teóricos das instituições ocidentais se preocuparam com o problema de assegurar que o exercício do poder governamental, o qual é essencial para a realização dos valores das sociedade, devesse ser controlado para que não se tornasse destrutivo dos valores que pretendia promover (...) [A doutrina da separação de poderes] permanece como a mais útil ferramenta para a análise de sistemas de governo ocidentais e a mais efetiva materialização do espírito que está por trás de tais sistemas. (VILE, 1998, p. 2) ¹³

De fato, parece seguro afirmar que a totalidade das democracias constitucionais ocidentais adota o princípio da separação de poderes, especialmente se adotarmos o critério do artigo 16 da Declaração de 1789 acima reproduzido, pois qualquer estado que não consagre tal separação fica excluído da definição de governo constitucional. No caso brasileiro os artigos 2º e 60, § 4º, III, da Constituição Federal não deixam dúvidas quanto à acolhida do princípio pelo constituinte, não apenas como mais um princípio entre tantos outros, mas como um daqueles protegidos contra emendas à constituição, constituindo parte do núcleo intangível da Constituição do Brasil.

¹² “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution.” Disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>

“Western institutional theorists have concerned themselves with the problem of ensuring that the exercise of governmental power, which is essential to the realization of the values of their societies, should be controlled in order that it should not itself be destructive of the values it was intended to promote (...) [The doctrine of separation of powers] remains the most useful tool for the analysis of western systems of government and the most effective embodiment of the spirit which lies behind those systems.” VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Segunda Edição. 1998. Liberty Fund. Indianapolis, EUA. Pagina 2.

Também as Constituições da França¹⁴, Estados Unidos¹⁵, Austrália¹⁶ e México¹⁷, para citar apenas alguns exemplos, adotam a divisão de poderes como princípio estruturante de suas configurações institucionais.

Trata-se de expediente que comprovadamente contribuiu ao longo do tempo para o controle do poder governamental e a ideia por detrás do princípio é bastante simples: separar o exercício do poder entre diversos órgãos é mais benéfico para o controle do exercício do poder (e para a democracia) do que a concentração em um órgão ou pessoa. O núcleo essencial da doutrina pode ser assim formulado:

É essencial para o estabelecimento e manutenção da liberdade política que o governo seja dividido em três ramos ou departamentos, o legislativo, o executivo e o judiciário. A cada um desses ramos corresponde uma função identificável do governo, legislativa, executiva e judicial. Cada ramo do governo deve ser confinado ao exercício de suas funções próprias e não deve ser permitida a ingerência nas funções dos demais ramos. Ainda, as pessoas que compõem tais ramos devem ser distintas, sem que a nenhum indivíduo seja permitido pertencer ao mesmo tempo a mais de um ramo. Desta maneira, cada um dos ramos do governo será um contrapeso aos demais e nenhum grupo de pessoas será capaz de controlar o aparelho do Estado (VILE, 1998, p. 2).¹⁸

¹⁴ A Constituição Francesa de 1958 registra expressamente sua aderência aos direitos do homem conforme a Declaração de 1789, que por sua vez consagra a separação de poderes como elemento fundamental de qualquer governo constitucional. Cumpre notar ainda que, embora não faça referência aos poderes legislativo, executivo e judiciário, o texto constitucional francês trata de estruturar os poderes governamentais dividindo-os entre um executivo bi-partido (chefe de estado: Titre II - Président de la République e chefe de governo: Titre III - Du Gouvernement, chefiado pelo Primeiro-Ministro), um legislativo (Titre IV – Le Parlement) e um judiciário (Titre VIII - De l'autorité judiciaire).

¹⁵ A Constituição dos Estados Unidos dedica seus três primeiros capítulos à divisão de poderes (ou competências) entre os três ramos: Article 1 – The Legislative Branch, Article 2 – The Executive Branch, Article 3 – The Judicial Branch

¹⁶ A Constituição Australiana, seguindo o modelo Estadounidense, dedica um capítulo a cada uma dos poderes, estabelecendo suas competências (Chapter I – The Parliament, Chapter II – The Executive Government, Chapter III – The Judicature)

¹⁷ [Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos](#), Titulo Tercero, Capitulo I de la Division de Poderes
Artículo 49. El supremo poder de la federacion se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial. No podran reunirse dos o mas de estos poderes en una sola persona o corporacion, ni depositarse el legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al ejecutivo de la union, conforme a lo dispuesto en el articulo 29. En ningun otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo parrafo del articulo 131, se otorgaran facultades extraordinarias para legislar.

¹⁸ “It is essential for the establishment and maintenance of political liberty that the government be divided into three branches or departments, the legislature, the executive, and the judiciary. To each of these three branches there is a corresponding identifiable function of government, legislative, executive, or judicial. Each branch of the government must be confined to the exercise of its own function and not allowed to encroach upon the functions of the other branches. Furthermore, the persons who compose these three agencies of government must be kept separate and distinct, no individual being allowed to be at the same time a member of more than one branch. In this way each of

Nota-se que tal formulação não inclui possibilidades de interferências de um “poder” (ou “órgão de soberania”¹⁹) na esfera de atuação do outro, sendo portanto uma formulação extrema e que deve ser tomada como um tipo ideal.

A doutrina da separação de poderes, conforme enunciada acima, pode ser dividida em três elementos centrais, que passamos a examinar. O primeiro é a recomendação de separação de agências governamentais em três categorias (legislativo, executivo e judiciário), caracterizando a difusão da autoridade governamental entre diferentes centros decisórios, em oposição à concentração totalitária. Ainda que hoje possa haver alguma dificuldade em encaixar nas três categorias todas as instituições que formam a estrutura governamental²⁰, a divisão clássica em três poderes reflete importantes elementos da teoria democrática liberal, além de atender à necessidades da divisão do trabalho, da especialização e da representação de diferentes valores através das peculiaridades e procedimentos distintos dos três poderes. A idéia fundamental é a de um contrapeso (“check”) interno pela criação de centros autônomos de poder que desenvolvem interesses institucionais próprios, tornando sensivelmente mais difícil que um só grupo possa dominar um governo dividido em agências separadas.

O segundo elemento consiste na afirmação de que existem três diferentes funções de governo. Ao contrário do primeiro elemento, que é simplesmente uma recomendação baseada no efeito benéfico da separação de agências governamentais, aqui se afirma que de fato existem três funções de governo e que as ações governamentais podem ser classificadas como um exercício dos poderes executivo, legislativo ou judiciário, pouco importando se em uma determinada configuração institucional tais funções são desempenhadas por uma mesma entidade ou por instituições distintas. A essa afirmação segue a recomendação de que cada função seja confiada

the branches will be a check to the others and no single group of people will be able to control the machinery of the State” VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Segunda Edição. 1998. Liberty Fund. Indianapolis, EUA. Pagina 14.

Há quem prefira o uso da expressão “órgãos de soberania”, principalmente por entender que “poder” é necessariamente soberano, indivisível e uno. No entanto, ao contrário da Constituição de 1891, que em seu artigo 15 utilizava a expressão (“São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”), a carta maior vigente adota o termo “poder” (seja em seu artigo 2º, seja nos títulos dos capítulos que regulam e organizam cada um dos “poderes”). Assim, utilizarei neste trabalho o termo “poder”, que apresenta ainda o benefício adicional da coincidência com a nomenclatura da doutrina examinada (separação de poderes).

²⁰ Ao contrário do que defendia John Sadler em 1649, não mais acreditamos que a divisão tripartite seja uma reflexo da Santíssima Trindade no plano político: “And why may not the Sacred Trinity be shadowed in Bodies Politic, as well as in Natural?” in VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Segunda Edição. 1998. Liberty Fund. Indianapolis, EUA. Página 16. Há, no entanto, ao menos a justificação prática quanto à conveniência de um número ímpar e quanto à maior possibilidade de dois poderes impedirem a exacerbação de um terceiro.

ao respectivo poder. Tal visão estrita das três funções de governo como imanentes à própria atividade estatal depende de significativo grau de abstração, mas ainda sim acabou por prosperar no contraponto à noção mais concreta de tarefas do governo (ou “atributos da soberania”, em número maior, que além de tarefas como a edição de leis incluía também a confecção de moeda e a construção de estradas²¹). A influência do êxito da noção mais abstrata de “poderes”, ainda que tenha sido severamente criticada exatamente pela excessiva abstração necessária para sua justificação, foi decisiva na definição das abordagens futuras e do próprio vocabulário empregado até hoje no estudo da atividade governamental.

O terceiro elemento da doutrina da separação de poderes pode ser chamado de “separação de pessoas”: trata-se da recomendação de que os três poderes devem ser compostos por grupos de pessoas distintos, sem coincidência de membros. É certamente possível conceber a existência de três poderes governamentais exercendo diferentes funções de governo, mas controlados pelas mesmas pessoas. Fica claro que este terceiro elemento é central para a concretização da noção geral que permeia a construção da doutrina da separação de poderes, qual seja, a de que, observados os três elementos acima, cada um dos poderes agirá como um contrapeso ao exercício de poder arbitrário pelos demais.

A principal evolução que sofreu a doutrina pura da separação de poderes diz respeito exatamente a como se concretiza este contrapeso ao exercício do poder. A solução inicial da doutrina pura defendia que a simples existência de centros decisórios distintos seria suficiente para tal fim. Ressalte-se que, de acordo com a doutrina pura, conforme formulada acima, não havia previsão de atuação de qualquer dos poderes além dos limites de suas funções próprias. O contrapeso oferecido era a simples existência da separação, sem que os poderes exercitassem qualquer papel ativo controlando ou influenciando os demais. Afinal, um dos objetivos centrais da doutrina é a restrição de cada um dos poderes ao exercício de suas funções próprias, evitando assim que sejam capazes de exercer controle ou influencia indevidos sobre os demais.

O desenvolvimento que se deu pela influência da teoria dos freios e contrapesos (“checks and balances”) foi no sentido de introduzir um papel ativo a cada um dos poderes na tarefa de contrapor e limitar o exercício de poder governamental pelos demais. Assim, surgiram hipóteses de atuação legítima de cada um dos poderes além dos limites tradicionais que correspondiam à função por eles exercida, possibilitando um determinado grau de controle direto pelo exercício de

²¹ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Segunda Edição. 1998. Liberty Fund. Indianapolis, EUA. Página 18

parcela da função correspondente a outro poder (veto à legislação pelo executivo, impeachment do chefe do executivo pelo legislativo etc.). Evidente que tal influência (agora não mais indevida) deve ser necessariamente limitada, mantendo intacto o núcleo da ideia da divisão de funções, de modo que as interferências se dêem somente nos limites constitucionais de atividade de controle ou influência de um poder sobre o outro, e não de maneira livre e ilimitada em nome de uma vaga “cooperação” entre os poderes.

Como visto acima, a doutrina da separação de poderes passou por sensível desenvolvimento ao longo da história. De sua formulação inicial, radical e absoluta, transformou-se em uma versão que atualmente permite certas mediações e interferências limitadas entre os poderes. Hoje, o problema da limitação do poder governamental é muito mais sutil e matizado, pois não nos levantamos contra monarcas exercendo um poder personalista opressivo, contra um ataque claro e direto à liberdade do cidadão, mas a ameaça frequentemente se apresenta como um processo lento, de “erosão” da democracia, através da extensão do poder na busca de resolução de problemas práticos complexos que exigem ação governamental forte e eficiente.

Neste ponto, ao mencionarmos a ação estatal, temos que enfrentar a crítica mais freqüente ao princípio da separação de poderes, que diz respeito à noção de liberdade política que o princípio busca preservar. Tal crítica denuncia a associação do princípio a uma noção da liberdade política essencialmente negativa, a liberdade vista como ausência de interferências ou restrições, uma visão liberal de liberdade. Seria necessária uma visão mais positiva da liberdade política, incluindo prestações positivas do Estado para garantir seu exercício. O Prof. Luiz Guilherme Marinoni explicita, em seu artigo “A Jurisdição no Estado Constitucional” que “o Estado Liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais.”²² Tal fim seria atingido principalmente através da legalidade, sendo fundamentais a generalidade e a abstração da lei, impedindo o juiz de interpretar a lei considerando circunstâncias particulares do caso. É evidente em tal visão a valorização da segurança jurídica, considerada indispensável para a manutenção da liberdade. Neste sentido, o Prof. Marinoni cita Montesquieu: “se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”²³. Fica claro que, além da ideia de separação dos poderes como limitação à

²² MARINONI, Luiz Guilherme. “A Jurisdição no Estado Constitucional”. Página 9. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdição_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1

²³ Idem, página 10.

atuação estatal, está também em jogo a noção de segurança jurídica, definida pelo Prof. José Roberto Vieira como “previsibilidade e certeza do direito”²⁴. Afinal, um poder judiciário com poderes interpretativos ilimitados, que considere “superada” a separação de poderes, será certamente uma ameaça real à segurança jurídica. Sem pretender aprofundar a discussão deste tema específico, limitamo-nos a fazer referência aos escritos do Prof. José Roberto Vieira quanto a três aspectos do princípio da segurança jurídica: a) tal princípio está consagrado no preâmbulo da Constituição Federal do Brasil (como um dos valores supremos da República Federativa do Brasil) e no caput do artigo 5º (como direito fundamental); b) consiste nas noções de certeza do direito, relacionada com a delimitação das esferas jurídicas dos cidadãos entre si e perante o Estado, e previsibilidade, especialmente da ação estatal, afastando as surpresas que repugnam ao nosso sistema jurídico; c) a segurança jurídica é medida do grau de civilização de uma sociedade: “o patamar de civilização de uma dada sociedade pode ser aferido por intermédio do grau de consagração da segurança em seu sistema jurídico.”²⁵

Retomando a questão da crítica à noção de liberdade política subjacente ao princípio da separação de poderes, o Prof. Vile defende que “o reconhecimento da necessidade de ação governamental para oferecer as condições para o crescimento e desenvolvimento individual é complementar a, e não incompatível com, a visão segundo a qual os limites à atuação governamental são parte essencial da teoria da liberdade política”²⁶. De fato, o desenvolvimento da ideia de liberdade política no Estado Social deve trazer a complementaridade das prestações positivas e das limitações ao poder estatal, e não um abandono das conquistas institucionais do Estado Liberal em nome de uma “nova” liberdade política. Ou seja, não parece adequado uma visão maniqueísta e ingênua de que o Estado Liberal era “inimigo” do cidadão e por isso eram necessárias limitações à sua atuação, enquanto o Estado Social é “amigo” do cidadão, sendo desejável dispensar as clássicas limitações à sua atuação em nome das prestações positivas que passa a oferecer. A noção de cooperação entre os poderes para a realização dos valores da

²⁴ VIEIRA, José Roberto. Princípios Constitucionais e Estado de Direito in Revista de Direito Tributário. São Paulo, RT, 1990. Páginas 98-99.

²⁵ VIEIRA, José Roberto. Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: a insólita opção estatal pelo “Viver Perigosamente, in SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.) Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito. São Paulo, Noeses, 2005. Páginas 317-318

²⁶ “The recognition of the need for government action to provide the necessary environment for individual growth and development is complementary to, not incompatible with, the view that restraints upon government are an essential part of a theory of political liberty”. VILE, M.J.C. Constitutionalism and the separation of powers. Segunda Edição. 1998. Liberty Fund. Indianapolis, EUA. Pág. 15.

sociedade é sem dúvida interessante e mais adequada do que uma ideia de separação radical entre os poderes, mas não seria recomendável perder de vista que as limitações ao poder estatal são essenciais a qualquer concepção de liberdade política que pretenda preservar as garantias ao cidadão, não sendo razoável pretender deixá-las de lado diante da mera alegação de superação pelo advento do estado social.

Finalizando esta seção, deixamos aqui um argumento final (proferido por Scalia em sua crítica à postura da Suprema Corte em *Planned Parenthood v. Casey*) contra o abandono das conquistas liberais de limitação do poder governamental, lembrando que, deixado à própria sorte, o poder não tende à auto-limitação, mas sim à expansão: “nenhum servidor do governo é ‘tentado’ a estabelecer limites a sua própria liberdade de ação, e por isso Lord Acton não disse ‘O poder tende a purificar’. A tentação desta Corte é exatamente na direção contrária e mais natural – na direção de sistematicamente eliminar freios ao seu próprio poder; e ela sucumbe [à tentação]”²⁷.

2.2. A questão da legitimidade do judiciário

É frequente o questionamento sobre a legitimidade do judiciário para figurar como último elo da cadeia institucional de controles da atuação do poder governamental em suas diversas manifestações, principalmente sob a alegação de que um corpo de juízes não-eleitos não gozaria de legitimidade para anular atos dos representantes eleitos.

Diversos juristas discutiram a conveniência de confiar ao judiciário o último elo de controle institucional. Rui Barbosa defendia a atribuição de tal papel ao judiciário e, ainda que seus argumentos possam à primeira leitura ser vistos como fundados em uma avaliação negativa da composição de momento dos poderes legislativo e executivo, parece-nos que há na verdade uma constatação sobre a natureza da política e da imprudência de confiarmos ao jogo político a última palavra sobre a defesa dos direitos:

²⁷ “No government official is ‘tempted’ to place restraints upon his own freedom of action, which is why Lord Acton did not say ‘Power tends to purify’. The Court's temptation is in the quite opposite and more natural direction--towards systematically eliminating checks upon its own power; and it succumbs” *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (91-744), 505 U.S. 833 (1992)

Pois se, de revisão em revisão e de recurso em recurso, a um paradeiro havemos de chegar, onde se estanque, e donde não se tolere mais recurso, nem revisão, por que iríamos assentar esse último elo na política, em vez de o deixar na magistratura? Pois, se da política é que nos queremos precaver, buscando a justiça, como é que à política deixaríamos a última palavra contra a justiça? Pois, se nos tribunais é que andamos à cata de guarida para os nossos direitos, contra os ataques sucessivos do Parlamento ou do Executivo, como é que volveríamos a fazer de um destes dois poderes a palmatória dos tribunais? (BARBOSA, 1941).²⁸

Fica evidente nesta passagem que caberia ao judiciário a “precaução contra a política”, que é exatamente o que busca o constituinte ao consagrar certos direitos na Constituição, os quais deverão sobreviver a mudanças políticas e maiorias de momento. Seria então o judiciário o poder que tem condições de fazer valer as “precauções” adotadas pelo constituinte, por não estar engajado no jogo político.

A tendência de confiar ao judiciário a revisão dos atos dos demais poderes já estava presente em alguns dos escritos dos *founding fathers* norte-americanos. Alexander Hamilton, no federalist paper número 78, defendia tal posicionamento, baseado em parte na ideia de que o judiciário seria o poder menos perigoso, pois não controlaria “nem a espada, nem a bolsa”²⁹: “O campo próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juizes. Em conseqüência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do legislativo.”³⁰ O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, explicita que a atuação do judiciário não se pauta pela regra da maioria: “O poder das cortes supremas, particularmente das cortes constitucionais, em especial no controle abstrato de constitucionalidade, é o que se tem chamado um poder essencialmente contramajoritário. Trata-se de garantir ou procurar garantir a Constituição nos princípios que não se lastreia em votos. Em que a decisão não se constrói pela maioria, mas com

²⁸ Discurso proferido pelo Conselheiro Rui Barbosa no Instituto dos Advogados, ao tomar posse do cargo de Presidente, em 19 de novembro de 1914. Transcrito da Revista do Supremo Tribunal, vol. 2, 2ª pt., ag./dez. 1914, p. 393-414, disponível em <http://www.colegiosaofrancisco.com.br/alfa/rui-barbosa/o-supremo-tribunal-federal-na-constituicao-brasileira.php>

²⁹ The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments. HAMILTON, Alexander. The Federalist no. 78. Disponível em <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>

³⁰ VIEIRA, Renato Stanzola. Jurisdição Constitucional Brasileira e os Limites de sua Legitimidade Democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pág 61.

princípios fundamentais da convivência de interesses e de idéias contrapostas e garantias.”³¹ O Prof. Fabio Konder Comparato oferece ainda outro argumento pela posição do judiciário como revisor dos atos dos representantes populares

O povo não pode atuar, ao mesmo tempo, como acusador e julgador; ele não pode decidir, por exemplo, se a manifestação de sua vontade numa eleição, num referendo ou num plebiscito é conforme ou não à ordem jurídica, pois numa república a ninguém é lícito atuar como juiz em causa própria. É por aí que se deve entender a posição do Judiciário, na organização democrática de poderes. Ele não é nem pode ser representante do povo, mas atua sempre como árbitro de todos os conflitos de interesse, inclusive quando o povo é uma das partes em causa, seja como demandante ou como demandado. A qualidade essencial do árbitro, escusa lembrá-lo, é a sua imparcialidade (COMPARATO, 2006).³²

2.2.1. O povo como instância global de atribuição de legitimidade

Ao pensarmos sobre a origem da atuação legítima do judiciário, voltamo-nos necessariamente às contribuições de Friedrich Müller veiculadas em sua obra “Quem é o povo: a questão fundamental da democracia”. Müller defende que não é possível ver a atuação do povo ativo (basicamente identificado com o povo como eleitor) no “trabalho jurídico” desempenhado pelos servidores do Estado. O ciclo de legitimação iniciado com a atuação do povo ativo é interrompido, mas de maneira democrática, desde que observadas como vinculantes as normas democraticamente instituídas nas diversas possibilidades de atuação do judiciário (“tratamento do caso, decisão com caráter de obrigatoriedade, controle e revisão”): “textos de normas democraticamente instituídos são *ius civile*. Quando eles são respeitados no trabalho cotidiano dos juristas como vinculantes e observados de forma correspondentemente séria no tocante ao método, o trabalho jurídico permanece no discurso do direito popular. Ele não resvala para um *ius honorarium*; no Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor

31

VIEIRA, Renato Stanzola. Jurisdição Constitucional Brasileira e os Limites de sua Legitimidade Democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pág 308

COMPARATO, Fabio Konder. Repensar a Democracia, página 222. In Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis, Conceito Editorial, 2006.

romano.”³³ Nesse contexto, e acrescentando ainda a aceitação prática pelo povo do ordenamento jurídico, vê-se o povo como instância global de atribuição de legitimidade democrática.

Trazendo tal reflexão para o objeto do presente trabalho, vemos reforçada a ideia da necessidade de atuação das cortes constitucionais nos limites do texto constitucional, afinal é esse texto, e apenas ele, que atribui legitimidade à atuação da jurisdição constitucional. Nesse sentido, podemos questionar decisões baseadas em julgamentos de conveniência ou em preferências morais dos juízes, ou ainda decisões judiciais que criam normas (como as analisadas na seção anterior) ou anulam atos normativos não por serem incompatíveis com o texto constitucional, mas sim por serem considerados tolos ou indesejáveis pelos magistrados. Pelo acima exposto, defendemos o reconhecimento da legitimidade do judiciário para exercer o controle dos atos dos demais poderes, desde que atue nos limites do texto constitucional, pois é deste que recebe a legitimidade para atuar contra-majoritariamente, sendo exatamente o texto constitucional o único instrumento que possui legitimidade para se sobrepor e predeterminar as escolhas dos representantes populares.

3. O Textualismo como método de interpretação constitucional

3.1 A atual situação da interpretação

Não há atualmente, seja na ciência do direito, seja entre seus operadores, qualquer consenso quanto a uma metodologia definida a ser utilizada para a interpretação de textos legais (constitucionais ou infra-constitucionais). Na verdade, parece que a ideia sobre a qual se concentra maior convergência é exatamente a da prescindibilidade ou mesmo impossibilidade do estabelecimento de um método de interpretação consistente. Os métodos tradicionais (textual, histórico, teleológico e sistemático) podem ser aplicados simultaneamente ao mesmo caso e oferecer diferentes soluções, cabendo ao intérprete escolher o desfecho da questão, pois não há consenso sobre uma relação hierárquica entre tais métodos. Tampouco qualquer dos novos métodos de interpretação propostos alcançou consenso³⁴. O Juiz Antonin Scalia descreve assim a situação nas cortes norte-americanas: “Não espere que a teoria de interpretação de estatutos de

3

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo: A questão fundamental da democracia. 2ª Edição. Editora Max Limonad. São Paulo, 2000. Pág. 59.

³⁴ MORO, Sergio Fernando. Jurisdição Constitucional como Democracia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. Pág 164-169

qualquer pessoa seja uma descrição precisa do que as cortes de fato fazem com os estatutos. A verdade concreta é que as cortes americanas não tem uma teoria de interpretação de estatutos inteligível, amplamente aceita e consistentemente aplicada. Certamente este é um comentário triste: nós, juízes americanos, não temos uma teoria inteligível sobre o que mais fazemos.”³⁵

O textualismo³⁶ de Scalia, que pode ser considerado como derivação próxima do método tradicional textual, enfrenta tal cenário com elevadas pretensões, mesmo contra o forte estigma das associações ao Positivismo e ao Conservadorismo³⁷. Scalia não hesita em dizer que, embora conheça as demais posições em relação à interpretação constitucional e respeite as pessoas que as defendem, considera que estão “simplesmente equivocados”³⁸. É possível identificar Scalia como o único juiz da suprema corte americana e um dos poucos juristas contemporâneos a defender um único método a ser consistentemente aplicado a todos os casos que se apresentem aos órgãos encarregados de exercer a jurisdição constitucional, o que por si só torna tal proposta digna de exame.

3.2 A proposta textualista

As linhas gerais do método textualista são bastante simples. O juiz, ao interpretar a constituição (ou outro estatuto), deve concentrar-se no texto em análise. Sendo inequívoco o significado do texto, está encerrada a busca do juiz, o resultado inequívoco da leitura do texto será necessariamente o resultado correto da interpretação constitucional, bastando ao juiz determinar se o texto oferece ou não suporte ao direito alegado. Caso haja discordância sobre o

³⁵ “Do not expect anybody’s theory of statutory interpretation, whether it is your own or somebody else’s, to be an accurate statement of what courts actually do with statutes. The hard truth of the matter is that American courts have no intelligible, generally accepted and consistently applied theory of statutory interpretation. Surely this is a sad commentary: We American judges have no intelligible theory of what we do most” SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton University Press. Pág. 14.

Embora o Prof. Sergio Fernando Moro utilize o termo amplo “Interpretativismo” para se referir ao método empregado por Scalia (*Jurisdição Constitucional como Democracia*, pág. 169), neste trabalho será utilizado o termo específico “Textualismo”, de acordo com o uso do próprio Scalia e de seus comentadores.

Questiona-se apenas o estigma, pois a associação certamente faz sentido, como fica claro em passagem de Paulo Bonavides: “O positivista, como intérprete da Constituição, é um conservador por excelência. Quem muda a constituição é o legislador, ou seja, o constituinte, e não o intérprete” BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Forense, Rio de Janeiro, 1985. Pág. 186. Ademais, é evidente o papel conservador da própria constituição ao excluir do processo legislativo determinados direitos e valores, dificultando propositadamente a mudança.

significado de determinados termos do estatuto, deve-se atribuir às palavras seu significado ordinário na época em que foram escritas, entendendo-as da maneira em que seriam compreendidas por aqueles que as escreveram e por aqueles que estavam sujeitos ao texto legal. Neste sentido, a tradição legal e comportamental-social posterior ao estatuto deve ser considerada como indício do que significava tal texto para a sociedade que democraticamente o adotou. Kevin Ring assim descreve o textualismo de Scalia: “Conhecido como Textualismo, o método de Scalia primeiramente dirige os juízes a se concentrarem nas palavras do estatuto ou regulamento (...) às palavras deve ser atribuído o significado ordinário que teria feito sentido para o congresso (ou legislativo estadual) que editou a lei e ao povo que estaria submetido a ela.”³⁹ Semelhante é a descrição de Ralph Rossum: “uma abordagem interpretativa do tipo “original meaning”, que atribui primazia ao texto e tradição da Constituição ou da lei objeto da interpretação e declara ser o dever do juiz aplicar aquele texto quando ele é claro ou a tradição legal específica que do texto se origina (isto é, o que significava para a sociedade que o adotou) quando não o é.”⁴⁰

Por conta da supremacia conferida ao texto constitucional, Scalia frequentemente recorre a dicionários contemporâneos à aprovação do texto para encontrar o significado correto dos termos empregados e fundamentar a interpretação. Ralph Rossum incluiu em seu livro “Antonin Scalia’s Jurisprudence: Text and Tradition” um apêndice listando 69 votos de Scalia nos quais ele cita dicionários para esclarecer a interpretação de textos legais.

É fundamental enfatizar que Scalia defende a utilização da tradição legal e social apenas para interpretação de texto constitucional ambíguo, conforme defendido em seu voto (minoritário, com adesão de outros três juízes) no caso *Rutan v. Republican Party of Illinois*: “Eu defendo o papel da tradição para atribuir conteúdo apenas a texto constitucional ambíguo; **nenhuma tradição pode superar a Constituição.**”⁴¹

5

³⁹ “Known as textualism, Scalia’s methodology first directs judges to focus on the words of a statute or regulation. (...) words should be accorded the ordinary meaning that would have made sense to the congress (or state legislature) that passed the law and to the people who would have been subjected to it. RING, Kevin A. *Scalia Dissents*. Pág 24

⁴⁰ “an ‘original meaning’ interpretive approach that accords primacy to the text and tradition of the Constitution or the statute being interpreted and that declares it is the duty of the judge to apply that text when it is clear or the specific legal tradition flowing from that text (i.e., what it meant to the society that adopted it) when it is not. ROSSUM, Ralph A. *Antonin Scalia’s Jurisprudence: Text and Tradition*. University Press of Kansas, 2006. Pág 2.

⁴¹ “I argue for the role of tradition in giving content only to ambiguous constitutional text; no tradition can supersede the Constitution”. *Rutan v. Republican Party of Illinois* (88-1872), 497 U.S. 62 (1990), disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/88-1872.ZD.html#FN1>

3.2.1. Diferenciação entre Textualismo (original meaning) e Originalismo (original intent)

Scalia defende em seu artigo inicial no livro “A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law” que a ausência de uma “lei” de interpretação nos Estados Unidos é tão evidente que não apenas inexistem uma metodologia de interpretação, mas sequer há clareza sobre qual é o objetivo da interpretação. Afinal, o que buscamos quando interpretamos uma lei? É freqüente a referência à intenção do legislador (*mens legislatoris*) na justificação de uma determinada interpretação legislativa. Esta não é, no entanto, a proposta do Textualismo de Scalia, que defende a busca pela “intenção objetivada” no texto da lei. Ele defende que, se aceitássemos a busca pela intenção do legislador, ou seja, uma busca por aquilo que o legislador **pretendia dizer**, deveríamos então acolher as atas das reuniões parlamentares ou mesmo um depoimento do líder da maioria parlamentar como instrumentos idôneos a estabelecer significados da lei mesmo em sentido contrário ao texto expresso, pois pode ter havido um equívoco de expressão pelo legislador no texto da lei editada.

Ora, Scalia se posiciona contra tal abordagem, defendendo que seria “simplesmente incompatível com um governo democrático, ou mesmo com um governo justo, ter o significado de uma lei determinado por aquilo que o legislador quis dizer, ao invés de determinado por aquilo que o legislador promulgou. (...) É a lei que governa, não a intenção do legislador. Parece ser esta a essência do famoso ideal americano consagrado na Constituição de Massachussetts: Um governo de leis, não de homens. Homens podem pretender o que bem entendam; mas são apenas as leis que eles editam que nos vinculam.”⁴² Scalia considera a ideia de que a interpretação da lei seja determinada pela intenção do legislador como sendo um passo adiante no artifício atribuído ao imperador romano Nero, do qual se dizia que mandava postar os editos bem ao alto dos pilares, para que não pudessem ser lidos, defendendo que atribuir força vinculante a intenções não-expressas seria similarmente tirânico. Na prática, a partir do momento em que se admite que não há necessária conexão entre o que de fato disse (ou escreveu) o legislador (o texto da lei) e

⁴² “...simply incompatible with democratic government, or indeed, even with fair government, to have the meaning of a law determined by what the lawgiver meant, rather than by what the lawgiver promulgated (...) It is the law that governs, not the intent of the lawgiver. That seems to me the essence of the famous American ideal set forth in the Massachussetts Constitution: a government of laws, not of men. Men may intend what they will; but it is only the laws that they enact which bind us”. SCALIA, Antonin. A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. Princeton University Press. Pág. 17.

sua intenção, então estariam os juízes autorizados a se perguntarem qual **deveria ser** a intenção de uma pessoa sábia e inteligente, o que nos leva à conclusão de que a lei significa aquilo que o juiz acha que ela deveria significar.

O caso *Church of the Holy Trinity v. United States* serve para ilustrar as conseqüências da abordagem que dá primazia à intenção do legislador. A igreja em questão contratou um pastor inglês para conduzir os serviços da igreja. O Estado acusou a igreja de violar lei que proibia a todos de “de qualquer maneira auxiliar ou encorajar a importação ou migração de um estrangeiro para os Estados Unidos, sob contrato ou acordo feito antes da importação ou migração do estrangeiro, para realizar trabalhos ou serviços de qualquer espécie nos Estado Unidos.”⁴³ A corte distrital de New York considerou que a igreja, ao contratar o pastor estrangeiro, incorreu na multa que a lei previa. A Suprema Corte, no entanto, revertou a decisão, mesmo após admitir no trecho inicial do voto vencedor que “o ato da igreja se enquadra no texto desta seção, pois a relação do pastor com a igreja é de serviço, implicando trabalho de um lado e uma compensação de outro. Não apenas ambas as palavras ‘trabalho’ e ‘serviço’ são utilizadas, mas também, para prevenir contra interpretações restritivas e enfatizar a amplitude de significado, adicionou-se a expressão ‘de qualquer espécie’ ”⁴⁴. No entanto, ao final, conclui que o legislador, ao buscar atacar um mal, acabou por usar uma linguagem ampla que incluía a proibição a atos que, de acordo com a história e o espírito da nação, não deveriam ser intencionalmente objeto de proibição, tornando inválida a proibição no caso em questão: “É o dever das cortes, nestas circunstâncias, dizer que, malgrado a amplitude da linguagem utilizada pela lei, o ato, embora enquadrado pelo texto da lei, não se enquadra à intenção do legislador, e portanto não pode se enquadrar à lei”⁴⁵. Scalia critica tal posicionamento, defendendo que o ato da igreja enquadrava-se no texto da lei e, portanto, enquadrava-se na proibição legal, e ponto final: “O congresso pode editar leis tolas ou leis sábias, e não é papel das cortes dizer quais são tolas ou sábias e reformar as primeiras”⁴⁶

⁴³ in any way assist or encourage the importation or migration, of any alien or aliens, any foreigner or foreigners, into the United States ... under contract or agreement ... to perform labor or service of any kind in the United States

⁴⁴ “the act of the corporation is within the letter of this section, for the relation of rector to his church is one of service, and implies labor on the one side with compensation on the other. Not only are the general words "labor" and "service" both used, but also, as it were to guard against any narrow interpretation and emphasize a breadth of meaning, to them is added "of any kind" Church of the Holy Trinity v. United States, 143 U.S. 457 (1892)

It is the duty of the courts, under those circumstances, to say that, however broad the language of the statute may be, the act, although, within the letter, is not within the intention of the legislature, and therefore cannot be within the statute. SCALIA, Antonin. A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. Princeton University Press. Pág. 20

⁴⁶ Idem, pág. 21.

3.3 O método na prática

Examinaremos a seguir alguns votos de Scalia em casos apreciados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, com o objetivo de analisar a aplicação concreta do método acima descrito em casos relevantes. No curso de tal exame serão discutidas questões incidentais à aplicação do método à medida em que se apresentem.

3.3.1 Sexta Emenda: O direito do acusado de confrontar testemunhas

Maryland v. Craig⁴⁷ trouxe à Suprema Corte um caso no qual a acusada, Sandra Ann Craig, havia sido condenada pela justiça do Estado de Maryland por abuso sexual contra uma criança de seis anos de idade. Durante o julgamento, o testemunho da vítima foi realizado por meio de transmissão de vídeo em via única (geração de imagem e som do testemunho da vítima para a sala de audiências apenas, a partir de sala na qual estão presentes apenas o representante do Ministério Público e o advogado de defesa), com base em procedimento regulado por lei estadual⁴⁸ que permitia a utilização de vídeo quando demonstrado que o testemunho em audiência resultaria em sérias conseqüências emocionais à criança, de tal forma que ela não poderia se comunicar adequadamente. A defesa recorreu alegando que o procedimento adotado violava uma das garantias da Sexta Emenda: “em todas as ações penais, o acusado terá o direito de confrontar as testemunhas contra ele”⁴⁹. A Corte de Apelação do Estado de Maryland reverteu a condenação, decidindo que não foram observados os requisitos para a aplicação de procedimento que afastava a garantia de confrontação pessoal (que seriam (a) testemunho inicialmente na presença do acusado e (b) averiguação da possibilidade de testemunho por vídeo-conferência, ou seja, transmissão de imagem e som nos dois sentidos). Fica evidente pelo teor de sua decisão que a Corte de Apelação de Maryland entende que é possível, mediante a observação de certos

⁴

Maryland v. Craig (89-478), 497 U.S. 836 (1990), disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-478.ZD.html>

⁴ Section 9-102 of the Courts and Judicial Proceedings Article of the Annotated Code of Maryland (1989)

“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district where in the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence”. Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

requisitos, afastar a garantia de confrontação pessoal da Sexta Emenda. A Suprema Corte reverteu a decisão da Corte de Apelação de Maryland, considerando válido o julgamento e entendendo que “o interesse do Estado de Maryland na proteção de testemunhas crianças do trauma de testemunhar em casos de abuso contra crianças é suficientemente importante para justificar o uso do procedimento especial, contanto que a acusação demonstre adequadamente a necessidade no caso individual”⁵⁰.

O método textualista de Scalia, ao contrário, leva ao entendimento de que a garantia constitucional explícita de confrontação do acusador “em todas as ações penais” não pode ser afastada em nenhuma hipótese:

Apenas em raras ocasiões esta corte falhou tão conspicuamente em defender uma garantia Constitucional categórica contra a maré da opinião corrente majoritária. A Sexta Emenda prevê, com clareza inequívoca, que ‘em todas as ações penais, o acusado terá o direito de confrontar as testemunhas contra ele’. O propósito de consagrar tal proteção na Constituição foi o de assegurar que nenhum dos vários interesses perseguidos de tempos em tempos por leis ordinárias pudessem se sobrepor ao direito do acusado de encarar seus acusadores em juízo. A Corte, no entanto, diz: ‘Concluimos hoje que o interesse do Estado no bem-estar físico e psicológico de vítimas de abuso sexual contra crianças pode ser suficientemente importante para se sobrepor, ao menos em alguns casos, ao direito do acusado de confrontar seus acusadores em juízo. O fato de uma maioria significativa dos Estados ter aprovado leis para proteger testemunhas crianças do trauma de testemunhar em casos de abuso contra crianças confirma a convicção amplamente disseminada na importância de tal política pública’. [Trata-se de] **subordinação do texto constitucional explícito à política pública preferida do momento**. (...) Por ser o texto da sexta emenda claro e porque **a Constituição existe para proteger contra, e não para se conformar às atuais ‘opiniões amplamente disseminadas’**, eu respeitosa discordo. [grifei] (SCALIA, 1990).⁵¹

⁵⁰ Maryland's interest in protecting child witnesses from the trauma of testifying in a child abuse case is sufficiently important to justify the use of its special procedure, provided that the State makes an adequate showing of necessity in an individual case. In “Maryland v. Craig”

⁵¹ Seldom has this Court failed so conspicuously to sustain a categorical guarantee of the Constitution against the tide of prevailing current opinion. The [Sixth Amendment](#) provides, with unmistakable clarity, that “[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right . . . to be confronted with the witnesses against him.” The purpose of enshrining this protection in the Constitution was to assure that none of the many policy interests from time to time pursued by statutory law could overcome a defendant's right to face his or her accusers in court. The Court, however, says: “We ... conclude today that a State's interest in the physical and psychological well-being of child abuse victims may be sufficiently important to outweigh, at least in some cases, a defendant's right to face his or her accusers in court. That a significant majority of States has enacted statutes to protect child witnesses from the trauma of giving testimony in child abuse cases attests to the widespread belief in the importance of such a public policy.” Ante, at 13.

No voto vencido de Scalia fica claro um dos principais imperativos do método textualista, que passaremos a explorar a seguir.

3.3.1.1 Disposição explícita da Constituição

Havendo disposição explícita pela constituição, tal disposição deve ser aplicada. Esta afirmação pareceria ser desnecessária, mesmo tautológica, para aqueles que estão na corte constitucional exatamente para defender a Constituição⁵². No entanto, não é o que se verifica. As mais elaboradas construções teórico-jurídicas são frequentemente desenvolvidas por brilhantes juristas para “escapar” das consequências do texto constitucional vistas como indesejáveis em determinado momento. Vejamos o exemplo do uso de prova ilícita no processo civil no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 5º, LVI, da Constituição Federal dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O Professor Luiz Guilherme Marinoni desenvolve uma complexa argumentação para justificar que o texto constitucional que expressamente proíbe a admissão de provas ilícitas no processo não deve ser entendido dessa forma:

Ainda que no processo civil a descoberta da verdade não seja justificativa da prova ilícita – diante da própria norma constitucional –, nele não se exclui a possibilidade de ponderação entre o *direito que se pretende tutelar* e o direito violado pela prova ilícita. Frise-se que a ponderação não é entre a *descoberta da verdade* e o direito violado pela prova, mas sim entre o *direito material que se deseja tutelar na forma jurisdicional* e o direito material violado pela prova ilícita. (...) A norma que proíbe a prova ilícita faz apenas a ponderação entre a proteção do direito material por ela violado e a *descoberta da verdade*. A admissibilidade do emprego da regra da proporcionalidade, na hipótese de prova ilícita, decorre da premissa de que a norma não ponderou entre a tutela do direito material violado pela prova e o *risco de negação de todas as espécies de direitos materiais*. Lembre-se que a proibição de descobrir a verdade por meio de prova ilícita tem o objetivo especial de colocar freio na ansiedade da atividade punitiva estatal. É possível

Because of this subordination of explicit constitutional text to currently favored public policy (...) Because the text of the [Sixth Amendment](#) is clear, and because the Constitution is meant to protect against, rather than conform to, current "widespread belief," I respectfully dissent. In *Maryland v. Craig*

⁵² Artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

Artigo 6º da Constituição dos Estados Unidos: “The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and **judicial** Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to **support this Constitution**”

dizer, portanto, que a norma aceitou o risco de a justiça deixar de condenar um criminoso, mas não negou a possibilidade de tutela de um direito fundamental dependente de prova ilícita. Ou seja, tal *norma não ponderou tudo o que havia a ser ponderado*, e por isso deixou ao juiz a possibilidade de ponderar entre o direito fundamental violado pela prova *e o direito fundamental que se pretende através dela tutelar* [grifos no original] (MARINONI, 2008, p. 196).⁵³

Com a devida vênia, discordamos da abordagem acima, pois o autor vai muito além de meramente “psicoanalisar” o legislador para revelar sua intenção (o que já seria questionável): ele afirma saber qual foi exatamente a ponderação realizada pelo constituinte (apenas entre a descoberta da verdade e o direito violado pela prova ilícita), bem como qual foi exatamente sua intenção (colocar freio na ansiedade da atividade punitiva estatal), afirmando ainda saber que há uma outra ponderação a ser feita (entre o direito material que se pretende tutelar através da prova e o direito violado pela prova ilícita), a qual, garante o Prof. Marinoni, não foi realizada pelo constituinte, o que significaria que o constituinte teria deixado a cargo do juiz a realização de tal ponderação. Ora, se admitirmos que esse tipo de construção (ou desconstrução) teórica é válida para afastar a aplicação de vedação expressa do texto constitucional, então não há limites para a imaginação e tudo é possível. Nada impede que visualizemos e justifiquemos inúmeras “segundas ponderações” que consideremos não realizadas pelo constituinte e que poderiam então ser realizadas pelo judiciário para afastar texto constitucional expresso. Neste ponto fica evidente que a Constituição perde relevância e utilidade. Toda a argumentação a favor da aplicabilidade imediata e incondicionada dos dispositivos constitucionais, endossada inclusive pelo próprio Prof. Marinoni⁵⁴, parece aqui ser deixada de lado.

Registre-se que as situações que muitas vezes motivam tais expedientes são de fato perturbadoras. O Prof. Marinoni, introduziu sua aula para o 5º ano desta Faculdade de Direito neste ano de 2009, na qual tratou do tema das provas ilícitas, relatando o caso do Recurso em Mandado de Segurança 5352/GO. Neste caso, a impetrante/recorrente ministrava o fármaco

⁵³ MARINONI, L. G. Prova Ilícita. In: Ives Granda Martins; Francisco Rezek. (Org.). Constituição Federal - Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 196-210.

⁵⁴ “De acordo com o art. 5o, §1o, da Constituição Federal, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Quando se diz que tais normas têm aplicação imediata, deseja-se evidenciar sua força normativa. Como a essa norma não se pode atribuir função retórica, não há como supor que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva somente possa se expressar em conformidade com a lei, e que assim seja dela dependente.” MARINONI, Luiz Guilherme. O Controle do Poder Executivo do Juiz. Pág. 10. Disponível em <http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/2007081011343319.pdf>

Lexotan a suas filhas para facilitar seus encontros com amante. O marido suspeitou e gravou conversa telefônica entre a esposa e o amante, que revelava a conduta descrita. O STJ concedeu a segurança à recorrente, determinando o desentranhamento da decodificação da fita magnética contendo a conversação ilegalmente gravada. Deveria a prova ilícita ser aceita, ao menos em processo de guarda dos filhos? Parece que o mais conveniente seria a existência de regimes distintos para os distintos processos, eventualmente deixando a regulação de exceções à proibição da prova ilícita no processo civil para legislação infraconstitucional. No entanto, não é esta a situação atual. Novamente aqui se coloca a questão: poderia o judiciário reformar a constituição, através de uma construção teórica como a do Prof. Marinoni, e estabelecer tais regimes distintos e exceções à vedação constitucional? Ou caberia apenas ao constituinte derivado tal atribuição?

Neste ponto devemos trazer à discussão a questão da distinção entre regras e princípios, abordada pelo Prof. Humberto Ávila em sua obra “Teoria dos Princípios”. Afinal, parece ser um entendimento amplamente disseminado (apesar de criticado pelo Prof. Ávila⁵⁵), na linha de Dworkin⁵⁶, que princípios podem ter sua aplicação restrita através de ponderação com outros princípios ou interesses que estejam em jogo, enquanto as regras seriam aplicadas segundo a lógica do “tudo ou nada”. A se admitir tal distinção, bastaria definir, nos exemplos acima, se a norma que proíbe a utilização de prova ilícita no processo e a garantia constitucional de confrontação do acusador são regras ou princípios. Se entendermos que se trata de regra, decorreria como consequência a necessidade de sua aplicação e toda a construção teórica defendida pelo Prof. Marinoni, bem como a ponderação realizada pela Suprema Corte entre a garantia constitucional de confrontação e as políticas públicas predominantes, não deveriam abalar tal conclusão. No entanto, Ávila defende que não é possível fazer tal distinção estanque entre regras e princípios, pois mesmo normas que se apresentam como regras podem não ser

5

Na seção “Análise Crítica” sobre o critério do “modo final de aplicação” como distintivo entre princípios e regras. AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros Editores. 4ª Edição. São Paulo, 2005. Pág. 36-37

“The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision. (...) A principle like 'No man may profit from his own wrong' does not even purport to set out conditions that make its application necessary. Rather, it states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision. If a man has or is about to receive something, as a direct result of something illegal he did to get it, then that is a reason which the law will take into account in deciding whether he should keep it.” DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Harvard University Press. 1978.

aplicadas mesmo que o fato nela descrito seja observado, oferecendo como exemplo a regra de presunção de violência em práticas sexuais com menores de 14 anos (artigo 224 do Código Penal), cuja aplicação foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal diante das circunstâncias concretas de um caso particular.⁵⁷ Ávila afirma que a “norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra.”⁵⁸ Ressalte-se que não se trata de afastamento da aplicação de regras com base em inconstitucionalidade, mas sim de regras válidas do ordenamento. Além da possibilidade de afastamento da aplicação de regras, o autor, após a exposição de alguns critérios utilizados por outros autores para realizar a distinção entre regras e princípios (caráter hipotético-condicional, modo final de aplicação, conflito normativo), propõe sua abordagem, que pode ser chamada de dissociação heurística em alternativas inclusivas. Tal abordagem se caracteriza por admitir “a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. (...) Ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa.”⁵⁹ Fica evidente o grau de latitude interpretativa que teriam os juízes a ser adotada tal proposta: todo e qualquer dispositivo, por mais explícita que seja sua cominação de determinado resultado quando observado determinado fato ou conduta, poderia ser entendido como gerador de princípio(s), possibilitando então o afastamento de sua aplicação em face de circunstâncias ou interesses outros. Assim, não seria necessário declarar inconstitucional uma lei ordinária para afastar sua aplicação, pois ela poderia ceder frente a princípios ou valores infraconstitucionais, gerados por outras normas de mesmo nível hierárquico.

Certamente Scalia não teria apreço por tal cenário. Parece claro que, na visão textualista, a atuação judicial afastando a aplicação de normas válidas é contramajoritária e só é legítima quando baseada em texto constitucional, sendo impensável o uso de normas de mesmo nível hierárquico para extrair princípios que afastariam a aplicação de outra norma. Afinal, como

⁵⁷ 2ª Turma. HC73.662-9. Relator Min. Marco Aurelio. DJU 20.09.1996

⁵⁸ AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros Editores. 4ª Edição. São Paulo, 2005. Pág. 38

⁵⁹ AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros Editores. 4ª Edição. São Paulo, 2005. Pág. 60

separar o cenário anteriormente descrito, em que juízes podem, sempre que entenderem conveniente, extrair princípios de normas e realizar ponderações que podem afastar a aplicação do texto legal, da visão de Scalia sobre o uso da cláusula do devido processo (“Due Process Clause”) da 5ª e 14ª emendas à Constituição dos Estados Unidos, ao considerar a ideia de devido processo substantivo uma “contradição em termos (oxymoron)” e que não passaria da “avaliação subjetiva de cada Juiz sobre o que é correto e justo”⁶⁰. De forma geral, Scalia rejeita a ideia de balanceamento ou ponderação de interesses ao aplicar texto constitucional claro e explícito, conforme exposto em trecho de seu voto em *Maryland v. Craig*: “A corte hoje aplicou análise de ‘balanceamento de interesses’ onde o texto da Constituição simplesmente não permite. Nós não somos livres para conduzir uma análise de custo-benefício de garantias constitucionais claras e explícitas, e então ajustar seus significados para coincidir com nossa conclusão.”⁶¹

3.3.2 Nona Emenda: Os direitos não-enumerados (Unenumerated Rights)

Em *Troxel v. Granville*, a Suprema Corte analisou caso no qual o casal Troxel solicitou à justiça o direito de visitação de sua neta, sendo que o pai da criança (filho do casal Troxel) havia morrido e a mãe (Granville) concordava com a visitação pelos avós, mas em horários mais reduzidos do que os pretendidos. O pedido do casal Troxel foi feito com base em legislação estadual que permitia à “qualquer pessoa peticionar à justiça requerendo direitos de visitação a qualquer tempo”, podendo o judiciário conceder tais direitos “a qualquer pessoa quando a visitação for do interesse da criança.”⁶² A corte superior de Washington concedeu direitos de visitação aos avós em horários superiores aos desejados pela mãe, que apelou à Corte Estadual de Apelação. Esta corte reverteu o julgamento e indeferiu o pedido do casal Troxel. A Suprema Corte Estadual confirmou a reversão, afirmando que a previsão legal infringe, de maneira inconstitucional, o direito fundamental dos pais de criar seus filhos. Afirma ainda que a Constituição federal permite que os estados interfiram em tal direito dos pais apenas para impedir

⁶⁰ “Each Justice’s subjective assessment of what is fair and just” in *Burnham v. Superior Court*. 495 U.S. 604 (1990)

⁶ “The Court today has applied “interest-balancing” analysis where the text of the Constitution simply does not permit it. We are not free to conduct a cost-benefit analysis of clear and explicit constitutional guarantees, and then to adjust their meaning to comport with our findings” in *Maryland v. Craig*

⁶² Any person may petition the court for visitation rights at any time including, but not limited to, custody proceedings. The court may order visitation rights for any person when visitation may serve the best interest of the child. Washington Revised Code RCW 26.10.160: Visitation rights — Limitations. Disponível em <http://law.justia.com/washington/codes/title26/26.10.160.html>

dano atual ou potencial à criança e que a legislação em exame não demanda a demonstração de dano e dispõe de maneira excessivamente ampla ao permitir que qualquer pessoa possa requerer direitos de visitação, sendo o único requisito o interesse da criança.⁶³

O ponto central da discussão é a argumentação quanto à existência de um direito fundamental constitucional dos pais a dirigir a criação de seus filhos, que permitiria a intervenção judicial no sentido de declarar inválida a lei incompatível com tal direito. Tal direito não está expressamente previsto na Constituição, sendo que a argumentação do voto vencedor defende que estaria contido na garantia de devido processo da 14ª Emenda⁶⁴: “A cláusula do devido processo da décima-quarta emenda tem um componente substantivo que ‘oferece proteção aumentada contra interferência governamental quanto a certos direitos fundamentais e interesses de liberdade’, incluindo o direito fundamental dos pais de tomar decisões relativas aos cuidados, custódia e controle de seus filhos.”⁶⁵

Neste julgamento foram apresentados, além do voto vencedor de O’Connor ao qual aderiram três juízes (Rehnquist, Ginsburg e Breyer), dois votos concordando em parte com a decisão (Souter e Thomas) e três votos distintos discordando da decisão (Scalia, Stevens e Kennedy). Scalia, em seu voto vencido, afirma que, em sua visão, o direito dos pais a dirigir a criação de seus filhos está entre os “direitos inalienáveis” que a Declaração de Independência afirma terem sido conferidos pelo criador a todos os homens, e que está também entre os “outros direitos mantidos pelo povo”, os quais segundo a Nona Emenda não devem ser negados ou reduzidos pela enumeração de direitos da Constituição. No entanto, ressalva que:

A Declaração de Independência não é uma prescrição legal conferindo poderes às cortes; e a recusa da Constituição em ‘negar ou diminuir’ outros direitos está muito distante de afirmar qualquer outro direito, e ainda mais distante de autorizar juízes a identificar quais possam ser [os outros direitos] e fazer valer sua lista contra leis devidamente editadas pelo povo.

⁶³ Troxel v. Granville (99-138) 530 U.S. 57 (2000). Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-138.ZS.html>

⁶⁴

Seção 1 da 14ª Emenda: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; **nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law**; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

The [Fourteenth Amendment](#)’s Due Process Clause has a substantive component that “provides heightened protection against government interference with certain fundamental rights and liberty interests,” including parents’ fundamental right to make decisions concerning the care, custody, and control of their children

Consequentemente, embora eu considere inteiramente compatível com o compromisso com a democracia representativa estabelecido nos documentos de fundação [dos Estados Unidos] a defesa, em câmaras legislativas ou em campanhas eleitorais, que o Estado não tem qualquer poder de interferência na autoridade dos pais quanto à criação de seus filhos, eu não acredito que o poder que a Constituição confere a mim, como juiz, me autoriza a negar validade a leis que (em minha visão) infringem aquilo que é (em minha visão) tal direito não-enumerado (SCALIA, 2000).⁶⁶

Ou seja, a previsão de que o povo mantém consigo outros direitos além daqueles enumerados na Constituição não autoriza os juízes a produzirem sua própria lista de direitos não-enumerados e utilizá-los para invalidar legislação aprovada pelos representantes populares. Ao contrário, o registro constitucional da existência de outros direitos serviria para deixar claro que a lista não é taxativa e que, portanto, o legislador (e não os juízes) tem liberdade para estabelecer por lei outros direitos, desde que não sejam incompatíveis com aqueles enumerados na Constituição.

Este caso serve para questionar a acusação de que a adesão de Scalia ao seu método não seria sincera, pois ele atuaria sempre no sentido de defender posições políticas conservadoras. Ora, nada mais identificado com as correntes conservadoras norte-americanas do que a defesa da autonomia da família e limitação da interferência do estado em assuntos privados (ou na “busca da felicidade”). Este caso conjuga os dois elementos, mas ainda assim Scalia prefere reconhecer as limitações da atuação judicial de acordo com seu método do que atuar movido por posição política que ele reconhece preferir em seu voto. Outro caso que igualmente questiona a visão da atuação política de Scalia é *Texas v. Johnson*⁶⁷, em que Scalia votou pela inconstitucionalidade de leis estaduais que proibiam a queima ou profanação da bandeira dos Estados Unidos, dizendo que

⁶⁶ “The Declaration of Independence, however, is not a legal prescription conferring powers upon the courts; and the Constitution’s refusal to “deny or disparage” other rights is far removed from affirming any one of them, and even farther removed from authorizing judges to identify what they might be, and to enforce the judges’ list against laws duly enacted by the people. Consequently, while I would think it entirely compatible with the commitment to representative democracy set forth in the founding documents to argue, in legislative chambers or in electoral campaigns, that the state has no power to interfere with parents’ authority over the rearing of their children, I do not believe that the power which the Constitution confers upon me as a judge entitles me to deny legal effect to laws that (in my view) infringe upon what is (in my view) that unenumerated right.” Voto de Scalia em *Troxel v. Granville* (99-138) 530 U.S. 57 (2000).

⁶⁷ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). Cabe ressaltar ainda, sobre a interpretação da primeira emenda, que Scalia aponta, em “A Matter of Interpretation”, que cartas escritas à mão, embora não sejam ‘speech’ e nem ‘press’ estão cobertas pela garantia constitucional, indicando que novas formas de ‘expressão comunicativa’ também estariam protegidas.

“se fosse uma escolha que coubesse a mim, eu teria prendido esse sujeito de sandálias que queimou a bandeira, mas não cabia a mim tal escolha”⁶⁸, considerando-se “de mãos atadas” para lidar com um comportamento que, embora reprovável em sua opinião, é garantido pela liberdade de expressão da 1ª Emenda.

Assim, vemos que a posição de Scalia é no sentido de reconhecer que, não havendo disposição constitucional que incida sobre o tema em discussão, não cabe à Suprema Corte interferir ou arbitrar a discussão pública sobre determinada questão. Tal tarefa, por mais polêmico que seja o tema, caberia aos representantes populares. Segundo Scalia, os legisladores seriam livres para legislar sobre temas como aborto, casamento entre pessoas do mesmo sexo ou pena de morte, não cabendo interferência judicial por ausência de disposição constitucional sobre o tema. Quanto à questão do aborto, Scalia defende a revisão do leading case *Roe v. Wade* (que invalidou leis estaduais restringindo o aborto e garantiu o direito ao aborto por qualquer motivo até a viabilidade do feto, tudo com base na ideia de um direito à privacidade que estaria implícito na cláusula de devido processo da 14ª emenda), defendendo que não revisar *Roe v. Wade* significaria “desnecessariamente prolongar o envolvimento deste Corte em um campo no qual as respostas às questões centrais são políticas e não jurídicas, e assim tornar esta Corte objeto de pressão organizada que as instituições políticas deveriam receber em uma democracia.”⁶⁹ O ataque de Scalia a *Roe v. Wade* faz parte de sua indignação mais ampla quanto à noção de “devido processo substantivo” (*substantive due process*), criação jurisprudencial a partir da cláusula do devido processo, a qual critica veementemente: “Temos essa garrafa vazia do *due process of law*. Certamente é uma garantia procedimental, mas vamos considerar também que algumas liberdades são tão importantes que nenhum processo será suficiente para afastá-las. Quais são essas liberdades? Nós definiremos!”⁷⁰

Sobre a questão de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, Scalia vislumbra que a questão deverá ser levada às Cortes federais (especialmente por conta da “full faith and credit

⁶⁸ "If it was up to me, I would have thrown this bearded, sandal-wearing flag burner into jail, but it was not up to me" Trecho de palestra proferida a estudantes da Universidade de Oxford. Disponível em <http://www.cbsnews.com/stories/2008/04/24/60minutes/main4040290.shtml>

⁶⁹ “needlessly to prolong this Court's involvement in a field where the answers to the central questions are political rather than juridical, and thus to make the Court the object of the sort of organized pressure that political institutions in a democracy ought to receive.” *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989). Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=492&page=490>

⁷⁰ Debate entre Scalia e Breyer promovido pela American Constitution Society, disponível em <http://www.acslaw.org/node/3909>

clause”, seção 1 do artigo IV da Constituição dos Estados Unidos, que obriga os estados a reconhecerem atos de outros estados), mas que não vê nada na constituição que aborde a questão⁷¹, indicando dispensar ao tema o mesmo diagnóstico dispensado a outras questões polêmicas: na ausência de disposição constitucional sobre o tema, cabe aos representantes do povo a discussão e eventual regulamentação.

3.3.2.1 Mutação constitucional: A “constituição viva”

Ao tratarmos da possibilidade de reconhecimento de “direitos não-enumerados” pela jurisdição constitucional, é oportuno tratarmos da ideia de mutação constitucional ou “constituição viva”. Tal corrente defende a ideia de que a interpretação constitucional não deve se restringir a identificar o que disse o constituinte quando promulgou a constituição, mas que a constituição deve ser vista como um “ser” ou “organismo”⁷² em evolução. *Missouri v. Holland*, *Trop v. Dulles* e *Rummel v. Estelle* são casos centrais para ilustrar o uso de tal concepção pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo que neste último temos passagem reveladora no voto vencedor elaborado pelo juiz Rehnquist: “Estamos interpretando uma Constituição viva. A sentenç a imposta ao recorrente seria vista como flagrantemente injusta por virtualmente qualquer leigo ou advogado.”⁷³ Em *Trop v. Dulles*   feita referência a “padrões de decência em evolução” como parâmetro para atribuir significado ao texto constitucional, ficando claro que a Constituição viva sofreria mutação na medida em que mudem os valores da sociedade.

  possível vislumbrar dois argumentos a justificar a noção de Constituição viva. O primeiro seria um argumento pragmático, de que seria inconveniente regular a sociedade atual por valores aprovados há décadas ou séculos e que não mais refletiriam valores e anseios

⁷¹

⁷² Trecho de entrevista disponível em <http://web.wm.edu/news/archive/index.php?id=3486>

“We are dealing with words that also are a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters. It was enough for them to realize or to hope that they had created an organism; it has taken a century and has cost their successors much sweat and blood to prove that they created a nation. The case before us must be considered in the light of our whole experience and not merely in that of what was said a hundred years ago. The treaty in question does not contravene any prohibitory words to be found in the Constitution. The only question is whether [252 U.S. 416, 434] it is forbidden by some invisible radiation from the general terms of the Tenth Amendment. We must consider what this country has become in deciding what that amendment has reserved.”

Voto vencedor de Holmes em *Missouri v. Holland* disponível em

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=252&invol=416>

⁷³ “We are construing a living Constitution. The sentence imposed upon the petitioner would be viewed as grossly unjust by virtually every layman and lawyer.”

Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=445&invol=263>

contemporâneos. Parece ainda possível associar tal noção à ideia de que uma geração não teria o direito de vincular gerações futuras, o que foi discutido em correspondência entre Thomas Jefferson e James Madison, sendo a resposta de Jefferson que “nenhuma sociedade pode fazer uma constituição perpétua, ou mesmo uma lei perpétua”⁷⁴. Ora, a disponibilidade de emendas à constituição parece resolver o problema da perpetuidade, pois as diversas gerações tem à sua disposição os meios institucionais para alterar a Constituição para que passe a refletir seus novos valores, caso haja na constituição algo que seja contrário aos novos valores. Caso contrário, os novos valores podem ser expressos em legislação infraconstitucional. Scalia questiona, em termos bastante informais e diretos, os méritos da abordagem da constituição viva:

Se vocês querem mudar as coisas, se esses 300 milhões de pessoas [população dos Estados Unidos] querem mudar as coisas, vocês não tem que usar a constituição. Usem a legislatura, é assim que fazemos em uma democracia. É muito anti-democrático que a Corte diga ‘faça-se a mudança’. É possível para o povo abolir a pena de morte, permitir condutas homossexuais ou mesmo casamento entre pessoas do mesmo sexo, e permitir o suicídio e todo tipo de coisas. Mas a questão é se um juiz pode dizer ‘a constituição viva se transformou, então o que era aceitável agora é ruim’. Essa é a constituição viva da qual estou falando e é esta que eu gostaria que morresse (SCALIA, 2006).⁷⁵

Fica claro que o que está em jogo não é a possibilidade de mudança, que certamente pode ser realizada, mas como esta mudança deve ser levada a cabo: se pelo legislador (através de leis ou, se necessário, emenda à Constituição) ou pelo judiciário, usando a noção de constituição viva ao interpretar o texto constitucional.

O outro argumento a favor de uma abordagem do tipo “constituição viva” é mais técnico, baseando-se especificamente na utilização de cláusulas abertas pelo constituinte. Ao empregar tal técnica, o constituinte teria objetivado sua intenção de permitir interpretações “em evolução” de tais cláusulas. Haveria, portanto, uma limitação à abordagem da “constituição viva”, ficando

7

HOLLAND, Matthew S. The Power of One Generation Over Another. Disponível em http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/1/5/0/5/2/pages150529/p150529-1.php

““If you want to change things, if these 300 million people (us population) want to change things, you don’t have to use the constitution. Use the legislature, that’s what we do in a democracy. It is very un-democratic for the court to say: “make the change”. It is quite possible for the people to abolish the death penalty, permit homosexual conduct, or for that matter, same sexual marriage, and to permit suicide and all sorts of things. But the issue is whether a judge can say “the living constitution has morphed, so what used to be OK is now bad”. That’s the living constitution I am talking about and it’s the one that I wish would die.” Debate entre Scalia e Breyer promovido pela American Constitution Society, disponível em <http://www.acslaw.org/node/3909>

restrita a leitura informada pelos valores atuais da sociedade apenas aos dispositivos que demonstrem tal abertura. Esta argumentação de aplicação limitada, ao contrário do argumento pragmático, torna possível a superação da principal crítica à constituição viva, qual seja, a de que ofende o princípio de estabilidade ou conservação da constituição, que exclui do processo legislativo determinadas normas estruturantes do Estado e instituidoras de direitos, estabelecendo um procedimento específico (através do poder legislativo) propositadamente mais rigoroso para sua transformação.

4. Conclusão

O pensamento de Scalia é frequentemente estigmatizado por associações ao Positivismo e ao Conservadorismo, conforme mencionado na seção 3.1 deste trabalho. Primeiramente, deve-se esclarecer que a simples associação a uma determinada corrente não deve, em um ambiente acadêmico, ser suficiente para descartar determinado posicionamento teórico sem discutir seus méritos. Mesmo a afirmação de que certo posicionamento encontra-se “superado” é amplamente questionável, pois parte do pressuposto de que ou (a) as ideias tem data de validade ou (b) a academia é uma espécie de “clube”, no qual alguns membros podem ser eliminados ou ostracizados de acordo com seu desempenho em um concurso de popularidade, independente de seus méritos na solução dos problemas que se colocam em sua área de atuação. Neste trabalho foi defendida a ideia da essencialidade do respeito e deferência ao texto constitucional para qualquer atividade jurisdicional constitucional que se pretenda legítima, e mesmo para a viabilidade de uma democracia institucional sadia. No entanto, muitos diriam que tal apego ao texto legal é

resquício positivista, posição ultrapassada. O Professor Antônio Carlos Cintra do Amaral, da PUC-SP, parece ter decretado a “morte” da interpretação literal: “É frustrante encontrarmos quem ainda busca efetuar uma interpretação estritamente literal das normas jurídicas. São operadores do Direito que, ao invés de indagar sobre o “sentido”, a “ratio”, a “finalidade” da norma, preocupam-se exclusivamente em saber qual é o significado lingüístico das palavras contidas no texto legal. O intérprete de uma norma jurídica deve buscar o seu “sentido”, sem se ater à literalidade do texto. A interpretação estritamente literal está ultrapassada.” Dois aspectos desta passagem merecem ser abordados a partir de citações de Scalia. O primeiro é a menção à interpretação **estritamente** literal. Scalia defende que não se deve atribuir ao texto legal um sentido “estrito” ou “amplo”, mas simplesmente o significado que a ele seria atribuído por quem o aprovou ou a ele estaria sujeito⁷⁶. Ainda, a preferência do Prof. Amaral por indagar sobre o “sentido”, a “ratio” e a “finalidade” da norma podem facilmente levar-nos a incorrer na situação descrita por Scalia e citada anteriormente neste trabalho, ou seja, ao invés de ler o texto legal como foi aprovado pelos representantes do povo em seu significado ordinário⁷⁷, passamos a “psicanalisar” o parlamento para buscar suas intenções e finalidades, eliminando a confiança do legislador de que as palavras por ele empregadas no texto legal serão lidas em seu sentido ordinário quando inseridas em contexto ordinário, retirando a possibilidade de cálculo e previsão dos efeitos das disposições adotadas, o que Scalia chamou de “envenenamento do poço da futura legislação”:

A corte transforma o significado da seção 2 [do Voting Rights Act], não porque o significado ordinário seja irracional ou incoerente com outras partes do estatuto, mas porque não se encaixa na concepção da corte sobre o que o Congresso tinha em mente. Quando adotamos um método que ‘psicanaliza’ o Congresso ao invés de ler suas leis, causamos grande dano. Não apenas chegamos ao resultado errado em relação ao estatuto em análise, mas envenenamos o poço da legislação futura, privando o legislador da confiança que termos ordinários, usados em contexto ordinário, terão significados previsíveis. Nossa maior responsabilidade no campo da interpretação é a de ler as leis de maneira consistente, dando ao Congresso uma maneira segura pela qual possa veicular a vontade do povo. Nós ignoramos esta responsabilidade hoje (ROSSUM, 2006).⁷⁸

⁷⁶ RING, Kevin A. Scalia Dissents. Pág 24

Significado ordinário não significa, evidentemente, ignorar o significado técnico-jurídico do vocabulário jurídico empregado, como aponta o próprio Scalia.

⁷⁸ “The Court transforms the meaning of 2, not because the ordinary meaning is irrational, or inconsistent with other parts of the statute, but because it does not fit the Court's conception of what Congress must have had in mind. When

Como defendemos neste trabalho, o emprego de técnicas interpretativas e construções teóricas com vistas a afastar a aplicação do texto constitucional conforme aprovado pelos representantes do povo pode acarretar sérios problemas, quais sejam: a) contaminação do poço da futura legislação e conseqüente comprometimento da técnica legislativa escrita como veículo da vontade popular b) Insegurança jurídica, inclusive em detrimento do princípio da anterioridade legal (conforme já mencionamos anteriormente, “Judge made law is ex post facto law”⁷⁹) c) ausência de legitimidade democrática das decisões judiciais, pois a atuação dos juizes não recebe a atribuição de legitimidade diretamente do povo ativo, mas principalmente através de sua atuação em conformidade com a lei enquanto vontade do povo expressa por meio de texto legal. Sua atuação no sentido de deformar ou reformar tal vontade, em violação do mandato cuja razão de existir é exatamente defendê-la, seria manifestamente ilegítima.

Assim, parece-nos que o método proposto por Scalia oferece valiosas contribuições para o exercício da jurisdição constitucional em uma sociedade democrática, especialmente ao defender uma saudável limitação da latitude interpretativa das cortes constitucionais em respeito ao texto constitucional. Não acreditamos ser possível taxá-lo de superado, se não pelos méritos expostos neste trabalho, então por um simples fato: as sociedades contemporâneas utilizam a lei escrita como o meio de manifestação da vontade do povo através de seus representantes. Se desejamos dar a esta vontade alguma importância, e é forçoso admitir que este desejo é essencial em uma sociedade democrática, então aplicar fielmente a vontade veiculada pelo texto constitucional, e não distorcê-lo conforme noções particulares de justiça material ou uma percepção de quais sejam as tendências de momento (por mais bem-intencionadas que sejam), parece ser o melhor caminho para atingir tal fim.

we adopt a method that psychoanalyzes Congress rather than reads its laws, when we employ a tinkerer's toolbox, we do great harm. Not only do we reach the wrong result with respect to the statute at hand, but we poison the well of future legislation, depriving legislators of the assurance that ordinary terms, used in an ordinary context, will be given a predictable meaning. Our highest responsibility in the field of statutory construction is to read the laws in a consistent way, giving Congress a sure means by which it may work the people's will. We have ignored that responsibility today. I respectfully dissent” *Chisom v. Roemer* (90-757), 501 U.S. 380 (1991), citado em ROSSUM, Ralph A. Antonin Scalia's Jurisprudence: Text and Tradition.

Judge-made law is ex post facto law, and therefore unjust. An act is not forbidden by the statute law, but it becomes void by judicial construction. The legislature could not effect this, for the constitution forbids it. The judiciary shall not usurp legislative power, says the Bill of Rights: yet it not only usurps, but runs riot beyond the confines of legislative power.

RANTOUL, Robert. Oration at Scituate (July 4, 1836) *in* SCALIA, Antonin. A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. Princeton University Press. Pág. 10.

Retomamos aqui uma das principais questões discutidas: quando entendemos que determinada mudança na Constituição é necessária para a realização do que entendemos como “justiça material”, devemos aceitar como legítima a reforma da Constituição pelo judiciário com base na agilidade e conveniência de tal procedimento e na lentidão e incerteza da atuação do legislativo para tal reforma? A resposta de Scalia é decididamente negativa. Não cabe ao judiciário alterar a constituição, mas apenas defendê-la. A tarefa de promover emendas ao texto constitucional é confiada pelo constituinte ao legislativo e o respeito ao desenho institucional democrático determinado pelo constituinte é fundamental para o funcionamento da democracia, tendo Scalia afirmado que considera a estrutura de governo mais importante do que a “Bill of Rights”, pois sem uma estrutura que garanta a preservação das liberdades e impeça a obtenção de poder excessivo, os direitos ali expressos poderão se tornar letra morta⁸⁰. A resposta afirmativa, por sua vez, parece ser defendida pelos teóricos considerados mais “progressistas”, que desejam ver realizadas suas aspirações de “justiça material” em detrimento das noções (talvez vistas como superadas) de separação de poderes e segurança jurídica, entre outras. Considerando algumas tradições comportamentais da sociedade brasileira, e parafraseando o Ministro do STF Joaquim Barbosa⁸¹, o posicionamento que defende a reforma pelo judiciário parece se afastar de uma abordagem institucional e se aproximar da ideia de “jeitinho”, tão conhecida e difundida no Brasil. Isto porque há um objetivo a ser alcançado (alteração da constituição para que passe a refletir determinada concepção de justiça material) e há um procedimento específico para este fim (Emenda à Constituição), mas tal procedimento é considerado muito moroso ou incerto, até mesmo por caber a instituição (Congresso Nacional) que atualmente não goza de bom conceito, então se busca realizar tal objetivo por vias diversas (no caso, pela “interpretação” judicial, entendida de maneira tão ampla que permite até mesmo a reforma da constituição, como

⁸⁰ “The public generally, law students and, I am sorry to say, most lawyers, regard separation of powers issues as dealing with a hyper-technical picky-picky portion of the Constitution. Of concern to politicians, perhaps, but of no real interest to people. What the people care about, what affects them, is the Bill of Rights... That is a profoundly mistaken view... For the fact is, that it is the structure of government, its constitution, in the real sense of that word, that ultimately preserves or destroys freedom. The Bill of Rights is no more than ink on paper unless... it is addressed to a government which is so constituted that no part of it can obtain excessive power. Trecho de exposição de Scalia em uma discussão televisionada, citado em SCHULTZ, David Andrew e SMITH, Christopher E. *The Jurisprudential Vision of Justice Antonin Scalia*. Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham, MD: 1996. Pág 89.

⁸¹ O Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da ADIN 2.949 sobre a lei estadual mineira 10.254/1990 em 26 de setembro de 2007, questionou a iniciativa do Ministro Gilmar Mendes de aguardar o voto do Ministro Eros Grau (ausente da votação) para tentar atribuir efeitos ex-nunc à declaração de inconstitucionalidade (são necessários votos de dois terços dos membros para modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade), mesmo tendo o quorum sido atingido e o julgamento concluído. Disse o Ministro Barbosa: “Ministro Gilmar, me perdoe a palavra, mas isso é jeitinho. Nós temos que acabar com isso.”

defendido no ponto 2.1.1 acima). Ou seja, dá-se um “jeitinho” para que o objetivo final seja realizado, ainda que não seja pelas vias institucionais regulares⁸².

Reforçamos, portanto, a relevância da ideia de que as cortes constitucionais não devem realizar ponderação ou balanceamento de interesses quando há texto constitucional claro (como no caso Maryland v. Craig em relação ao direito de confrontar o acusador), e que tampouco devem interferir no trabalho do legislador ordinário quando a constituição nada diz sobre o conteúdo da lei (como na questão do aborto, sobre a qual diz Scalia: “Você acha que deve haver um direito ao aborto. Não há problema. A Constituição nada diz sobre isso. Crie-o da maneira que a maioria dos direitos são criados: aprove uma lei”⁸³).

No entanto, é preciso reconhecer que o método de Scalia, apesar das contribuições acima ressaltadas, está muito longe de resolver todos os problemas enfrentados pelas cortes constitucionais e por aqueles a quem cabe a interpretação das leis em geral. Isto porque ele se concentra basicamente no texto constitucional, que muitas vezes não oferece uma solução clara para o problema em debate, seja por haver disposições constitucionais conflitantes, seja porque o texto constitucional é excessivamente vago para que uma conclusão em particular possa ser retirada usando apenas o texto. A plenitude do Direito, segundo a descrição oferecida pelo Prof. Marinoni a seguir, não passa de um ideal inalcançável: “tudo isso leva às questões da sistematicidade e da plenitude do direito. O ideal da supremacia do legislativo era o de que a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que apenas poderiam gerar uma única interpretação, inquestionavelmente correta. A lei era bastante e suficiente para que o juiz pudesse solucionar os conflitos.”⁸⁴ Quanto à opção defendida por Scalia quando há ambigüidade do texto legal, ou seja, o recurso à tradição legal que se seguiu à edição do texto, ainda que possa de fato servir de orientação quanto ao significado atribuído ao texto, certamente não goza da mesma força vinculante e legitimidade que são características do texto constitucional, sendo amplamente questionável seu uso e controversa sua verificação.

Supondo, como de fato fazemos neste trabalho, que a separação de poderes faz parte da configuração institucional do Brasil, com base nos argumentos já apresentados e no texto constitucional (artigos 2º e 60, § 4º, III)

“You think there ought to be a right to abortion. No problem. The Constitution says nothing about it. Create it the way most rights are created in a democratic society: pass a law.” Trecho de palestra proferida a estudantes da Universidade de Oxford. Disponível em <http://www.cbsnews.com/stories/2008/04/24/60minutes/main4040290.shtml>

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. “A Jurisdição no Estado Constitucional”. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdição_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1

Ainda neste sentido, é imprescindível destacar que um aperfeiçoamento fundamental à visão de Scalia seria a incorporação da noção de “abertura” intencional de certos dispositivos constitucionais, reconhecendo, ao menos nestes casos, que a latitude interpretativa do judiciário é legitimamente ampla, pois consagrada objetivamente pelo constituinte ao empregar a técnica das cláusulas abertas.

Considerando as contribuições do método textualista e suas claras limitações, devemos reconhecer a pertinência da crítica de Dworkin (que pode ser estendida ao textualismo), que defendeu que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras, e sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos faz perder de vista os importantes papéis dos ‘standards’ que não são regras”⁸⁵. Ou seja, devemos admitir que o método de Scalia é interessante para a democracia ao demandar o respeito e a aplicação das regras consagradas no texto constitucional, mas que pouco pode oferecer quando não há uma regra razoavelmente clara a ser aplicada. O próprio Scalia parece reconhecê-lo, ainda que implicitamente, em seu já citado voto em *Maryland v. Craig*. Ao dizer que “a corte hoje aplicou análise de ‘balanceamento de interesses’ onde o texto da Constituição simplesmente não permite”⁸⁶, Scalia pode estar indicando que há casos nos quais o texto da Constituição permita o balanceamento de interesses. Se assim for, seu método pouco ou nada poderá oferecer para a solução de tais casos. Ressalte-se ainda que parece convergir neste sentido a descrição do Prof. Ralph Rossum: “Scalia acredita que ‘the rule of law is the law of rules’. Ele defende que quando o texto consagra uma regra, os juízes devem simplesmente aplicar tal regra como a lei. Quando o texto e a tradição não fornecem uma regra, não há regra, não há direito para os juízes aplicarem para contradizer as ações dos poderes populares, e, portanto, não há autorização para intervenção judicial.”⁸⁷ O fato de ser discricionária a apreciação de casos pela Suprema Corte dos Estados Unidos faz com que seja ainda mais relevante e possível no contexto norte-americano a ideia de não-intervenção da jurisdição

⁸⁵

“Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules.” DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press. 1978. Pág. 22.

⁸⁶ “The Court today has applied “interest-balancing” analysis where the text of the Constitution simply does not permit it. We are not free to conduct a cost-benefit analysis of clear and explicit constitutional guarantees, and then to adjust their meaning to comport with our findings” in *Maryland v. Craig*

⁸⁷

ROSSUM, Ralph A. *Antonin Scalia’s Jurisprudence: Text and Tradition*. University Press of Kansas, 2006. Pág 33

constitucional⁸⁸, mas acaba por remeter às cortes inferiores a necessidade de oferecer uma regra para casos concretos quando não há regra clara a reger a demanda.

5. BIBLIOGRAFIA:

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Malheiros Editores. 4ª Edição. São Paulo, 2005.

BERGER, Raoul. **Government by Judiciary**. Indianapolis, IN. Liberty Fund, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição: os caminhos da democracia**. Forense, Rio de Janeiro, 1985

BRISON, Susan J.; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (org.) **Contemporary Perspectives in Constitutional Interpretation**. Boulder, CO: Westview Press, 1993

8

O Evarts Act de 1891, reduziu a competência da Suprema Corte, mas foi a promulgação do Certiorari Act de 1925 que tornou discricionária a apreciação de casos pela corte. Assim, atualmente a maioria dos casos ouvidos pela Suprema Corte passa pelo procedimento de seleção conhecido como Cert Pool, que consiste na distribuição das petições solicitando Writ of Certiorari (ordem advinda de corte superior ordenando que corte inferior encaminhe os autos de determinado caso para revisão) entre os assessores dos juizes para que produzam relatório distribuído a todos os juizes, que então decidem se aceitam o caso. São necessários votos favoráveis de quatro juizes para que o caso seja ouvido (regra de costume conhecida como “Rule of Four”). A Suprema Corte recebeu em 2007 8.241 pedidos de apreciação de casos e apreciou 147 (de acordo com relatório anual disponível em <http://www.supremecourtus.gov/publicinfo/year-end/2008year-endreport.pdf>)

COMPARATO, Fabio Konder. **Repensar a Democracia**. In Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Muller. Florianopolis, Conceito Editorial, 2006

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press. 1978

HAMILTON, Alexander. **The Federalist no. 78**. Disponível em <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>

HOLLAND, Matthew S. **The Power of One Generation Over Another**. Disponível em http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/1/5/0/5/2/pages150529/p150529-1.php

LOUIS Favoreu. **As cortes constitucionais**. São Paulo. Landy Editora, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Jurisdição no Estado Constitucional**. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2174/A_Jurisdição_no_Estado_Constitucional.pdf?sequence=1

MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova Ilícita**. In: Ives Granda Martins; Francisco Rezek. (Org.). Constituição Federal - Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Controle do Poder Executivo do Juiz**. Disponível em <http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/2007081011343319.pdf>

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Amagi books, 2007.

MEESE III, Andrew (org.). **The Heritage Guide to the Constitution**. Washington, DC. Regnery Publishing, 2005

MELNICK, R. Shep. **Both the Sword and the Purse: State Governments and Statutory Rights in the Rehnquist Court**. Disponível em <http://www.bc.edu/schools/cas/polisci/meta-elements/pdf/melnick/sword-and-the-purse.pdf>

MITCHELL, Kevin J. **Neither Purse Nor Sword: Lessons Europe Can Learn From American Courts' Struggle For Democratic Legitimacy**. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1011401

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita?: Afastamento da presunção de constitucionalidade da lei**. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo: A questão fundamental da democracia**. 2ª Edição. Editora Max Limonad. São Paulo, 2000.

RING, Kevin A. **Scalia dissents**. Washington, DC. Regnery Publishing, 2004.

ROSSUM, Ralph A. **Antonin Scalia's jurisprudence – text and tradition**. University Press of Kansas, 2006.

SCALIA, Antonin; GUTMANN, Amy. **A matter of interpretation – federal courts and the law**. Princeton University Press, 1997.

SCHULTZ, David Andrew e SMITH, Christopher E. **The Jurisprudential Vision of Justice Antonin Scalia**. Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham, MD: 1996

VIEIRA, José Roberto. **Princípios Constitucionais e Estado de Direito** in Revista de Direito Tributário. São Paulo, RT, 1990.

VIEIRA, José Roberto. **Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: a insólita opção estatal pelo “Viver Perigosamente”**, in SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.) Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito. São Paulo, Noeses, 2005

VIEIRA, Renato Stanziola. **Jurisdição Constitucional Brasileira e os Limites de sua Legitimidade Democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers**. 2ª edição. Indianapolis, IN. Liberty Fund, 1998.