

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SAMUEL SALES FONTELES

CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E ORIGINALISMO: A PESQUISA DE
SIGNIFICADOS COM BASE EM EVIDÊNCIAS HISTÓRICO-LINGUÍSTICAS

CURITIBA

2024

SAMUEL SALES FONTELES

CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E ORIGINALISMO: A PESQUISA DE
SIGNIFICADOS COM BASE EM EVIDÊNCIAS HISTÓRICO-LINGUÍSTICAS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do
título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clayton de Albuquerque
Maranhão.

CURITIBA

2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Fonteles, Samuel Sales

Constituição brasileira e originalismo: a pesquisa de significados com base em evidências histórico-linguísticas / Samuel Sales Fonteles. – Curitiba, 2024.

1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Clayton de Albuquerque Maranhão.

1. Direito constitucional - Brasil. 2. Hermenêutica (Direito). 3. Jurisdição. 4. Historiografia. 5. Linguística de corpus. I. Maranhão, Clayton de Albuquerque. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº467

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia vinte de maio de dois mil e vinte e quatro às 08:30 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **SAMUEL SALES FONTELES**, intitulada: **Constituição Brasileira e Originalismo: a pesquisa de significados com base em evidências histórico-linguísticas.**, sob orientação do Prof. Dr. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CLÉMERSON MERLIN CLÈVE (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO), SERGIO CRUZ ARENHART (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: A BANCA ATRIBUIU DISTINÇÃO COM LOUVOR E RECOMENDOU A PUBLICAÇÃO DA TESE.

CURITIBA, 20 de Maio de 2024.

Assinatura Eletrônica

22/05/2024 14:21:53.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

21/05/2024 13:17:25.0

CLÉMERSON MERLIN CLÈVE

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

21/05/2024 09:55:37.0

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Avaliador Externo (INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO)

Assinatura Eletrônica

22/05/2024 13:42:41.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **SAMUEL SALES FONTELES** intitulada: **Constituição Brasileira e Originalismo: a pesquisa de significados com base em evidências histórico-linguísticas.**, sob orientação do Prof. Dr. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 20 de Maio de 2024.

Assinatura Eletrônica

22/05/2024 14:21:53.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

21/05/2024 13:17:25.0

CLÊMERTON MERLIN CLÉVE

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

21/05/2024 09:55:37.0

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Avaliador Externo (INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO)

Assinatura Eletrônica

22/05/2024 13:42:41.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

RESUMO

O Originalismo é uma interpretação constitucional segundo a qual o significado de uma constituição foi fixado no momento da sua promulgação, preservando-se até que sobrevenha uma emenda reformadora do texto (tese da fixação). Por fim, esse significado constringe juízes (princípio da constrição). Embora influente no constitucionalismo norte-americano, o estudo dessa abordagem ainda é pouco explorado no Brasil. Uma literatura que se proponha a incursionar na difícil questão da transplantabilidade do Originalismo, analisando ainda a acoplagem dessa proposta no sistema brasileiro, é quase inexistente. Nos primeiros capítulos desta tese, o propósito é disseminar o verdadeiro conteúdo teórico dessa proposta, tal como apresentada pelos acadêmicos dos Estados Unidos (conceito, origem e espécies). Em seguida, apresenta-se uma metodologia de aplicação prática, aspecto que, mesmo nos EUA, ainda está em fase de desenvolvimento. Nos capítulos seguintes, investiga-se a viabilidade de uma interpretação originalista da Constituição Brasileira de 1988, se o sistema jurídico brasileiro acomoda essa abordagem e quais os impactos dessa escolha. A principal consequência é o desbloqueio de uma vasta coleção de documentos com evidências histórico-linguísticas da Era Constituinte (1987-1988). Diante da elevada extensão dessas fontes, cuja cognição é humanamente impossível de ser exaurida, juízes brasileiros têm ignorado esses dados na construção argumentativa da jurisdição constitucional. A solução dada por esta pesquisa foi a produção de uma ferramenta de Linguística Computacional que permite seja efetuada uma leitura eficiente dos documentos históricos qualificados como fontes originais. Mais especificamente, desenvolveu-se um *corpus linguistics* com quase quarenta milhões de palavras que podem ser lidas com o auxílio de *softwares* já disponíveis, ou seja, valendo-se de uma interpretação constitucional auxiliada pela inteligência artificial.

Palavras-chave: Originalismo; interpretação constitucional; jurisdição; historiografia; *corpus linguistics*.

ABSTRACT

Originalism is a constitutional interpretation according to which the constitutional meaning has been fixed at the time of its enactment, preserving itself as long as the text is not changed by an amendment (the Fixation Thesis). Finally, this meaning constrains judges (the Constraint Principle). Although widespread in American constitutionalism, the study of this topic has been neglected in Brazil. Scientific literature proposing to delve into the difficult issue of Originalism's transplantability, also analyzing the coupling of this proposal in Brazilian system, is virtually non-existent. In the first chapters of this thesis, the purpose is to disseminate the true theoretical content of Originalism, as presented by American scholars (concept, origin and species). Next, a methodology for practical application is provided, an aspect that, even in the USA, is still being developed. In the following chapters, we investigate the viability of an originalist interpretation of the Brazilian Constitution (1988), whether the Brazilian legal system accommodates this approach and the impacts generated by this choice. The main consequence is the unlocking of a huge collection of documents with historical-linguistic evidence from the Founding Era (1987-1988). Given the high extent of these sources, whose cognition is humanly impossible to exhaust, Brazilian judges have ignored these data in the argumentative construction of constitutional adjudication. So, as a solution, the research produces a Computational Linguistics tool that allows efficient reading of historical documents qualified as original sources. More specifically, a corpus linguistic was developed with almost forty million tokens that can be read with the support of already available software, that is, by using a constitutional interpretation aided by artificial intelligence.

Keywords: Originalism; constitutional interpretation; adjudication; historiography; corpus linguistics.

LISTA DE FIGURAS

Ilustração 1: Fragmento do Diário da Assembleia Nacional Constituinte.....	196
Ilustração 2: Fragmento do Diário da Assembleia Nacional Constituinte.....	197
Ilustração 3: Fragmento do Diário da Assembleia Nacional Constituinte.....	198
Ilustração 4: Captura de tela do resultado da pesquisa realizada sobre o Corpus Fonteles — <i>software</i> AntConc.....	292
Ilustração 5: Fragmento do Diário da Assembleia Nacional Constituinte.....	294
Ilustração 6: Fragmento do parecer da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, Relatórios e Pareceres aos Anteprojetos das Subcomissões	295
Ilustração 7: Fragmento do Boletim da Constituinte.....	296
Ilustração 8: Fragmento do Anteprojeto do Relator da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas (Fase A).....	299
Ilustração 9: Emenda 400236-9	302
Ilustração 10: Fragmento do Suplemento ao DANC.....	308
Ilustração 11: Fragmento do Suplemento ao DANC.....	310
Ilustração 12: Ulysses Guimarães e a Constituição de 1988.....	328
Ilustração 13: Corpus Fonteles.....	382
Ilustração 14: Corpus Fonteles.....	385
Ilustração 15: Corpus Fonteles.....	387

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Diagrama de Venn	119
Gráfico 2: Árvore de Decisão - Mutações Constitucionais no STF.....	315
Gráfico 3: Fontes e suas camadas	329
Gráfico 4: Relação de continente e conteúdo	330

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Teor dos escritos	177

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 ORIGINALISMO, ESTE DESCONHECIDO	23
1.1 DESCONSTRUINDO VERSÕES CARICATAS DO SENSO COMUM: SOBRE AQUILO QUE O ORIGINALISMO NÃO É	23
1.1.1 Desconstruindo a primeira caricatura: originalistas nem sempre ignoram atrasos no texto constitucional.....	25
1.1.2 Desconstruindo a segunda caricatura: da indevida associação entre Originalismo, interpretação literal e Escola da Exegese	26
1.1.3 Desconstruindo a terceira caricatura: da distinção entre significado original e alcance original	31
1.2 O ORIGINALISMO NA LITERATURA JURÍDICA BRASILEIRA	34
1.2.1 O diálogo da doutrina brasileira com uma teoria decaída: o mito do <i>original</i> <i>intent</i> como <i>telos</i> de desenvolvimento	36
1.2.2 Análises duvidosas e passionais	41
2 OS ORIGINALISMOS EM ESPÉCIE.....	43
2.1 O ORIGINALISMO TAL COMO É.....	43
2.2 O ORIGINALISMO <i>OLD SCHOOL</i>	45
2.2.1 Debilidades do <i>original intent</i> : a memorável objeção de Paul Brest	47
2.2.2 A célebre objeção apresentada por Haywood Jefferson Powell.....	50
2.3 O NEO-ORIGINALISMO.....	50
2.4 O ORIGINALISMO DOS MÉTODOS ORIGINAIS (<i>ORIGINAL METHODS</i>).....	55
2.5 O ORIGINALISMO INCLUSIVO.....	57
2.6 O <i>LIVING ORIGINALISM</i>	60
3 A METODOLOGIA ORIGINALISTA	64
3.1 PRIMEIRO PASSO: EFETUANDO O RECORTE TEMPORAL	72
3.2 SEGUNDO PASSO: EXAME DO TEXTO À LUZ DAS INTUIÇÕES LINGUÍSTICAS.....	74
3.3 TERCEIRO PASSO: IDENTIFICANDO AS CORRELATAS FONTES EXTRA- TEXTUAIS APLICÁVEIS	78

3.3.1	<i>Federalist Papers</i>	82
3.3.2	Registros da elaboração do texto na Convenção Constitucional (1787)	83
3.3.3	Registros da Ratificação do texto	84
3.3.4	Outras fontes	85
3.4	QUARTO PASSO: O CONFRONTO DIALÉTICO DE FONTES EXTRA-TEXTUAIS ANTAGÔNICAS	89
3.5	QUINTO PASSO: UTILIZAÇÃO DA LINGUÍSTICA DE <i>CORPUS</i> (<i>CORPUS LINGUISTICS</i>)	92
3.6	DA IMPOSSIBILIDADE DE COGNIÇÃO DO SIGNIFICADO: A CHAMADA ZONA DE CONSTRUÇÃO (<i>CONSTRUCTION</i>)	94
3.7	TÉCNICA DA LIQUIDAÇÃO	96
4	ORIGEM E EVOLUÇÃO DO ORIGINALISMO	98
4.1	A GÊNESE DO ORIGINALISMO INTUITIVO: VESTÍGIOS NO SÉCULO XVIII E XIX	98
4.2	CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA GÊNESE DO ORIGINALISMO AUTOCONSCIENTE	104
4.2.1	O conservadorismo de Ronald Reagan como matéria-prima do Originalismo..	106
4.2.2	A recusa de Robert Bork a um assento na Suprema Corte dos EUA: uma rejeição ao Originalismo ou ao originalista?	107
5	ORIGINALISMO, CONSERVADORISMO E <i>JUDICIAL RESTRAINT</i>	112
5.1	DO VÍNCULO ENTRE O ORIGINALISMO E A IDEOLOGIA POLÍTICA CONSERVADORA	112
5.1.1	Originalismo como método interpretativo	121
5.1.2	Originalismo como Teoria Política.....	121
5.2	ORIGINALISMO E <i>JUDICIAL RESTRAINT</i>	122
5.2.1	Originalismo e Precedentes.....	123
5.2.2	Da divergência entre originalistas a respeito dos precedentes no <i>Common Law</i>	125
6	SOBRE O TRANSPLANTE DO ORIGINALISMO PARA SISTEMAS JURÍDICOS NÃO NATIVOS	130
6.1	PRESSUPOSTOS LÓGICOS PARA O INTERCÂMBIO TRANSFRONTEIRIÇO DO ORIGINALISMO	133

6.1.1 Onde se radica o Originalismo norte-americano? Localizando o objeto da extração que virá a ser transportado.....	134
6.1.1.1 O Originalismo não se radica em norma expressa da Constituição dos EUA.....	135
6.1.1.2 O Originalismo não se radica no <i>Common Law</i>	135
6.1.1.3 O Originalismo radicado na soberania popular?.....	136
6.1.1.4 O Originalismo radicado no caráter escrito da constituição	140
6.1.1.5 O Originalismo radicado na comunicação humana	140
6.1.1.6 O Originalismo radicado no Direito Positivo	141
6.2 UM GLOSSÁRIO MÍNIMO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO	144
6.2.1 Fertilização cruzada (<i>cross-fertilization</i>).....	145
6.2.2 Migração de ideias constitucionais.....	147
6.2.3 Transplantes jurídicos (<i>legal transplants</i>).....	148
6.2.3.1 Sobre a transplantabilidade do Originalismo: é possível transplantá-lo?	150
6.2.3.2 Sobre a necessidade de transplante do Originalismo.....	157
6.3 O SENSO COMUM DO ORIGINALISMO COMO TEORIA ESTADUNIDENSE A SER EMPRESTADA	158
6.4 O ORIGINALISMO PRATICADO FORA DOS ESTADOS UNIDOS: O QUE O DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO TEM A ENSINAR	160
7 A DOUTRINA BRASILEIRA DO SIGNIFICADO ORIGINAL	166
7.1 O ORIGINALISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	169
7.1.1 A histórica rejeição do <i>original intent</i> pelo Ministro Celso de Mello	169
7.1.1.1 O peso relativo do <i>original intent</i>	172
7.1.1.2 A íntima relação entre Originalismo e elemento histórico	173
7.1.1.3 A negação do Originalismo por meio de princípios típicos do Originalismo.....	175
7.1.2 A instrumentalização do Originalismo pelo Ministro Edson Fachin: uma chave de leitura.....	178
7.1.2.1 O Originalismo de Moldura (<i>Framework Originalism</i>) nas manifestações do Ministro Edson Fachin	179
7.1.2.2 Um Originalismo instrumental para discernir “o efetivo conteúdo” da “presunção de inocência”	180
7.1.3 O aceno do Ministro Gilmar Mendes ao Originalismo textualista de Antonin Scalia	182

7.1.5	Atos Falhos de Ministros do STF: inconsistências na rejeição ao Originalismo	184
7.2	O ORIGINALISMO NA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA DA ERA CONSTITUINTE (1987-1988)	187
7.2.1	O compromisso com a <i>mens legislatoris</i> ou a <i>mens legis</i> durante a Era Constituinte (1987-1988): a inclusão do "espírito da lei" e da vontade do legislador no rol dos métodos originais da interpretação constitucional brasileira	188
7.2.1.1	A <i>mens legislatoris</i> como expressão equivalente ao <i>original intent</i>	191
7.2.1.2	A <i>mens legis</i> como expressão aproximada do <i>Originalismo textualista</i>	192
7.2.1.3	A "Expectativa de Ulysses": sobre como Constituintes brasileiros esperavam que o texto constitucional viesse a ser interpretado	195
7.2.1.4	Dos Métodos para a elucidação da <i>mens legislatoris</i> e da <i>mens legis</i> : o vínculo entre Savigny e significado original	203
8	REPRISTINANDO OS MÉTODOS ORIGINAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	208
8.1	A TESE DUALISTA, O ESTADO DA ARTE NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A PROPOSTA DE REVISÃO DE LITERATURA	209
8.1.1	Das razões encontradas no Direito Comparado para uma interpretação constitucional distinta da interpretação legal	212
8.1.1.1	Da linguagem e do conteúdo do texto constitucional	212
8.1.1.2	Do design constitucional dos tribunais	216
8.1.1.3	Do modelo de <i>judicial review</i>	218
8.2	A PRETENSA SUPERAÇÃO DOS ELEMENTOS DE SAVIGNY POR UMA HERMENÊUTICA "ALEMÃ"	219
8.2.1	A Teoria dos Princípios de Robert Alexy: deformando o significado original de princípios constitucionais no Brasil	225
8.2.1.1	A venda casada na aquisição de princípios como normas que expressam deveres <i>prima facie</i>	228
8.2.1.2	O processo de desfundamentalização dos direitos fundamentais	232
8.2.1.2.1	<i>Das prognoses e ponderações constituintes</i>	238
8.2.1.3	Vulnerabilidades da Teoria dos Princípios (Robert Alexy) e o fracasso da proporcionalidade como instrumento de otimização	246
8.2.1.3.1	<i>Do beco sem saída na literatura jurídica nacional sobre ponderações e a alternativa proposta pelo Originalismo como revisão de literatura</i>	248

8.3	REPRISTINANDO OS MÉTODOS ORIGINAIS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	252
8.3.1	O regresso ao estado de coisas anterior à colonização operada pela Hermenêutica “alemã”	252
8.3.2	O regresso ao estado de coisas anterior à Teoria dos Princípios do Professor de Kiel	255
9	MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: UMA NEGAÇÃO AO ORIGINALISMO 259	
9.1	ORIGINALISTAS SABEM QUE O TEMPO DESLOCA SIGNIFICANTES E SIGNIFICADOS	260
9.1.1	Documentos com aptidão jurídica para impedir a intrusão de novos significados	262
9.1.2	Quando a intrusão de novos significados é impedida pela comunicação humana	266
9.2	DESAFIOS ESTRUTURAIS À ACOPLAGEM DAS “MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS”	269
9.2.1	A disputa sobre se “mutações” ocorreram.....	269
9.2.2	A impossibilidade de precisar quando mutações teriam ocorrido	273
9.2.3	Do fato gerador das mutações constitucionais	274
9.2.3.1	Mutações linguísticas e mutações constitucionais como eventos síncronos, em uma relação mecanicista.....	275
9.2.3.2	Mutações linguísticas e mutações constitucionais como eventos independentes.....	276
9.2.3.2.1	<i>Mutações constitucionais advindas de mudanças na realidade: ameaça à força normativa e aos limites intergeracionais</i>	277
9.2.3.2.2	<i>Mutações constitucionais oriundas de interpretações do Direito infraconstitucional</i>	281
9.3	DA DIFÍCIL ACOMODAÇÃO DA DOUTRINA DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA ORDEM INAUGURADA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	283
9.3.1	A origem suspeita das "mutações constitucionais": dos publicistas alemães do século XIX à metáfora da <i>living constitution</i> no século XX	284
9.3.2	A chegada da Doutrina das Mutações Constitucionais no Brasil.....	290
9.3.2.1	"Mutações constitucionais" representam uma categoria não autóctone, desconhecida pelos Constituintes e inexpressiva na Era Constituinte	291

9.3.2.1.1	<i>A solução encontrada pelos Constituintes para lidar com o fenômeno das mutações sociais, políticas e econômicas: utilização de cláusulas vagas</i>	301
9.3.3	Da acoplagem da categoria das "mutações constitucionais" na ordem constitucional de 1988: uma importação acrítica	305
9.3.3.1	Da relação entre mutações constitucionais e o tempo de uma constituição	307
9.3.3.1.1	<i>Mutações constitucionais bloqueiam o trânsito em julgado das decisões do STF em controle de constitucionalidade</i>	311
10	O DESBLOQUEIO DAS FONTES ORIGINAIS	321
10.1	DO ESTADO DA ARTE NA TEORIA DAS FONTES AO DESBLOQUEIO DAS FONTES ORIGINAIS	321
10.2	DO SIGNIFICADO DOS DOCUMENTOS HISTÓRICOS E DA COMPREENSÃO DE SOCIEDADES ANCESTRAIS	333
10.2.1	É possível falar em uma verdade sobre o passado e efetuar uma cognição impoluta de fontes históricas?	335
10.2.2	A crítica do <i>Law Office History</i>	347
10.3	ESPÉCIES DE FONTES ORIGINAIS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	350
10.3.1	Diário da Assembleia Nacional Constituinte — DANC	350
10.3.2	Suplementos	353
10.3.3	Boletim Administrativo da Assembleia Nacional Constituinte – B. Adm. (ANC)	354
10.3.4	Jornal da Constituinte	356
10.3.5	Boletim da Constituinte	357
10.3.6	Relatórios ao Anteprojeto do Relator e da Subcomissão - Fases “A” e “C”	357
10.3.7	A Segunda Edição do Dicionário Aurélio (1987)	359
10.3.7.1	A prática do <i>dictionary shopping</i> na interpretação constitucional	362
10.3.7.2	A (sub)utilização de dicionários pelo STF	364
10.3.8	Leis aprovadas durante a legislatura n.º 48 (1987-1991)	366
10.3.9	Mensagens de veto de José Sarney (1987-1988)	371
10.4	SOBRE COMO ACESSAR AS FONTES ORIGINAIS	372
11	O CORPUS FONTELES	373

11.1	A EXPERIÊNCIA FILOSÓFICA DA BIBLIOTECA E A ALEGORIA DA AGULHA NO PALHEIRO.....	373
11.2	A FERRAMENTA DO <i>CORPUS LINGUISTICS</i>	376
11.3	O CORPUS FONTELES E AS FONTES COMPONENTES DA BASE DE DADOS...	377
11.3.1	Da necessidade de reconhecimento óptico dos caracteres (<i>Optical Character Recognition – OCR</i>).....	378
11.3.2	Remoção de dados que poluem os arquivos: higienizando o <i>corpus</i> para aprimorar o <i>input</i>	379
11.3.3	Da extensão do Corpus Fonteles.....	380
11.3.4	Possibilidades práticas de pesquisas no Corpus Fonteles	381
11.4	O CORPUS FONTELES COMO FERRAMENTA REFINADORA DE SUPORTES FÁTICOS E CAUTERIZADORA DE COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	387
11.5	DO MARCO TEÓRICO SOBRE O QUAL OPERA O CORPUS FONTELES: A PREMISSA FUNDAMENTAL	388
12	UMA CONSTITUIÇÃO ESCRITA É AQUILO QUE SIGNIFICA	391
12.1	INTRODUÇÃO: A CONSTITUIÇÃO COMO UM CONJUNTO DE SIGNOS LINGÜÍSTICOS.....	391
12.2	UMA CONTRADIÇÃO PERSISTENTE: O PARADOXO DO DEVER DE OBEDIÊNCIA A UM CONTEÚDO A SER EDITADO POR QUEM OBEDECE	399
12.3	O SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL É ANTERIOR, EXTERIOR E SUPERIOR AOS JUÍZES: A LEITURA CORRETA DO ART. 102, CF/88.....	401
12.4	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO O SOBERANO DE JOHN AUSTIN...	406
12.5	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO PRETENSO PODER MODERADOR	408
12.6	PALAVRAS TÊM SIGNIFICADO E ESTE PERTENCE AO CORPO SOCIAL ...	414
12.7	UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ORDINARIAMENTE DECLARATÓRIA E EXTRAORDINARIAMENTE CONSTITUTIVA.....	417
	CONCLUSÕES.....	419
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	437

INTRODUÇÃO

O ser humano é o único animal que tem se revelado capaz de criar símbolos. Das mais variadas maneiras, indivíduos se exprimem por palavras orais ou escritas, gestos, obras de arte e toda sorte de expressões dignas de análise simbólica. Enquanto alguns símbolos se conservam ao longo do tempo, tais como originalmente concebidos, outros são apropriados e até **ressignificados**. Se esse processo de ressignificação é reversível, permitindo-se que o significado original seja resgatado, esta é uma importante questão a ser enfrentada neste trabalho.

No mundo ocidental pós-guerra, a suástica simboliza um regime genocida. Na vida, porém, nem sempre as coisas foram como hoje são. A propaganda nazista imprimiu um novo significado sobre um símbolo que, **originalmente**, era empregado, por exemplo, por budistas (Heller, 2019). Para o mundo ocidental, operou-se, portanto, uma mutação semântica.

Mas a ressignificação de um símbolo nem sempre é consensual. Não raro, o fenômeno pode representar o desfecho de uma acirrada **disputa de significados**, cada qual sustentado por uma fração social.

Na visão de Steven Heller, historiador judeu, a suástica representa um “símbolo de ódio”. A opinião veio a ser expressada em obra de sua autoria, que se ocupou do importante tema da Iconografia extremista (Heller, 2019). Com um ponto de vista observacional distinto, o budista japonês Toshikazu Kenjitsu Nakagaki considera a suástica como um “símbolo de paz”, a ser “resgatado das forças do ódio”. Também esta opinião, bastante controversa no ocidente, veio a ser registrada em uma obra contemporânea (Nakagaki, 2018).

As visões antagônicas acima descritas deram início a um intenso debate nos Estados Unidos e demonstram que a apropriação de um símbolo pode não ser assimilada por aqueles que preferem o significado original à sua releitura. Por sua vez, também revela que nem todos os indivíduos tomarão em consideração significados primitivos de um objeto. Simplesmente, muitos não aceitam a ideia de significados vitalícios, ou seja, orientam-se pela hipótese de exaurimento e substituição semântica.

A intensidade na disputa por significados é proporcional ao apego. Quando símbolos representam um *status* diferenciado, a exemplo da faixa-preta no Jiu-Jitsu ou de um diploma de

Harvard, sua ressignificação pode ser recebida como um insulto. Por outro lado, em se tratando de símbolos socialmente indiferentes, modificações podem ocorrer sem maiores controvérsias.

Como o Direito se posiciona nesse cabo de guerra? Mais especificamente, em favor de qual significado o Direito Brasileiro tende a emprestar sua autoridade? No exemplo que antagonizou o historiador judeu e o budista japonês, o legislador brasileiro tomou em consideração o *novo significado*, ao criminalizar a veiculação de símbolos que contenham a suástica (art. 20, § 1º, Lei n.º 7.716/89)¹. Para o Congresso Nacional, importa aquilo que a gravura hoje representa no contexto socioespacial de vigência da lei.

A opção legislativa de descartar o significado original da suástica faz sentido. Entretanto, tal não permite extrair uma inferência indutiva e generalizante de que, portanto, a ordem jurídica brasileira estará sempre orientada pelos significados mais recentes. Esta seria uma precipitação ingênua. A ressignificação de símbolos pode ser um fenômeno juridicamente complexo, a impor desafios que reclamam um raciocínio mais refinado sobre problemas dessas natureza.

A complexidade do tema não se limita à **legitimidade** dessas ressignificações, aspecto que já seria suficiente para polarizar a sociedade, mas sim à própria **licitude** da substituição de determinados significados. Em outras palavras, nem toda apropriação de símbolos é considerada lícita pelo ordenamento nacional. No Brasil, a Constituição confere à Bandeira o *status* de símbolo republicano (art. 13, § 1º, CF/88) e, como tal, juridicamente inapropriável. Cuida-se de um bem difuso imaterial, insuscetível de apoderamento. A propósito, a lei estabelece que é obrigatório o ensino do "significado da Bandeira Nacional", em estabelecimentos públicos e particulares de ensino (art. 39, Lei n.º 5.700/71). Neste caso específico, há boas razões para entender que esse significado, cuja disseminação é juridicamente obrigatória, só pode ser o original².

¹ Assim também a cruz gamada. O Parlamento brasileiro jamais tipificaria como crime a veiculação de um emblema budista ou hinduísta. O tipo penal traduz, portanto, um **posicionamento semântico** do Estado Brasileiro. Mesmo quando a norma penal explicitamente exige do agente "o propósito de difusão do nazismo", o raciocínio permanece centrado no contexto nazifascista: tal exclui a tipicidade da conduta de atores de uma peça histórica de teatro, por exemplo — muito embora, a rigor, também exclua a adequação típica de monges budistas que ostentem o símbolo e, com isso, também se possa dizer que, em alguma medida, a lei também foi permeável ao significado original.

² Embora a literatura reconheça a possibilidade de mutação das bandeiras, na medida em que “guerras, revoluções e outros fatos históricos” comandariam uma “dança de significados”, esta hipótese diz respeito à substituição ou alteração das bandeiras (2005, p. 40). De fato, símbolos podem mesmo ser atualizados para a preservação do seu valor cognitivo. Já a mutação do valor evocativo do Pavilhão, **sem que o seu aspecto externo seja modificado**, é uma tese mais ambiciosa. De quando em vez, o próprio ordenamento bloqueia a possibilidade de que essa ressignificação, pretensa ou verdadeira, venha a ser considerada por juízes e demais aplicadores da lei.

Pois bem. Na segunda década do século XXI, a Bandeira do Brasil sofreu um processo de **politização**: o símbolo passou a ser ostentado e protagonizado em manifestações político-sociais ligadas à chamada Nova Direita, despertando, à semelhança de um desforço imediato, a reação de brasileiros que pretendiam resgatá-la desse contexto.

Nas eleições presidenciais de 2022, esse fenômeno simbólico confundiu a Justiça Eleitoral brasileira. Com uma percepção correta da realidade, a Magistrada da 141ª Zona Eleitoral de Santo Antônio das Missões (RS) afirmou que a Bandeira nacional havia **se tornado** marca de “um lado da política”, mas avançou para alertar que o Pavilhão sofreria a incidência da legislação que disciplinava a propaganda eleitoral³. A declaração foi controversa, porque, segundo a legislação brasileira, a Bandeira pode ser usada em todas as manifestações do sentimento patriótico dos brasileiros, de caráter oficial ou particular” (art. 10, Lei n.º 5.700/71). Além disso, a prevalecer o entendimento apontado pela juíza, o próprio processo de resgate do símbolo estaria, agora, obstruído.

Porém, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul adotou posicionamento diverso. Alinhando-se a entendimentos já manifestados pelo Tribunal Superior Eleitoral, o TRE/RS enfatizou que símbolos nacionais não evocam governos, ideologias ou partidos⁴.

A perplexidade da Justiça Eleitoral precisa ser adequadamente traduzida, porque há nela um aspecto decisivo para esta tese de doutorado. A dificuldade não estava sendo imposta por qualquer dúvida sobre se, bem ou mal, a Nova Direita havia revitalizado a Bandeira. Poucos duvidariam que grupos conservadores instrumentalizaram a capacidade emblemática desse símbolo nacional. Na verdade, a questão subjacente era mais refinada: a querela estava circunscrita a saber se a ordem constitucional brasileira tinha — ou tem — autoridade para impedir que mutações no significado da Bandeira, mesmo quando insofismáveis no mundo real, viessem a ser judicialmente consideradas por ocasião da aplicação do Direito. E isso é bem mais desafiador.

O problema descrito acima não é pontual no mundo contemporâneo. Seu **mecanismo** está presente no cotidiano de uma maneira muito mais ampla do que se pode supor à primeira

³ Conforme divulgado no sítio do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul: <<https://www.tre-rs.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/tre-rs-decide-rapidamente-sobre-uso-da-bandeira-em-propaganda-eleitoral>>. Acesso em 29/12/2023. A declaração foi proferida pela Juíza Ana Lúcia Todeschini Martinez, em reunião com representantes de partidos políticos, tendo repercutido nacionalmente. A propósito, suas palavras foram pautadas nos discursos do à época Presidente Jair Bolsonaro.

⁴ Processo relacionado: PetCiv - 0600281-44.2022.6.21.0000. Em resposta à Consulta 1.271 (rel. Min. Caputo Bastos, DJ 8/8/2006), o TSE asseverou que símbolos nacionais não vinculam o candidato à Administração, pois atrelam-se ao povo e, em virtude disso, podem ser lícitamente utilizados em propagandas eleitorais.

vista. Nos Estados Unidos, a bandeira dos estados confederados também foi objeto de ressignificação ao longo dos anos, assumindo, na interpretação mais recente de uma fração de cidadãos norte-americanos, uma **evocação escravocrata**. Mais uma vez, percebe-se o conflito operado por uma variação semântica em função do tempo.

Na Historiografia brasileira, bandeirantes já foram retratados como heróis desbravadores que descortinaram este país⁵, tendo sido, inclusive, contemplados com estátuas. Por outro lado, também é público e notório que a estátua do bandeirante Borba Gato tem sido alvo de ataques das gerações atuais à sua memória. Aqui, tem-se um problema ontologicamente **interpretativo**. Estátuas concebidas como homenagens, com o decurso do tempo, podem ser ressignificadas para que se convertam, puramente, em documentos históricos? Que significado há de prevalecer diante de monumentos públicos? Qual deles — original ou contemporâneo — deve ser utilizado como critério para o Direito?⁶

Presidentes da Ditadura Militar já foram celebrados pelos nossos ancestrais. Isso se percebe, por exemplo, no faraônico Mausoléu construído para abrigar os restos mortais de Castelo Branco, que há anos integra o conjunto arquitetônico do Palácio da Abolição no Município de Fortaleza/CE. A dignidade da homenagem — e do homenageado — não está subtraída da livre apreciação dos cidadãos de hoje, que podem vindicar uma releitura do passado.

Este trabalho não será sobre os exemplos considerados em si mesmos, mas sim sobre a essência que compartilham. Todos os exemplos fornecidos derivam de um tronco comum. Em cada um deles, o aprofundamento da análise levará a um envolvimento com temas áridos como significados originais, processos de ressignificação, disputas semânticas, governo dos vivos pelos mortos e, para o que mais importa, sobre como o Direito Constitucional deve interagir com essas interfaces.

Constituições, bandeiras e estátuas têm muito em comum. A Constituição Brasileira também requer um **olhar simbólico**, porque documenta signos linguísticos que representam significados. Finalmente, a Constituição de 1988 tem uma **dimensão heráldica**, na medida em que protege símbolos nacionais como a Bandeira, o Hino, as Armas e o Selo nacionais.

⁵ Para um exemplo de manifestação mais próxima desse estereótipo idílico: "Os bandeirantes não ficaram arranhando o litoral como caranguejos, na imagem pitoresca, mas exata, de Frei Vicente do Salvador. Cavalgaram os rios e marcharam para o oeste e para a História, na conquista de um continente" (Constituinte Ulysses Guimarães, DANC, Ano II, n.º 308, Ata da 341ª Sessão, 5 de Outubro de 1988, p. 14381).

⁶ O tema foi brilhantemente analisado na obra de Sanford Levinson: LEVINSON, Sanford. *Written in Stone: Public monuments in changing societies*. Durham: Duke University Press, 2018.

Constituições são monumentos sociais e seus significados são objeto de disputa intergeracional. Há quem lute para se apropriar do significado constitucional e substituí-lo por um novo que lhe era estranho. Por fim, a depender do maior ou menor apego a uma dada cláusula constitucional, cidadãos podem ser capazes de derramar sangue, suor e lágrimas para que conservem ileso o significado primitivo de um direito fundamental em processo de atrofia⁷.

Pelo tamanho dos desafios apresentados e pela riqueza das consequências, esse debate pode ser considerado como **a última palavra em Direito Constitucional no Brasil**. Durante muitos anos, a camada mais profunda desse problema permaneceu desconhecida. Se hoje o assunto já foi objeto da percepção de professores mais atentos, continua inexplorado.

Os problemas relacionados a esse saber, entretanto, já batem à porta.

Tribunais agora começam a ser confrontados sobre se existiria mesmo possibilidade de ressignificação do documento constitucional. Mais do que isso, magistrados atualmente precisam dizer se, uma vez trilhado o caminho de ida — ressignificação do documento —, estaria desobstruído o caminho de volta — resgate do significado original — na interpretação constitucional. Para piorar esse cenário, juízes não têm recebido instrução adequada a respeito desses fenômenos e a literatura em língua portuguesa é escassa.

Prevalece no Brasil a concepção segundo a qual a interpretação constitucional é sempre **produtora** de significado, premissa que esteriliza o raciocínio sobre a preservação ou restituição de sentidos originais e todas as importantes implicações desta arena de debates. O exame das teses e monografias produzidas nas últimas duas décadas sugere que poucos avanços foram conquistados pela Hermenêutica Constitucional Brasileira, cujo estado da arte parece congelado no tempo. Com isso, juízes jamais terão uma fonte de apoio eficiente quando diante de problemas que envolvam aquilo que aqui é identificado como **disputa semântica intergeracional**. E eles são muitos.

Contudo, no vasto elenco mundial de propostas teóricas para a interpretação constitucional, existe uma abordagem, em especial, que se propôs a enfrentar de forma **direta** o cerne dos problemas interpretativos descritos nesta introdução. Mais do que isso, essa

⁷ Na História Constitucional Brasileira, o manifesto subscrito por Francisco Julião conclamava o povo a defender a Constituição de 1946 com armas na mão. Embora o contexto não envolvesse disputas semânticas, o exemplo demonstra a relação de identidade que Constituição e Estado Democrático de Direito podem assumir no imaginário coletivo. Daí porque houve, há e haverá cidadãos dispostos à prática de atos mais extremos na defesa de — ou do que julgam ser — uma constituição escrita.

abordagem tem oferecido **respostas**, às vezes constrangedoramente mais simples, para questões consideradas difíceis. Se essas respostas são satisfatórias, espera-se que esta tese possa elucidar.

A esta altura, é provável que já se saiba sobre qual corrente de interpretação versa este trabalho. Não pela sua popularidade ou reputação, mas pelo fato de que poucas abordagens se dedicam com tanto empenho à disputa intergeracional de significados, sentidos originais e pretensas modificações sociais.

Trata-se, como era de se esperar, do Originalismo. Muito influente nos Estados Unidos, bastante negligenciado no Brasil e controverso em qualquer lugar do mundo, o Originalismo pode fornecer alternativas úteis e inovadoras aos tribunais brasileiros, inclusive pelos generosos pontos de contato com a Linguística e a Historiografia.

Didaticamente, a tese pode ser separada em três grandes partes distintas. Na primeira delas, aloja-se o *core* ou a Teoria Geral do Originalismo. Nela, o propósito é predominantemente informativo. Busca-se disseminar o verdadeiro conteúdo teórico dessa jusfilosofia, tal como apresentado por acadêmicos dos Estados Unidos, para assegurar um debate **informado**. Com isso, evitam-se versões caricatas desse marco teórico. Neste primeiro momento, o objetivo será investigar a gênese, evolução, ontologia, espécies, características e metodologia das principais famílias de Originalismo, além da sua sempre lembrada relação com o pensamento conservador, cada qual analisada em um capítulo à parte.

Mais especificamente, no Capítulo 1, promove-se uma desconstrução de versões caricatas. Saber **o que uma coisa não é** pode ser tão ou mais importante do que saber aquilo que é. Esta é a função primordial do capítulo inaugural. Muitos mitos e incompreensões persistentes são desconstruídos nesse momento. Como se verá, a literatura nacional não tem sido uma fonte segura para uma cognição correta e atualizada sobre Originalismo

Invertendo-se o sinal da análise, o segundo capítulo investiga o que o Originalismo efetivamente é — ou se tornou. Com uma abordagem ontológica ou conceitual, o Capítulo 2 permite identificar o Originalismo em qualquer lugar no tempo e no espaço, evidenciando os seus princípios constitutivos.

Ainda no Capítulo 2, demonstram-se as mais notáveis espécies de Originalismo, inclusive algumas mais recentes nos Estados Unidos. Neste momento, a ideia é inventariar as principais modalidades, assim como esclarecer variações terminológicas que têm gerado alguns mal-entendidos.

No Capítulo 3, analisa-se como isso funciona **na prática**, ou seja, efetua-se uma dissecação analítica da metodologia originalista. Conforme será demonstrado, a maneira pela qual originalistas empregam suas ferramentas para discernir significados originais envolve particularidades técnicas e opções teóricas bastante específicas. Trata-se de um tema que ainda está em fase de desenvolvimento, inclusive nos Estados Unidos. Portanto, embora os capítulos da primeira parte da tese sejam predominantemente informativos, o Capítulo 3 já oferece uma contribuição que extrapola o ato de informar. Neste capítulo, conclui-se que, pelo menos em uma das suas modalidades, a metodologia originalista é uma pesquisa empírica de dados contidos em fontes documentais.

No Capítulo 4, a atenção do trabalho se volta para a origem e evolução do objeto de estudo. Somente faria sentido pesquisar a origem do Originalismo quando fosse possível identificá-lo em lugares menos óbvios e em circunstâncias mais inusitadas, inclusive com nomes distintos. Daí porque este capítulo foi alocado para um lugar posicionado após os estudos do conceito, das espécies e da metodologia.

No Capítulo 5, enfrenta-se a recorrente objeção de que o Originalismo não é uma teoria, mas apenas uma estratégia para a promoção de uma agenda conservadora. Mais precisamente, o Originalismo seria uma jusfilosofia a serviço do partido Republicano, sob os auspícios da *Federalist Society*. É neste momento que a tese incursiona na relação entre Originalismo e *judicial restraint*, abordando ainda a importante relação estabelecida entre originalistas e a doutrina dos precedentes (*stare decisis*), tema candente entre os próprios juristas norte-americanos. Como se verá, para além da análise sociológica e de ideologias, este capítulo também apresenta um pano de fundo típico do Direito Processual Constitucional.

No Capítulo 6, a tese se ocupa da transplantabilidade do Originalismo para sistemas não nativos. É possível fazê-lo? Sob quais condições? Sem dúvidas, o aspecto mais importante deste momento é esclarecer **onde** está radicado o Originalismo no sistema norte-americano, sem o que não será possível concluir pela viabilidade do seu implante em um sistema receptor. Portanto, o Originalismo é estudado com as lentes do Direito Comparado. Esta é uma abordagem relativamente recente nos Estados Unidos, cujos achados ainda permanecem desconhecidos para uma representativa fração de professores, inclusive alguns mais renomados.

Cumprida esta etapa, a tese alcança um novo estágio de desenvolvimento. A partir de então, a pesquisa se desgarra do constitucionalismo norte-americano para incidir sobre o constitucionalismo brasileiro. Ao longo desta segunda parte, a preocupação central será testar a compatibilidade do Originalismo no Brasil e identificar quais eram os Métodos Originais

contemporâneos à promulgação da Constituição de 1988. Em comum, seus capítulos se servem de pesquisas computacionais e de contributos da História do Direito.

O Capítulo 7 investiga se a Constituição Brasileira de 1988 permite a acoplagem do Originalismo como uma válida alternativa à disposição dos juízes. Para viabilizar uma interpretação com base no significado original, seria necessária alguma mudança no ordenamento jurídico? Porém, mesmo que esta investigação seja necessária, ela não seria suficiente. Afinal, mesmo que não houvesse obstáculos no sistema jurídico para a adoção do Originalismo, a abordagem ainda dependeria da iniciativa dos juízes brasileiros. Assumindo-se a facticidade desta premissa, o sétimo capítulo analisa a capilaridade da interpretação originalista no Supremo Tribunal Federal e a sua disseminação na Era Constituinte. Por fim, à luz da História Constitucional, o Capítulo 7 enfrenta a hipótese da existência de uma **doutrina brasileira do significado original**.

No Capítulo 8, estuda-se o processo de abandono da doutrina brasileira do significado original e o fenômeno da colonização da interpretação constitucional brasileira por uma pretensa hermenêutica “alemã”. É também neste oitavo capítulo que os principais efeitos da Teoria dos Princípios de Robert Alexy são avaliados, em uma perspectiva crítica, problematizando-se a racionalidade dessa importação acrítica. Ao final, a tese apresenta as consequências de uma emancipação teórica: a repristinação dos Métodos Originais da Constituição de 1988, que devolve a comunidade jurídica a um estado de coisas muito próximo do Originalismo.

No Capítulo 9, percorre-se um segundo caminho para verificar se o sistema jurídico brasileiro possui uma interface compatível com o Originalismo: um estudo crítico sobre a categoria das mutações constitucionais. Se é certo que rejeitar esse fenômeno permite alcançar um estado de coisas substancialmente originalista, admiti-lo implica repelir uma interpretação com base no significado original. Portanto, à semelhança de um *double-check*, o transplante das próprias mutações é escrutinado.

Na terceira parte do trabalho, a tese indica as *consequências* de um giro originalista na interpretação constitucional brasileira. Em outras palavras, quais os impactos dessa escolha.

No Capítulo 10, apresenta-se a principal consequência de uma viragem originalista na jurisdição constitucional brasileira: o desbloqueio de uma vasta coleção de documentos com evidências histórico-linguísticas da Era Constituinte (1987-1988), qualificadas como fontes originais. Sabe-se que o texto escrito da Constituição é a fonte primeira da jurisdição

constitucional, mas onde pesquisar o próprio significado do texto? Neste capítulo, propõe-se uma revisão de literatura na teoria das fontes.

No Capítulo 11, é necessário solucionar um problema. Diante da elevada extensão das fontes originais, cuja cognição é humanamente impossível de ser exaurida, demonstra-se que juízes brasileiros têm ignorado esses dados na construção argumentativa da jurisdição constitucional. A solução fornecida neste momento da pesquisa é a disponibilização de uma ferramenta de Linguística Computacional que permite uma leitura eficiente dos documentos históricos qualificados como fontes originais. Mais especificamente, desenvolve-se um *corpus linguistics* com quase quarenta milhões de palavras que podem ser lidas com o auxílio de *softwares* já disponíveis, ou seja, valendo-se de uma interpretação constitucional auxiliada pela inteligência artificial.

No Capítulo 12, a premissa fundamental e subjacente a este trabalho, até então mais inferida que expressada, é exposta às claras. Apresenta-se um conjunto de argumentos favoráveis à hipótese de que a interpretação constitucional é ordinariamente cognitiva e apenas extraordinariamente constitutiva.

Ao final, as conclusões de todos os capítulos são enumeradas e sintetizadas de forma analítica, em múltiplas proposições.

1 ORIGINALISMO, ESTE DESCONHECIDO

1.1 DESCONSTRUINDO VERSÕES CARICATAS DO SENSO COMUM: SOBRE AQUILO QUE O ORIGINALISMO NÃO É

“[...] [S]e aprovado, o senhor pretende ser um juiz originalista, que defende o texto constitucional, ou atuar como um progressista, para quem a Constituição está atrasada e precisa ser adaptada a uma nova visão constitucional?”, indagou o Senador Marcos Rogério a Kássio Nunes Marques, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, por ocasião da sabatina para um assento no Supremo Tribunal Federal⁸.

O hoje Ministro não apenas negou ser um originalista, como fez uso da oportunidade para conceituar essa abordagem. Segundo Nunes Marques, como magistrado, ele “[...] não é um originalista, que simplesmente se limita ao que a doutrina chama de ‘juiz boca da lei’, simplesmente declama o texto frio da norma”⁹.

Uma pergunta inexata e uma resposta caricata. Em comum, o senso comum.

Não há razão para nutrir expectativas acadêmicas em um diálogo estabelecido no Senado Federal, afinal, quando senadores formulam perguntas nesse contexto, é o próprio povo que está a inquirir. A resposta, por sua vez, é endereçada a uma audiência heterogênea, devendo ser compreendida por todos os brasileiros. Tudo isso requer um trabalho de **tradução** que pode comprometer severamente o significado verdadeiro de institutos jurídicos e Escolas do Direito. O incidente descrito constitui um possível exemplo desse fenômeno. Ambos os interlocutores deturparam uma jusfilosofia no processo comunicativo, promovendo uma simplificação precária, grosseira, inverídica, mas muito didática.

Este capítulo tem uma função conceitual e profilática. Seu principal objetivo é desconstruir exageros retóricos que comprometem uma análise acadêmica rigorosa. Disso não se segue que todas as objeções apresentadas contra o Originalismo constituam exageros. Absolutamente. Embora o ônus argumentativo seja considerável, é possível criticar

⁸ Notas Taquigráficas da 13ª Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, 2ª Sessão Legislativa Ordinária, 56ª Legislatura, 21/10/2020, p. 56.

⁹ Idem. p. 57.

responsavelmente essa jusfilosofia. De fato, quando se trata de oferecer propostas para uma interpretação constitucional, não existem mesmo alternativas incriticáveis. Entretanto, este capítulo demonstra que, no Brasil, as críticas mais notáveis endereçadas ao Originalismo se ocuparam de uma **versão distorcida** ou até mesmo **fictícia** dessa abordagem. Às vezes, por desinformação – aqui compreendida a desatualização. Em outros casos, por estratégia argumentativa. A literatura acadêmica produzida por linguistas que se debruçam sobre o discurso retórico-argumentativo demonstra que tem sido comum promover exageros que pavimentem o caminho a ser percorrido pelas críticas (Fiorin, 2016, p. 217). A propósito, Arthur Schopenhauer, ao elencar 38 estratégias da Dialética Erística, inaugura esse rol com a chamada **ampliação indevida**, por meio da qual as afirmações do interlocutor são conduzidas para além dos seus limites naturais, ou seja, são **radicalizadas** ou **exageradas**. Pode ser mais conveniente criar um espantalho para, a partir de então, refutar o argumento caricato¹⁰.

Se criar espantalhos já representa um artifício conveniente, é possível dizer que essa conveniência se acentua no caso do Originalismo em razão dos altos custos exigidos pela adoção das correntes acadêmicas alternativas. Não existe vácuo na interpretação constitucional. É possível desvencilhar-se da interpretação constitucional original, mas tal abdicação **necessariamente** requer uma **substituição** de abordagem e algumas respostas mínimas para problemas que se nos afiguram. Surge, então, o preço a ser pago em decorrência desse ônus argumentativo: **(i)** qual é, então, o critério de interpretação constitucional de quem manifestamente não busca o significado original? **(ii)** O que exatamente o juiz intérprete está procurando? **(iii) Onde** o magistrado está procurando essas soluções? **(iv)** Se o significado de uma Constituição alterou-se, mesmo sem emenda ao texto, **a partir de quando** operou-se essa mudança? Há quanto tempo a Constituição foi alterada? Não teria isso relevância para a segurança jurídica e para o controle de constitucionalidade, cujos efeitos eventualmente podem retroagir? **(v) Quem** tem legitimidade democrática para proclamar o pretenso novo significado de um texto constitucional? **(vi)** Que referenciais são utilizados para, de maneira segura e responsável, apontar novos significados a um texto constitucional que o Parlamento escolheu

¹⁰ Até mesmo a jurisprudência tem se valido de metáforas pejorativas para repelir determinadas ideias. Por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal descreve um “inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição” (RCL 2617 AgR/MG, rel. Min. Cezar Peluso, 23/02/2005). A “fossilização da Constituição”, tal como descrita pelo STF, não é exatamente uma referência à abordagem originalista, mas sim uma alusão à suposta consequência advinda da impossibilidade de o legislador infraconstitucional reagir e contrariar decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade. Nota-se, porém, o papel simbólico dos rótulos pejorativos e dos slogans metafóricos no âmbito do discurso. Inclusive, quanto à ideia de conservar o documento constitucional. Não obstante, frise-se, tal conservação, no contexto do julgado, seria operada por meio da cristalização de entendimentos do STF sobre o significado da Constituição.

não emendar? As perguntas formuladas são apenas o início de uma longa jornada argumentativa. A depender do caso e – da desenvoltura – de quem argumenta, as respostas fornecidas podem ser constrangedoras.

Diante do esforço desmedido que a opção de responder de maneira satisfatória a esses questionamentos representaria, caricaturizar a abordagem originalista acaba por se tornar uma via atrativa e confortável. Daí a importância de identificar e examinar essas versões burlescas. Vejamo-las.

1.1.1 Desconstruindo a primeira caricatura: originalistas nem sempre ignoram atrasos no texto constitucional

Toda sociedade se transforma e, naturalmente, o arcabouço normativo que a governa também há de ser atualizado para reparar a ação corrosiva do tempo. Se existe algo que não muda, certamente é o fato de que sociedades sempre mudam. Originalistas não costumam ser ingênuos ao ponto de ignorarem que novos tempos exigem novas leis.

Ao contrário do que o Parlamentar fez parecer, muitos originalistas acreditam que a Constituição está, sim, atrasada e reclama uma adaptação. Ser originalista nem de longe equivale a ser um defensor do texto constitucional em vigor, que pode, repita-se, ser classificado como obsoleto e exigir importantes mudanças que o atualizem.

Disso não se segue, entretanto, que juízes estejam credenciados a induzir pretensas mudanças como uma vanguarda iluminista da humanidade. Portanto, a questão não pertence ao reino do “se”, mas sim aos domínios do “como”. **Como** operar alterações válidas no texto constitucional, isto sim, é um assunto que preocupa a Escola Originalista.

Antonin Scalia (1997, p. 23), um dos Justices mais originalistas que a Suprema Corte dos Estados Unidos já teve, explicitou esse aspecto:

Para ser um textualista respeitável, não é necessário ser tão indisposto de modo a não perceber os propósitos sociais mais amplos em virtude dos quais uma lei é, ou poderia ser, concebida para atender; nem tão inflexível ao ponto de não se dar conta de que novos tempos reclamam novas leis. É preciso apenas ter a crença de que

juízes não têm autoridade para buscar esses propósitos mais amplos ou escrever essas novas leis¹¹.

De maneira semelhante, a célebre posição assumida pelo *Justice* Hugo Black é bastante didática: “não tenho medo de emendas regularmente aprovadas, mas realmente me assusta que juízes reescrevam a Constituição, sob o disfarce da interpretação” (Black *apud* Greene, 2009, pp. 15-16).

Voltando-se à sabatina no Senado, a resposta de Nunes Marques ao Senador tampouco foi instrutiva, porque parece confundir o Originalismo com a Escola da Exegese na França do século XIX¹². Pela importância dessa desconstrução, ela receberá um tópico à parte.

1.1.2 Desconstruindo a segunda caricatura: da indevida associação entre Originalismo, interpretação literal e Escola da Exegese

Não faz muito tempo que positivistas eram associados aos exegetas franceses pelo senso comum presente na comunidade jurídica brasileira. Afirmar-se como positivista era uma declaração compreendida como uma espécie de compromisso de agir como *la bouche de la loi*. A mesma visão equivocada e fruto de desinformação a respeito do Positivismo, até hoje persistente, agora começa a se voltar contra o Originalismo.

¹¹ É importante antecipar que o Textualismo é uma modalidade de Originalismo. O desconhecimento dessa premissa tem sido causa de inúmeros mal-entendidos. No momento oportuno, a proposição será comprovada com base na literatura correlata, mas, doravante, a informação deve ser guardada.

¹² Como apontado por Chaïm Perelman, a Escola da Exegese buscava “reduzir o Direito à lei” e, pautando-se em um “silogismo judiciário”, limitava o papel do juiz ao “estabelecimento dos fatos e à sua subsunção, nos termos da lei” (Perelman, 2004, pp. 31-35). Embora a crença do jurista belga tenha sido incorporada ao pensamento jurídico brasileiro (Diniz, 1998, p. 267; Souza Neto, 2002, p. 5), sendo essa concepção a “matriz” para a caricatura originalista, parte da literatura francesa mais recente tem problematizado o que poderia ser considerado como “o Mito da Escola da Exegese”. Por exemplo, refutando a pretensa homogeneidade que caracterizaria uma Escola: “*les commentateurs du Code civil n'ont pas constitué une École de l'Exégèse aux caractères homogènes*” (Audren, Halpérin, 2013, p. 528). Em outras vezes, problematiza-lhe ao enfatizar a existência de diversidade de pensamentos (Audren, Halpérin, 2013, p. 84) e até mesmo indicando que, ao contrário do que se pensa, “*il n'y a pas une École de l'Exégèse solidement établie en 1814*” (Audren, Halpérin, 2013, p. 56) — Chaïm Perelman, por outro lado, já classifica esse período como fase de instauração (Perelman, 2004, p. 31). No Brasil, a tese de doutorado de Rafael Tubone Magdaleno suscita essa revisão de literatura, colocando fundadas dúvidas sobre a existência dessa pretensa Escola (2023, pp. 125-129).

A confusão e o estereótipo narrados são comuns. Em 16 de outubro de 2020, o jornalista Demétrio Magnoli publicou na Folha de São Paulo um artigo que analisava a confirmação da *Justice Amy Barrett* para um assento na Suprema Corte dos Estados Unidos. Nele, o Doutor em Geografia Humana explicou o que se entendia por Neoconstitucionalismo, abordou a ideia de ativismo judicial e também forneceu uma síntese do que seria um magistrado adepto do Originalismo: "juízes originalistas [...] ignoram a dinâmica histórica em nome de um literalismo absoluto"¹³.

Mais uma vez, o significado original foi associado à interpretação literal, inclusive, absolutamente. Para se ter ideia da profundidade com a qual essa crença se enraizou no imaginário, constitucionalistas brasileiros competentes chegaram a externá-la em teses de doutoramento¹⁴.

Esta, porém, é uma visão sem respaldo na literatura especializada norte-americana. Em primeiro lugar, a mínima familiarização com os escritos produzidos por originalistas nos Estados Unidos revela que eles e elas buscam apoio em pelo menos **dois** grandes pilares: **a)** suporte textual; **b)** suporte histórico. Vários são explícitos a esse respeito (Bork, 1971, p. 20; Meese III, 1985, p. 27; Scalia, 1989, p. 862). Só por isso já se nota que é um erro reduzir a abordagem originalista à "letra da lei", porque tal ignora a dimensão histórica que confere à jusfilosofia o seu timbre peculiar. Para muito além do texto constitucional, originalistas fazem largo uso de um rico acervo de documentos históricos. Tais fontes são empregadas para auxiliar a alcançar o significado do texto, é verdade, mas as evidências também são pesquisadas para que forneçam elementos que nem sempre constam explicitamente das disposições constitucionais.

No entanto, embora originalistas admitam elementos **não explícitos** no texto constitucional, também é verdade que eles e elas optam por assimilar aquilo que **está claramente implícito** nesse texto. Separação dos poderes, freios e contrapesos, por exemplo, são princípios constitucionais **inferidos** da redação documentada na Constituição dos EUA,

¹³ Folha de São Paulo. "Juízes que fazem política fracassam duas vezes, como políticos e como magistrados", 16/10/2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/demetriomagnoli/2020/10/juizes-que-fazem-politica-fracassam-duas-vezes-como-politicos-e-como-magistrados.shtml>. Acesso em 06/06/2022.

¹⁴ Marcelo Novelino (2014, p.25), por exemplo, em tese de doutorado, aludiu a "[...] um modelo de interpretação pautado pelo significado literal do texto constitucional (textualismo) [...]". De maneira semelhante, "Os originalistas compreendem as normas como entidades autorreferentes, independentemente de qualquer conteúdo substantivo. A atuação judicial, portanto, deve se restringir à letra da lei [...]" (Moreira, Bunchaft, 2011, versão digital).

não exatamente expressos. Originalistas trabalham com esses princípios, porque o texto e a história convergem para a sua existência (Balkin, 2011, pp. 14-15).

Situações práticas também escancaram o equívoco dessa caricatura. Se o ministro Nunes Marques e o jornalista Demétrio Magnoli estivessem corretos sobre originalistas, eles e elas não aceitariam a doutrina do *judicial review*. Entretanto, mesmo sem que o texto da Constituição dos EUA faça uma alusão expressa a essa doutrina, ela é reconhecida pela Escola Originalista como uma alternativa válida à disposição dos juízes. Hoje, originalistas até controvertem sobre os limites do *judicial review*, mas não sobre a sua existência.

Os mais bem conceituados estudos originalistas da atualidade apontam que o discernimento do conteúdo jurídico de um dispositivo constitucional pode exigir – e frequentemente tem exigido – uma análise meticulosa do **contexto**, não apenas do texto. De maneira ilustrativa, em casos de ambiguidade textual, alguns juízes originalistas têm utilizado ferramentas de linguística computacional que fornecem o contexto em que palavras eram empregadas (v.g KWIC). Isso torna o Originalismo permeável ao ramo linguístico conhecido como Pragmática.

Ordenamento jurídico algum pode ser havido como um sistema lógico-dedutivo perfeito. Em outras palavras, ordenamentos não são imunes a lacunas, antinomias, ambiguidades e vagezas. Nem mesmo originalistas acreditam no mito ingênuo de um ordenamento dotado de perfeição, razão pela qual um exame atento de trabalhos acadêmicos sobre Originalismo demonstrará que, para essa Escola, nem sempre haverá uma congruência entre o significado **semântico** e o conteúdo **jurídico** de uma disposição constitucional. Pelo contrário, basear-se apenas no primeiro aspecto pode levar a uma sub-determinação do último deles. Lawrence Solum (2017, p.285) elenca 4 (quatro) razões pelas quais o significado semântico de um dispositivo constitucional pode estar aquém do seu conteúdo jurídico, isto é, sub-determiná-lo: **(i)** o conteúdo semântico de muitos dispositivos pode ser vago ou de textura aberta; **(ii)** o significado de alguns dispositivos pode ser ambíguo; **(iii)** podem haver lacunas constitucionais; **(iv)** podem existir antinomias constitucionais. Em comum, vagueza, ambiguidade, lacuna e antinomia no texto constitucional representam formas de indeterminação que, em alguns casos, são resolvidas exatamente pelo **contexto** (Solum, 2017, p. 285).

A propósito, foi também o reconhecimento de imperfeição do ordenamento jurídico que levou originalistas a sustentarem que o significado original de uma Constituição **não fornece**

uma resposta definitiva para muitas questões importantes (Barnett, 2011, p. 69). E se assim o é, resta fazer uso de fontes suplementares e metodologias que permitam ir além (v.g. *construction zone*).

Mas há outras possibilidades de ilustrar a clara distinção entre Originalismo e interpretação literal. A investigação do significado original também leva em consideração, por exemplo, as chamadas implicaturas constitucionais ou *constitutional implicature* (Barnett, 2013, p. 413. Solum, 2017, p. 288). Estas representam "aquilo que o significado semântico da constituição implica de fato" (Barnett, 2013, p. 413). Implicaturas são capazes de transmitir um conteúdo comunicativo **diferente** do conteúdo semântico de um texto ou enunciado (Solum, 2017, p. 288). Por exemplo, a Nona Emenda à Constituição dos EUA não chega a dizer expressamente que existem direitos não enumerados e que tais direitos não podem ser negados, mas isso pode ser **inferido** porque o seu significado original implica **mais** do que aquilo que foi dito de maneira expressa (Barnett, 2013, p. 414). A categoria das implicaturas constitucionais, portanto, é **mais uma** prova – dentre inúmeras possíveis de serem apresentadas – de que o Originalismo não se confunde com o “significado literal” ou com a Escola da Exegese.

Também nos Estados Unidos, o senso comum presente no imaginário coletivo já associou o Textualismo à ideia de construcionismo estrito, sobretudo pela atitude de alguns Presidentes da República oriundos do Partido Republicano que, dirigindo-se a uma audiência leiga, promoviam essa “tradução precária” em pronunciamentos públicos¹⁵. Não por acaso, ainda nos anos 90 do século XX, Scalia (1997, p. 23) já alertava que a sua jusfilosofia não se confundia com o construcionismo estrito, sendo este uma versão degradada responsável pela mácula na reputação da sua abordagem de interpretação.

Portanto, é preciso desconstruir esse mito que estabelece um vínculo umbilical entre Originalismo e interpretação literal, porque destituído de embasamento teórico. Quando Caio,

¹⁵ Richard Nixon, Ronald Reagan – este responsável pela indicação de Scalia – e George Bush fizeram promessas de que nomeariam juízes conservadores adeptos da filosofia do “construcionismo estrito” (Scalia, 2021, p. 32). A informação consta da nota do tradutor (NT). Não há como saber ao certo se os Presidentes se empenharam em uma tradução para tornar o discurso jurídico mais permeável ao público ou se descreveram sinceramente o que lhes parecia correto. Mas isso é desimportante. Chefes de Estado, na Política, não têm o dever de apego às terminologias acadêmicas da Teoria da Interpretação Constitucional. Contudo, importa perceber que a desinformação teórica fez eco em obras acadêmicas de História Política. Para um exemplo de trabalho que indevidamente associa Originalismo e “teoria do construcionismo estrito” quando se refere à jusfilosofia de Robert Bork, nos anos 80 do século XX, consulte-se: Sollenberger, Rossotti, Rozell. Reagan and the Courts. In: **The Reagan Presidency: assessing the man and his legacy**. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2005. p. 107.

adepto da Escola da Exegese, pede passagem a Tício e ouve um “pois não”, a resposta soa aos seus ouvidos como uma manifesta recusa. Na mesma circunstância, o originalista Mévio seguiria em frente porque interpretaria a mensagem fornecida à maneira como as pessoas daquela época e daquele local compreenderiam o significado daquilo que foi dito. E “pois não”, nesse contexto, significa “pois sim”.

No Brasil, a Constituição de 1988 assevera que “a casa é asilo inviolável” (art. 5º, XI, CF/88). Uma interpretação literal reconheceria a inviolabilidade das casas, mas não de escritórios e gabinetes. Um originalista, contudo, após uma rigorosa pesquisa do significado original, concluiria que, ao tempo em que promulgada a Constituição Federal, o **significado** do vocábulo **casa** já alcançava compartimentos fechados e não franqueados ao público. Sem que fosse necessário invocar “princípios” como o *topos* da “máxima efetividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, simplesmente a norma do art. 5º, XI, incidiria no suporte fático. No exemplo citado, não se trata de uma interpretação **ampliativa**, mas sim de uma interpretação consentânea com a própria amplitude original do dispositivo. Da mesma maneira, ao elencar as competências do Presidente da República, o texto constitucional brasileiro se refere ao **indulto** (art. 84, XII), mas nem por isso originalistas negariam o fato de que o Chefe de Estado foi constitucionalmente contemplado com a competência para conceder a **graça**.

Por fim, a investigação do significado original pode exigir também valorações mais profundas sobre a palavra ou expressão pesquisada. Metáforas, metonímias ou sinédoques devem ser identificados, assim como o discernimento correto sobre se o termo escrito foi utilizado no seu sentido técnico ou coloquial (Balkin, 2011, p. 13).

Por tudo o que foi dito, compreender o Originalismo como uma interpretação constitucional escravizada pelo sentido **denotativo** das palavras é uma deturpação da realidade. Entender isso é trivial e representa apenas o primeiro passo para uma construção epistêmica séria do que é o Originalismo, para somente então amadurecer uma opinião responsável e informada sobre o seu acerto ou desacerto metodológico.

Inexiste sinonímia entre originalista e interpretação literal. A verdade é que o Originalismo tem, sim, uma forte deferência pelo texto constitucional¹⁶ — assim como pela

¹⁶ Isso se percebe, por exemplo, no caso de ambiguidades. Mesmo diante da dúvida sobre a interpretação adequada, originalistas sustentam que a aplicação da disposição ambígua deve ser operada de maneira que pelo menos não contradiga a constituição (Meese III, 1985, p. 26).

História —, estabelecendo uma proximidade entre texto e norma *menor* do que a distância proposta por outras alternativas teóricas. Mesmo assim, no Originalismo, texto e norma são corpos que não ocupam o mesmo lugar no espaço.

Pois bem. Há pelo menos mais um mito, também caricato e muito difundido, que precisa ser desconstruído e será objeto do tópico seguinte.

1.1.3 Desconstruindo a terceira caricatura: da distinção entre significado original e alcance original

A segunda versão caricata deturpa o Originalismo por meio da confusão entre significado original e alcance original, como se a abordagem propusesse que a constituição só tem incidência nos casos previstos e antecipados pelo constituinte. Parte da comunidade jurídica tem sido levada a crer que a abordagem originalista limita a incidência do texto constitucional às restritas hipóteses antevistas pelos redatores. Em outras palavras, transportando-se o raciocínio para o Brasil, isto seria equivalente a sustentar que só seria possível a aplicação da Constituição de 1988 para os problemas da vida cogitados ou projetados pelos integrantes da Assembleia Nacional Constituinte.

Como o ser humano não tem dons premonitórios, seria impossível levar adiante esse empreendimento teórico. Afinal, a realidade e suas contingências são imprevisíveis ao constituinte. Esta objeção caricata, entretanto, foi refutada até mesmo por originalistas da chamada Primeira Onda. Referindo-se à vertente originalista do intencionalismo, Robert Bork (1986, p. 826) esclareceu¹⁷:

Não é a noção de que juízes podem aplicar um dispositivo constitucional apenas nas circunstâncias especificamente contempladas pelos constituintes. Em uma forma tão restrita, a filosofia é inútil. Porque não podemos saber como os constituintes votariam nos casos específicos de hoje, em um mundo tão diferente daquele que eles

¹⁷ No original: “It is not the notion that judges may apply a constitutional provision only to circumstances specifically contemplated by the Framers. In such a narrow form the philosophy is useless. Because we cannot know how the Framers would vote on specific cases today, in a very different world from the one they knew, no intentionalist of any sophistication employs the narrow version just described” (Bork, 1986, p. 826).

conheciam, nenhum intencionalista de qualquer sofisticação emprega essa estreita versão descrita.

Outro notável expoente da Primeira Onda foi o *Justice Rehnquist*¹⁸. Este igualmente reconhecia que, sendo uma constituição concebida para o futuro, suas cláusulas naturalmente seriam aplicadas para normatizar fatos imprevistos. Segundo ele, a linguagem constitucional acomoda, sim, fatos não antevistos (Rehnquist, 1976, p. 694)¹⁹:

O simples fato de que uma atividade em particular pode não ter existido quando a Constituição foi adotada, ou de que os *Framers* não puderam conceber um método particular de fazer negócios, não pode significar que a linguagem geral na Constituição está impedida de ser aplicada a tal curso de conduta.

Esta premissa, já fincada na Primeira Onda, se conservou em meio aos originalistas da Segunda Onda. Antonin Scalia sustentava na Suprema Corte dos Estados Unidos que o significado original da Primeira Emenda protegia até mesmo videogames e provavelmente ninguém acreditaria que os Founders, a não ser por futurologia, teriam vislumbrado esse tipo de entretenimento como uma alternativa lúdica à disposição das novas gerações²⁰. Por fim, originalistas contemporâneos continuam a sustentar que uma interpretação constitucional não deve ser guiada pelas aplicações pretendidas ou esperadas por parte daqueles que redigiram o texto constitucional (Balkin, 2011, p. 6).

No Direito Constitucional Comparado, a distinção entre significado original e alcance original permanece nítida. Em capítulo dedicado ao exame do transplante do Originalismo para sistemas jurídicos não nativos, se é que estaria correto referir a esse fenômeno controverso, será demonstrado que, historicamente, a *High Court* da Austrália adotou versões originalistas moderadas. De maneira conciliatória com essa abordagem, o tribunal tem se valido de “técnicas

¹⁸ Sem dúvidas, seu artigo seminal de oposição à ideia de uma constituição viva — Rehnquist, William H. The Notion of a Living Constitution. **Texas Law Review**, Vol. 54, n.º 4, pp. 693-706, 1976 — o coloca no panteão de originalistas. Apesar disso, na análise de alguns professores, a vocalização do Originalismo por parte de Rehnquist não teria sido consistente nos últimos anos de vida (Greene, 2009, p. 16).

¹⁹ No original: “*Merely because a particular activity may not have existed when the Constitution was adopted, or because the framers could not have conceived of a particular method of transacting affairs, cannot mean that general language in the Constitution may not be applied to such a course of conduct*” (Rehnquist, 1974, p. 694).

²⁰ *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 US (2011). A questão consistia em saber se uma lei do Estado da Califórnia, que restringiu a venda ou locação de videogames violentos para menores, violava a Primeira Emenda. O precedente demonstra a *importância metodológica de estabelecer analogias corretas*. Por exemplo, a violência dos videogames foi considerada análoga à violência de romances do século XIX, que já eram lidos pelo público juvenil. A objeção de que o *game* se distingue pela *interação* foi superada pelo fato de que também aquela literatura oferecia alternativas interativas, como, por exemplo, quando o leitor poderia escolher o desfecho da história e saltar para a página correlata. Portanto, a questão controversa seria mais de grau que de essência.

que, preservando o sentido original dos conceitos da Constituição, amplia sua aplicação a situações que não podiam ser previstas há um século" (Morales, 2011, p. 51). Nota-se, também na experiência do constitucionalismo australiano, que inexiste a reivindicação de que o significado original não incida para normatizar realidades recentes não antevistas.

Até mesmo juízes não-originalistas têm conhecimento de que é possível, adotadas algumas cautelas, aplicar normas jurídicas a fatos não concebidos por quem as redigiu e conservar o significado original. Alguns exemplos práticos são fornecidos pela Baronesa Hale de Richmond, Justice que presidiu a Suprema Corte do Reino Unido²¹. Segundo a magistrada, quando se trata de interpretar a legislação, salvo quando o *Human Rights Act* dispõe em sentido contrário, juízes estão, pelo menos na teoria, buscando a “intenção do Parlamento” (Hale, 2001, p. 12)²². Porém, explica a Justice, leis estão em uma comunicação permanente, ou seja, elas têm sempre algo a dizer nos dias atuais (Hale, 2001, p. 12). Ilustrativamente, em 2001, a expressão “membros da família”, empregada em uma lei de 1920, foi considerada como abrangente o suficiente para incluir companheiros em uniões homoafetivas; a expressão “dano corporal”, utilizada em um diploma de 1861, passou a contemplar danos psiquiátricos no ano de 1998; por fim, a palavra “violência” passou a designar abusos mais amplos que a agressão física (Hale, 2001, p. 12). Ao buscar esses propósitos atuais, conclui a Baronesa, a intenção original do Parlamento não foi ofendida (Hale, 2001, p. 12). Certa ou errada quanto à ambiciosa afirmação sobre intenções serem violadas, o fato é que, também para ela, ir além do alcance original não implica necessariamente violação ao significado original.

Se fosse verdadeiro o espantinho de que originalistas são guiados pela capacidade de clarividência original, nenhum deles aceitaria o fato de que a Primeira Emenda à Constituição dos EUA protege discursos proferidos na rede mundial de computadores. Porém, apesar da literalidade do texto constitucional, originalistas sabem que a Primeira Emenda se aplica à *internet* (Solum, 2019, p. 1248; Wurman, 2017, p. 15).

É de todo improvável que Thomas Jefferson tenha imaginado o uso de *drones* para a captura de imagens, mas originalista algum, diante da constituição e do correlato *Bill of Rights*, diria que o texto permite ao Poder Público fazer uso indiscriminado desses artefatos para fotografar o interior das residências. Originalistas estão cientes de que os Constituintes

²¹ Aposentada em janeiro de 2021.

²² Repita-se: apesar da declaração, a Honorável Baronesa de Hale é uma magistrada não-originalista, para quem a busca por uma intenção representa uma “ilusão” (Hale, 2011, p. 12). Mesmo assim, seu raciocínio ilustra a importante distinção aqui apresentada.

provavelmente nunca anteciparam o uso dos celulares de hoje, mas nem por isso negam que a Quarta Emenda é aplicável a novas tecnologias (Wurman, 2017, p. 58).

Significado original não se confunde com – expectativa de – alcance original. Embora este ainda não seja o momento mais oportuno para verticalizar a curiosa relação entre Originalismo e tecnologia, a antecipação parcial do tema cumpre a função didática de afastar caricaturas. A incidência de uma norma jurídica no suporte fático não depende, consoante a Escola Originalista, de uma necessária imaginação hipotética apriorística²³. Em uma versão defensável de Originalismo, **expectativas autorais** sobre como o texto será aplicado deixam de ocupar um lugar proeminente na tarefa de discernir o significado textual (Whittington, 2004, p. 610).

Em qualquer lugar do mundo, a compreensão do Originalismo pode exigir uma desconstrução preliminar. Nos Estados Unidos, a desinformação se verifica no público leigo – mesmo assim, há leigos inteiramente informados por uma curiosidade cívica. No Brasil, porém, este desafio é maior: nem mesmo operadores do Direito costumam estar familiarizados com a doutrina originalista. Também pudera. Trata-se de uma abordagem invisibilizada por professores e juristas brasileiros, o que se comprova por um simples levantamento bibliográfico da literatura que se ocupa da interpretação constitucional.

1.2 O ORIGINALISMO NA LITERATURA JURÍDICA BRASILEIRA

Uma pesquisa bibliográfica demonstra que a iniciativa de instruir-se sobre o Originalismo por meio de fontes em língua portuguesa pode ser uma tarefa inglória. A maioria dos trabalhos escritos no vernáculo sequer abordará esse assunto.

O Dicionário de Hermenêutica de Lenio Streck de 2017, por exemplo, embora se proponha a inventariar “temas fundamentais” sobre esse ramo do saber, simplesmente não

²³ De maneira acertada, a Ministra Rosa Weber já demonstrou estar atenta para esse aspecto: “[...] ousaria a dizer que nunca foi estranha à jurisdição constitucional a ideia de que os parâmetros de proteção dos direitos fundamentais devem ser permanentemente abertos à evolução tecnológica. Dentro da tradição do judicial review norte-americano, por exemplo, mesmo partidários de uma interpretação originalista da Constituição reconhecem que a inovação naturalmente levanta questões sobre como a Constituição a ela se aplica.” (STF, Pleno, Referendo em MC em ADI 6.387, Min. Rosa Maria Weber, DJe 12/11/2020). Correta a Excelentíssima Juíza. Sutileza semelhante veio a ser percebida pelo saudoso Professor Celso Ribeiro Bastos. O jurista da PUC/SP descreveu que a interpretação histórica, embora se reporte à conjuntura contextual da época em que elaborada a lei, também leva em consideração “o intuito da lei diante dos fatos atuais” (Bastos, 2014, p. 42).

contempla o verbete Originalismo. Uma omissão indiscreta e que diz muito sobre o atual estado de coisas. Se o vocábulo é omitido até mesmo em um dicionário de interpretação jurídica, onde era de se esperar que fosse esclarecido, parece previsível que muitas outras obras escritas no Brasil também serão lacunosas.

O célebre manual concebido pelo Ministro Alexandre de Moraes, um dos trabalhos merecidamente mais bem acolhidos pela comunidade jurídica, não menciona o Originalismo uma única vez (Moraes, 2020). Gilmar Mendes e Paulo Gonet, em um extenso e analítico curso de Direito Constitucional, sequer pronunciam essa palavra (Mendes e Branco, 2019). Por fim, a hercúlea Constituição Comentada sob a coordenação científica de Canotilho, Gilmar Mendes, Ingo Sarlet e Lenio Streck, apesar das mais de 2.000 (duas mil) páginas, nada disse a respeito – mesmo colecionando elevados estudos sobre “interpretação constitucional”, com “textos introdutórios à Constituição da República Federativa do Brasil” (Canotilho *et al.*, 2014, pp. 44-102).

Seria o Originalismo um assunto proscrito no Brasil? Não se trata exatamente disso. Todos esses relevantes trabalhos, de elevadíssima capilaridade na doutrina brasileira e nos tribunais, têm algo em comum: seus autores possuem uma formação acadêmica predominantemente brasileira, alemã ou portuguesa²⁴, algo muito recorrente na década de 90 do século XX e nos primeiros anos do século XXI – assim como já o foi desenvolver estudos em Coimbra no século XIX. De um modo geral, juristas brasileiros forjados nesse período poderiam ser didaticamente classificados como expoentes da Era Alexy-Canotilho.

O Originalismo, por sua vez, é um método de interpretação constitucional extremamente influente na Suprema Corte dos Estados Unidos. Na Europa, sua presença é menos expressiva (Morales, 2011, p. 47). Isto explica, em grande parte, o estado de **invisibilização** do tema na maior parte da bibliografia nacional sobre interpretação constitucional²⁵. Autores não versados

²⁴ Alexandre de Moraes doutorou-se pela Universidade de São Paulo, onde também conquistou a livre-docência. Trata-se da instituição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, jurista português que foi Professor Titular de Direito Constitucional. Hoje, o Professor Titular da USP é Virgílio Afonso da Silva, que estudou na Alemanha e traduziu a obra de Robert Alexy. Lenio Streck é Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina, tendo realizado pesquisas de pós-doutorado na Universidade de Lisboa (Portugal). Gilmar Mendes obteve o título de Doutor na Universidade de Münster (Alemanha). Como se vê, o eixo Brasil-Europa, sobretudo Portugal e Alemanha, foi responsável por um intercâmbio jurídico influente na formação do pensamento jurídico brasileiro na transição dos séculos

²⁵ Na já mencionada Constituição comentada (Canotilho *et al.*, 2014, p. 90), a obra chega inclusive a apresentar uma “seleção de literatura” sobre “Hermenêutica e Princípios da Interpretação Constitucional”. A curadoria deixada aos cuidados do Professor Lenio Streck, por exemplo, sugere 24 (vinte e quatro) títulos no total. Pelo menos 7 (sete) são obras alemãs e 3 (três) são portuguesas.

ou menos familiarizados com o *common law* tendem a negligenciar essa temática, aproximando-se de outras Escolas do Direito e da Hermenêutica.

Para este hemisfério de juristas, por um silêncio eloquente ou desinformado, é como se o Originalismo ainda permanecesse como um ilustre desconhecido. Apesar disso, conscientes ou não disso, todos esses professores negam premissas originalistas sem que um debate mais franco venha a ser estabelecido por meio da explicitação de um confronto dialético entre as propostas contrapostas. Basta saber, por exemplo, que muitos deles vão defender a existência de mutações constitucionais ou de uma leitura moral da Constituição.

Pois bem. À medida em que se examinam obras escritas por juristas brasileiros com formação acadêmica **norte-americana** – estes bem mais escassos e quase sempre da Escola Fluminense de Direito Constitucional²⁶ –, o Originalismo se descortina de maneira manifesta. De repente, a proposta passa a ser abordada, conceituada e até desencorajada²⁷. A análise desses trabalhos, porém, demonstra que a abordagem não tem sido dotada de acurácia e atualidade.

Esta debilidade precisa ser examinada mais de perto.

1.2.1 O diálogo da doutrina brasileira com uma teoria decaída: o mito do *original intent* como *telos* de desenvolvimento

Associando-se à leitura moral da Constituição tal como proposta por Ronald Dworkin (1996, p. 2), Luís Roberto Barroso (2020, p. 242) descreve o Originalismo de uma maneira que já não pode mais ser considerada como verdadeira. Segundo ele, uma das linhas de pensamento do interpretativismo seria “[...] o originalismo, pelo qual a intenção dos autores da Constituição e dos que a ratificaram vinculam o sentido a ser atribuído às suas cláusulas” (Barroso, 2020, p. 275). Em outro momento, na nota de rodapé n.º 169, Barroso (2020, p. 664) volta a afirmar: “[...] dentre os métodos de interpretação debatidos na doutrina norte-americana, tem relevo o originalismo, que prega fidelidade à intenção original dos elaboradores da Constituição [...]”.

Afora hipóteses extraordinárias como, por exemplo, o Direito Constitucional da Malásia, país asiático onde ainda existem práticas originalistas intencionalistas mais recentes,

²⁶ Sobretudo a linhagem de juristas da UERJ discipulados por Luís Roberto Barroso.

²⁷ Este é o caso de autores como Luís Roberto Barroso (2020, p. 677) ou Souza Neto e Sarmento (2012, p. 338), todos críticos da interpretação originalista.

descrever o Originalismo dessa maneira subjetivista, nos dias de hoje, é bastante problemático. Isso porque a definição apresentada está defasada por um *delay* de pelo menos trinta, mas possivelmente de quase quarenta anos.

A "intenção original" aludida por Barroso, usualmente referida como *original intent*, corresponde à ultrapassada versão havida como dominante no constitucionalismo norte-americano das décadas de 60 e 70 do século passado (Rappaport, 2017, p. 4)²⁸. Outros autores descrevem que essa abordagem vivenciou o seu apogeu dos anos 60 à metade dos anos 80 (Solum, 2019, p. 1251; Whittington, 2004, pp. 599 e 603), o que fornece uma "margem de erro" de aproximadamente 5 (cinco) a 6 (seis) anos.

Pois bem. Confrontando-se a 9ª edição do Curso de Luís Roberto Barroso, cujo fechamento se deu em 22/11/2019, com um importante artigo jurídico assinado por um influente originalista nesse mesmo ano, as informações são inconciliáveis. Ambos os trabalhos foram publicados em 2019, mas parecem ter sido escritos em décadas diferentes.

Enquanto Barroso descrevia o Originalismo como uma abordagem pela qual **a intenção** dos autores da Constituição vinculava o sentido a ser atribuído às suas cláusulas, Lawrence Solum (2019, p. 1250)²⁹ esclarecia que essa compreensão estava “lamentavelmente desatualizada”, concluindo: “[o] *original intent* caiu em desuso entre os originalistas há mais de trinta anos”.

Um ano antes, ao se referir ao Originalismo das intenções dos redatores, Eric Segall (2018, p. 6) afirmou: “*this Brand of originalism [...] has largely died away [...]*”. Retrocedendo mais um ano, Ilan Wurman registrou que o atual estado evolutivo na abordagem originalista desaconselha o *original intent* a um ponto tal, que expressões como “intenção original” ou “intenções originais” se tornaram quase pejorativas nos Estados Unidos (Wurman, 2017, p. 18)³⁰.

Foi também em 2017 que Michael Rappaport, um dos mais renomados originalistas norte-americanos, observou que “*While the 'old originalism' focused on the original intent of*

²⁸ Outros autores descrevem que essa abordagem vivenciou o seu apogeu dos anos 60 à metade dos anos 80, embora a transição só tenha ocorrido no início dos anos 90 (Whittington, 2004, pp. 599 e 603). O fato é que o *original intent* já havia perdido seu prestígio na segunda metade dos anos 80 (Solum, 2019, p. 1251).

²⁹ No artigo, Solum se referiu ao Dicionário de Oxford, que forneceu um significado para Originalismo muito similar àquele apresentado pelo Ministro do STF (Solum, 2019, p. 1250). Comparativamente, ei-los: “interpretação judicial da Constituição que visa a seguir de perto a intenção original dos seus redatores” (Oxford). Por sua vez: “fidelidade à intenção original dos elaboradores da Constituição [...]” (Barroso, 2020, p. 664”).

³⁰ Não deixa de ser curioso que juristas adeptos de uma constituição evolutiva não assimilem que a visão acadêmica sobre o Originalismo evoluiu.

the lawgivers as the method for determining the original meaning, the newer versions have focused on other indicia, such as original public meaning and original methods" (Rappaport, 2017, p. 2).

Em um respeitado estudo publicado no ano de 2013, quatro características do chamado "Novo Originalismo" foram apontadas. A primeira delas era exatamente o fato de que, ao contrário do que descreve Luís Roberto Barroso, o Originalismo moderno **não** se guia por intenções (Barnett, 2013, p. 415). Na época em que isso foi dito, já não se tratava de qualquer novidade. Isso porque o *original intent* pertenceu àquilo que passou a ser chamado de "Primeira Onda" do movimento originalista (Segall, 2018, p. 6; Tew, 2017, p. 721).

Enfim, embora a transição para o *original public meaning* só tenha ocorrido no início dos anos 90 (Whittington, 2004, p. 603), o fato é que o *original intent* já havia caído em desuso na metade dos anos 80 (Solum, 2019, p. 1251)³¹.

Mas Barroso não é o único a descrever o Originalismo como este era concebido há algumas décadas. No Brasil, outros Professores continuam aprisionados a este quadrante teórico do passado, que insiste em compreender a doutrina do *original intent* como o *telos* de desenvolvimento originalista³².

³¹ Conforme dados colhidos da plataforma *lattes*, Luís Roberto Barroso estudou em Yale nos anos de 1988 e 1989, período durante o qual a chamada era de ouro do *original intent* ainda se fazia uma lembrança recente. Fonte: <http://lattes.cnpq.br/2430424576721113>. Acesso em 08/10/2022. Talvez não por acaso, no universo de quatro fontes de consulta apontadas pelo Professor da UERJ para fundamentar sua conceituação sobre o Originalismo, na nota de rodapé n.º 125, três delas são trabalhos produzidos na década de 80, sendo a mais recente publicada no ano 2000. Por fim, duas das referências são assinadas por juristas que *não* se identificam como originalistas (2020, p. 662). Sucede que, como aponta Lawrence Solum (2017, p. 295), os trabalhos acadêmicos mais sérios e dotados de rigor teórico sobre Originalismo só surgem na década de 90 do século XX e os mais relevantes são oriundos da primeira década do novo milênio. Nada disso foi objeto de consulta.

³² Alguns juristas discipulados por Luís Roberto Barroso replicaram essa compreensão defasada. Em tese de doutorado concebida na UERJ, Marcelo Novelino (2014, p. 25) fez referência a "[...] um modelo de interpretação pautado [...] pela intenção do poder constituinte (originalismo) [...]". O trabalho foi examinado por Luís Roberto Barroso e orientado por Daniel Sarmento. Outros Professores da Escola Fluminense de Direito Constitucional – UFRJ e PUC/RJ – já apresentam uma definição similar: "Enquanto os primeiros [originalistas] pretendiam enfatizar a intenção original dos *Framers*, os não originalistas, por sua vez, pressupunham uma perspectiva construtiva do Judiciário na afirmação dos direitos implícitos decorrentes do texto constitucional." (Moreira, Bunchaft, 2011, *versão digital*). A incompreensão é generalizada. Examinando-se trabalho apresentado para concorrer ao concurso de Professor Titular de Direito Constitucional da USP, que assegurou — justa e merecida — vitória de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 95), extrai-se (grifo próprio): "[...] o chamado originalismo, **que defende a busca pela intenção do legislador constituinte**, ainda suscita polêmicas". O senso comum teórico também foi encontrado em um prefácio redigido por José Afonso da Silva: "[...] 'originalismo', interpretação constitucional segundo a qual ao intérprete somente cabe perquirir e revelar a *intenção original* do constituinte" (Lima, Passos & Nicola, 2013, p. XIX). Na mesma prefacção, que consta de obra publicada pelo Senado Federal e que se ocupou da gênese da Constituição de 1988, José Afonso conclui: "A doutrina brasileira, no geral, não aceita a teoria que prestigia a intenção do constituinte como método válido de interpretação constitucional, até porque não há maneira de descobrir tal intenção." (Lima, Passos & Nicola, 2013, p. xix).

Parece simples perceber que, fixando-se um conceito ultrapassado de Originalismo, muito do trabalho acadêmico desenvolvido com base nessa premissa será contaminado pelo equívoco no ponto de partida das digressões. Partindo-se de um pressuposto conceitual já superado, as críticas posteriores a essa abordagem serão direcionadas para um alvo que já foi abandonado. Ninguém, em sã consciência, envidaria esforços para redigir e publicar um artigo sustentando a inconstitucionalidade de uma lei já pronunciada inconstitucional e extirpada do ordenamento jurídico há algumas décadas. Por incrível que pareça, algo muito similar vem ocorrendo no que concerne às críticas tecidas a versões já sepultadas do Originalismo.

É fácil demonstrar esse *delay* constrangedor com exemplos ilustrativos.

Em 2019, Lawrence Solum (2019, p. 1250) asseverou que não tem conhecimento de qualquer originalista contemporâneo que tente responder a "perguntas Delficas" como "o que Madison faria?". O mesmo ponto foi apontado por Whittington no ano de 2004. Ao descrever o "Novo Originalismo" – frise-se: em 2004! –, o Professor de Princeton explicou que o ponto da investigação originalista não é saber o que Madison faria como Juiz da Suprema Corte dos EUA em relação a um caso submetido, mas sim determinar **que princípio** Madison e seus contemporâneos adotaram, para então decifrar **se e como** esse princípio se aplica à causa em análise (Whittington, 2004, p. 611)³³.

Feito esse esclarecimento preliminar, qual a crítica tecida por Lenio Streck no ano de 2022? Embora não costume abordar o assunto nas obras publicadas, Streck se posicionou sobre o Originalismo em uma coluna do Portal CONJUR, levantando a seguinte objeção: "Ora, quem é que dispõe dessa grande chave de acesso à cabeça de Jefferson, Adams, Madison, Jay, Washington, Hamilton, Franklin?"³⁴.

Aquilo que, para o jurista brasileiro, parece ter o potencial de suscitar uma reflexão crítica incômoda não passa de um consenso elementar e muito antigo entre os próprios originalistas norte-americanos. Um descompasso constrangedor. Este é o perigo de trabalhar com conceitos ultrapassados de Originalismo: o empreendimento acadêmico desenvolvido com base na premissa defasada se contamina pelo equívoco no próprio ponto de partida.

³³ O raciocínio não representa a descoberta de um Santo Graal na interpretação constitucional. No Brasil, Carlos Maximiliano já ensinava que "O hermeneuta de hoje não procura, nem deduz, o que o legislador de anos anteriores quis estabelecer, e, sim, o que é de presumir que ordenaria, se vivesse no ambiente social hodierno." (Maximiliano, 2011, p. 226).

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. Conjur. Professor de Harvard lança "constitucionalismo Deus acima de todos". 23/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/senso-incomum-professor-harvard-lanca-constitucionalismo-deus-acima-todos>. Acesso em: 19/01/2022.

Ao referir-se "à cabeça de Madison", Lenio demonstra que ainda está a raciocinar e a envidar esforços estabelecendo um confronto com a versão abandonada do milênio passado (*original intent*). Um empenho que poderia ser canalizado para o alvo correto, mas que tem sido desperdiçado criticando teorias sepultadas. E será assim em quase todos os trabalhos brasileiros, exatamente porque a premissa conceitual errada conduz a críticas obsoletas³⁵. Há objeções sérias e persuasivas levantadas contra as versões contemporâneas de Originalismo, mas a doutrina brasileira ainda insiste em lutar contra um cadáver.

Mas há outros impactos causados por um conceito ultrapassado. Sem que se saiba ao certo aquilo que o Originalismo é, mas apenas o que um dia já foi, será impossível raciocinar a sua acoplagem no sistema jurídico brasileiro. Daí porque este momento da tese assume tanto relevo, dada a sua natureza de pressuposto para a adequada compreensão das análises vindouras.

O *original intent* é, pois, uma versão primitiva que já não é praticada e nem defendida na América, a não ser em casos raríssimos de professores que representam espécies em extinção³⁶. Definições como as apresentadas não logram descrever o que o Originalismo é, mas têm o mérito de registrar aquilo que algum dia já foi³⁷. Introduzi-lo dessa maneira, portanto, tem a mesma acurácia que apresentar o Direito Administrativo Brasileiro para juízes estrangeiros por meio dos escritos de Hely Lopes Meirelles ou seria tão informativo quanto demonstrar o Direito Civil nacional a partir das obras de Sílvio Rodrigues. Estes são autores inegavelmente expressivos, mas cujas ideias não estão em sincronia com o estado da arte.

³⁵ Marcelo Novelino (2014, p. 94), na referida tese de doutoramento, suscitou: "Em se tratando de constituições democráticas resultantes de inúmeras vontades, muitas vezes, conflitantes entre si, como saber qual a verdadeira "vontade" do constituinte originário?". Perguntas como estas foram feitas nos Estados Unidos durante a década de 80 do século XX, por autores como Paul Brest, para infirmar o *original intent*. Mas é preciso aceitar e assimilar: o *original intent* já se foi, há muito.

³⁶ Ilan Wurman (2017, p. 18) descreve que, com algumas poucas exceções, praticamente não há mais juristas que defendam o Originalismo do *original intent* nos dias atuais. A ressalva seria, por exemplo, o trabalho de Lawrence Alexander intitulado "Originalism, The Why and The What" (Wurman, 2017, p. 18). O jurista italiano Alessio Sardo aponta como adeptos do *original intent* os Professores Lawrence Alexander e Richard Kay (Sardo, 2018, p. 83). Eric Segall, por sua vez, esclarece que "[...] *only a handful of academics or judges today support it*" (2018, p. 6), fornecendo como um exemplo dessa espécie o artigo "The Sacrifice of the New Originalism", assinado por Thomas B. Colby no ano de 2011 (Segall, 2018, p. 196).

³⁷ O tradicionalíssimo Black's Law Dictionary, na Sétima Edição publicada no ano de 1999, também já apresentou essa definição para o vocábulo Originalismo: "*The theory that the U.S Constitution should be interpreted according to the intent of those who drafted and adopted it*" (BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. Seventh Edition. St. Paul: West Group, 1999. p. 1126).

1.2.2 Análises duvidosas e passionais

Outros trabalhos acadêmicos brasileiros fornecem informações duvidosas quando o assunto é Originalismo. "Trata-se de uma excentricidade [...] que não encontrou ressonância em nenhum outro sistema jurídico democrático" (Souza Neto e Sarmento, 2012, pp. 339-340). Esta é uma lição contrafactual, a menos que países como Austrália e Japão não sejam democracias. Isso, todavia, não resiste a uma análise séria. Consoante o *Democracy Index 2021*, apresentado pelo *Economist Intelligence* (EIU), somente 6,4% da população mundial vive em países considerados como “democracias plenas”. Australianos e japoneses podem afirmar isso sobre si mesmos³⁸. Por conseguinte, o Originalismo não está confinado na jurisdição constitucional norte-americana, aspecto que será demonstrado ao longo deste trabalho.

A mesma obra contém ainda inexatidões quanto à origem dessa metodologia interpretativa, ao asseverar que “[o] originalismo nasceu como uma reação conservadora à jurisprudência progressista da Suprema Corte norte-americana nos anos 50 a 70 do século passado [...]” (Souza Neto; Sarmento, 2012, p. 339), deixando de informar, por exemplo, que há vestígios muito claros do Originalismo no século XIX, tanto em votos de Justices da Suprema Corte dos EUA como em obras doutrinárias. Além disso, assim como Barroso, parte das críticas tecidas pelos autores é endereçada a uma versão obsoleta do Originalismo. Aliás, o trabalho igualmente não contempla uma bibliografia atualizada sobre o assunto.

Por fim, Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto (2012, pp. 339-340)³⁹ se manifestam de maneira passional: “[...] o originalismo não faz o menor sentido. Ele não é senão uma

³⁸ Quase todos os países do mundo foram classificados como “democracias imperfeitas” – a exemplo da França, Itália, Espanha e Portugal –, “regimes híbridos” ou “autoritários”. Por “população mundial”, é preciso considerar o recorte da pesquisa efetuada: 167 países foram analisados para a construção do índice. Considerando que somente microestados foram subtraídos, a aproximação foi significativa (*Democracy Index 2021, The China Challenge, The Economist Intelligence Unit. Limited 2022*, p. 4). Mesmo sabendo-se que a obra de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto foi publicada em 2012, o índice da Austrália nos anos de 2011 e 2012 era ainda maior. Por fim, em 2011 e 2012, o Japão teve um índice discretamente menor: 0,07 (*Democracy Index 2021, The China Challenge, The Economist Intelligence Unit. Limited 2022*, p. 34). Isto sugere que talvez os Professores desconheciam o fato de que é possível encontrar experiências originalistas nos sistemas jurídicos australiano e japonês, ou seja, em sistemas jurídicos democráticos.

³⁹ Daniel Sarmento nutre uma visão muito específica do Direito que o posiciona em um “combate”, à semelhança de uma “arte marcial”, para transformar o mundo. Nas suas palavras, “[...] sempre fui muito sensível às injustiças e [...] quis dedicar minha vida profissional a combatê-las. Tenho um lado da minha personalidade utópico, até meio quixotesco. Estou convencido de que o Direito Constitucional é um poderosíssimo instrumento de luta contra a opressão e injustiça [...]. [...] o Direito Constitucional pode ser uma verdadeira 'arte marcial', que, empregada por pessoas engajadas, tem como fazer a diferença na transformação da sociedade”. Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>>. Acesso em: 17/05/2022.

estratégia política, travestida de teoria constitucional, que busca promover uma agenda conservadora no Judiciário americano a qualquer custo”.

Em um cenário informativo tão precário, resta muito pouco. Qualquer pessoa que pretenda conhecer a interpretação constitucional originalista está em franca desvantagem no Brasil. A menos que se efetue uma pesquisa autodidata nas fontes primárias, quase todas ainda não vertidas para o vernáculo, o ensino jurídico nacional só tem apresentado duas opções no que concerne ao Originalismo, até então: **(i)** não ouvir falar sobre ele, alternativa oferecida por professores de formação usualmente brasileira, alemã ou portuguesa; **(ii)** introduções defasadas, imprecisas, acompanhadas de críticas a uma abordagem obsoleta ou de análises passionais, alternativa oferecida por juristas que, embora versados no constitucionalismo norte-americano, adotam uma jusfilosofia menos apegada ao texto constitucional.

Uma história que não é contada ou que somente o é pela metade. No Brasil, de um modo geral, lê-se sobre Originalismo por meio de trabalhos escritos com a pena dos seus detratores. Em suma, uma versão longe de ser insuspeita.

Ouçá-se o que o outro lado tem a dizer.

Examinando-se um trabalho monográfico seu, que versa sobre a ponderação de interesses na Constituição, colhe-se uma declaração de rara sinceridade sobre o operador do Direito: “[...] sua atuação estará necessariamente condicionada por uma [...] percepção [...] **sentimental** [...] da qual ele, como ser humano, não consegue se libertar (Sarmiento, 2003, pp. 102-103). As citações apresentadas pertencem a fontes distintas, mas estão poderosamente interligadas. Cuida-se de uma visão típica do chamado constitucionalismo idílico. Trata-se de um ponto de vista digno de respeito, assim como todos os outros, mas epistemologicamente traiçoeiro o suficiente para turvar as importantes fronteiras entre aquilo que o Direito é e aquilo que gostaríamos que ele fosse. Nem sempre há sincronia entre Direito e Justiça. O Direito, inclusive o Constitucional, infelizmente pode vir a ser injusto. E textos constitucionais injustos constroem juízes na mesma medida, isto é, não têm eles menos força normativa. A propósito, à medida em que mais trabalhos de expoentes da Escola da UERJ são examinados, torna-se mais provável deparar-se com a ideia de *utopia*. Mesmo em outros contextos. Por exemplo, atribuindo uma configuração “inegavelmente utópica” ao projeto constitucionista ou afirmando que “a utopia constitucionista subsiste de pé” (Binenbojm, p. 2014, pp. 1 e 10).

2 OS ORIGINALISMOS EM ESPÉCIE

2.1 O ORIGINALISMO TAL COMO É

Por todas as razões apresentadas no capítulo anterior, é necessário eliminar, tanto quanto possível, intermediários na transmissão da mensagem sobre o que é o Originalismo. Para tanto, nesta tese, prefere-se transcrever o que foi dito a dizer o que disseram. Essa medida prestigia as fontes primárias, franqueando um acesso que hoje ainda permanece obstruído. É com base na literatura jurídica norte-americana contemporânea, portanto, que esse método interpretativo há de ser compreendido na sua autenticidade.

Mesmo no contexto da interpretação constitucional, a palavra "originalismo" admite muitas variantes. Assim como o Feminismo e o Positivismo possuem dissidências, ondas, vertentes ou escolas, o Originalismo como abordagem interpretativa também é heterogêneo. Em outras palavras, a expressão designa uma família de teorias de interpretação e construção constitucionais (Solum, 2017, p. 269). Isso levou alguns autores a afirmarem que, dada a diversidade dessa jusfilosofia, mais apropriado seria, hoje, falar em "originalismos" (Sunstein, 2018, p. 1673)⁴⁰.

Para se ter ideia da riqueza de propostas acadêmicas, hoje é possível encontrar originalistas radicados no positivismo (William Baude – Chicago), originalistas libertários que se agarram à ideia de direitos naturais (Randy Barnett)⁴¹, originalistas adeptos do *judicial restraint*, originalistas favoráveis ao ativismo judicial, originalistas conservadores, originalistas progressistas (Jack Balkin – Yale), originalistas fundados na soberania popular (Keith Whittington – Princeton), originalistas que efetuam abordagens linguísticas, historiográficas (Michael McConnell – Stanford) *etc.* Como é intuitivo, a despeito das diferenças, há um

⁴⁰ Aqui, é importante a advertência que já foi feita pela doutrina: “Nenhum livro poderia revisar e avaliar de maneira abrangente todas as várias teorias originalistas [...]; tamanho esforço exigiria múltiplos volumes” (Segall, 2018, p. 11).

⁴¹ Estes tendem a conferir uma interpretação mais restrita aos *Articles* (corpo da constituição), atribuindo uma leitura mais ampla ao *Bill of Rights* (emendas).

consenso mínimo comum a todas essas variantes. Na ausência desse consenso, o próprio *status* de originalista passará a ser objeto de intensas controvérsias⁴².

Em sentido amplo, o Originalismo consiste na interpretação de textos jurídicos guiada pelo significado original imprimido nesses documentos, quer se trate de contratos, escrituras, leis, constituições *etc.* Em sentido estrito, reputa-se Originalismo a interpretação caracterizada pela obediência ao significado original de uma constituição e de suas emendas, assim entendido aquele contemporâneo à promulgação do texto e que se conserva como tal, até que venha a ser objeto de reforma⁴³.

Esta definição fornece algumas informações relevantes: primeiro, o Originalismo é uma jusfilosofia pensada para o contexto de uma **promulgação** constitucional, não de uma outorga. Segundo, a constituição é compreendida como um documento, ou seja, um suporte que registra informações. Terceiro, o conceito de Originalismo alcança também o significado original de **emendas**, não apenas do texto promulgado antes de eventuais alterações (Wurman, 2017, p. 104).

Uma definição simples é apresentada por Keith Whittington (2011, p. 37), que estabelece: “*originalism demands fidelity to the written Constitution as it was understood and nothing more*”. Como esse significado original será prospectado, isso dependerá da variante originalista adotada. As propostas mais difundidas, mas que não esgotam as correntes sobre o assunto, sustentaram que esse significado seria extraído da intenção dos Constituintes (*original intent*) ou do significado público original conferido ao texto (*original public meaning*). Ao longo do tempo, operou-se uma sucessão dessas concepções⁴⁴. A primeira é de índole

⁴² Talvez este seja o caso do *living originalism* de Jack Balkin, uma proposta que relativiza ideias que integram o núcleo duro de consenso no Originalismo. Apesar disso, parte da doutrina ainda o considera como tal (Solum, 2017, p. 294). Em outro trabalho, Solum se refere ao empreendimento de Balkin como um modelo híbrido (2019, p. 1265).

⁴³ A menos que este autor expressamente o ressalve, esta é a acepção que será empregada quando se fizer menção ao Originalismo, qual seja, o seu sentido estrito.

⁴⁴ Daí porque alguns autores conciliam ambas as alternativas em um único conceito, para definir Originalismo como “[...] *the theory that the Constitution should be interpreted according to the meaning or intent of the drafters*” (Cross, 2013, p. 1). Anos antes das modificações sofridas pelo Originalismo, Paul Brest já havia aglutinado em um mesmo conceito as ideias de texto e intenção, a saber: “*the familiar approach to constitutional adjudication that accords binding authority to the text of the Constitution or the intentions of its adopters*” (Brest, 1980, p. 204). Esta passagem, a propósito, já foi considerada como responsável pela criação da expressão “Originalismo” no sentido empregado pela Hermenêutica Constitucional (Solum, 2019, p. 1252). A hipótese vai ao encontro da investigação efetuada por outros professores especialistas. De fato, outros originalistas também apontam esse artigo como o primeiro trabalho onde teria sido cunhada a expressão (Barnett, 2013, p. 2). No mesmo sentido, igualmente atribuindo ao Professor de Stanford a autoria da terminologia, é a doutrina italiana sobre Originalismo (Sardo, 2018, p. 29). Em 31/10/2022, no *campus* da Stanford Law School, Paul Brest confirmou pessoalmente, perante o autor desta tese de doutorado, ter sido o autor da expressão “Originalismo” no contexto da interpretação constitucional, asseverando, porém, que teria deixado de acompanhar o desenvolvimento acadêmico sobre o tema nas 4 (quatro) décadas seguintes à publicação do seu trabalho.

subjetivista e foi inicialmente sustentada por autores como Robert Bork (1986, p. 823), ao passo que a segunda ganhou notoriedade com Antonin Scalia (1997, p. 23)⁴⁵.

As diferenças são manifestas e este é um aspecto crucial para a compreensão desta tese de doutorado, razão pela qual o assunto será contemplado com uma análise à parte.

2.2 O ORIGINALISMO *OLD SCHOOL*

De um modo geral, para fins didáticos, é possível dizer que a Velha Escola do Originalismo reuniu juristas que defenderam três eixos estruturais: **(i)** uma abordagem intencionalista; **(ii)** deferência forte em relação às leis e **(iii)** *judicial restraint*. Dos três pontos elencados, foi o primeiro deles que mais chamou atenção na comunidade jurídica e que veio a ser referido como *original intent*. Ou, na terminologia de alguns críticos, **intencionalismo** (Powell, 1985, p. 886).

No *original intent*, juízes se empenham para alcançar o significado original a partir das intenções dos Constituintes, vale dizer, extraíndo-se-lhe daquilo que os redatores do texto constitucional **pretenderam** exprimir⁴⁶. Esta vertente já foi defendida, dentre outros, por Robert Bork (1986, p. 823), Edwin Meese III (1986, p. 36, 1985, p. 29), Raoul Berger, Lino Graglia (1993, p. 631) e o Justice Rehnquist, originalistas que podem ser considerados como *old school*.

A ideia de apegar-se à intenção original sempre fez parte da tradição na interpretação constitucional dos Estados Unidos, mas passou a ser enfatizada como uma doutrina própria na segunda metade do século XX. Como foi dito no capítulo anterior, seu apogeu foram as décadas de 60 e 70 (Rappaport, 2017, p. 4), entrando em declínio no final dos anos 80 (Solum, 2019, p. 1251) e vindo a ser praticamente substituída no início dos anos 90 (Whittington, 2004, pp. 599 e 603). De fato, ainda seria possível encontrar, no começo dos anos 90, antigos originalistas reiterando ideias já publicadas no passado sobre a doutrina da intenção original (Graglia, 1993,

⁴⁵ Como será visto no tópico seguinte, embora não seja comum ler a respeito disso, Bork se retratou algum tempo depois. Persuadido por Antonin Scalia, o Professor de Yale admitiu que a maneira mais racional de interpretar a constituição era apegar-se ao significado público original das palavras, não às intenções dos seus redatores (Bork, 1990, p. 144). Porém, o giro de Bork – comum, aliás, na Teoria do Direito –, tem sido ignorado no Brasil.

⁴⁶ Há variantes discretas. Em alguns casos, o *original intent* toma em consideração os propósitos almejados pelos Constituintes (Solum, 2019, p. 1254).

p. 631). Mas esse foi o "último sopro". Já no ano de 1990, o trabalho mais relevante sobre o tema foi a obra *The Tempting of America: The political seduction of the law*, onde o chamado original understanding já não mais era descrito como uma aplicação da constituição consoante princípios pretendidos pelos ratificadores do documento (Bork, 1990, p. 144). Neste clássico originalista, Robert Bork abandona sua posição anterior sobre o original intent, para melhor elaborar e então assumir a premissa de que o significado original decorreria do original public meaning (Bork, 1990, p. 144). Portanto, os anos de ouro do original intent se deram, principalmente, na década de 70 e início dos anos 80.

O tema requer uma contextualização. Pouco depois do fim da Corte de Warren (1953-1969), conhecida pelo seu ativismo judicial, já era comum esperar que a natureza da Constituição norte-americana se alteraria em razão de alterações na composição da Suprema Corte dos EUA. Sabia-se que, mudando-se os juízes do Tribunal, a Constituição também mudaria. Em 1971, Robert Bork assinou um contundente artigo afirmando que essa expectativa, embora inevitável, era também "deplorável" (1971, p. 1).

A palavra "originalismo" não foi empregada nesse trabalho, mas, em algumas passagens e contextos, o articulista defendeu que não seria possível "escapar da intenção dos redatores", quando isto se afigurasse com clareza, "mesmo embora tenham as condições se alterado" (Bork, 1971, p. 13). Também se disse que o *core* semântico de uma emenda à Constituição era aquele pretendido por aqueles que a promulgaram (Bork, 1971, p. 14). Em outros trechos, o artigo enfatizou a importância da história legislativa e das "origens históricas" para que juízes encontrassem, com neutralidade, o "significado legítimo" de cláusulas constitucionais vagas (Bork, 1971, p. 11). No essencial, sustentou-se que não era dado aos tribunais efetuar escolhas sobre "valores fundamentais", devendo o Juiz apegar-se "ao texto e à história", não construir direitos inexistentes (Bork, 1971, p. 8). Para Bork (1971, p. 6), idealmente, uma Corte não escolhe valores fundamentais, mas sim implementa aqueles já escolhidos pelos Constituintes. Em suma, decisões axiológicas são adotadas em um momento anterior à jurisdição constitucional, vale dizer, são "atribuídas pelos *Founding Fathers*" (Bork, 1971, p. 4). No silêncio da constituição sobre valores, o Congresso tem uma ampla liberdade de conformação constitucional.

O último ponto merece ser enfatizado. A assim chamada "Primeira Onda" do Originalismo, também chamada de "Velho Originalismo", mantinha um compromisso com o *judicial restraint* e adotava como premissa a necessidade de uma deferência judicial forte em relação às leis (Segall, 2018, p. 6; Whittington, 2004, p. 602), cuja inconstitucionalidade só

seria pronunciada quando o requerente a demonstrasse de maneira clara e manifesta (Bork, 1971, pp. 10-11; Graglia, 1993, p. 634, Meese III, 1985, p. 29)⁴⁷. Isso porque os próprios *Founders* acreditavam que o *judicial review* só deveria ser exercido para invalidar leis federais e estaduais que claramente violassem a Constituição (Segall, 2018, p. 2). Em termos práticos, significa que a corrente do *original intent* estava centrada no propósito de reduzir, tanto quanto possível, a discricionariedade judicial (Whittington, 2004, p. 602).

2.2.1 Debilidades do *original intent*: a memorável objeção de Paul Brest

Embora a busca pela intenção original possa ser mais concreta em testamentos ou atos de última vontade, porquanto subscritos por uma única pessoa, essa extração se afigura difícilíssima em documentos de múltipla autoria. Afinal, múltiplos autores podem carregar consigo múltiplas intenções. Para cada indivíduo que participa da feitura de um documento, nasce a possibilidade de uma correlata pretensão independente e individualizada.

Dito isto, quem é o autor de cada dispositivo da Constituição? Esta foi, por exemplo, a pergunta formulada por Lawrence Solum⁴⁸, ao se ocupar da controversa questão da autoria constitucional (2017, p. 273). Em se tratando de um processo de "etapas múltiplas", que conjuga plúrimas instituições e inúmeros indivíduos, sua complexidade há de ser reconhecida (Solum, 2017, pp. 273-274). Portanto, tal é o problema das chamadas "intenções grupais" (Solum, 2017, p. 273), cuja dificuldade de cognição é reconhecida de maneira generalizada entre os próprios autores originalistas (McGinnis & Rappaport, 2013, pp. 121-122).

A experiência do constitucionalismo norte-americano demonstra com nitidez o mecanismo coletivo de feitura do texto. O texto proposto pela Convenção da Filadélfia (1787) foi uma síntese que resultou das seguintes etapas: votação das resoluções pela Convenção; Comissão de Detalhe – protagonizada por James Wilson – e Comissão de Estilo – esta protagonizada por Gouverneur Morris (Solum, 2017, p. 273). A fase inicial, que já se diferencia

⁴⁷ Lino Graglia (1993, p. 634) apresentou uma interessante definição teórica para *judicial review*, qual seja, o poder de invalidar escolhas políticas proibidas pela Constituição. Segundo ele, dado que a Constituição dos EUA é bastante comedida quanto a essas proibições, o verdadeiro *judicial review* seria tão infrequente ao ponto de ser considerado como dotado de uma importância bastante limitada (Graglia, 1993, p. 634). Uma lei claramente inconstitucional seria "uma grande raridade" (Graglia, 1993, p. 634). Esta compreensão é uma importante característica do "Velho Originalismo".

⁴⁸ Uma indagação longe de ser original, como se percebe no desenvolvimento deste tópico.

em camadas e protagonismos, foi coroada pelo processo de ratificação. O texto, tal como proposto pela Convenção da Filadélfia (1787), foi ratificado pelas Convenções de Ratificação realizadas nos vários estados (Solum, 2017, p. 273), com a colaboração de um vasto elenco de homens públicos, o que se perfectibilizou no ano de 1789.

Ante a multiplicidade de etapas e atores, a síntese da intenção original não seria mesmo algo plausível. Esta foi a clássica objeção apresentada ao "intencionalismo", no início dos anos 80 do século XX, por Paul Brest. Em 1980, no trabalho seminal intitulado "*The Misconceived Quest for the Original Understanding*", o Professor de Stanford demonstrou, por exemplo, que uma disposição pode vir a ser aprovada sem que tenha alcançado uma maioria de intenções de voto (Brest, 1980, p. 213). Ademais, a intenção coletada nem sempre é representativa.

Brest descreve também que, do século XVIII até a metade do século XIX, a prática interpretativa majoritária era textualista, não intencionalista, o que sugere que era essa metodologia que eles esperavam – se é que esperavam alguma coisa (Brest, 1980, p. 215). Logo, adotando-se uma perspectiva intencionalista, seria difícil justificar fidelidade às pretensões de quem jamais pretendeu o *original intent* (Brest, 1980, p. 215). Ou, na simplificação de alguns professores norte-americanos, esta objeção pode ser resumida pela ideia de que "o Originalismo seria refutado pelo próprio Originalismo"⁴⁹.

Em boa verdade, fato é que, em maior ou menor grau, estabelecer a intenção original de instituições que congregam pessoas requer **o raciocínio da prosopopeia**, isto é, que se empreste vida a seres inanimados. Somente assim se poderia dizer coisas como "o Supremo Tribunal Federal preferiu", "o Senado Federal objetivou" ou, para o que importa nesta tese, "a Assembleia Nacional Constituinte pretendeu".

Pois bem. No Brasil, a quase totalidade das críticas endereçadas ao Originalismo são meras reproduções dos argumentos históricos de Paul Brest. Aliás, o raciocínio trilhado pelo Professor de Stanford, embora exposto de maneira inteligente e persuasiva, está longe de ser inédito. Desconhecer a História Constitucional Brasileira pode levar à hipervalorização de juristas estrangeiros, como se estivessem a dizer genialidades originais. Uma pesquisa nos documentos históricos brasileiros demonstra que constitucionalistas nacionais já sustentavam a

⁴⁹ Esta é uma objeção longe de ser decisiva, sobretudo quando já não é comum a crença de que a expectativa do constituinte seja vinculante. Há, no entanto, variantes que ainda prestigiam expectativas metodológicas, conforme será demonstrado.

“objeção de Paul Brest” décadas antes da publicação do seu artigo seminal. Por exemplo, em histórico discurso, João Mangabeira asseverou⁵⁰:

Não costumo discutir ou interpretar a lei como elemento histórico. Sei que é processo frágil, pois é muito difícil saber como votou uma Câmara porque cada qual vota de acordo com a sua razão. É como um julgamento: a sentença conclue [sic] por determinadas afirmações, firmando certos direitos. Mas não raro, cada juiz vota por motivo diferente.

Em sentido semelhante, o tributarista Aliomar Baleeiro, que veio a ser Ministro do STF, já asseverava que não cabe ao intérprete **psicoanalisar** o legislador (Baleeiro, 2010, p. 49). Aliás, a controversa premissa da intenção do legislador foi persistentemente contestada por juristas de países distintos e em épocas distintas⁵¹.

Bem analisadas as coisas, estas são precisamente as razões declinadas por Brest ao assinar sua crítica notável. Seja como for, a par da ausência de ineditismo, o **conteúdo** das críticas é digno de reflexão. Porém, se tais objeções são convincentes quando endereçadas ao *original intent*, não se pode esquecer que há muito o intencionalismo já não é considerado como uma proposta convincente.

Sem dúvidas, esta é uma versão primitiva do Originalismo, que apresentou uma acentuada vulnerabilidade quando confrontada com objeções mais sérias levantadas por juristas rigorosos. Era inteiramente previsível que o *original intent* viria a se tornar uma presa fácil para seus oponentes.

Mesmo abandonado⁵², o *original intent* continua sendo lembrado como um espantalho. Curiosamente, quando se fala em Originalismo no Brasil, ainda é para esta versão primitiva que se remete o senso comum. Sim, mesmo neste milênio.

Alguns dados sugerem a influência exercida pelo Originalismo das intenções originais e também o seu declínio. Uma pesquisa no universo de decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos demonstra que a expressão “original intent” foi utilizada apenas duas vezes no século dezoito, ao longo de uma década. Durante o século XIX, estas palavras eram

⁵⁰ Discurso proferido na sessão de 03 de julho de 1947, publicado no DCD de 04 de julho de 1947, p 3248.

⁵¹ Assim, por exemplo, a Baronesa Hale de Richmond, ao descrever que, na maioria das questões que aportam na Suprema Corte do Reino Unido, não existia qualquer intenção do Parlamento a ser discernida (Hale, 2011, p. 12).

⁵² Esse abandono nunca se deu por completo (Solum, 2019, p. 1251; Sardo, 2018, p. 83). Na análise de alguns juristas, por exemplo, o empreendimento teórico de Keith Whittington continuaria, em certa medida, influenciado por vestígios do *original intent* (Sardo, 2018, p. 84). Mas a teoria clássica do *original intent*, nos termos em que defendida pelos originalistas *old school*, é hoje como um fóssil.

mencionadas no máximo três vezes por década, mas muitas vezes sequer eram pronunciadas⁵³. Já no século XX, é necessário efetuar um importante recorte temporal: na primeira metade, *original intent* nunca ultrapassou duas menções por década. Diferentemente, esse número se eleva para 8 vezes nos anos 60 e atinge 21 menções nos anos 70. Este foi sem dúvidas o seu apogeu, após o que um declínio gradual se verifica nas décadas seguintes. Na primeira década do século XXI, por exemplo, somente 4 referências são encontradas. Por fim, a segunda década deste milênio fornece 5 achados.

Os números indicam que *original intent* já foi uma expressão mais lembrada. Hoje quase esquecida, parece ter encontrado asilo no imaginário jurídico de alguns professores brasileiros.

2.2.2 A célebre objeção apresentada por Haywood Jefferson Powell

Em artigo seminal, Haywood Jefferson Powell demonstrou que as mais notáveis correntes hermenêuticas contemporâneas à Constituição dos EUA, a tradição anti-interpretativa do Protestantismo anglo-saxônico e as técnicas interpretativas oriundas do *common law*, simplesmente não davam suporte à tese de que documentos históricos dos *Framers* deveriam ser pesquisados em busca de um significado original extraído das suas intenções (Powell, 1985, p. 889). Após a publicação desse estudo, muitos passaram a dizer que o Originalismo seria refutado pelo próprio Originalismo, ou seja, nem mesmo os próprios redatores do texto teriam tido a expectativa de que o documento seria interpretado à maneira como propunham os originalistas dos anos 80 do século XX.

2.3 O NEO-ORIGINALISMO

Paradoxalmente, as críticas suscitadas contra a primeira onda fizeram com que o Originalismo abandonasse a sua versão original para dar lugar a uma nova espécie que passou a ser defendida sob a rubrica de “Novo Originalismo” (*New Originalism*). Hoje, esta Escola

⁵³ Por exemplo, *original intent* não consta nos julgados proferidos nos anos 20, 30 e 60 do século XIX.

atua como um guarda-chuva que abriga múltiplos professores, nem sempre de forma inteiramente consensual, sendo talvez a mais numerosa da atualidade. Pelo menos, ainda. Seus principais expoentes foram Michael McConnell, Whittington e Randy Barnett.

Nesta tese, não utilizaremos a expressão “Novo Originalismo” por uma razão didática. Trata-se de uma expressão que passou a ser usada nos anos 90 do século XX, para se referir a uma corrente sustentada, sobretudo, na metade dos anos 80. Aproximadamente quarenta anos depois, aquilo que era novo já não o é. Por sua vez, a insistência no uso desse rótulo perecível pode comprometer a boa comunicação da mensagem transmitida neste trabalho acadêmico, elevando o risco de desinformação. Daí porque será empregada a tradução Neo-originalismo, expressão que exprime inovação sem necessariamente trazer consigo a ideia de atualidade⁵⁴.

Os eixos estruturais desta nova roupagem podem razoavelmente ser sintetizados, em um esforço didático e de homogeneidade, da forma a seguir: **(i)** abordagem objetivista; **(ii)** deferência menor em relação às leis e, por conseguinte, **(iii)** inexistência de compromisso rígido com o *judicial restraint*; **(iv)** reconhecimento explícito da chamada *construction zone* (zona de construção) na interpretação constitucional⁵⁵. Dos quatro pontos elencados, o primeiro deles tem sido a nota mais comum nessa gama de juristas e popularizou-se como *original public meaning*⁵⁶.

De maneira mais sofisticada que a versão intencionalista, o Originalismo do *original public meaning*⁵⁷ pressupõe que o significado original deve ser extraído da linguagem empregada no texto, tal como compreendida por pessoas esclarecidas da época. Aqui, o paradigma se altera radicalmente: cidadãos são governados por leis, não mais por intenções. Prefere-se o governo das leis ao "governo dos Homens" (Scalia, 1997, p. 17) – e Mulheres, convém acrescentar.

⁵⁴ À semelhança do prefixo *neo* em neoliberalismo, expressão histórica que, comparativamente, sugere uma nova leitura do liberalismo, mas nem por isso atual.

⁵⁵ A *construction* será verticalizada no capítulo dedicado ao método, mas é possível antecipar que neoriginalistas admitem o fato de que nem sempre evidências históricas apontarão para uma resposta correta. Nestes casos, juízes possuem uma liberdade maior.

⁵⁶ Rigorosamente, não há uma sobreposição perfeita entre *original public meaning* e Neo-originalismo. Há neo-originalistas que se apegam ao significado imprimido pelos *framers*, ao passo que outros inquiram o significado estabelecido pelos ratificadores e, por fim, existem também aqueles que se empenham em discernir o significado adotando-se o público da época como referencial (Segall, 2018, p. 87). Logo, o *New Originalism* foi um movimento mais abrangente que o *original public meaning*. Whittington, que mantém alguns vínculos com o raciocínio subjetivista, é considerado uma liderança do Neo-originalismo (Segall, 2018, p. 82). Apesar dessa sobreposição inexata, sem dúvidas o *original public meaning* é o marco teórico digno de todo protagonismo no estudo do Neo-originalismo.

⁵⁷ Outra maneira de referir-se ao Originalismo do *original public meaning* tem sido chamá-lo de Originalismo Semântico (Sardo, 2018, p. 67).

Ao contrário da anterior, esta Segunda Onda não trabalha com uma presunção forte de constitucionalidade das leis (Segall, 2018, p. 6. Whittington, 2004, p. 609). Eric Segall aponta que muitos adeptos dessa geração originalista passaram a reconhecer, também, a insuficiência das evidências históricas para que questões específicas fossem respondidas, admitindo a incursão em uma categoria chamada de *construction zone* (2018, p. 6)⁵⁸.

Essa nova maneira de buscar o significado original, que praticamente substituiu a anterior, foi chamada por Antonin Scalia de Textualismo. São os textos que governam, não as pretensões. É chegado o momento de enfrentar a terminologia tecnicamente correta, aspecto que tem sido causa de muitos mal-entendidos no estudo do tema.

O fato de Scalia ter empregado essa terminologia, classificando-se como textualista, levou juristas brasileiros a desgarrarem o Textualismo do Originalismo⁵⁹. Desvencilhá-los, contudo, é desaconselhável.

A literatura produzida nos Estados Unidos sobre o tema bem o esclarece. David Strauss, Professor da Universidade de Chicago, publicou um trabalho onde registra que os dois “originalistas mais proeminentes” dos últimos 100 anos foram o Justice Black e Antonin Scalia (2011, p. 143). Jack Balkin (2011, p. 7), Professor de Yale, também se refere a Scalia como “um dos mais proeminentes campeões do originalismo”. Essa classificação é endossada por Amy Coney Barrett, que atualmente ocupa um assento na Suprema Corte dos EUA. A Professora Barrett (2017, p. 1925), com a autoridade e intimidade de quem já foi *clerk* de Scalia⁶⁰, publicou um trabalho onde asseverou: “*Justice Scalia was at the forefront of the movement that developed originalism in its ‘modern, self-conscious form’*”. Ronald Dworkin (2006, p. 118), ao fazer alusão aos “autoproclamados 'originalistas' constitucionais”, ilustrou: “*like Supreme Court Justice Antonin Scalia*”. Aliás, na própria obra “*A Matter of Interpretation*”, embora tenha se apresentado como textualista, o próprio Scalia (1997, p. 45) também prescreveu que o *original meaning* do texto há de ser observado pelo intérprete. Está

⁵⁸ De fato, esse fenômeno passou a ser honestamente discutido na Segunda Onda (Solum, 2017, p. 294; Barnett, 2011, p. 69; Wurman, 2017, p. 20, Whittington, 2004, pp. 611-612).

⁵⁹ Luís Roberto Barroso (2020, p. 677) e Marcelo Novelino (2014, p. 25) são alguns exemplos de Professores que estabeleceram essa separação.

⁶⁰ Por *clerk*, entenda-se a prestigiosa função similar a de um Assessor de Gabinete, posição muito cobiçada e disputada nos Estados Unidos. Os melhores alunos das Faculdades de Direito, com os mais altos desempenhos acadêmicos, aplicam para assessorar Justices da Suprema Corte ou Juízes Federais. A experiência é considerada indelével no currículo profissional e costuma abrir muitas portas a partir de então. Não é incomum que, no universo dos mais reconhecidos professores de Direito Constitucional, muitos tenham sido *clerks*. Bruce Ackerman (Yale) e Paul Brest (Stanford), por exemplo, foram *clerks* do Justice John Marshall Harlan II. Adrian Vermeule (Harvard) e Michael Ramsey (Stanford), trabalharam como *clerks* do Justice Antonin Scalia. Por fim, também há Juízes da Suprema Corte que amalharam experiência técnica como *clerks*. Por exemplo, o Chief Justice William Rehnquist e o Chief Justice John Roberts. Este foi igualmente o destino de Amy Barrett.

correta, portanto, a percepção de John Greabe (2017, p. 01), quando afirmou que o Textualismo de Scalia corresponde à variante do *original public meaning*. Desta compreensão não destoa Akhil Reed Amar (*in* Scalia, 2018, xvii), um dos mais influentes *scholars* de Direito Constitucional da atualidade, que referiu-se ao Textualismo como “a marca particular do originalismo de Scalia”⁶¹. Jamal Greene (2009, p. 5) já descreveu o Originalismo praticado na Austrália como textualista. Por fim, em um trabalho acadêmico subscrito por Stephen Markman (2011, p. 111), *Justice* da Suprema Corte de Michigan, o autor explica que o Textualismo tem sido considerado como uma variante específica do Originalismo.

Seria possível fornecer muitos outros exemplos, mas também fastidioso e contraproducente⁶². Com base na literatura apresentada e bem examinadas a vida e a obra do autor, é mais aconselhável entender que o Textualismo pode ser razoavelmente havido como uma modalidade de Originalismo⁶³. Uma vez adotada essa compreensão, para fins didáticos, todo textualista é originalista, mas não vale a recíproca. O Brasil não tem assimilado isto⁶⁴.

Feitos esses esclarecimentos terminológicos, convém avançar. Pode-se afirmar que a corrente amplamente predominante nos Estados Unidos é o *original public meaning*. De acordo com esta concepção, o Originalismo representa “[...] a ideia de que a Constituição deveria ser interpretada como suas palavras eram originalmente compreendidas pelos seus Redatores [...] e pelo público que a ratificou” (Wurman, 2017, p. 11)⁶⁵. Em suma, “[...] é a ideia de que palavras têm um significado público original no momento em que foram proferidas ou escritas e apresentadas ao mundo” (Wurman, 2017, p. 11)⁶⁶.

Originalistas são obedientes àquilo que consideram ser o significado original. Isto pode ser vislumbrado nas palavras da Justice Amy Coney Barrett (2017, p. 1921), quando descreve

⁶¹ Trata-se de um estudo introdutório que constou da nova edição da obra *A Matter of Interpretation*, esta originalmente concebida em 1997 e republicada no ano de 2018. Em se tratando de um elemento pré-textual, a numeração da página foi expressa em algarismo romano.

⁶² A Baronesa Hale de Richmond, Justice que presidiu a Suprema Corte do Reino Unido, constitui um exemplo de jurista de outra nacionalidade que tem corretamente entendido o Textualismo como uma modalidade de Originalismo (Hale, 2011, p. 12).

⁶³ Mas o tema pode ser controverso, inclusive nos Estados Unidos. Em termos práticos, não são poucos os que apontam haver uma distinção entre Originalismo e Textualismo, descrevendo que este, mais do que aquele, priorizaria o significado das palavras. Nesta tese, acolhe-se o raciocínio de que o significado dos vocábulos é sempre contextual e, portanto, não há diferença substancial entre Originalismo e Textualismo (Wurman, 2017, pp. 129-131).

⁶⁴ Há exceções que merecem ser registradas. Para um exemplo de trabalho publicado no Brasil, mas que corretamente alocou o Textualismo como espécie de Originalismo, confira-se o artigo jurídico de Arthur Ferreira Neto, intitulado “O Originalismo na América” (2014, pp. 46-47).

⁶⁵ Tradução livre. No original: “[...] the idea that the Constitution should be interpreted as its words were originally understood by the Framers [...] and by the public that ratified [...]”.

⁶⁶ Tradução livre. No original: “[...] it is the idea that words have an original public meaning at the time they were spoken or written and presented to the world”.

que o Originalismo sustenta ambas as premissas: (i) que o texto constitucional significa aquilo que significava quando da sua promulgação, bem como (ii) que esse significado público original é autoritativo.

No mesmo sentido, explicando o *core* do Originalismo, Lawrence Solum aponta duas ideias nucleares: “[p]rimeiro, o conteúdo comunicativo do texto constitucional é fixado no momento em que cada dispositivo é redigido e ratificado – a Tese da Fixação” (2017, p. 269). O Professor da Virginia, então, conclui: “segundo, a prática constitucional deve ser constrita por esse conteúdo comunicativo do texto, que podemos chamar de ‘*original public meaning*’ – o Princípio da Constrição” (Solum, 2017, p. 269)⁶⁷. De maneira semelhante, Randy Barnett (2011, p. 66) enumera duas condições exigidas pelo Originalismo: “a) a crença de que o significado semântico de uma constituição escrita foi fixado no momento da sua promulgação; b) a crença de que atores constitucionais devem observar esse significado, pelo menos até que uma emenda formalmente o altere”⁶⁸.

Ora, uma análise cuidadosa dessas definições demonstra razoavelmente algum nível de consenso. Em síntese, no Originalismo, o significado primogênito (elemento 1) é dotado de força normativa (elemento 2), isto é, vincula o intérprete ao longo do tempo porque permanece como referencial. Pelo menos, esta é a intersecção entre originalistas⁶⁹.

Dada a estrutura binária acima – significado original fixo + obediência judicial –, é importante investigar se esses elementos são inéditos no Brasil. Em outras palavras, é possível

⁶⁷ No original: “First, the communicative content of the constitutional text is fixed at the time each provision is framed and ratified—the Fixation Thesis. Second, constitutional practice should be constrained by that communicative content of the text, which we can call the ‘original public meaning’—the Constraint Principle” (Solum, 2017, p. 269).

⁶⁸ No original: “a) the belief that the semantic meaning of a written constitution was fixed at the time of its enactment; b) the belief that constitutional actors must observe this meaning, at least until an amendment formally alters it” (Barnett, 2011, p. 66).

⁶⁹ Em se tratando de uma tese de doutorado, é importante apresentar também uma definição de Originalismo fornecida por um jurista norte-americano que abertamente se coloca como oponente desta abordagem. Isso pluraliza a análise. Sem um ponto de vista de fontes antagônicas, qualquer pesquisa correria o risco de proselitismo teórico. Segundo Eric Segall (2018, pp. 8-9), um originalista é alguém que acredita nas seguintes proposições: (1) o significado do texto constitucional foi fixado no momento da sua ratificação; (2) juízes devem atribuir a esse significado um papel primordial na interpretação constitucional; (3) consequências e preocupações pragmáticas modernas não são uma justificação válida para que esse significado original seja superado, embora aderir a precedentes possa justificar essa superação. No que isso se difere dos conceitos apresentados? Para o Professor da Universidade do Estado da Georgia, uma análise fria demonstraria que nem mesmo originalistas adotam exclusivamente o significado original para solucionar todo e qualquer problema moderno. Por sua vez, o significado original também é útil a não-originalistas: “Few constitutional scholars or judges argue that original meaning is irrelevant to constitutional interpretation” (Segall, 2018, p. 8). A divergência entre originalistas e não-originalistas, portanto, não estaria centrada no papel a ser exercido pelas evidências da *Founding-Era* (fontes históricas): na verdade, eles divergem sobre quão forte deve ser esse papel quanto à persuasão de um Juiz (Segall, 2018, pp. 8-9). Então, o princípio da constrição é submetido a uma releitura. Em vez de “vinculante”, Segall considera que originalistas consideram o significado original como um dado “primordial”. No mais, o item III é mesmo uma ideia defendida por muitos – não todos – originalistas.

dizer que o ordenamento brasileiro acolheu a tese da fixação e o princípio da constrição? Se a resposta for negativa, seria possível replicar essa abordagem no sistema brasileiro? Como se daria essa acoplagem?

São perguntas que serão respondidas ao longo desta tese. Antes de respondê-las, todavia, é preciso trilhar um percurso. Por ora, resta examinar outras variantes mais recentes do Originalismo que, no Brasil, acabaram não recebendo a mesma atenção que as anteriores.

2.4 O ORIGINALISMO DOS MÉTODOS ORIGINAIS (*ORIGINAL METHODS*)

Nos *original methods*, a interpretação constitucional é efetuada com base nos métodos interpretativos amplamente praticados na Era Constituinte, ou seja, utiliza-se a mesma abordagem jurídica tida como usual e contemporânea à promulgação da constituição (Rappaport, 2017, p. 5). Isso porque essa teria sido a expectativa dos próprios redatores quando imprimiram significado às cláusulas. Ou seja, eles supuseram que o texto seria lido à maneira como a interpretação constitucional costumava ser feita naquele momento da história. Trata-se, como se vê, de uma Escola originalista que atribui relevância ao dado das expectativas originais⁷⁰, ao contrário de outros pontos de vista acadêmicos sobre o Originalismo.

De maneira inusitada, esta versão pode levar a resultados incomuns em abordagens originalistas mais convencionais. Por exemplo, se os métodos originais de uma dada constituição eram evolutivos, paradoxalmente, este Originalismo levará a uma interpretação evolutiva. Se os métodos originais acomodavam uma elevada discricionariedade judicial, inclusive com o uso da proporcionalidade, este Originalismo conduzirá a uma interpretação sem maiores constrições (Rappaport, 2017, p. 6). E assim por diante.

Essa terceira geração de originalistas passou a sustentar que as duas principais vertentes já estudadas – *original intent* e *original public meaning* –, se aplicadas de maneira apropriada, conduziriam naturalmente à abordagem dos chamados métodos originais (McGinnis & Rappaport, 2013, p. 121).

⁷⁰ Muitos originalistas contemporâneos – Richard Kay, Michael Paulsen, John McGinnis, Michael Rappaport – sustentam que o *judicial review* há de ser exercido de maneira compatível com a maneira pela qual os *Founders* enxergavam a autoridade para exercer essa sindicância (Segall, 2018, p. 18). Outros originalistas simplesmente consideram irrelevante a expectativa dos Constituintes sobre como deveria ser a interpretação constitucional.

No primeiro caso, a abordagem dos métodos originais é defendida com base na premissa de que provavelmente os redatores só pretenderiam imprimir um significado que viesse a ser extraído em conformidade com as regras interpretativas relevantes e contemporâneas (McGinnis & Rappaport, 2013, p. 123). Além disso, esta seria a maneira de viabilizar a correta extração do *original intent* de autores múltiplos com intenções múltiplas (McGinnis & Rappaport, 2013, p. 123).

No segundo caso, o *original public meaning* também levaria aos *original methods* porque um indivíduo razoável e bem-informado teria compreendido a Constituição como submetida às regras interpretativas desse documento (McGinnis & Rappaport, 2013, p. 123). Portanto, embora a abordagem dos métodos originais seja estudada nesta tese como uma categoria autônoma da família originalista, de maneira à parte e para fins didáticos, há autores que a consideram, por exemplo, como uma etapa decorrente do próprio *original public meaning* (Rappaport, 2017, p. 4).

Neste momento das digressões, já é possível perceber com muita clareza a inexatidão da pergunta formulada pelo Senador Marcos Rogério na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, quando avaliava a jusfilosofia do hoje Ministro – e à época postulante – Kássio Nunes Marques. A contraposição entre Originalismo e Progressismo, como se fossem mutuamente exclusivos, não é exata⁷¹.

Contextualizando-se essa abordagem para o sistema jurídico brasileiro, quais métodos interpretativos recebiam ampla adesão de advogados, juízes e membros do Ministério Público durante a Era Constituinte (1987 – 1988)? A técnica da interpretação conforme a Constituição, por exemplo, já era aceita no intervalo compreendido entre 01/02/1987 e 05/10/1988? A Teoria dos Princípios de Robert Alexy, pela qual princípios são normas que expressam deveres *prima facie*, já havia se consagrado no Brasil? Que obras doutrinárias podem ser consideradas como representativas dos Métodos Originais no Brasil? Tais doutrinadores devem ser tomados em consideração com a mesma força persuasiva que os contemporâneos ou é possível atribuir-lhes um peso maior na interpretação constitucional?

São perguntas diretamente ligadas à ideia dos métodos originais e cuja resposta tem potencial para decifrar alguns problemas contemporâneos que envolvem a interpretação da

⁷¹ Por exemplo, há trabalhos que propõem um Originalismo inclusivo no que concerne a negros e mulheres. Nesse sentido: Mulligan, Christina. *Diverse Originalism*. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Vol. 21, n.º 2, p. 379- 438, 2018.

Constituição Brasileira de 1988⁷². Entretanto, estas indagações não têm sido objeto de investigações acadêmicas no Brasil. Nesta tese, todas serão analisadas a tempo e a modo.

2.5 O ORIGINALISMO INCLUSIVO

O chamado Originalismo Inclusivo tem sido desenvolvido e sustentado perante a comunidade acadêmica por William Baude. O Professor de Chicago descreve que, até então, o debate entre originalistas tem sido realizado basicamente de duas maneiras (Baude, 2015, p. 2351):

a) debates conceituais: o Originalismo é justificado a partir da natureza da interpretação e da autoridade da constituição. Para esta corrente, o significado real de um documento é simplesmente o seu significado original. Trata-se de uma decorrência da comunicação humana em si mesma ou do caráter escrito de uma constituição. Todavia, críticos apontam países com constituições escritas e que nem por isso acolheram o Originalismo⁷³.

b) debates normativos: enfatizam a habilidade do originalismo para promover valores como democracia, soberania popular, estado de direito, segurança jurídica *etc*⁷⁴.

⁷² Barnett concorda com a abordagem do Originalismo dos Métodos Originais, tal como apresentada por Rappaport, compartilhando a premissa pela qual o significado de um texto pode ser alcançado por meio da metodologia interpretativa disponível à época de promulgação da constituição, reconhecendo ainda que essa abordagem é capaz de eliminar muitas ambiguidades (Barnett, 2011, p. 71). Não há consenso entre eles, porém, no que concerne à **vagueza**, que é tratada por Rappaport de maneira similar à ambiguidade (Barnett, 2011, p. 71).

⁷³ O nexo entre Originalismo e constituições escritas já foi apontado por autores como Ilan Wurman, embora, a rigor, este autor vá ainda mais longe, sustentando que até constituições não escritas demandariam uma compreensão originalista em razão da própria natureza da linguagem (Wurman, 2017, p. 30).

⁷⁴ Há uma gama de **teorias normativas** associadas ao Originalismo, sendo a mais usual aquela que o radica nas ideias de soberania popular e elaboração democrática das leis (Whittington, 2011, p. 39). Trata-se de uma teoria bastante comprometida com a promulgação democrática do texto constitucional (Whittington, 2011, p. 41). Esta é, a propósito, a concepção perfilhada por Whittington (2011, p. 39). Com base nesse marco teórico, tanto a explicação para que tribunais possam invalidar leis no controle de constitucionalidade, quanto a necessidade de apego ao significado original encontram justificativa no mesmo fundamento: a soberania popular (Whittington, 2011, p. 39). A razão para ser originalista, segundo Whittington, reside no fato de que a constituição foi elaborada por delegados do povo eleitos para esse desiderato, ou seja, pessoas dotadas de autoridade legítima para governar quem os sufragou (Whittington, 2011, p. 39). O Originalismo, nesse sentido, está comprometido com o empreendimento de manter essas escolhas originais **intactas** (Whittington, 2011, p. 39). Na teoria política originalista, que não se confunde com a burkeana ou com aquela dos direitos naturais, o texto constitucional poderá até mesmo superar a tradição e os precedentes (Whittington, 2011, p. 40). O Originalismo possui uma dimensão **criativa** no que diz respeito às normas constitucionais, mas também um aspecto de obediência àquelas já produzidas, preferindo enfatizar isto àquilo (Whittington, 2011, p. 40). Enfatiza-se o aspecto do constitucionalismo caracterizado pela observância de regras **já estabelecidas**, não a sua dimensão de elaborar novas normas. Portanto, requer dos juízes que implementem as regras constitucionais que eles e elas acreditam terem sido criadas por

Para Baude, é necessário reorientar o debate por meio da formulação de perguntas corretas se se pretende promover um avanço em ambos os lados. De maneira específica, esquivando-se da abordagem conceitual – o Originalismo decorre do caráter escrito ou da própria linguagem – e da abordagem normativa – o Originalismo favorece a democracia, soberania, o Estado de Direito *etc.* –, o Professor de Chicago oferece uma nova alternativa: na verdade, o Originalismo decorre do próprio Direito Positivo norte-americano, tal como incorporado pelas práticas jurídicas. Segundo ele, este seria um "giro positivista" (*positive turn*) (Baude, 2015, p. 2351).

Afinal, o Direito nos Estados Unidos é originalista? Se a resposta for sim, já não será mais necessário exigir um ônus argumentativo para justificativas conceituais, sempre empenhadas em convencer sobre o acerto de hipóteses como as de que o Originalismo é inerente ao processo interpretativo ou às constituições (Baude, 2015, p. 2352). Bastaria assimilar o fato de que a **específica** interpretação constitucional nos EUA é originalista (Baude, 2015, p. 2352).

Da mesma forma, já não seria necessário o empenho dos debates normativos para convencer quem quer que seja de que o Originalismo é pretensamente a melhor opção quanto à promoção de valores caros ao Estado de Direito, bastando a assunção de que juízes **devem observar o Direito posto** (Baude, 2015, p. 2352).

Como se vê, o Originalismo de Baude é **contingente** (2015, p. 2352). Não se trata de uma verdade universal, atemporal e ubíqua em qualquer sistema jurídico, mas sim de uma conclusão que varia em função do país e do sistema⁷⁵. Aqui, tem-se uma pista valiosa para as digressões desta tese de doutorado: o correto argumento de que o Direito Positivo pode ser, ao fim e ao cabo, decisivo quanto a essa questão. O que diz o Direito Positivo brasileiro a esse respeito é uma questão **fundamental**, que será respondida a tempo e a modo.

William Baude sustenta que o Direito norte-americano é efetivamente originalista, pelo menos em uma **versão inclusiva**. A inclusão, que não é absoluta, se refere aos precedentes e à

outras pessoas, em vez daquelas que magistrados julgam serem substantivamente mais corretas para a ocasião (Whittington, 2011, p. 40). Na prática, isso reduz, tanto quanto possível, a influência das pré-compreensões do intérprete, que já não mais olha para si mesmo quando procura respostas jurídicas que, não raro, destoam da sua própria visão de mundo.

⁷⁵ Há uma curiosidade interessante sobre a proposta acadêmica de William Baude. No ano de 2022, o autor desta tese de doutorado esteve com o Professor de Chicago em um jantar após uma Conferência anual sobre Originalismo. À mesa, Baude disse que, na sua opinião, o Originalismo não existiria no Brasil. Fundamentou seu ponto de vista na premissa de que, para ele, a interpretação originalista deriva do próprio Direito positivo norte-americano e das práticas incorporadas, exatamente como descrita neste tópico. Porém, se a proposta do Professor está mesmo comprometida com um *positive turn*, é necessário analisar também o ordenamento jurídico brasileiro. E isto, aparentemente, é algo com o que Baude não está familiarizado.

construção **evolutiva** em dispositivos constitucionais de linguagem vaga⁷⁶, se – e somente se – o significado original o permitir (Baude, 2015, p. 2352). Em outras palavras, segundo William Baude, o significado original da Constituição dos EUA é o critério último para a validade de métodos interpretativos e decisórios (2015, p. 2352), premissa esta que também o aproxima dos *original methods* de Rappaport.

Baude classifica sua proposta como uma "posição intermediária coerente" (2015, p. 2353). Sua abordagem antagoniza com a muito difundida compreensão de que o Direito Constitucional norte-americano é "pluralista", no sentido de que emprega um conjunto não hierarquizado de diferentes métodos (Baude, 2015, p. 2353). Para ele, embora realmente haja uma pluralidade de metodologias comumente aplicadas, o Originalismo está **no topo** hierárquico (Baude, 2015, p. 2352). Isso porque, embora o pluralismo seja havido como uma característica dominante, esta seria uma impressão meramente **superficial**. Quando **bem analisadas as coisas**, até mesmo casos ditos não-originalistas seriam, a rigor, fundamentados sob bases originalistas. Daí porque seriam havidos como "putativamente não-originalistas".

Esse aspecto é interessante de ser analisado no caso brasileiro, onde usualmente os vários métodos – ou elementos – de Savigny são aplicados pelo STF, sem que se atribua primazia ou caráter decisivo ao elemento histórico. O crucial, porém é **investigar se o argumento originalista está mesmo confinado na interpretação histórica**. A rejeição ao elemento histórico nem sempre tem sido feita de modo a descartar o significado original. Afinal, o elemento gramatical também pode carregar consigo um Originalismo textualista. Por sua vez, o elemento teleológico, não raro, se refere aos propósitos ou até mesmo às intenções de quem elaborou a norma (*mens legislatoris*), quando não à intenção objetivada na própria norma (*mens legis*), abordagens com um *background* inegavelmente originalista. Por fim, o elemento sistêmico é empregado com frequência para alcançar o verdadeiro significado imprimido pela Assembleia Constituinte no conjunto da obra, de maneira coesa. Logo, há boas razões para suspeitar que até mesmo o pluralismo brasileiro, mais conhecido como **síncrismo metodológico**, tem bases originalistas. Se isto vier a se confirmar, a hipótese de Baude se tornaria bastante persuasiva também no Brasil. Haverá um momento apropriado para esse aprofundamento.

⁷⁶ Neste ponto, aproximando-se de Jack Balkin, conforme se verá.

2.6 O *LIVING ORIGINALISM*

Sem admitir a dicotomia binária mais tradicional entre originalistas e não-originalistas, Jack Balkin apresenta uma abordagem por ele chamada de *Living Originalism* (2011, p. 3), marco teórico que pretende **conciliar** as duas visões por meio do método interpretativo cunhado de "texto e princípio" (Balkin, 2011, p. 3). As correntes tradicionalmente contrapostas *não* são vistas por Balkin como necessariamente excludentes⁷⁷.

O Professor de Yale parte da premissa de que a atividade de interpretação constitucional envolve duas etapas distintas (Balkin, 2011, p. 4):

- a) Primeiro, a apuração do significado. O propósito é identificar o alcance semântico das palavras.
- b) Segundo, a construção constitucional. Trata-se de efetivamente *aplicar* a constituição, valendo-se das mais variadas modalidades de interpretação (v.g, argumentos históricos, estrutura, *ethos*, consequência e precedentes).

O método do texto e princípio exige do intérprete uma atenção especial ao **tipo de linguagem** escolhida pelo constituinte, variando em função dessa escolha⁷⁸. Há três possibilidades de linguagem no texto constitucional norte-americano (Balkin, 2011, p. 6). Estas são as tipologias linguísticas:

- (i) Regras (*rules*). A tipologia das regras pode ser encontrada nos dispositivos mais concretos e específicos do texto, a exemplo da disposição pela qual o Congresso será composto de duas casas ou segundo a qual o presidente da República deve ter pelo menos 35 anos *etc*.
- (ii) *Standards*. Na tipologia dos *standards*, a linguagem empregada pelos Constituintes é mais vaga. Ilustrativamente, quando se diz que não haverá busca e apreensão desarrazoada. No Brasil, um exemplo seria a duração razoável do processo.

⁷⁷ Embora, no segundo capítulo, Balkin esclareça que nem todas as versões de Originalismo e *Living Originalism* sejam compatíveis (2011, p. 21).

⁷⁸ Como foi visto, a proposta de Baude também toma em consideração esse aspecto.

(iii) Princípios. Na terceira tipologia, tem-se uma linguagem *abstrata*. Por exemplo, quando se estatui que a proteção oriunda da *Equal Protection* não será negada. No Brasil, o princípio da isonomia seria um correspondente⁷⁹.

Por uma questão de praticidade, nem todas as categorias foram mencionadas no nome adotado para o método do "texto e princípio" (Balkin, 2011, p. 6). Segundo essa metodologia, o constituinte emprega regras quando pretende reduzir a discricionariedade, ao passo que *standards* e princípios são empregados para canalizar políticas por meio de conceitos-chaves cujo significado será delegado às gerações vindouras (Balkin, 2011, pp. 6-7). Portanto, *standards* e princípios devem ser compreendidos à luz das circunstâncias hodiernas e dos tempos atuais. A fidelidade à Constituição, explica Balkin (2011, p. 7), consiste exatamente em reconhecer às gerações futuras a construção constitucional.

O paradigma adotado por Jack Balkin não é juriscêntrico, assim entendida a concepção pela qual a interpretação constitucional é protagonizada por juízes e tribunais. Em vez disso, o autor adota uma **perspectiva cidadã**: teorias de interpretação constitucional devem partir da compreensão efetuada pelo próprio povo, ponto de vista considerado como **padrão** de referencial; por sua vez, interpretações judiciais da constituição são havidas como **casos especiais** (Balkin, 2011, p. 17). Uma vez assentada essa premissa, nascem importantes derivações.

A mais importante inferência da **perspectiva cidadã** na interpretação constitucional é a **disputa de significados** pelas frações sociais de hoje, que se empenham em persuadir umas às outras, para então influenciar juízes e tribunais sobre o pretenso conteúdo da constituição à luz da realidade presente. Na prática, esse paradigma assimila que **movimentos político-sociais** operem transformações no conteúdo da constituição, inclusive com demandas que inicialmente podem ser consideradas como radicais ou além dos limites jurídicos da constituição (Balkin, 2011, pp. 17-18). Isso porque tais movimentos não se submeteriam às constrições jurídico-constitucionais que vinculam juízes (Balkin, 2011, p. 17), ou seja, eles podem **alargar** significados anteriores para **moldá-los** e adaptá-los a um novo *modus vivendi*.

Mas tal não significa que reivindicações político-sociais extrajurídicas tenham muitas chances de êxito na pretensão de alterar significados da constituição. Pelo contrário. O próprio

⁷⁹ Perceba-se que, na classificação de Jack Balkin, princípios são compreendidos como abrigados em normas de linguagem abstrata. Esta não será, necessariamente, uma característica dos princípios se adotadas propostas teóricas de autores como Robert Alexy.

Professor de Yale sublinha que “a maioria desses argumentos não leva a lugar algum”, vale dizer, “somente alguns poucos alteraram de maneira significativa a maneira pela qual americanos veem a constituição” (Balkin, 2011, p. 18). Isso porque, explica o autor, movimentos político-sociais de sucesso são aqueles que operam mudanças profundas, alterando a opinião pública, dos políticos, dos juízes, vale dizer, transformando a cultura política como um todo (Balkin, 2011, p. 18). Trata-se de um trabalho cívico de **persuasão**, isto é, de convencimento dos demais concidadãos, nem sempre um resultado alcançado pela vasta maioria das reivindicações *contra legem*.

Seja como for, percebe-se que a **implementação** do método do texto e princípio se baseia na responsabilidade cidadã de interpretar e aplicar a constituição à sua época e ao seu lugar, concebendo a fidelidade ao documento como a aplicação às circunstâncias do presente (Balkin, 2011, pp. 16 e 19).

Em se tratando de um empreendimento teórico que busca conciliar visões comumente contrapostas, cumpre indicar, primeiro, as principais distinções entre o Originalismo de Balkin e a variante mais tradicional de Originalismo. Em seguida, convém demarcar as fronteiras entre a sua proposta e a ideia convencional de “constitucionalismo vivo”. Pois bem.

A diferença existente entre o Originalismo de Balkin, também cunhado por ele de *Framework Originalism*, e a vertente mais clássica⁸⁰ reside principalmente no grau de liberdade para construção constitucional franqueado às gerações vindouras (Balkin, 2011, p. 21). Enquanto a visão mais tradicional concebe um espaço de conformação com base no mecanismo de emendas (article V) e na elaboração democrática de leis válidas, seu “Originalismo de Moldura” admite um espaço maior de acomodação para a construção constitucional operada pelos Poderes da República, inclusive o Judiciário, quando poderão responder a demandas sociais (Balkin, 2011, pp. 21-22).

Por sua vez, em pelo menos três aspectos, sua proposta seria distinta do constitucionalismo vivo mais convencional (Balkin, 2011, p. 23): **(i)** cuida-se de uma teoria predominantemente sobre construção constitucional; **(ii)** seu empreendimento teórico é endereçado principalmente para **cidadãos**, não para juízes; **(iii)** não se trata de uma teoria normativa que oferece detalhes sobre como julgar casos práticos — não é uma teoria da decisão —, mas sim, explica o Professor, sobre como mudanças constitucionais acontecem por meio da

⁸⁰ Balkin se refere à vertente mais tradicional como *Skyscraper Originalism* (2011, p. 21).

interação entre tribunais e os demais poderes, incursionando-se na legitimidade democrática desse processo (Balkin, 2011, p. 23).

No Brasil, esta modalidade específica e controversa de Originalismo de Moldura tem sido sistematicamente referenciada como uma **chave de leitura** proposta nos votos do Ministro Edson Fachin⁸¹. A ressonância encontrada por esta espécie na jurisdição constitucional brasileira, assim como a sua acoplagem, será objeto de investigação em um tópico à parte.

Importa notar, conclusivamente, que muitas são as espécies de Originalismo e as suas propostas acadêmicas. Seria virtualmente impossível listar todas elas, mas também seria negligente não apresentar, pelo menos, as que foram expostas neste capítulo.

⁸¹ Por exemplo, na ADI 5127, j. em 15/10/2015.

3 A METODOLOGIA ORIGINALISTA

Nos dois capítulos anteriores, o Originalismo foi estudado **em tese**. Seu conceito foi analiticamente explorado, nas suas diversas variantes, mas de maneira estática e abstrata. Agora, o objetivo é demonstrar **concretamente** como a abordagem originalista é posta em prática. Migra-se do paradigma ontológico “o que é?” para alcançar uma nova pergunta: “como é?”. Afinal, **como** o Originalismo reivindica seja a interpretação constitucional operada para que se adira ao significado original? De que maneira juízes comprometidos com essa abordagem **acessam e aplicam** esse significado?

Há uma metodologia muito específica para isso e existem boas razões para acreditar que todos — inclusive adeptos da ideia de uma “constituição viva” — devem estar familiarizados com essa forma de trabalho. Isso porque, ao contrário do que se pode imaginar, o significado original do texto constitucional também é um elemento muito útil para não-originalistas.

Um dos mais persistentes objetores do Originalismo na atualidade já teve a sinceridade de reconhecer que poucos juízes ou constitucionalistas defendem ser o significado original um elemento sem importância para a interpretação constitucional, concluindo que a divergência entre originalistas e não-originalistas é sobre a força a ser atribuída às evidências da *Founding-Era*, ou seja, eles não divergem quanto à utilização propriamente dita desses dados (Segall, 2018, p. 8). Paul Brest, outro ferrenho crítico do Originalismo, asseverou que os modos de jurisdição não-originalista por ele defendidos conferiam ao texto e à história original “um peso presuntivo”, embora não os tratasse como “autoritativos ou vinculantes” (Brest, 1980, p. 205)⁸². Por fim, Haywood Jefferson Powell, um histórico adversário do Originalismo, descreveu que poucos são os juristas que consideram a História da ratificação da Constituição dos EUA como um dado essencialmente irrelevante na interpretação constitucional (Powell, 1985, p. 885).

Na visão de originalistas, o significado do texto foi fixado e assim o permanece. Logo, para estes professores e juristas, a metodologia aqui descrita poderá representar um **desfecho** na querela interpretativa, porque o significado original simplesmente é tido como decisivo⁸³. Por outro lado, se juízes não-originalistas estiverem verdadeiramente comprometidos com as

⁸² No original: “*The modes of nonoriginalist adjudication defended in this article accord the text and original history presumptive weight, but do not treat them as authoritative or binding*” (Brest, 1980, p. 205). Descrevendo a importância do significado original para abordagens não-originalistas: Balkin, 2011. p. 12; Wurman, 2017. p. 8; Barrett, 2017. p. 1924; Greene, 2009, p. 9.

⁸³ Advirta-se, entretanto, que originalistas contemporâneos podem considerar outros elementos. Por exemplo, para além do significado original, muitos tomam em consideração os precedentes (Crosby, 1998, p. 861).

suas próprias premissas, eles e elas precisarão percorrer um caminho mais longo. Em todos os casos sobre os quais se debruçam, não-originalistas devem enfrentar duas etapas na jurisdição constitucional: **(i)** indicar o significado original; **(ii)** esclarecer se — e até onde — esse significado evoluiu, afirmando ou infirmando o fenômeno de maneira fundamentada. Qualquer provimento jurisdicional que não examine ambos os aspectos será teoricamente lacunoso e metodologicamente inconsistente⁸⁴. Este capítulo pretende desvendar o item **(i)**, que se traduz em um ponto de intersecção que une — ou deveria unir — as duas grandes correntes acadêmicas do Direito Constitucional.

Talvez nem todos os juízes não-originalistas estejam dispostos a percorrer esse caminho bifásico na construção argumentativa das suas decisões, como já demonstrou a experiência em relação ao controle de constitucionalidade. Um dia, descobriu-se que toda aplicação da lei brasileira envolvia uma etapa prévia e prejudicial. Sabe-se que, ao aplicar uma lei ao caso que examinam, magistrados primeiro consideraram o diploma compatível com a Constituição, para só então operar a sua incidência no suporte fático. Este é um antecedente lógico implícito na jurisdição. Também nele, há uma dupla operação metodológica: antes de aplicar qualquer lei, juízes devem aquilatar a constitucionalidade da norma⁸⁵. Após alguma resistência inicial, magistrados se habituaram a esse protocolo típico do controle difuso. Hoje, a prática está definitivamente incorporada e embutida na jurisdição desenvolvida por juízes, desembargadores e ministros.

Portanto, exigências metodológicas similares já foram culturalmente assimiladas em outros contextos da prática decisória. Agora, é tempo de perceber a nova tarefa que necessariamente deve ser incorporada na construção argumentativa das decisões proferidas por juízes que sustentam a metamorfose do significado original. Após discerni-lo, resta enfrentar se esse significado primevo foi conservado como tal.

A distinção do papel a ser cumprido pelo significado original varia em função do grupo, mas ambos precisam efetuar essa cognição: não-originalistas, como ponto de partida; originalistas, quase sempre como ponto de chegada. Quer se atribua um peso decisivo, quer se atribua um peso meramente útil, o significado original é sempre um dado relevante e que não

⁸⁴ Na prática, o que se vê são generosos saltos argumentativos. Magistrados já começam o itinerário discursivo pela etapa **(ii)**, limitando-se a dizer o pretense **atual** significado do texto supostamente mutacionado.

⁸⁵ Ou, como foi apontado por Luís Roberto Barroso, “[...] toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional” (2005, p. 225).

pode ser ignorado. Como acessá-lo adequadamente passa a ser, então, uma preocupação comum às duas correntes⁸⁶.

Cinco observações são necessárias.

Primeiro, não se desconhece que uma fração muito seleta de estudiosos rejeita a ideia de um método a ser empregado para discernir um dado significado ou pelo menos não se posiciona de maneira permeável ao acolhimento dessa premissa. Já se sustentou, por exemplo, que, “[n]a sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método” (Gadamer, 1999, p. 31). Na visão de Gadamer, ciências humanas não devem ser compreendidas à luz da “verdade” e do “método” (Bernasconi, 1999, p. 338). Aliás, juristas de boa e merecida reputação já se levantaram contra a própria necessidade de uma teoria sobre interpretação constitucional (Posner, 1998, p. 1). No Brasil, parte da literatura que se associa à hermenêutica filosófica tem sustentado a superação da ideia de método, ao assumir, por exemplo, a premissa de que interpretação e aplicação constituem uma unidade indivisível (Streck, 2016, p. 55)⁸⁷.

Por outro lado, apesar das críticas ao emprego de métodos na interpretação constitucional, originalistas contemporâneos continuam empenhados em oferecer uma metodologia de interpretação constitucional. Por exemplo, o “método do texto e princípio” (Balkin, 2011, pp. 6-7; Solum, 2017, p. 279). Mas não se trata de uma defesa exclusiva de originalistas. Mesmo em contextos alheios a essa jusfilosofia, será possível ouvir vozes importantes que reconhecem o valor do desenvolvimento de uma metodologia consistente para a interpretação constitucional **brasileira**, a exemplo de Virgílio Afonso da Silva (2007, p. 139)⁸⁸. É a este segundo grupo de professores que esta tese de doutorado se associa quanto ao estudo do método.

⁸⁶ Aqui, cumpre fazer uma distinção. Há pelo menos dois tipos de não-originalistas: a) os que acreditam que significados originais evoluem e, portanto, não governam; b) aqueles que **sequer acreditam** na existência de um significado original — seja porque a interpretação seria constitutiva, seja por não considerá-lo discernível ou acessível. A segunda corrente, mais extremista, não está sendo referida neste capítulo.

⁸⁷ O ceticismo metodológico já alcançou o Direito Comparado (Glanert, 2012).

⁸⁸ E há outros que, a despeito de algumas reservas, comungam da opinião segundo a qual existe uma metodologia no Direito Constitucional “[...] responsável por identificar os procedimentos e rotinas de interpretação da Carta Constitucional [...]” (Tavares, 2020, local. 181). Para além desse ramo do saber, trabalhos recentes sustentam ser possível trabalhar com métodos precisos no âmbito do Direito Romano, embora o grau de utilidade varie em função dos propósitos e muitas críticas à metodologia sejam apresentadas quando se assume uma concepção dogmática — não zetética (Guandalini Junior, 2021, pp. 19 e 35-44). No contexto da História do Direito como disciplina dotada de autonomia didático-científica, por exemplo, já se disse que “[n]ão há aproximação a um objeto do saber sem o uso de um instrumental teórico-metodológico”, embora o mesmo autor, com Gadamer, acolha o paradigma hermenêutico por força do qual o ato de conhecer *não* derivaria de uma relação sujeito-objeto — mas sim por meio de uma operação no mundo da linguagem (Fonseca, 2009, pp. 26-27). Seja como for, a defesa de uma metodologia na História do Direito é manifesta (Hespanha, 2012, p. 14).

Métodos importam. No Direito Constitucional, com mais razão.

Não existe vácuo metodológico: ou bem se adota um método anterior ao problema que será enfrentado ou o aplicador da lei nega a pré-existência de um método e, neste segundo caso, se apresentará como “livre” para adotar qualquer um (interpretação constitucional *ad hoc*), se é que não combinará vários deles em uma anarquia metodológica.

Quando uma controvérsia constitucional se instaura, polarizando frações sociais que disputam o significado da constituição, qualquer opinião jurídica se torna suspeita. Afinal, uma opinião *ad hoc* nem sempre guarda o devido distanciamento emocional. Daí a importância de, sem retirar os olhos do futuro, responder às querelas constitucionais por meio da construção de uma ponte do presente com o passado.

Constituintes não têm dons premonitórios. Uma das grandes virtudes do Originalismo, portanto, é estabelecer um *standard* claro sobre **como** decidir, **antes** que o caso venha a ser decidido (MARKMAN, 2011, p. 116). Tanto as regras do jogo **quanto as ferramentas a serem empregadas** são previamente estabelecidas e conhecidas, o que repele a ideia de casuísmos, vale dizer, de abordagens realizadas “sob encomenda” para um caso específico (Markman, 2011, p. 116)⁸⁹.

Contudo, o que se observa na literatura jurídica produzida parece ignorar a importância dessas considerações. A aqui denominada abordagem *ad hoc* ou metodologia de exceção tem sido proposta com muita naturalidade na Academia. Um exemplo pode ser extraído dos escritos de um professor alemão, pesquisador do Instituto Max Planck, no que se refere à atividade a ser desempenhada pelas Cortes Constitucionais (Grote, 2019, p. 6):

A review of the actual practice of constitutional courts reveals a certain number of methods employed by most, if not by all, constitutional courts: it is the combination of these methods, which varies from one constitutional court to another and is frequently subject to constant evolution and recalibration within the same court from one period to another, or even from one constitutional issue to another, that gives the interpretive practice of the various courts its distinctive flavour.

⁸⁹ Esse aspecto é reconhecido até mesmo por constitucionalistas que entendem que métodos podem ser instrumentalizados a serviço de ideologias. Para Celso Ribeiro Bastos (2014, p. 39), a escolha do método a ser utilizado — gramatical, lógico, sistemático e histórico — seria uma atividade pautada pela “ideologia do intérprete”, de modo a satisfazer o “seu interesse”. Por outro lado, métodos atuariam também como um “*limite à subjetividade do intérprete*”, devendo ser utilizados para a persuasão social quanto à legitimidade da atividade desempenhada por quem interpreta (Bastos, 2014, p. 39). Para o Professor da PUC/SP, todas as interpretações jurídicas, inclusive aquelas que envolvem normas com um significado bastante claro, exigirão a utilização de pelo menos um método (Bastos, 2014, p. 39). Os métodos atribuiriam, portanto, uma maior “objetividade” à interpretação (Bastos, 2014, p. 40).

Este é um esplêndido caso de abordagem *ad hoc*, naturalizada e normalizada. Inclusive, com recursos poético-literários. Da maneira como foi escrita e pela linguagem empregada, o trecho poderia referir-se a um coquetel sofisticado, mas a verdade é que as palavras fazem referência à jurisdição de um tribunal que interpreta **documentos**, sobre a qual paira uma legítima expectativa social de segurança, estabilidade e calculabilidade. Tamanha a volatilidade metodológica do que se propõe, uma vez adotada essa metodologia de exceção, a abordagem na interpretação constitucional poderá variar:

- a) em função da combinação de métodos (sincretismo metodológico);
- b) de uma Corte Constitucional para outra;
- c) em função da “evolução constante” e “recalibragem” **operada no interior de uma mesma Corte Constitucional**, em períodos distintos;
- d) em função da “evolução constante” e “recalibragem” operada no interior de uma mesma Corte Constitucional, **no mesmo período** e em casos distintos.

Em termos mais claros, a abordagem elevaria a incerteza ao ponto de ser alterada inclusive entre diferentes causas julgadas pelo mesmo tribunal, na mesma época. O Tribunal de ontem poderia chegar às suas conclusões por meio do método científico-espiritual de Rudolf Smend. A Corte de hoje, diante de um caso idêntico, promoveria uma recalibragem evolutiva na sua atuação para empregar o método tópico-problemático de Theodor Viehweg. Na mesma data, agora à vista de um caso distinto, daria lugar ao método hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse. Por fim, amanhã é um novo dia. Em um futuro próximo, nada impede que o colegiado do Tribunal faça uso do método normativo-estruturante de Friedrich Müller, se é que não viria a mixar todos eles em um *blend* para “enriquecer” a análise do problema sob “diferentes prismas”⁹⁰.

Com essa postura teórica, não apenas a insegurança jurídica estará comprometida: a própria credibilidade dos juízes estará vulnerável à desconfiança social. Na doutrina brasileira,

⁹⁰ No Brasil, esse coquetel sincrético a título de “enriquecimento” já foi proposto, por exemplo, por Inocêncio Mártires Coelho. Para ele, é necessário estabelecer um “[...] pensamento realmente multidimensional [...]”, “[...] religando os saberes dispersos”, de modo a promover a “[...] integração dos instrumentos hermenêuticos [...]” (Coelho, 2010, p. 163). Segundo esta concepção, longe de representar um obstáculo, o pluralismo metodológico seria uma condição sem a qual não se chegaria a uma “verdade” de natureza “intersubjetiva” (Coelho, 2010, p. 161). O ex-Procurador-Geral da República pontua que a “pureza metodológica” acaba por distorcer e empobrecer a realidade (Coelho, 2010, p. 163). Outros grandes constitucionalistas, como Paulo Bonavides, sequer acreditam em pureza metodológica. Para o saudoso Professor da Universidade Federal do Ceará, “[...] não há método puro, [...] todo método encerra elementos de outros métodos” (Bonavides, 2005, p. 456). Pois bem. A abordagem de Inocêncio Mártires Coelho será verticalizada a seguir.

é possível encontrar juristas talentosos que defendem a pluralidade de métodos na interpretação jurídica (Coelho, 2010, p. 160). Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 160), por exemplo, já chegou a dizer que “[q]uanto mais numerosos forem esses métodos, mais rica será a interpretação e maior a sua probabilidade de êxito [...]”. O Ex-Procurador-Geral da República sugere, então, uma espécie de **tipo ideal weberiano** de abordagem *ad hoc* na interpretação constitucional (Coelho, 2010, p. 162):

O próprio intérprete-aplicador constata, **em cada situação hermenêutica**, se dois ou mais critérios podem ser usados conjuntamente, se admitem complementação e apoio mútuos ou se, pelo contrário, *hurlent de se trouver ensemble*, hipótese em que dará preferência ao cânone que — **sempre à luz das circunstâncias do caso** — lhe possibilite uma **decisão correta e justa** (grifo próprio).

Com base nesse marco teórico, aqui chamado de **metodologia de exceção**, a interpretação constitucional **flutua** “em cada situação hermenêutica”, “sempre à luz das circunstâncias do caso”, norteadas por uma bússola de intuição pessoal: o justo e o correto. Na prática, a adoção dessa compreensão elimina toda a utilidade da anterioridade como valor constitucional consagrado a serviço da impessoalidade e esvazia o seu efeito republicанизador.

Em boa verdade, parte considerável dos magistrados considera que a filiação a uma dada Escola do Direito e a associação consistente a uma teoria constitucional representam uma **camisa de força**. Muitos simplesmente não abrem mão da liberdade absoluta de decidir. Afinal, “[...] a pluralidade de meios e a multiplicidade de olhares com que se pode ter acesso ao direito constituem veículos da liberdade dos seus intérpretes/aplicadores os quais, por isso mesmo, não podem renunciar a esse privilégio” (Coelho, 2010, p. 162). Uma rara sinceridade.

Cumpra avançar para contemplar as demais observações.

A segunda observação é que pessoas menos familiarizadas com o tema podem ser levadas ao equívoco de pensar que a metodologia originalista é um assunto respaldado por uma farta literatura. Absolutamente. Mesmo nos Estados Unidos, esta ainda é uma questão que permanece em aberto. Embora já exista uma maneira estruturada de discernir o significado original, com técnicas bastante específicas, poucos trabalhos acadêmicos se empenharam em estruturar um **passo a passo**, à semelhança de uma receita a ser seguida.

Autores descrevem que, embora “resmas tenham sido escritas” para desenvolver “refinamentos teóricos” sobre Originalismo, “muito menos atenção acadêmica tem sido

dispensada para promover avanços na sua metodologia”. (Phillips, Ortner & Lee, 2016, p. 21). Um dos poucos estudos que verdadeiramente chamou para si essa responsabilidade sistematizadora — *Originalist Methodology*, de Lawrence Solum (2017) — conclui de maneira pouco ambiciosa: "Este ensaio fornece os **prolegômenos** para uma metodologia originalista inteiramente desenvolvida” (Solum, 2017, p. 295). Como se vê, o estágio de desenvolvimento ainda é prematuro.

Consoante o Professor da Universidade da Virginia, "subsiste uma lacuna" na literatura quanto ao desenvolvimento de uma “abordagem rigorosa” da metodologia originalista a ser empregada, que há de conjugar e adaptar o trabalho de linguistas, historiadores e bacharéis em Direito (Solum, 2017, p. 295). De fato, é preciso deixar claro, de antemão, que a metodologia originalista é, sim, **multidisciplinar**. Ela envolve diferentes ramos do saber, embora, como será demonstrado, outras propostas de abordagem do Direito também exijam o recurso a disciplinas não jurídicas. Basta lembrar da Análise Econômica do Direito e do Pragmatismo Jurídico, que usualmente se servem da Economia e da Psicologia.

A lacuna na sistematização de uma metodologia originalista tem vantagens e desvantagens. O aspecto desvantajoso é que a escassez de fontes eleva a dificuldade no empreendimento de estabelecer um protocolo para essa interpretação constitucional. Por outro lado, uma vez vencida essa dificuldade, pesquisas rigorosas serão muito provavelmente inovadoras. Aqui, a inovação não se refere exatamente à indicação dos instrumentos de trabalho, mas sim ao aprofundamento de como deverão ser operados e conjugados. Este é o tamanho do desafio a ser enfrentado neste capítulo da tese.

Terceiro, o referencial aqui adotado será o Originalismo contemporâneo e amplamente dominante, isto é, aquele guiado pelo *original public meaning*. Explica-se.

As demais propostas originalistas caíram em desuso ou ainda não foram amplamente aceitas pela **prática** jurídica. Quanto maior a especificidade na família de Originalismos, maior a coesão. Porque há um elevado grau de consenso entre adeptos **de uma variante específica** de Originalismo, facilita-se a exposição metodológica dos aspectos essenciais ou estruturais. Contudo, é importante advertir que até mesmo no interior desse subgrupo mais seletivo pode não haver um consenso absoluto, à unanimidade, sobre aspectos periféricos. Basta lembrar que autores como H.L.A Hart e Hans Kelsen foram expoentes da Escola Positivista e nem por isso deixaram de divergir sobre a sanção na Teoria do Direito e sobre o próprio conceito de Direito. É preciso ter em mente que a corrente contemporânea do *original public meaning* é um guarda-chuva que abriga inúmeros juristas com afinidades, mas também com singularidades. Algumas

fontes mais específicas, por exemplo, são objeto de controvérsia. Enquanto uns **ênfatizam** a Historiografia na busca do significado público original, outros complementam essa inquirição empírica por meio da Linguística Computacional. Neste capítulo, a ideia é apresentar de maneira coesa todo esse instrumental disponível e como operá-lo de modo sistêmico.

A quarta observação é que o referencial será a metodologia norte-americana, tal como incidente na Constituição dos Estados Unidos, mas sem prejuízo de que eventuais exemplos brasileiros venham a ser mencionados **a título de ilustração**. Se estas práticas sistematizadas de trabalho norte-americanas são extensíveis para discernir o significado original de outras constituições do mundo, sobretudo a do Brasil, esta é uma pergunta que será respondida em outro momento desta tese.

Pois bem. De maneira panorâmica, esta é a metodologia a ser empregada para discernir o *original public meaning*:

- (i) Efetuar um recorte temporal da Era Constituinte;
- (ii) Interpretação do texto consoante o significado público original, por meio das chamadas intuições linguísticas;

A maioria dos casos será resolvido com estas duas etapas. Nem sempre, porém. Excepcionalmente, será necessário ir adiante para alcançar as seguintes:

- (iii) Identificação de eventuais fontes extra-textuais suplementares na busca de evidências históricas e linguísticas;
- (iv) Confronto dialético entre texto e fontes extra-textuais, assim como entre as próprias fontes extra-textuais, tanto contrárias quanto favoráveis à hipótese empiricamente investigada;
- (v) Facultativamente, complementação dos dados com uma pesquisa de *corpus linguistics* ou outras ferramentas de Linguística Computacional, para afirmar ou infirmar hipóteses de padrões de uso.

Esta é a visão holística do que pode vir a ocorrer nos casos em que é possível acessar o significado original. Contudo, é um erro muito comum achar que originalistas só trabalham com a hipótese mais otimista de acessibilidade do significado.

A quinta e última observação, nesse contexto, ressalta que nem sempre o significado original será acessível. Não sendo ele cognoscível, o que se traduz em um caso extraordinário,

incursiona-se na chamada **zona de construção**. Alternativamente, alguns originalistas se valem de um último recurso à sua disposição: a incidência da técnica da **liquidação**. Todas essas etapas são detalhadas a seguir. Vejamo-las.

3.1 PRIMEIRO PASSO: EFETUANDO O RECORTE TEMPORAL

Na metodologia originalista, o significado semântico é obtido por uma atividade **empírica**. Em outras palavras, é por meio de uma investigação empírica que se alcança o significado linguístico social ou interpessoal de uma vocábulo empregado **em um dado momento na linha do tempo** (Barnett, 2011, p. 66). Randy Barnett explica que essa teria sido a lição deixada pelo autor de *Alice no País das Maravilhas*: o significado linguístico interpessoal constitui um **fato empírico** que está além da vontade individual do emissor da mensagem. Palavras possuem um **significado social objetivo**, cuja descoberta envolve uma **atividade empírica de pesquisa** (Barnett, 2011, p. 66; Phillips, Ortner & Lee, 2016, p. 22). Não se trata, pois, de uma atividade **normativa**, assim entendida como aquela pela qual a conclusão é direcionada a um resultado **desejado** (Barnett, 2011, p. 66). Para Barnett (2011, pp. 66-67), o significado social objetivo até pode evoluir, mas **cada momento temporal fornece um sentido** que independe da vontade dos interlocutores, o que pode ser vislumbrado em um aperto de mãos, na expressão “por favor”, na palavra “obrigado”, na utilização de um véu *etc.*

Randy Barnett exemplifica. Se se pretende atribuir à palavra automóvel o significado particular de “máquina do tempo”, seu emprego será recebido pela chamada **comunidade do discurso**, que pressupõe um significado linguístico interpessoal e objetivo, como uma palavra que se refere a “carros” (Barnett, 2011, p. 67). É curioso perceber que expoentes do chamado Círculo de Viena já haviam defendido premissas assemelhadas, já nas primeiras décadas do século XX. Rudolf Carnap (2016, p. 99), por exemplo, descreveu: se alguém inventa a palavra “babigo” (*babig*), afirmando haver coisas que são babigas e outras que não o são, resta decifrar o significado por meio da questão: “como se determina, em casos concretos, se uma coisa é babiga ou não?”. Se a resposta for, hipoteticamente, que nenhuma característica empírica há para a babiguidade, mas quem a emprega insiste no fato de que há coisas que são babigas, “apenas tomamos conhecimento do fato psicológico de que ele associa representações e

sentimentos quaisquer à palavra. Mas uma palavra não ganha um significado desse modo” (Carnap, 2016, p. 99)⁹¹.

Portanto, a interpretação constitucional originalista representa uma **pesquisa de dados**, vale dizer, uma investigação que **coleta evidências**. Como se sabe, pesquisas não são infinitas quanto ao que elucidam e disso resulta a importância de um recorte temporal. Porque constituições escritas são documentos datados, é possível saber quando foram redigidas e este é um dado **crucial** para delimitar as fronteiras que circunscrevem as investigações originalistas.

Nesta tese, reputa-se "Era Constituinte" o intervalo temporal durante o qual uma constituição escrita foi deliberada, redigida e aprovada. Em regra, somente fontes epistêmicas contemporâneas a esse período interessarão a um originalista. Elementos pré-constituintes ou pós-constituintes podem excepcionalmente fornecer evidências a serem tomadas em consideração, mas, de um modo geral, não se prestam a indicar o significado público original do texto constitucional. Essa simples informação permite descartar o exame de uma gama de documentos irrelevantes que poderiam indevidamente confundir ou despistar.

Um exemplo bem o ilustra. Nos Estados Unidos, o lapso temporal durante o qual a constituição foi elaborada, também chamado de *Founding-Era*, compreendeu o período de 1787 a 1789. Esta é a razão pela qual muitos não aceitam a invocação da Declaração de Independência (1776) como fonte para discernir o significado do texto constitucional. Adaptando-se esse raciocínio para o Brasil, a Era Constituinte corresponde ao intervalo temporal compreendido entre — e inclusive — 1 de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988. Segundo este ponto de vista, discursos proferidos por Ulysses Guimarães na década de 70 do último século constituiriam um material **alheio** à Era Constituinte e, por conseguinte, dotado de menor valor persuasivo se o objetivo é acessar o significado original da Constituição de 1988.

Em síntese, na maioria dos casos, apenas o material jurídico produzido na *Founding-Era*, isto é, produzido no curso do processo constituinte, assume relevo para a pesquisa

⁹¹ O texto foi originalmente publicado em *Erkenntnis*, 2. Band, 1931, pp. 219-241. Para este filósofo alemão do Positivismo Lógico, o significado de uma palavra era discernido por meio da redução a uma proposição elementar, seguida de uma dedutibilidade dessa proposição: de que proposição *P* é dedutível e quais proposições são dedutíveis de *P*? (Carnap, 2016, pp. 97-98). Feita esta operação bifásica, já não é possível exprimir “o que se pretende dizer” com a palavra (Carnap, 2016, pp. 98-99). Percebem-se três aspectos relevantes para as digressões sobre o Originalismo do *original public meaning*: (i) a premissa de que significados são extraídos do meio social, não estipulados de maneira inventiva pelos indivíduos; (ii) sendo assim, discerni-los envolve uma atividade *empírica*; (iii) intenções ou pretensões pessoais já não são levadas em consideração.

originalista. Esta forma mais rígida de recorte temporal tem sido a concepção dominante. A regra, entretanto, admite temperamentos e isso será demonstrado a tempo e a modo.

A importância das fronteiras na linha do tempo será verificada não apenas como base para as intuições linguísticas (etapa II), mas também na chamada **imersão**. Isso porque a imersão estará circunscrita aos intervalos estabelecidos no recorte.

3.2 SEGUNDO PASSO: EXAME DO TEXTO À LUZ DAS INTUIÇÕES LINGUÍSTICAS

Uma vez efetuado o recorte temporal, busca-se a fonte protagonista da interpretação constitucional originalista: o texto. Aqui, um mito precisa ser desconstruído. A primeira e mais relevante fonte para discernir o *original public meaning* é o texto constitucional, não a história a respeito dele⁹². Aliás, em muitos casos, o texto será necessário e **suficiente** ao deslinde da querela. O recurso às evidências históricas tem caráter suplementar, reservando-se-lhe para casos mais complexos⁹³.

Portanto, antes de qualquer coisa, convém efetuar uma leitura atenta da redação e da linguagem empregada. Esta é uma etapa importantíssima, que não pode ser subestimada e cujo **coadjuvante**, o intérprete, também não pode ser subestimado. Trata-se de um ponto essencial. O Originalismo atribui relevo **àquilo** que se lê, não a **quem** lê. Em capítulos anteriores, já foi dito que, logo após o fim da Corte de Warren, era comum a expectativa de que a natureza da constituição norte-americana se alteraria para acompanhar alterações na composição da Suprema Corte dos EUA. Simplesmente, acreditava-se que, mudando-se os juízes do Tribunal, a constituição também mudaria. Daí a importância disruptiva das ideias de Robert Bork, quando assinou um artigo seminal que classificava essa expectativa como “deplorável” (1971, p. 1).

De maneira muito semelhante, no Brasil, tem sido comum nutrir expectativas sobre o **perfil** dos indicados para um assento no Supremo Tribunal Federal. Conservadores esperavam

⁹² Durante um dado momento na prática jurídica norte-americana, a inversão desta ordem chegou a representar uma tendência percebida por alguns juízes da Suprema Corte. Muitos advogados davam mais ênfase aos documentos da história legislativa que ao próprio texto legal a ser interpretado, o que foi objeto de crítica pelo Justice Scalia (Scalia, 1997, p. 31).

⁹³ Whittington (2004, p. 610) é um dos originalistas que também ressalta o fato de que nem sempre detalhes históricos serão necessários para que seja acessado o significado original de um texto.

que indicados por Jair Bolsonaro efetuariam uma leitura conservadora da Constituição de 1988, ao passo que progressistas depositaram nos indicados por Luís Inácio Lula da Silva a esperança de uma interpretação que respaldasse seus valores. Esta é a materialização do chamado **modelo atitudinal**, que em muito se aproxima do contexto típico do Realismo Jurídico.

Uma vez adotado o significado original, tal como fixado em Outubro de 1988, já não importa muito quem o acesa. Assumindo-se que a Constituição Brasileira tem um significado contemporâneo à sua promulgação, que constringe juízes, torna-se pouco relevante saber quem virá a ser por ela constricto. No fundo, está cada vez mais indisfarçável que a **ansiedade social** pela visão pessoal de futuros indicados ao Supremo Tribunal Federal revela um sintoma disfuncional: um governo de homens e mulheres, não um governo das leis, com a transformação da jurisdição em uma arena política onde a figura do intérprete eclipsa o texto interpretado. A ideologia de um juiz guiado pelo significado original é um aspecto secundário diante da ideologia do próprio texto cujo significado é pesquisado. A ânsia por conhecer a ideologia de um juiz metodologicamente originalista pode fazer tanto sentido quanto querer saber, de antemão, a ideologia de um pesquisador empírico.

Sobre esse aspecto, Whittington foi muito claro: “[a] ideia-chave para um originalista [...] é que o significado de um texto deriva do seu autor, não do seu leitor” (Whittington, 2004, p. 610). Este é um princípio simples e valioso. O significado é proveniente de quem escreve, não de quem lê⁹⁴. Disso não se segue, porém, que o leitor será sempre bem sucedido. Como bem reconhece o Professor de Princeton, “um intérprete pode falhar ou ser exitoso na compreensão de um texto, mas o significado original é o significado a ser interpretado” (Whittington, 2004, p. 610).

Feitas estas digressões, volta-se ao ponto inicial a respeito das intuições linguísticas. Em princípio, o leitor de uma constituição, pessoa adulta e capaz, é alguém credenciado a compreendê-la. A metodologia originalista se baseia na — porque assume a — “capacidade natural” dos intérpretes de compreenderem a língua (Solum, 2017, p. 279). Uma constituição não tem significados secretos ou que façam parte de uma “conspiração particular” (Whittington, 2004, p. 610).

⁹⁴ Esta é uma premissa compartilhada até mesmo por autores que não são adeptos do Originalismo. Referindo-se à ordem dos adjetivos e advérbios, no que concerne às ambiguidades, Antonio Gidi pontuou: “Ninguém melhor que o escritor conhece a mensagem; [...]” (2023, p. 196).

No processo constituinte brasileiro, esse aspecto poderia ser percebido com muita clareza. Como foi pontuado pelo Constituinte Lavoisier Maia, “[s]e o Direito é também linguagem, não se pode admitir que o texto constitucional contenha palavras que não se adequem à comunicação brasileira”⁹⁵. Para se ter ideia de como isso era levado a sério, o Constituinte Ricardo Izar propôs a supressão das expressões "subestimar" e “esteriotipar”, exatamente "para aperfeiçoar o texto de conceitos por demais subjetivos ou de conceituação terminológica difícil para o povo [...]"⁹⁶.

No século XVIII, William Blackstone (1983, p. 59), um dos maiores tratadistas da História do Direito, já mencionava que as palavras devem ser usualmente compreendidas na significação usual e mais notória, isto é, consoante o uso popular. Esse aspecto foi também descrito na célebre obra editada por Joseph Story (2005, p. 217), na primeira metade do século XIX, até hoje muito lembrada nas decisões da Suprema Corte dos EUA. Pela clareza rara com a qual esse aspecto foi detalhado, convém transcrever suas palavras⁹⁷:

§ 451. XV. Em primeiro lugar, então, cada palavra empregada na constituição deve ser exposta em seu sentido claro, óbvio e comum, a menos que o contexto forneça alguma base para controlá-la, qualificá-la ou ampliá-la. Constituições não são concebidas para sutilezas lógicas ou metafísicas, para sutilezas de expressão, para propriedade crítica, para nuances elaboradas de significado, ou para o exercício de agudeza filosófica ou pesquisa judicial. São instrumentos de natureza prática, fundados no negócio comum da vida humana, adaptados às necessidades comuns, projetados para uso comum e adequados para entendimentos comuns. As pessoas as fazem; as pessoas as adotam; deve-se supor que as pessoas as leiam, com a ajuda do bom senso; e não se pode presumir que nelas se admita qualquer significado recôndito, ou qualquer glosa extraordinária.

⁹⁵ O trecho consta de justificativa apresentada no corpo da Emenda CS03754-5, na Comissão de Sistematização (Emendas Oferecidas ao Anteprojeto de Constituição, Volume II, Brasília: Senado Federal, Julho de 1987. p. 893).

⁹⁶ O trecho consta de justificativa apresentada no corpo da Emenda ES23478-1, em Plenário (Emendas Oferecidas em Plenário ao Substitutivo do Relator, Volume I, Brasília: Senado Federal, Setembro de 1987. p. 670).

⁹⁷ A obra foi originalmente publicada em 1833. No original: "§ 451. XV. *In the first place, then, every word employed in the constitution is to be expounded in its plain, obvious, and common sense, unless the context furnishes some ground to control, qualify, or enlarge it. Constitutions are not designed for metaphysical or logical subtleties, for niceties of expression, for critical propriety, for elaborate shades of meaning, or for the exercise of philosophical acuteness, or judicial research. They are instruments of a practical nature, founded on the common business of human life, adapted to common wants, designed for common use, and fitted for common understandings. The people make them; the people adopt them; the people must be supposed to read them, with the help of common sense; and cannot be presumed to admit in them any recondite meaning, or any extraordinary gloss*" (Story, 2005, p. 217)

Em outros trechos da obra, o Justice volta a esse tema, asseverando que constituições não são instrumentos a serem examinados e ponderados sobre sutilezas engenhosas. "O bom senso torna-se o guia e impede os homens de lidarem com meras abstrações lógicas" (Story, 2005, p. 515)⁹⁸.

De um modo geral, isto é o que se espera. Intuições linguísticas permitem que simplesmente se intua o significado original, às vezes com o auxílio do contexto⁹⁹. Referindo-se à Constituição norte-americana, Lawrence Solum descreve que, apesar das suas limitações, essa técnica natural é capaz de alcançar o significado original da maioria dos dispositivos constitucionais escritos no século XVIII. Isso porque esse sentido ainda hoje **permanece ativado** na produção do significado semântico convencional contemporâneo (Solum, 2017, p. 281).

O exemplo fornecido por Solum é o artigo 1, Seção 2, Cláusula 2, da Constituição dos EUA, por força do qual deputados devem ter uma idade mínima de 25 (vinte e cinco) anos, dentre outros requisitos que podem ser intuídos porque o significado original permanece ativado (Solum, 2017, p. 281). Estes são casos de **continuidade linguística**, fenômeno que facilita o trabalho do intérprete.

Sobrevindo mudanças de significado ao longo do tempo, fenômeno conhecido como *linguistic drift*, nem por isso as intuições linguísticas deixarão de ser empregadas. De fato, intuições são mais seguras nas hipóteses de continuidade linguística, mas até mesmo quando ocorre um *linguistic drift* pode ser possível a um leitor contemporâneo intuir o significado original, desta vez servindo-se do contexto. O exemplo ilustrado por Solum é aquele do artigo 4, Seção 4, quando se fala em "violência doméstica". A intuição poderia levar o intérprete de hoje ao significado da violência intrafamiliar praticada contra mulheres, mas o contexto elucida com clareza que o significado original exprime insurreições, revoltas, rebeliões *etc* (Solum, 2017, p. 281).

Entretanto, Solum (2017, p. 281) corretamente adverte que intuições linguísticas formadas por imersões em práticas linguísticas modernas podem ser **enganosas**. Este é o caso

⁹⁸ No original: "*Common sense becomes the guide, and prevents men from dealing with mere logical abstractions*" (Story, 2005, p. 515).

⁹⁹ É importante não confundir intuições **linguísticas** sobre o conteúdo comunicativo de um texto com, por exemplo, intuicionismos morais.

da palavra dólar, tal como empregada na Sétima Emenda que, de maneira **contra-intuitiva**, não se refere à moeda atual (Solum, 2017, p. 282).

Em suma, intuições linguísticas contemporâneas não são um guia inteiramente confiável para acessar o significado semântico convencional do passado (Solum, 2017, p. 282). Se elas são necessárias, às vezes não serão suficientes. Exatamente porque Originalismo não se confunde com interpretação literal, a simples leitura do texto da constituição pode levar a equívocos quanto ao significado original. Os olhos de hoje podem não identificar a comunicação estabelecida em um texto ancestral.

Em razão disso, fontes extra-textuais são utilizadas por originalistas para que se certifiquem dos **padrões linguísticos** da época em que a constituição foi promulgada e, com isso, se aproximem do significado público original. Em outras palavras, **evidências** são coletadas para que se chegue à maneira pela qual palavras eram compreendidas por pessoas instruídas da época. Estas são fontes extra-textuais e nem sempre precisam ser consultadas (etapa III)

3.3 TERCEIRO PASSO: IDENTIFICANDO AS CORRELATAS FONTES EXTRA-TEXTUAIS APLICÁVEIS

A idoneidade de um documento como fonte indicativa do significado original não resulta apenas da sua contemporaneidade com a Era Constituinte. Nem todos os documentos da referida Era despertam interesse investigativo, porque o objeto de pesquisa no *original public meaning* geralmente **exclui textos privados ou confidenciais**. Exige-se-lhes publicidade, vale dizer, tais fontes devem ter sido **franqueadas ao público** ou pelo menos havidas como acessíveis. Das duas, uma: ou eram públicas e notórias ou estavam à disposição do público para que fossem consultadas.

Esta é a razão pela qual muitos originalistas consideram que até mesmo cartas assinadas por Constituintes não teriam aptidão para fornecer o significado público original. Ora, epístolas geralmente estão restritas aos remetentes e destinatários, não ao público em geral. Com base nesse raciocínio, originalistas já chegaram a dizer, por exemplo, que a descoberta de uma carta oculta assinada por James Madison, revelando "o verdadeiro e secreto" significado de uma

cláusula constitucional, dificilmente seria considerada como um dado autoritativo em uma abordagem originalista comprometida com a priorização daquilo que o texto significava para aqueles que o adotaram (Whittington, 2004, p. 610)¹⁰⁰. Aliás, anos antes desse exemplo ser fornecido, um outro similar já havia sido elaborado: se uma carta de George Washington para Martha viesse a ser encontrada, documento este onde ele explicou para ela que pretendeu atribuir um significado particular e excêntrico quando se referiu ao poder de tributar, a revelação não teria autoridade jurídica para alterar a interpretação da constituição (Bork, 1990, p. 144).

Este ponto requer atenção. O exemplo fornecido pelo Professor de Princeton foi muito bem construído, porque traz consigo uma sutileza decisiva e talvez imperceptível para olhos menos atentos.

Primeiro, o desprezo de cartas privadas por alguns originalistas merece uma análise mais cuidadosa. Mesmo sabendo-se que tais cartas não são franqueadas ao público, há chances prováveis de que elas representem um fragmento honesto de **uso da linguagem**. Isso porque o remetente não faz uso de uma linguagem própria, mas sim daquilo que estava socialmente cristalizado¹⁰¹, tendo aprendido e reproduzido para transmitir a comunicação. Um indivíduo é senhor daquilo que fala ou que cala, mas “[...] a língua não é uma função do falante [...]” (Saussure, 2005, p. 20)¹⁰². Significa dizer que a língua é indisponível, ou seja, não está à disposição dos falantes individualmente considerados, a quem não é dada autoridade para interrogá-la. Saussure (2005, p. 20) assevera que a língua “[...] é a parte social da linguagem, exterior ao indivíduo, que, por si só, não pode nem criá-la nem modificá-la; ela não existe senão em virtude de uma espécie de contrato celebrado entre os membros da comunidade”¹⁰³. Assumindo a premissa de que todas as teorias linguísticas se baseiam em **falantes nativos como informantes que fornecem dados** (Desagulier, 2017, p. 2), já não há razão para excluir cartas da base de dados.

¹⁰⁰ Nesse sentido: “*the discovery of a hidden letter by James Madison revealing the ‘secret true’ meaning of a constitutional clause would hardly be dispositive to an originalism primarily concerned with what the text meant to those who adopted it*” (Whittington, 2004, p. 610).

¹⁰¹ A metáfora da cristalização social pertence ao linguista suíço Ferdinand de Saussure (2005, p. 19).

¹⁰² No original: “*La langue n est pas une fonction du sujet parlant [...]*” (Saussure, 2005, p. 20).

¹⁰³ No original: “*Elle est la partie sociale du langage, extérieure à l individu, qui à lui seul ne peut ni la créer ni la modifier; elle n existe qu en vertu d une sorte de contrat passé entre les membres de la communauté*” (Saussure, 2005, p. 20).

Em resumo, mesmo quem escreve uma carta faz uso de uma comunicação **socialmente aprendida e incorporada**¹⁰⁴. Ao examinar os escritos de uma epístola, linguistas conseguem, sim, extrair muitas inferências sobre regras gramaticais, fonéticas e até características sociais¹⁰⁵. Logo, a menos que indivíduos **tenham criado** uma língua **própria** para redigir uma carta, estes escritos fornecerão, sim, pistas importantes sobre padrões sociais de uso linguístico da época em que redigidos. Todavia, esta é exatamente a parte mais sagaz do exemplo fornecido pelo Professor de Princeton. Whittington não se referiu a uma carta qualquer. Na epístola que ele ilustrou, havia um significado “secreto” para dispositivos da Constituição. Nessa hipótese específica, interlocutores partilham um significado misterioso e particular, à semelhança do que hoje chamamos de “piadas internas”. Isto muda tudo. De fato, porque significados secretos não são socialmente compartilhados, não há como buscar o *original public meaning* em conteúdos dessa natureza. Fazer isso equivaleria a substituir o texto pela pessoa, ou seja, a regredir para um arremedo de *original intent*. Definitivamente, é de se reconhecer, um exemplo bem elaborado.

Nos demais casos, porém, é razoável aceitar que cartas privadas forneçam pistas sobre o significado público original das palavras. A propósito, Justices da Suprema Corte dos EUA fazem uso de epístolas privadas, sobretudo aquelas subscritas por personalidades como John Adams, James Madison, George Washington, John Jay e Thomas Jefferson (Cross, 2013, p. 18).

No Brasil, o Constituinte Ulysses Guimarães escreveu uma interessante carta para a apresentadora de televisão Marília Gabriela, em 10 de junho de 1992. Embora tenha sido um documento privado e pós-constituente, os temas abordados e a sua proximidade com a promulgação da Constituição de 1988 podem vir a oferecer elementos úteis à elucidação de

¹⁰⁴ Pelo menos, de um modo geral. A arte cinematográfica fornece contraexemplos, conforme se vê na Laranja Mecânica de Stanley Kubrick — concebido com base na obra literária de Anthony Burgess (1962). Em uma realidade distópica, o protagonista cultiva uma gama de gírias muito singulares, inspiradas no idioma russo, cujo significado vai sendo enriquecido ao longo do filme. Este é um caso excêntrico. Fora da ficção-científica, e regra geral é que a língua não seja criada pelo falante.

¹⁰⁵ Se alguém duvida disso, a origem do úmbrio demonstra perfeitamente o que se está a dizer. No final da Idade Média, mais precisamente no ano de 1444, a humanidade tomou conhecimento da existência de um conjunto muito restrito de placas de bronze gravadas com escritos em uma língua obscura, que foi batizada de úmbrio (Buck, 2001, p. 1). A descoberta representou um desafio, porque colocou o mundo diante de uma língua aparentemente indecifrável. Muitos se empenharam na elucidação do significado dessas escrituras, mas, além das 7 (sete) tábuas de bronze (*Iguvine Tables*), não havia outros dados ou fontes de pesquisa disponíveis que pudessem auxiliar nesse empreendimento. Na época, a escassez de informações e o estado da arte não permitiam avanços na solução do enigma. Em cenários tão desvantajosos como esse, resgatar o *original meaning* é mesmo um desafio. Porém, mesmo em condições profundamente adversas, no século XVIII, com o desenvolvimento científico da Linguística, foi possível promover avanços antes inacreditáveis (Buck, 2001, p. 1). A investigação honesta e empenhada naturalmente gerou seus frutos e, hoje, muito dessa língua da Antiguidade Clássica veio a ser decifrado.

cláusulas constitucionais. Isso porque o Constituinte tratou de assuntos como reforma do Poder Judiciário, sistema partidário, sistema proporcional, mandato do Presidente da República, imprensa, censura, reforma tributária, dentre outras temáticas que constam do texto constitucional. Parece presumível que os padrões linguísticos usados por Ulysses, menos de quatro anos após a promulgação da Constituição de 1988, eram similares àqueles utilizados pelas pessoas da Era Constituinte.

Pois bem. Feitas estas digressões, importa saber duas coisas: a) no atual estado da arte, originalistas do *original public meaning* tendem a descartar fontes não abertas, a exemplo das cartas privadas, embora a Suprema Corte dos EUA às vezes utilize esses documentos para discernir o significado original; b) nesta tese, à luz da Linguística, entende-se que epístolas podem, a depender das circunstâncias, revelar padrões de uso importantes para investigações empíricas originalistas.

Disto isto, é possível avançar para o estudo das fontes mais relevantes. Originalistas não costumam hierarquizar as fontes que utilizam, inclusive porque são elas incontáveis, mas é possível elencar aquelas mais referenciadas para acessar o significado original da Constituição dos Estados Unidos¹⁰⁶. São elas: os *Federalist Papers*; os Registros da elaboração do texto na Convenção Constitucional (1787) e os Registros da Ratificação do texto (Cross, 2013, p. 47). Pela sua relevância no estudo da metodologia, cada fonte será brevemente apresentada em um tópico à parte.

¹⁰⁶ A metodologia de trabalho originalista e o correlato estudo das fontes, quando incidente sobre a Constituição dos Estados Unidos, requer um conhecimento mínimo sobre a sua origem. De maneira sucinta, esse documento foi **redigido** no ano de 1787. Seus redatores são referidos, na linguagem originalista, como *Framers*. Isso porque **emolduraram** o texto. Uma vez redigida, a Constituição foi então **ratificada** no ano de 1789. Seus ratificadores, no glossário originalista, são conhecidos como *Founders*. Este nascimento bifásico é um dado relevante e que precisa ser guardado. Cada etapa tem fontes próprias, com as vantagens e desvantagens que decorrem dessa circunstância. Por exemplo, há quem entenda que o melhor significado original é aquele fornecido pelos próprios ratificadores, afinal, foram eles quem efetivamente atribuíram efeitos jurídicos ao texto. Outro aspecto lembrado para corroborar esta visão é o fato de que os ratificadores foram bem mais numerosos que os redatores, ou seja, a segunda etapa teria sido mais **representativa**. Por outro lado, parte da literatura desaconselha basear-se de maneira primordial nos ratificadores, porque não tinham eles o poder de emendar o texto sob votação, limitando-se a aprová-lo ou rejeitá-lo (Cross, 2013, p. 55). Com isso, nota-se a importância de uma mínima familiaridade com o **processo constituinte** dos EUA, o que será informado ao longo desta tese de maneira contextual, se e quando necessário.

3.3.1 Federalist Papers

Os artigos federalistas representam a obra de Filosofia Política mais citada pela Suprema Corte durante a segunda metade do século XX. Concebidos por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, os 85 (oitenta e cinco) ensaios explicavam o texto da proposta de constituição para o público, concitando-o à ratificação. O objetivo era, portanto, persuadir os ratificadores. Em suma, seus autores eram declarados defensores da ratificação e buscavam encorajá-la.

Esse rico manancial epistêmico passou a compor o acervo de pesquisa da Suprema Corte dos EUA. Por exemplo, no — horripilante — caso *Prigg v. Pennsylvania* (1842). O ser humano Margaret Morgan, mulher considerada como escrava no estado de Maryland, passou a viver livremente no estado da Pennsylvania, com o “beneplácito” do homem que se julgava seu “dono”. Porém, os herdeiros deste homem entenderam de “reivindicá-la” e enviaram um indivíduo para capturá-la, mas encontraram obstáculo na legislação do estado da Pennsylvania. Este havia aprovado leis que impediam a remoção interestadual de pessoas negras com o propósito de escravizá-las. Mesmo assim, a “captura” ocorreu — substancialmente, um sequestro —, mas o indivíduo que a procedeu foi condenado pela justiça da Pennsylvania, perante a qual arguiu, sem êxito, que a legislação desse estado violaria a cláusula constitucional de extradição (artigo IV, Seção 2) e a chamada *Fugitive Slave Law* (1793)¹⁰⁷. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, porém, esses argumentos foram aceitos. De início, assumiu-se como válida a premissa de que havia um “direito” de reivindicação e de que negros em estados livres poderiam, sim, ser transferidos para estados escravocratas. Contudo, uma questão precisou ser enfrentada pelo Tribunal: como, sob quais condições e a quem competiria dar executoriedade a esse “direito”? Para responder a essa indagação, o Justice Joseph Story, que redigiu a decisão da Corte, recorreu à doutrina dos poderes implícitos¹⁰⁸ e apegou-se às palavras de James Madison expressas no Federalista n.º 43. Madison dispunha que, para todo direito assegurado, haveria um remédio implicitamente previsto para assegurá-lo. Em suma, os *Federalist Papers*

¹⁰⁷ Por força da *Supremacy Clause* (Artigo VI, parágrafo 2, Constituição dos EUA), leis federais têm primazia sobre as estaduais. Daí porque invocou-se a *Fugitive Slave Law*, lei federal, sobre a legislação do estado da Pennsylvania.

¹⁰⁸ Nas suas palavras, “[t]he fundamental principle, applicable to all cases of this sort, would seem to be that, where the end is required, the means are given; and where the duty is enjoined, the ability to perform it is contemplated to exist on the part of the functionaries to whom it is entrusted”. *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. 539 (1842).

foram usados pela Suprema Corte para a extração da ideia de que todo direito foi brindado com uma garantia instrumental correlata. No caso em análise, mais especificamente, essa construção conduzia à conclusão de que o Governo Federal, não os estados-membros, estaria incumbido de atender a reivindicações interestaduais por escravos.

A própria Suprema Corte dos EUA firmou precedentes que conferem aos *Federalist Papers* o *status* de fonte com aptidão para indicar o significado original¹⁰⁹.

3.3.2 Registros da elaboração do texto na Convenção Constitucional (1787)

A segunda fonte mais citada pela Suprema Corte dos Estados Unidos na segunda metade do século XX compreende os registros daqueles que **redigiram** o texto do projeto de constituição, que somente depois viria a ser ratificado. A fonte de consulta mais clássica desses registros é aquela de Farrand ("*Farrand's The Records of The Federal Convention of 1787*"), publicada em 1911, que enfatizou as anotações de James Madison e também congregou cartas e apontamentos de outros *framers* (Cross, 2013, pp. 57-58).

Grosso modo, em termos práticos, é como se Madison tivesse tentado se comportar como um **taquígrafo**, reduzindo a termo aquilo que ouvia. Como era de se imaginar, sua desenvoltura para o empreendimento de documentar os trabalhos não tinha a mesma perícia que esses profissionais.

Em alguns momentos, o próprio James Madison sugeriu que esse material não era autoritativo, ainda que se afigurasse útil por apontar evidências sobre a compreensão geral da época. A prevalecer este ponto de vista, seria como se o Originalismo fosse refutado pelo próprio Originalismo. Contudo, em outras circunstâncias, Madison chegou a dizer que as conclusões da Convenção Constitucional eram, sim, autoritativas (Cross, 2013, p. 58). Não há clareza, portanto, sobre esse aspecto.

As anotações de Madison permaneceram secretas durante as ratificações, para que não atrapalhassem o objetivo de promulgar a constituição. Seu conteúdo poderia suscitar

¹⁰⁹ Ensaios distintos dos *Federalist Papers* foram amplamente referenciados para a elucidação do significado original, por exemplo, em *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

controvérsias que inibiriam a pretendida confirmação do texto. Logo, se os apontamentos de Madison possuem algum valor como *original meaning*, elas não têm validade como *original public meaning* (Cross, 2013, p. 59).

Lawrence Solum (2017, p. 291) reforça essa compreensão, ao explicar que o *original public meaning* investiga o contexto publicamente acessível, o que exclui uma gama de elementos que, embora relevantes para historiadores, simplesmente não foram franqueados ao público da época. Este é exatamente o caso das anotações de James Madison sobre a Convenção Constitucional. Tais itens não integram o contexto público, explica Solum, mas pelo menos fornecem **evidências** do contexto público.

Essa modalidade específica de fonte retrata as crenças dos **redatores**, não a dos ratificadores que efetivamente conferiram força jurídica ao texto, razão pela qual os registros da Convenção Constitucional têm sido às vezes reduzidos a uma fonte de intenção — não exatamente de significado (Cross, 2013, p. 58). Podem, entretanto, ser considerados como evidências indiretas do significado original das palavras (Cross, 2013, p. 58).

Estabelecendo-se uma correspondência com as fontes brasileiras análogas a esta fonte, tem-se as Atas das Subcomissões e das Comissões. Porque anteriores à votação em Plenário, representam um estágio germinativo similar. Esta analogia será verticalizada no momento oportuno, após o exame da viabilidade de transplante e acoplagem da abordagem originalista para o Brasil.

3.3.3 Registros da Ratificação do texto

Os registros de ratificação representam a terceira fonte mais referenciada na segunda metade do século XX. A se adotar a concepção pela qual o significado original é melhor extraído dos ratificadores — não dos redatores —, os *Ratification Records* forneceriam uma fonte da mais alta qualidade para a cognição do *original meaning*. E, nesse contexto, os chamados *Elliot's Debates* (*Ratification Records of Elliot's Debates*), de 1836, são considerados como a fonte mais clássica dos Registros de Ratificação (Cross, 2013, p. 51).

Pois bem. Estes são os três principais documentos que embasam pesquisas originalistas. Há, porém, outros que, embora menos frequentes nos julgados da Suprema Corte, também cumprem esse papel. Na medida do possível, serão eles relacionados no tópico a seguir.

3.3.4 Outras fontes

De maneira menos incidente que os três documentos estudados, também os dicionários da época são às vezes empregados pela Suprema Corte para extrair o significado original do texto da Constituição dos EUA. Dois deles, em especial, podem ser considerados os mais referenciados pelos Justices (Cross, 2013, p. 57): a) Samuel Jhonson, *A Dictionary of the English Language* (1773); b) Thomas Sheridan, *A Complete Dictionary of the English Language* (1796)¹¹⁰. É importante notar que as datas extravasam a Era Constituinte, vale dizer, ambos foram publicados em décadas posteriores à promulgação da constituição.

De maneira controversa, até mesmo a Declaração de Independência (1776) já foi apontada como dotada de aptidão para auxiliar na descoberta do significado original, o que pode soar contraditório se considerada a data desse documento. Sendo anterior à Constituição, assumi-la como fonte idônea para essa tarefa é um aspecto polêmico¹¹¹.

No infame caso *Dred Scott v. Sandford*¹¹², a decisão redigida pelo Chief Justice Taney fez uso desse expediente, o que sugere a fragilidade metodológica de uma abordagem que pretendia justificar uma atrocidade. Em suma, a utilidade da Declaração de Independência é objeto de disputa acadêmica, tendo prevalecido entre os originalistas a concepção pela qual a Declaração **não** tem esse pretenso valor interpretativo (Cross, 2013, p. 61). Aliás, é curioso perceber que essa mesma Declaração de Independência, que encontra tantas dificuldades para

¹¹⁰ Lawrence Solum apresenta um rol que se diferencia quanto ao último título. Segundo ele, de um modo geral, dois dicionários históricos costumam ser utilizados para acessar o significado semântico convencional (Solum, 2017, p. 282): Samuel Johnson (“*A Dictionary of the English Language*”), de 1755, e Noah Webster (“*An American Dictionary of the English Language*”), de 1828.

¹¹¹ Muitos entendem, inclusive, que a Constituição dos EUA foi uma reação conservadora que repudiou os princípios democráticos proclamados na Declaração de Direitos. Em sentido contrário, Ilan Wurman sustenta que, na verdade, a Constituição evoca os mesmos princípios estampados na Declaração e avança para aprimorá-los (Wurman, 2017, pp. 68 e 80). Não é demais lembrar que a Declaração de Direitos foi redigida por Constituintes como Thomas Jefferson e mencionada nos *Federalist Papers* por James Madison. Definitivamente, não se trata de um documento irrelevante.

¹¹² 60 US 393 (1857).

ser assimilada como um documento capaz de indicar o significado da Constituição dos EUA, tem sido invocada por juízes brasileiros para discernir o significado da Constituição do Brasil.

A par das controvérsias apontadas, ambos — dicionários e Declaração — constituiriam exceções à regra geral pela qual somente documentos contemporâneos à *Founding-Era* serão tomados em consideração na pesquisa originalista. Isso porque, conforme será aprofundado em momento oportuno, tais elementos pertencem a uma época **muito próxima** do nascedouro da constituição norte-americana, mas não são exatamente contemporâneos. Por sua vez, os documentos principais até foram elaborados durante a era alvo, mas sua **publicação** nem sempre respeitou esses limites — e isto também terá consequências metodológicas.

Steven Calabresi aponta outras fontes possíveis para elucidar o significado original, dentre elas, livros de gramática e documentos jurídicos eventualmente incorporados pelo texto constitucional¹¹³. Michael Rappaport (2005, p. 1493) acrescenta que o intérprete moderno pode se servir de jornais do século XVIII e decisões judiciais desse período¹¹⁴. Finalmente, a *Justice Amy Coney Barrett* (2017, p. 1923) complementa essas fontes ao admitir, em uma lista não exaustiva, que o *original public meaning* seja acessado por meio dos “[...] *Anti-Federalist Papers, actions of the early Congresses and Presidents* [...]”¹¹⁵.

As fontes indicadas pela Justice Amy Barrett exigem alguns esclarecimentos. A fase de ratificação da Constituição norte-americana foi marcada por uma batalha travada entre Federalistas, favoráveis ao texto constitucional, e Anti-federalistas, estes desfavoráveis. Como se sabe, Federalistas se sagraram vitoriosos e a eles se atribui a redação dos artigos originais do texto constitucional (Cross, 2013, p. 54)¹¹⁶. Diante disso, por que, então, utilizar o material Anti-federalista para elucidar o significado de um texto? Por que consultar também os vencidos, não apenas os vencedores? Afinal, muitas vezes, registros Anti-federalistas chegam inclusive a contradizer o significado do texto compreendido por federalistas (Cross, 2013, p. 54).

¹¹³ *On Originalism in Constitutional Interpretation*. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/white-papers/on-originalism-in-constitutional-interpretation>.

¹¹⁴ Segundo o autor, “[t]o ascertain these meanings, modern interpreters can look to sources from the time that indicate how words were used, including [...] newspapers, judicial opinions, and other legal materials [...]” (Rappaport, 2005, p. 1493).

¹¹⁵ Para Michael McConnell, as fontes do *original public meaning* e do *original intent*, duas das variantes mais representativas do Originalismo, podem ser as mesmas (McConnell, 2020, p. 13).

¹¹⁶ Anti-federalistas, por sua vez, eram céticos quanto ao governo federal e temiam uma restrição indevida nas liberdades individuais (Cross, 2013, p. 54).

De um modo geral, há uma tendência acadêmica de, por ocasião da interpretação jurídica baseada na história legislativa, simplesmente **descartar** a visão dos oponentes da parte vencida (Cross, 2013, p. 54). Frank Cross suscita, todavia, uma questão bastante convincente: o fato de que Anti-federalistas tenham sido derrotados politicamente não significa que tenham perdido a batalha linguística quanto ao significado original. A propósito, mesmo tendo sido derrotados, é usual atribuir-lhes a feitura das emendas do *Bill of Rights* (Cross, 2013, p. 54). Logo, embora tenham perdido a batalha política, seus discursos compõem o acervo histórico documentado.

Daí porque alguns juristas consideram o valor epistêmico dos seus vestígios históricos na interpretação constitucional, assim como a própria Suprema Corte dos EUA (CROSS, 2013, p. 54). O Justice Thomas, por exemplo, tem se baseado generosamente em registros Anti-federalistas para interpretar a *Commerce Clause* (Cross, 2013, p. 55).

Resta analisar a possibilidade de pesquisa nos atos emanados de Congressos e Presidentes anteriores, também admitida por Barrett. Sabe-se que todos os Poderes interpretam a Constituição e aqueles mais remotos tiveram, de fato, a oportunidade de contato direto com o significado original. Por exemplo, parlamentares dessa legislatura estavam intimamente familiarizados com o texto e as práticas da época, tendo alguns deles atuado na redação ou na ratificação do próprio texto constitucional (Cross, 2013, p. 64-65). É possível estabelecer uma analogia com o Brasil. No Congresso Nacional brasileiro contemporâneo à Assembleia Nacional Constituinte, as atribuições de legislar (Parlamentar) e de constituir (Constituinte) estavam encarnadas nas mesmas pessoas.

Mas o fato é que originalistas não entram em consenso sobre o peso a ser conferido aos atos legislativos do Primeiro Congresso (*First Congress*), mais especificamente as leis contemporâneas à Era Constituinte. Em *Printz v. United States* (1997), Antonin Scalia asseverou que os atos do Primeiro Congresso forneciam evidências relevantes sobre o significado original da Constituição (Cross, 2013, p. 65). Essa era também a opinião de Madison e Marshall (Cross, 2013, p. 65). Em sentido contrário, até mesmo originalistas refutam o peso a ser conferido a esses elementos. Primeiro, porque parlamentares nem sempre estão familiarizados de maneira *técnica* com o significado do texto constitucional. Segundo, porque, não raro, esses mandatários têm deliberadamente aprovado leis inválidas, considerando o custo

político de não fazê-lo (Cross, 2013, p. 65)¹¹⁷. Terceiro, a crença pela qual os atos do Primeiro Congresso estavam em consonância com o texto constitucional é desmentida, por exemplo, por *Marbury v. Madison* — quando uma lei emanada do Primeiro Congresso foi considerada inconstitucional — e pelo *judicial review* de um modo geral (Cross, 2013, p. 65).

Seja como for, a mais relevante *opinion* redigida pelo *Chief Justice* William Howard Taft, tal como expressada em *Myers v. United States*¹¹⁸, fez uso desse tipo de fonte. Nesse precedente, a Suprema Corte dos EUA declarou inconstitucional a tentativa do Congresso Nacional de restringir o poder do Presidente da República de exonerar oficiais do Poder Executivo (Scalia, 1989, pp. 850-851). Dentre outros elementos, o *Chief Justice* se serviu do entendimento contemporâneo a respeito do poder presidencial de exoneração, tal como compreendido pelo Primeiro Congresso e pelas lideranças da Convenção Constitucional (Scalia, 1989, p. 851).

Os tratadistas da época também são fontes importantes. Muitas vezes, a Corte utiliza doutrinadores contemporâneos ao nascedouro da constituição ou mais próximos desse período, como base para suas digressões sobre o significado do texto. A obra mais célebre é aquela que congrega os comentários do Justice Joseph Story, publicado em 1833. Esta já foi uma das fontes mais utilizadas pela Suprema Corte dos EUA depois dos *Federalists*, *Farrands* e *Elliot's Debates*, na segunda metade do século XX. (Cross, 2013, p. 66). No Brasil, guardadas as devidas proporções, um trabalho equivalente seria aquele publicado por Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos, "Comentários à Constituição do Brasil [...]", que veio a ser publicado no ano de 1988.

Seja como for, embora de larga utilização, trata-se de um aspecto polêmico. Para o Justice Thomas (*U.S Term Limits, Inc v. Thornton* – 1995), os comentários do Justice Joseph Story representam apenas o seu ponto de vista, não sendo, pois, representativos (Cross, 2013, p. 66).

Importa saber, à luz das inúmeras fontes apontadas, que o acervo documental pesquisado na metodologia originalista é muito rico e dificilmente pode ser exaurido em uma lista que especifique esses documentos. É importante notar também que não há um consenso perfeitamente homogêneo ou absoluto sobre o peso a ser atribuído às fontes menos utilizadas.

¹¹⁷ No Brasil, fala-se, por exemplo, em "inconstitucionalidade útil".

¹¹⁸ 272 U.S 52 (1926).

3.4 QUARTO PASSO: O CONFRONTO DIALÉTICO DE FONTES EXTRA-TEXTUAIS ANTAGÔNICAS

Qualquer proposta de interpretação constitucional enfrenta desafios para, tanto quanto possível, reduzir o arbítrio do intérprete. Mesmo em um universo mais amplo de fontes autoritativas disponíveis, juízes não são inteiramente livres para selecionar o que pretendem usar e aquilo que virão a descartar.

Quando magistrados são soberanos quanto à eleição das fontes epistêmicas que fundamentam uma decisão, eles e elas se tornam também absolutamente soberanos quanto ao desfecho dos casos que lhes são submetidos. Em outras palavras, as fontes eleitas são decisivas para os resultados a serem alcançados e a ausência de critérios metodológicos faz nascer o risco de manipulação.

Por exemplo, as regras de experiência demonstram que tem sido comum a utilização de decisões proferidas por cortes constitucionais estrangeiras para fundamentar um dado resultado. Tais julgados são **escolhidos seletivamente**, às vezes como um álibi retórico para disfarçar voluntarismos. Diante de uma predileção pessoal por uma solução específica, que produz consequências desejadas pelo intérprete, colhe-se somente aquilo que colabora para alcançar esse objetivo. Quando julgados estrangeiros sinalizam uma direção oposta àquela pretendida, simplesmente são ignorados na construção argumentativa. Também é comum descurar-se das distinções e peculiaridades dos sistemas jurídicos envolvidos, deixando de enfrentá-las. Essa maneira anárquica de cognição das fontes, que mascara um envolvimento pessoal na jurisdição, tem sido **pejorativamente** chamada de *cherry-picking*¹¹⁹.

Porém, o *cherry-picking* é uma prática que não se limita ao uso retórico do Direito Comparado. O mesmo expediente de seleção arbitrária já foi percebido até mesmo em juízes supostamente comprometidos com uma aderência estrita aos precedentes. A literatura descreve que, embora concebida para conferir legitimidade ao trabalho dos juízes, a doutrina do *stare decisis* nem sempre tem sido um elemento verdadeiramente constritor: juízes seletivamente — e arbitrariamente — manipulam precedentes por meio da superação, distinção ou adesão a casos

¹¹⁹ No Brasil, o Ministro Luz Fux enfatizou o uso retórico do Direito Comparado, por meio do *cherry-picking*, em decisão proferida na ADI 6299 MC.

idênticos (Cross, 2013, p. 161). Em uma mesma decisão, resultados opostos são alcançados por diferentes votos que aderem a ou distinguem um mesmo precedente (Cross, 2013, p. 161). Nas palavras de Frank Cross (2013, p. 161), “[s]upposedly, one can find a precedent to support any desired outcome, so the justices are unconstrained and simply pick and choose the citations that suit their preferred outcome”. Onde se lê “*simply pick and choose*”, leia-se “*cherry-picking*”. Na prática, é disto que se cuida.

No Originalismo, o risco de *cherry-picking* é uma questão séria a ser considerada. Assim como sucede no uso retórico do Direito Comparado e na instrumentalização arbitrária dos precedentes no *stare decisis*, essa vulnerabilidade também se verifica em interpretações originalistas e precisa ser coibida. Sobretudo dada a riqueza das fontes com evidências históricas¹²⁰. Quanto mais amplo for o elenco de fontes epistêmicas passíveis de utilização, tanto maior haverá de ser o rigor nos critérios para utilizá-las.

Em síntese, o Originalismo pode ser um campo fértil para desvirtuamentos, vale dizer, para uma pesquisa enviesada por meio da qual somente argumentos originalistas convenientes fazem parte da “colheita”. A doutrina norte-americana já percebeu e explicitou “[...] *the tendency of advocates to cherry-pick the standard sources* [...]” na abordagem originalista (Solum, 2017, p. 278).

Lawrence Solum (2017, p. 279) considera que essa objeção é fundada, ou seja, trata-se de uma preocupação legítima que sugere a importância de que originalistas desenvolvam um conjunto rigoroso de métodos e protocolos. Um primeiro aprimoramento é apresentado por Whittington (2004, p. 611), quando aponta que a fundamentação do intérprete deve estar geralmente alicerçada em evidências acessíveis. Se isto é necessário, não parece suficiente. Solum vai além, para enfatizar **o princípio de que todas as evidências relevantes, tanto contrárias quanto favoráveis à tese autoral, devem ser reportadas e suas fontes disponibilizadas** (Solum, 2017, p. 279).

Mais do que um gesto de transparência, esse imprescindível **confronto dialético entre fontes contrapostas** sinaliza honestidade. Da contradita documental será extraída a síntese que

¹²⁰ Ainda que este não seja o momento mais oportuno para aprofundar este aspecto, convém antecipar que, no Originalismo, a prática do *cherry-picking* pode ser concretamente percebida na escolha arbitrária de dicionários (*dictionary shopping*). O assunto será enfrentado detalhadamente, a tempo e a modo.

fornece uma resposta satisfatória para o caso. Por exemplo, a explicitação de divergências entre Constituintes que se antagonizaram quanto a uma dada temática.

E engana-se quem supõe que as fontes históricas não podem colidir. A conflituosidade no manancial epistêmico pode, sim, apresentar-se. Nos Estados Unidos, havia divergências na Era Constituinte sobre métodos de interpretação constitucional (Wurman, 2017, p. 92). Embora houvesse consenso sobre o *judicial review*, os *Founders* divergiam quanto às fontes jurídicas que juízes deveriam acessar para interpretar a Constituição e sobre o grau de deferência que magistrados deveriam nutrir pelas leis estaduais e federais (Segall, 2018, p. 17).

Thomas Jefferson e James Madison divergiam sobre questões sensíveis no que concerne à própria natureza da Constituição dos EUA e das instituições por ela erigidas. Até mesmo originalistas *old school* — porque oriundos da chamada Primeira Onda — reconheciam que não houve unanimidade entre redatores e ratificadores em todos os pontos (Meese III, 1985, p. 24).

No Brasil, um exame atento dos documentos produzidos pela Assembleia Nacional Constituinte demonstra a visão conflitante de alguns Constituintes. A coesão das fontes históricas não é absoluta, devendo a sua harmonização ser havida como um objetivo a ser perseguido. Nesta tarefa, é importante centrar-se no significado dos textos, não nas pessoas consideradas em si mesmas. O alvo primordial não são evidências de intenções subjetivas, mas sim evidências de **usos linguísticos da época**.

É precisamente por todas essas razões que se impõe, tanto quanto possível, um **confronto dialético das fontes extra-textuais antagônicas**. O distanciamento mínimo que se espera de magistrados vai muito além do indevido favorecimento de uma das partes processuais — que sequer existem em processos objetivos —: no Estado de Direito, a expectativa social é de que tribunais e seus juízes não se apaixonem pelas causas que julgam, isto é, não atuem de maneira passional. Colacionar somente fontes que afirmam ou infirmam uma dada investigação empírica é atividade típica da advocacia, não da judicatura. É interessante perceber que o fenômeno do **viés de confirmação** é muito comum no Direito. A esse respeito, convém transcrever o que já foi dito por Lee Epstein e Gary King (2013, p. 15) sobre o gesto de **advogar** teses em debate:

[...] Muito da literatura jurídica ignora as regras de inferência e aplica, em seu lugar, as “regras” de persuasão e advocacia. Essas “regras” têm um lugar importante nos estudos jurídicos, mas não quando o objetivo é aprender algo sobre o mundo empírico. Uma das fontes do problema quase certamente está no treinamento que os professores de direito recebem, e na perspectiva geral do mundo acadêmico que daí resulta. **Enquanto um Ph.D. é ensinado a submeter sua hipótese preferida a todos os testes e fontes de dados concebíveis, procurando todas as evidências possíveis contra sua teoria, um advogado é ensinado a compilar todas as evidências em prol de sua hipótese e desviar a atenção de qualquer coisa que possa ser vista como informação contraditória.** Um advogado que trata seu cliente como uma hipótese teria retirada sua licença; um Ph.D. que advoga uma hipótese como um cliente, seria ignorado. Mas quando advogados — como professores de direito — vão de um tribunal para os corredores da faculdade (onde a verdade, e não somente uma determinada versão dela, importa), é altamente problemático para eles defender teorias e hipóteses como se eles fossem clientes necessitando a melhor representação possível, desprezando competidores ou ignorando-os completamente. **Isto porque, na pesquisa empírica, desafiar uma teoria com os melhores argumentos opostos possíveis é o que mais fortifica uma teoria.**

Ora, no início deste capítulo, apontou-se que o Originalismo do *original public meaning* se traduz, exatamente, em uma pesquisa empírica. Nela, investigam-se padrões linguísticos pretéritos, à luz de evidências históricas. Dados são coletados. Agora, acrescenta-se que esta pesquisa deve ser **judicialmente desinteressada**, ou seja, juízes não devem se comportar como advogados, que somente colacionam fontes que dão suporte aos argumentos tecidos. E isto é feito exatamente por meio da transparência quanto à indicação das fontes contrapostas e do devido enfrentamento desses elementos, como mais um procedimento discursivo de *accountability*.

3.5 QUINTO PASSO: UTILIZAÇÃO DA LINGUÍSTICA DE *CORPUS* (*CORPUS LINGUISTICS*)

De maneira facultativa, é possível complementar os dados coletados com ferramentas de Linguística Computacional. Por exemplo, a utilização de *softwares* em pesquisas sobre um dado *corpus linguistics*, para afirmar ou infirmar hipóteses de padrões de uso da língua. A aplicação da Linguística de *corpus* na interpretação constitucional foi utilizada de maneira pioneira pelo originalista Randy Barnett, podendo também ser encontrado nas interpretações infraconstitucionais realizadas em algumas decisões da Suprema Corte de Utah (Solum, 2017, pp. 283-284).

É preciso ter em mente que a pesquisa originalista envolve um **permanente processo de imersão**. À semelhança de uma máquina do tempo, juízes se projetam dos dias hodiernos para a Era Constituinte e, tanto quanto possível, se empenham para interpretar o texto constitucional — e as correlatas fontes contemporâneas à sua feitura — com os olhos da época. Se esse empreendimento permite uma cognição inteiramente impoluta ou se o significado do passado é deformado pelos olhos do presente, esta é uma importante objeção que será examinada em capítulo próprio.

Tamanha a sua importância, o processo de imersão chegou a ser elencado pela literatura especializada como uma técnica autônoma da metodologia originalista. Consoante Lawrence Solum, exatamente porque juízes contemporâneos não vivenciaram a cultura linguística do inglês americano do final do século XVIII, a primeira técnica de imersão consistiria em simplesmente mergulhar nos textos escritos da *Founding Era*, vale dizer, familiarizar-se com o mais amplo espectro de obras de ficção, diários pessoais, jornais, panfletos e até registros de eventos orais (Solum, 2017, p. 284).

Bem analisadas as coisas, percebe-se que uma imersão **satisfatória** é um obstáculo que desafia até mesmo magistrados mais eruditos¹²¹. O volume do acervo cultural a ser examinado para **imergir** no século XVIII, por exemplo, pode transcender a capacidade de leitura humana.

No Brasil, há Ministros do Supremo Tribunal Federal que vivenciaram a Era Constituinte, o que diminui sensivelmente o tamanho dessa dificuldade, mas não por muito tempo. Já existem juízes que nasceram após a promulgação da Constituição de 1988. A médio prazo, cada vez mais, a imersão na Era Constituinte será uma necessidade também na jurisdição constitucional brasileira. A propósito, a simples cognição de todas as fontes orais e escritas produzidas pela Assembleia Nacional Constituinte já seria uma tarefa que absorveria um tempo de trabalho de que geralmente não dispõem os membros da magistratura brasileira.

Nesta tese, sustenta-se que técnicas de Linguística Computacional são capazes de eliminar ou pelo menos reduzir, drasticamente, o problema da limitação humana na cognição

¹²¹ Tamanha a magnitude desse empreendimento, Lawrence Solum reconhece que o seu êxito em produzir competências linguísticas verdadeiras é uma questão empiricamente duvidosa (2017, p. 284). A imersão parcial é promovida por meio dos métodos tipicamente da História (Solum, 2017, p. 284). De maneira semelhante, também a imersão parcial pode não levar a uma competência linguística completa ou integral (Solum, 2017, p. 285).

exigida para a imersão na Era Constituinte. Mais especificamente, isso pode — e deve — ser feito por meio da Linguística de *corpus*.

O tema será verticalizado no Capítulo que se ocupa do Corpus Fonteles.

3.6 DA IMPOSSIBILIDADE DE COGNIÇÃO DO SIGNIFICADO: A CHAMADA ZONA DE CONSTRUÇÃO (*CONSTRUCTION*)

Uma descrição folclórica do Originalismo costuma atribuir a esta Escola a hipótese ambiciosa de que o texto constitucional será sempre dotado de um significado capaz de ser discernido. Esta é mais uma versão caricata.

Na verdade, originalistas mais recentes reconhecem basicamente dois obstáculos que podem comprometer esse objetivo, que aqui serão classificados didaticamente da maneira a seguir: a) problemas relacionados à escassez das fontes (obstáculo quantitativo); b) problemas relativos à integridade ou à clareza dessas fontes (obstáculo qualitativo).

O item “a” é reconhecido por autores como Solum. O resgate integral do conteúdo comunicativo de uma dada disposição constitucional, explica o Professor da Virginia, é um aspecto **contingente**, dependendo do grau de acesso às evidências relevantes (Solum, 2017, p. 278). Nem todas estão disponíveis ou foram descobertas.

No item “b”, o acesso às fontes epistêmicas é franqueado, mas não é possível extrair inferências seguras. Por exemplo, porque são elas contrapostas. Aliás, haverá casos em que, mesmo sabendo-se tudo sobre o “significado” do texto, a indagação jurídica simplesmente não será respondida (Wurman, 2017, p. 20). Ilan Wurman (2017, p. 106) descreve que, mesmo após esgotado o processo de *interpretação*, com a colheita de todos os subsídios históricos, textuais e de propósito, a questão permanecerá em aberto quando as evidências forem indeterminadas. Este é o momento em que, para muitos originalistas, explica Wurman (2017, p. 20), será iniciado um processo de construção (*construction*). A distinção entre interpretação e construção não é um aspecto consensual entre originalistas, mas é uma tendência manifesta na literatura

acadêmica das últimas vertentes (Greene, 2009, p. 10)¹²². Até mesmo professores adeptos do *Living Originalism* trabalham com essa dicotomia (Balkin, 2011, p. 4).

No Brasil, o desafio pode ser ainda maior. Constituintes já concederam entrevistas descrevendo que cláusulas constitucionais **intencionalmente** destituídas de significado eram aprovadas, de maneira a alcançar o consenso em uma Assembleia Nacional polarizada. Por exemplo, ao ser entrevistado pelo jornalista Luiz Maklouf Carvalho, Nelson Jobim descreveu os bastidores: “[...] eles pediam que eu introduzisse ambiguidades. Eu ia tornando o texto mais ambíguo, até conseguir o voto da maioria. Era um negócio genial” (Carvalho, 2017, p. 210)¹²³. Originalmente, nem todas as ambiguidades eram acidentais; algumas foram **fabricadas** como uma estratégia para alcançar consensos.

De fato, a crença de que todos os dispositivos da Constituição Brasileira possuem um significado a ser desvelado pode ser tão ingênua quanto a suposição de que todas as tatuagens de um indivíduo são dotadas de um significado pessoal e específico. Contudo, todo texto normativo em vigor é dotado de autoridade jurídica, independentemente das pretensões de quem o redigiu. Em casos assim, por conseguinte, à semelhança do *non liquet*, magistrados devem enfrentar a questão e julgar a causa submetida. Daí a importância de uma *construction zone*, inclusive no Brasil. O Supremo Tribunal Federal tem, sim, **poder construtivo**¹²⁴.

Pois bem.

O acolhimento da *construction zone* se deu, principalmente, no quadrante teórico do Neo-originalismo (Barnett, 2011, 69) e esta é uma concessão que tem sido alvo de críticas. Para alguns autores, a distinção entre interpretação e construção é compreendida como uma confissão de derrota (Strauss, 2011, p. 142). Segundo David Strauss, longe de eliminar ambiguidades, o material utilizado como fonte para originalistas raramente fornecerá respostas precisas. Isso levará juízes a uma incursão no processo de construção (*construction*), este baseado em política e precedentes. Diante da dificuldade ordinária de acessar dados objetivos das evidências histórica, a consequência será que originalistas usualmente estarão no campo da

¹²² De acordo com Jamal Greene (2009, p. 10), a construção é um exercício político e adjudicatório concebido para preencher lacunas no texto constitucional.

¹²³ Entretanto, por uma questão de rigor, registre-se que o exemplo fornecido por Jobim durante a entrevista — “repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos” — (Carvalho, 2017, p. 211) não representa, tecnicamente, uma hipótese de ambiguidade.

¹²⁴ É raríssimo encontrar uma defesa explícita e específica a esse respeito. Na literatura constitucionalista mais clássica, colhe-se esta opinião da obra de Marcelo Caetano. Corretamente, a posição favorável é sustentada pelo jurista português, que ilustra exemplos práticos em que o STF se valeu do poder de construir (*construction*), por equidade, já no início do século XX (Caetano, 1987, pp. 15-17). O autor ressalta que, desde o seu nascedouro, o Supremo pautou sua conduta com base na Suprema Corte dos EUA (Caetano, 1987, p. 15).

construção, da política e dos precedentes (Strauss, 2011, p. 142). Por fim, ao fazê-lo, a tendência será que juízes olhem para si mesmos, buscando suas próprias visões de mundo no **significado original**, ainda que de boa-fé (Strauss, 2011, p. 143).

3.7 TÉCNICA DA LIQUIDAÇÃO

Reputa-se liquidação a preclusão conclusiva sobre questões até então em aberto, por meio da definição — daí em diante — operada por meio de precedentes ou de práticas verdadeiramente estabelecidas por atores constitucionais relevantes (v.g Congresso, Presidente da República ou o povo). Uma vez assentada a controvérsia, prestigia-se, doravante, o que restou estabelecido e amadurecido. Nota-se, aqui, uma incidência dos costumes para colmatar possíveis lacunas, fechando o sistema. Nada de muito inusitado, pois.

Ilan Wurman (2017, p. 95) exemplifica que a liquidação pode ocorrer por meio de interações entre o Congresso e a Presidência da República, a exemplo da decisão sobre se a *Necessary and Proper Clause* permitiria que se instituisse um Banco dos Estados Unidos.

No *Federalist* n.º 37, James Madison reconheceu que a linguagem da Constituição dos EUA poderia ser imprecisa e indeterminada, razão pela qual suas cláusulas haveriam de ser fixadas ou liquidadas (Wurman, 2017, p. 95).

Os *Founders* trabalhavam, portanto, com a convenção interpretativa da **liquidação**, por força da qual, uma vez resolvidas as ambiguidades constitucionais em contextos particulares, esse significado se fixaria ao longo do tempo (Wurman, 2017, p. 86). É possível vislumbrar a utilização dessa ferramenta no caso *Chiafalo v. Washington*¹²⁵, mais precisamente no voto da *Justice* Elena Kagan.

Muitas vezes, originalistas solucionam *hard cases* por meio de cânones como “presunção de liberdade” — Escola Originalista Libertária — ou de uma simples presunção de constitucionalidade. Mas nem sempre isto assegura um desfecho exitoso. De maneira subsidiária, quando nem mesmo as presunções forem capazes de elucidar a resposta

¹²⁵ 591 U. S. ____ (2020). Mais especificamente, a incursão na técnica da liquidação se verifica no tópico de letra “B” do voto proferido pela *Justice*.

constitucional, parte dos originalistas não se dá por vencida e sustenta a aplicação da liquidação constitucional, à semelhança de uma "second-best" (Wurman, 2017, p. 95)¹²⁶.

Dessa maneira, na primeira oportunidade em que um juiz ou ator constitucional vem a fazer uma escolha sobre uma cláusula constitucional vaga, haverá mesmo uma moldura de discricionariedade que permite escolhas "arbitrárias" (Wurman, 2017, p. 95). Porém, uma vez efetuada essa escolha, explica Wurman (2017, p. 95), os casos vindouros deverão atribuir um peso devido à decisão efetuada, de modo que a questão estará estabelecida. Para tanto, Wurman (2017, p. 96) aponta que os debates devem ser "verdadeiramente estabelecidos", de maneira plausível, ao longo de uma "série de deliberações entre múltiplos atores constitucionais".

¹²⁶ Wurman (2017, p. 96) defende que a própria dúvida sobre a incidência da presunção de constitucionalidade ou de liberdade, que varia em função do contexto, pode ser objeto de liquidação.

4 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO ORIGINALISMO

Orientados por um critério cronológico, muitos trabalhos acadêmicos abordam primeiramente a origem de um dado objeto de estudo, para somente então avançar com a apresentação de um conceito. Nesta tese, opta-se pela inversão dessas etapas. A escolha metodológica não foi movida por qualquer pretensão de excentricidade, mas sim por razões didáticas: quando não se sabe ao certo o que se está a procurar, a própria procura resta comprometida.

A delimitação conceitual do Originalismo foi abordada de maneira detalhada e analítica, nas suas principais e mais distintas variantes. Uma vez – e porque – amadurecido esse importante estágio de definição, agora torna-se possível investigar com segurança a sua origem. A inversão aqui proposta favorece uma percepção mais acurada do fenômeno originalista no tempo e no espaço, inclusive em contextos mais inusitados.

Identificar o Originalismo norte-americano dos anos 80 não é tarefa difícil, mas às vezes é necessário percebê-lo em contextos bem menos óbvios. Por exemplo, há manifestações judiciais e doutrinárias tipicamente originalistas no século XIX, mas que não faziam uso desse rótulo. Por outro lado, documentos históricos às vezes fazem alusão a uma “constituição original”, mas em um sentido diverso daquele investigado nesta tese. Em suma, quando o conceito antecede a origem, reduzem-se as chances de confundir vestígios semelhantes e de ignorar um Originalismo escamoteado.

4.1 A GÊNESE DO ORIGINALISMO INTUITIVO: VESTÍGIOS NO SÉCULO XVIII E XIX

Feitas essas considerações sobre a importância de um olhar inteiramente familiarizado, a maneira originalista de interpretar textos constitucionais é uma prática muito mais remota do que costumam apontar os poucos manuais que se ocupam dele no Brasil. A narrativa mais usual consiste em apontar uma origem **reativa** para o Originalismo, descrevendo-o como uma reação

à jurisprudência da Corte de Warren (1953-1969) e de Burger (1969-1986)¹²⁷. Durante esse período, a Suprema Corte dos EUA proferiu decisões progressistas paradigmáticas, às vezes com um menor apego à linguagem constitucional.

Ilustra-se. O texto da Constituição dos EUA não previu expressamente o direito à privacidade. A Corte de Warren não hesitou em reconhecer esse direito, justificando-o, por exemplo, na obscura ideia de “devido processo legal substantivo”. Em *Griswold v. Connecticut* – 1965, o Justice William Douglas estabeleceu o seguinte itinerário argumentativo: (i) primeiro, estabeleceu que o *Bill of Rights* continha “**penumbras**”; (ii) depois, prosseguiu para afirmar que a “penumbra” da Primeira Emenda teria estabelecido “uma proteção à privacidade” e que as demais emendas teriam criado “zonas de privacidade” (Bork, 1971, pp. 8-9). Robert Bork chegou a classificar a inferência do Justice Douglas como uma espécie de “milagre da transubstanciação” (1971, p. 8).

O período da Corte de Warren foi caracterizado, portanto, como uma época marcada pelo reconhecimento de direitos não enumerados. Esse legado foi instrumentalizado pela sua sucessora, Corte de Burger, que não apenas reafirmou haver o direito à privacidade como deu mais um passo à frente para afirmar que esse direito traria implicitamente consigo a possibilidade de abortamento (*Roe v. Wade* - 1973). Muitos viram essa conclusão como um salto argumentativo. Na análise de Herbert Lionel Adolphus Hart (1977, p. 973), isso foi feito em nome de um direito que não estava mencionado em qualquer lugar da Constituição, mas que, apesar disso, foi lido como inserto no devido processo legal¹²⁸.

Nesse contexto apresentado, professores brasileiros passaram a ensinar que “[o] originalismo nasceu como uma reação conservadora à jurisprudência progressista da Suprema Corte norte-americana nos anos 50 a 70 do século passado [...]” (Souza Neto e Sarmento, 2012, p. 339). Ao fazer alusão às décadas de 1950, 1960 e 1970, na prática, a referência é ao legado de precedentes deixados pelas Cortes de Warren (1953-1969) e de Burger (1969-1986). Se essa for mesmo a gênese do Originalismo, cuida-se de uma origem suspeita.

¹²⁷ O período durante o qual um *Chief Justice* preside a Suprema Corte dos EUA é tradicionalmente estudado como uma Era, adotando-se um recorte temporal para fins didáticos. Tem-se, por exemplo, a Corte de Warren (1953-1969) e a Corte de Burger (1969-1986). Os nomes exigem atenção, porque se assemelham: o primeiro *Chief Justice* foi Earl Warren, tendo sido sucedido por Warren Burger. A expressão “Corte de Warren” refere-se àquele, não a este.

¹²⁸ “[...] *this was done in the name of a right of the mother to privacy which is nowhere mentioned in the Constitution but was read into the due process clause as a fundamental liberty*”. Para o positivista de Oxford, o Devido Processo Legal Substantivo estava sendo responsável por uma “criptolegislação” (Hart, 1977, p. 973).

Porém, uma pesquisa mais atenta revela que o recorte temporal apresentado pelos Professores da Escola Fluminense de Direito Constitucional é impreciso. Nos anos 40, portanto antes do marco inicial apontado, havia decisões radicadas em premissas explicitamente originalistas. A Suprema Corte do Oklahoma, em 1943, afirmara ser a regra cardinal de construção aquela pela qual as disposições constitucionais devem receber o significado *pretendido* por aqueles que redigiram e aplicaram a Constituição¹²⁹. Todas as demais estariam subordinadas a esta primeira regra. O mesmo tribunal já havia registrado, na década de 30, que “[...] a Constituição deve ser interpretada à luz do seu significado ao tempo da sua adoção pelo povo”¹³⁰.

Um aprofundamento mais cuidadoso demonstra que ambas as decisões buscaram apoio em defesas acadêmicas claramente originalistas da literatura constitucional norte-americana do século XIX. Nos escritos de Thomas Cooley, mesmo sem uma alusão explícita ao Originalismo, havia passagens inequívocas que fundiam a tese da fixação com o princípio da constrição: “[o] significado da constituição é fixado quando ela é adotada e não é diferente em qualquer momento subsequente quando um tribunal tem a oportunidade de apreciá-lo” (Cooley, 1868, p. 55)¹³¹. Com estas palavras, Cooley sustentava que o significado do texto constitucional resistia ao tempo e haveria de ser considerado como tal pelos tribunais¹³².

Outros trabalhos de Thomas Cooley, também publicados no século XIX, demonstram uma clara influência das principais fontes originalistas e daquilo que anos depois veio a ser conhecido como *original intent*. O autor argumenta, por exemplo, que determinados resultados não estavam abrangidos pela “intenção daqueles que formaram a Constituição” (Cooley, 1880, p. 30), fazendo o importante registro de que os debates da Convenção Constitucional, os artigos Federalistas e as discussões suscitadas durante o processo de ratificação do texto pelos Estados eram elementos geralmente referidos como dotados de aptidão para lançar luzes sobre cláusulas constitucionais ambíguas ou obscuras (Cooley, 1880, p. 150). Era esse tipo de doutrina que a Suprema Corte de Oklahoma colacionava e endossava, já nos anos 30 do século XX.

E engana-se quem pensa que Thomas Cooley estava a dar início a essa maneira de interpretar o texto constitucional. Quando o referido constitucionalista ainda era uma criança

¹²⁹ *Wimberly v. Deacon* (1943).

¹³⁰ *Boswell v. State* (1937).

¹³¹ No original: “*The meaning of the constitution is fixed when it is adopted, and it is not different at any subsequent time when a court has occasion to pass upon it*”.

¹³² Esta foi a razão metodológica para que o estudo do conceito substancial de Originalismo, com as suas correlatas premissas – tese da fixação e princípio da constrição –, antecederse a análise da sua própria origem. Identificar o Originalismo de Cooley seria uma tarefa mais difícil se guiada apenas pelo *nomen juris*, não pela ontologia.

de aproximadamente nove anos de idade, a célebre obra editada pelo Justice Joseph Story, que veio a ser publicada no ano de 1833, já dispunha sobre regras de interpretação. Nesse capítulo, o Justice registrou o que seria a regra de ouro da interpretação: "*The first and fundamental rule in the interpretation of all instruments is, to construe them according to the sense of the terms, and the intention of the parties*" (Story, 2005, p. 197). Nota-se que o mais relevante guia interpretativo era de índole originalista e subjetivista.

No ano de 1827, antes da publicação da obra de Story, o *Chief Justice* Marshall já proferia votos baseados em argumentos essencialmente originalistas¹³³:

Dizer que a intenção do instrumento deve prevalecer; que esta intenção há de ser coletada a partir das suas palavras; que suas palavras devem ser compreendidas no sentido que elas são geralmente usadas por aqueles para quem o instrumento foi destinado; que suas disposições não devem ser restringidas à insignificância, nem ampliadas para objetos nelas não compreendidos, tampouco contempladas pelos seus redatores é repetir o que já foi dito mais amplamente e é tudo o que pode ser necessário.

A literatura norte-americana (Brest, 1980, p. 208) costuma lembrar a célebre passagem colhida de *South Carolina v. United States*¹³⁴, ainda no século XIX, em decisão redigida pelo Justice Brewer, segundo a qual “[a] Constituição é um instrumento escrito. Como tal, seu significado não se altera. Aquilo que ela significava quando promulgada é o que ela significa agora”. Mais uma vez, tem-se uma manifestação explícita do que muitos anos depois passou a ser chamado de tese da fixação.

Por fim, Paul Brest aponta um início ainda mais remoto, que beira a transição do século XVIII para o século XIX. Segundo o ex-Reitor da Faculdade de Direito de Stanford, “desde *Marbury* [...] o originalismo [...] tem sido um tema importante na tradição constitucional americana” (Brest, 1980, p. 204). Com isto, chega-se ao ano de 1803. Definitivamente, esta é uma época muito mais longínqua do que muitos imaginavam. Contudo, por incrível que pareça, é possível retroceder ainda mais.

¹³³ *Ogden v. Saunders* 25 US 213 (1827). O caso foi marcado por reflexões sobre as pretensas intenções dos framers. No original: “To say that the intention of the instrument must prevail; that this intention must be collected from its words; that its words are to be understood in that sense in which they are generally used by those for whom the instrument was intended; that its provisions are neither to be restricted into insignificance nor extended to objects not comprehended in them, nor contemplated by its framers is to repeat what has been already said more at large and is all that can be necessary.”.

¹³⁴ 199 U.S. 437, 448 (1895). No original: “The Constitution is a written instrument. As such, its meaning does not alter. That which it meant when adopted it means now.”.

Uma pesquisa na base de dados disponibilizada pela Biblioteca Robert Crown, na Faculdade de Direito de Stanford (USA), permitiu identificar um achado 10 (dez) anos antes do marco apontado por Paul Brest. Valendo-se de uma ferramenta quantitativa de *corpus* linguístico, que congrega 130.000.000 (cento e trinta milhões) de palavras em 32.000 (trinta e duas mil) decisões da Suprema Corte, do século XVIII aos dias atuais, verificou-se que, em *Levinz v. Will* (1793), já se dizia que “a intenção original e o significado devem ser observados” na interpretação jurídica¹³⁵. Isso comprova a presença do raciocínio originalista no final do século XVIII, o que permite dizer que o argumento do significado original, tão enfatizado para criticar o legado da Corte de Warren e de Burger, já era prestigiado em uma época contemporânea ao próprio surgimento da Constituição dos EUA¹³⁶.

Aprofundando ainda mais as pesquisas, a defesa de uma interpretação jurídica na busca do significado original é identificada no primeiro volume do célebre tratado de William Blackstone (1765-1769), *Commentaries on The Laws of England*, trabalho este anterior à independência dos Estados Unidos. No curso da obra, antes de concluir a sessão sobre leis municipais, o *Solicitor-General* da Coroa britânica decide acrescentar algumas observações sobre interpretação das leis, notadamente: “[...] a maneira mais racional de interpretar a vontade do legislador consiste em explorar suas intenções no momento em que a lei foi elaborada” (Blackstone, 1983, p. 59). Grosso modo, tem-se nesta passagem um proto-originalismo na vertente do *original intent*.

William Blackstone (1983, p. 59) então avança nas suas lições, desta vez para asseverar que “palavras devem geralmente ser entendidas na sua significação usual e mais notória significação; não tanto de acordo com a gramática, mas consoante o seu uso geral e popular”. Aqui, já se percebe uma aproximação com o *original public meaning*.

Embora Blackstone sugerisse que o intérprete tomasse em consideração outros aspectos, tais como as consequências, o fato é que seus escritos soam como muitos trabalhos originalistas publicados no final do século XX. A palavra “Originalismo” não era mencionada, mas nunca foi necessário falar sobre o que se faz para fazer.

¹³⁵ Disponível em: <https://www-english-corpora-org.stanford.idm.oclc.org/scotus/>.

¹³⁶ Esta talvez seja a razão pela qual, para Keith Whittington, versão originalista alguma pode ser considerada inteiramente nova. Segundo o Professor de Princeton, o Originalismo tem sido defendido com proeminência desde os primeiros debates sobre significado constitucional (Whittington, 2004, p. 599). De maneira semelhante, a literatura especializada aponta que o Originalismo tem sido a metodologia predominante para discernir o significado constitucional, “desde o nascimento da Constituição” (Phillips, Ortner & Lee, 2016, p. 21). Neste caso, a suposta eclosão no século XX, na verdade, foi um “renascimento” (Phillips, Ortner & Lee, 2016, p. 21).

Já não é mais preciso retroceder os ponteiros do relógio da História. Se a busca pelo significado original na interpretação das leis remonta à Blackstone, a fase colonial foi alcançada. O paradigma espacial também é rompido: o ancestral do Originalismo foi encontrado fora dos Estados Unidos, mais precisamente no reino britânico.

Por que é importante conhecer, de maneira tão precisa quanto possível, a gênese do Originalismo? Primeiro, porque disso depende a maior ou menor suspeição que paira sobre essa proposta interpretativa. Segundo, porque esse dado pode auxiliar a identificar que teoria primeiro exerceu influência sobre o sistema jurídico brasileiro. Neste capítulo, o enfoque é a primeira razão apresentada.

A narrativa de que o Originalismo tem início como uma reação às conquistas progressistas da Corte de Warren e de Burger, colocando-o sob suspeição como teoria constitucional, é inexata e se baseia apenas na sua versão mais contemporânea. Seus fundamentos e argumentos, na verdade, são bastante antigos (Whittington, 2011, p. 29).

A esta altura das digressões e à vista dos dados apresentados, ainda é rigorosamente correto informar que o Originalismo "nasceu como uma reação conservadora à jurisprudência progressista da Suprema Corte norte-americana nos anos 50 a 70"? Mesmo após tomar ciência das decisões da Suprema Corte do Oklahoma nos anos 30 do século XX, dos escritos de Thomas Cooley no século XIX, dos precedentes da Suprema Corte dos EUA – *South Carolina v. United States* (1895), *Ogden v. Saunders* 25 US 213 (1827), *Marbury v. Madison* (1803), *Levinz v. Will* (1793) – e das lições de William Blackstone, ainda parece acurado insistir que a interpretação jurídica baseada no significado original “nasceu” no momento e à maneira como descrevem ter nascido?

Como se viu, a aparição do raciocínio originalista nos tribunais e na literatura ocorreu em uma época muito anterior à polarização política e cultural da Era Reagan. Em síntese, uma pesquisa histórica mais detalhada evidencia que a origem do Originalismo não é tão suspeita como às vezes se ouve e se lê¹³⁷.

¹³⁷ Mesmo célebres adversários do Originalismo, como Haywood Jefferson Powell, reconhecem que o recurso às intenções originais constitui uma prática muito antiga no discurso constitucional norte-americano (Powell, 1985, p. 887). Embora o Professor da *Duke University* sustente que o significado original de “intenções originais” não correspondia às pretensões individuais dos Pais Fundadores, mas sim àquilo que os estados soberanos queriam delegar em termos de poderes e direitos, o fato é que, mesmo adotando-se essa premissa de descontinuidade semântica, o peso conferido ao *original intent* fazia parte da tradição no constitucionalismo dos EUA (Powell, 1985, p. 888). Na prática, adotada essa perspectiva, a ênfase da pesquisa recairia mais sobre a fase de ratificação que sobre a redação propriamente dita.

Seu surgimento continua – e decerto continuará – sendo retratado como uma invenção jusfilosófica *ad hoc*, politicamente estratégica¹³⁸, mas, se a verdade interessa, seu correto nascimento remonta a uma tradição muito antiga que se empenhava em efetuar uma leitura honesta da comunicação estabelecida no texto constitucional.

Com base nos dados apresentados, conclui-se que, quando se investiga a origem do Originalismo como método de interpretação constitucional, é possível compreendê-lo em dois quadrantes históricos diferentes e duas modalidades distintas: **(i)** o Originalismo intuitivo, marcado pela espontaneidade, praticado já no final do século XVIII, durante o século XIX e na primeira metade do século XX; **(ii)** o Originalismo autoconsciente, deliberado e concebido como uma reação aos seus oponentes, este na segunda metade do século XX (Whittington, 2004, p. 599).

A partir de agora, a análise se voltará especificamente para a segunda delas, qual seja, a versão autoconsciente do Originalismo, que se notabilizou por essa expressa denominação.

4.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA GÊNESE DO ORIGINALISMO AUTOCONSCIENTE

Para o surgimento da sua versão contemporânea e autoconsciente, o Originalismo já não precisaria ser propriamente criado. Bastaria um resgate discursivo, voltando a enfatizar aquilo que, embora já houvesse sido tradicionalmente sustentado tempos atrás, parecia ter sido esquecido durante um hiato na história da Suprema Corte. Contudo, um novo desenvolvimento viria a ser imprimido às ideias do passado, agora com uma preocupação acadêmica.

Nesse sentido específico, tem-se entendido que “a origem” do Originalismo dotado de desenvolvimento teórico-acadêmico adveio do artigo seminal “*Neutral Principles and Some First Amendment Problems*”, publicado no ano de 1971 e assinado por Robert Bork (Wurman, 2017, pp. 13-14). Este já não era um Originalismo “sem querer”. Pelo contrário, tratava-se de

¹³⁸ Por exemplo, Robert Post e Reva Siegel. Os Professores de Yale reconhecem que a atenção ao significado original sempre foi um tema proeminente na prática constitucional desde a Era Constituinte, mas, mesmo admitindo essa premissa, asseveram que outras fontes também eram consideradas na interpretação constitucional da época: precedentes, costumes *etc.* A diferença, então, estaria no fato de que o argumento do significado original na Corte de Rehnquist (1986-2005) se baseava em uma **pretensão de exclusividade metodológica**, ou seja, todas as demais abordagens seriam ilegítimas (Post, Siegel, 2006, pp. 546-547).

uma abordagem cuidadosamente refletida, ainda que em uma versão mais precária se comparada à atual. No *original intent*, Bork sustentou que "juízes poderiam discernir os propósitos dos autores da Constituição se eles fossem cuidadosos e humildes o suficiente para utilizar o texto constitucional escrito como guia" (Critchlow & Nash, 2003, p. 39)¹³⁹.

O ano de publicação do seu artigo seminal (1971) é importante. A Corte de Warren, que reconheceu direitos constitucionais dificilmente acomodados pela linguagem empregada no texto, encerrou-se no ano de 1969. O artigo de Bork, publicado pouco depois, foi contextualmente havido como mais uma reação ao chamado "ativismo judicial" dessa era (Wurman, 2017, pp. 11-13).

Na década seguinte, o *Attorney General* de Ronald Reagan, Edwin Meese III, fez uso da sua posição de homem público para vocalizar críticas persistentes às decisões da Suprema Corte, inclusive endossando o Originalismo (Wurman, 2017, p. 13; Segall, 2018, p. 73; Greene, 2009, p. 13; Sardo, 2018, p. 63). Seu célebre discurso na Ordem dos Advogados, no ano de 1985, bem o ilustra¹⁴⁰:

Como 'fiéis guardiões da Constituição', era esperado que os juízes resissem a qualquer esforço político para se distanciar dos dispositivos literais da Constituição. O texto do documento e a intenção original dos seus redatores seriam o *standard* judicial para dar efetividade à Constituição.

O *Justice* William Brennan respondeu ao discurso de Edwin Meese alguns meses depois, na Universidade de Georgetown, asseverando que "Nós, os atuais Juízes da Suprema Corte, lemos a Constituição da única maneira que conseguimos: como norte-americanos do Século XX" (Wurman, 2017, p. 15). O incidente também é narrado por Eric Segall (2018, p. 73), que descreve a resposta de Brennan como uma defesa histórica da *living constitution*.

Gradualmente, essa disputa escalou nos anos seguintes para atingir o patamar de uma guerra cultural no Direito Constitucional e na própria sociedade. Ao longo desse processo, dois corifeus do Originalismo – Antonin Scalia e Robert Bork – foram indicados para a Suprema Corte dos Estados Unidos por Ronald Reagan. O primeiro originalista foi aprovado com

¹³⁹ No original: "[...] *judges could discern the purpose of the Constitution's authors if they were careful and humble enough to use its written text as their guide*".

¹⁴⁰ "The American Bar Association, 7/9/85", p. 1. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2011/08/23/07-09-1985.pdf>>. No original: *As the 'faithful guardians of the Constitution,' the judges were expected to resist any political effort to depart from the literal provisions of the Constitution. The text of the document and the original intention of those who framed it would be the judicial standard in giving effect to the Constitution.*

facilidade e à unanimidade, mas o segundo, no ano seguinte, foi rejeitado. Como interpretar essa fenômeno? Uma rejeição ao Originalismo ou ao originalista? Este aspecto requer uma análise contextual.

4.2.1 O conservadorismo de Ronald Reagan como matéria-prima do Originalismo

Durante o seu mandato como Governador do Estado da Califórnia, Ronald Reagan sancionou uma lei que permitia o abortamento fundado na saúde mental da mulher (*Therapeutic Abortion Act* - 1967). O número de gravidezes interrompidas se acentuou de uma maneira sem precedentes. De 518 (quinhentos e dezoito) abortamentos realizados em 1967, a quantidade de procedimentos foi elevada para aproximadamente 100.000 (cem mil) entre 1968 e 1974 (Sitman, 2005, p. 71)¹⁴¹.

O caráter aberto da hipótese autorizada pela lei acabou sendo permeável a diagnósticos psiquiátricos graciosos, ou seja, a lei teve consequências práticas não pretendidas e não antevistas por aquele que a sancionou. O diploma foi classificado pelo New York Times como “uma das leis de direito ao aborto mais permissivas do país”¹⁴². Para se ter ideia, o próprio parlamentar responsável pelo projeto de lei, Anthony Beilenson, também se disse surpreso com o fato de que os médicos estavam efetuando uma interpretação da lei de maneira tão liberal (Sitman, 2005, p. 74).

Esse cenário levou Ronald Reagan a um arrependimento profundo, traduzindo-se em uma uma experiência política e pessoal decisiva para forjar aquele que, anos depois, viria se tornar um dos homens públicos mais comprometidos com a pauta conhecida como *pro life* (Sitman, 2005, p. 75).

Tribunais foram instrumentalizados para a promoção da revolução cultural pretendida por Ronald Reagan. Seu objetivo era impactar o sistema judicial federal, por meio da indicação de magistrados jovens – o que tornaria sua influência mais duradoura – e adeptos da filosofia do *judicial restraint* (Sollenberger, Rossotti & Rozell, 2005, p. 93). Este ponto é importante: o

¹⁴¹ Dados citados, entre outros, em: Dinesh D’Souza, *Ronald Reagan: How an Ordinary Man Became an Extraordinary Leader* (New York: Free Press, 1997), p. 67.

¹⁴² New York Times, “Anthony Beilenson, Congressman Who Fought for Abortion Rights, Dies at 84”, 10/03/2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/03/10/us/politics/anthony-beilenson-dead-california-congressman.html>. Acesso em: 07/07/2022.

Originalismo era visto como um meio para promover uma jurisdição constitucional de autocontenção, estigma que subsiste até os dias atuais.

Um “elemento-chave” para compreender o “legado judicial de Reagan” é a grande quantidade de nomeações de juízes para moldar a interpretação constitucional nos anos 80 do século XX (Sollenberger, Rossotti & Rozell, 2005, p. 93). Nesse sentido, a Administração Reagan é considerada como a primeira que explicitou um teste ideológico para indicações aos tribunais federais (Sollenberger, Rossotti & Rozell, 2005, p. 108). Reagan revolucionou a maneira de escolher os futuros juízes, alterando a estrutura orgânica formada na Era Jimmy Carter para concentrar poderes na Casa Branca, muitas vezes dando protagonismo à figura do *attorney general*.

4.2.2 A recusa de Robert Bork a um assento na Suprema Corte dos EUA: uma rejeição ao Originalismo ou ao originalista?

Em 1981, a eleição de Reagan se fez acompanhar de um Senado controlado por Republicanos, o que durou aproximadamente dois Congressos ou 6 (seis) anos do mandato presidencial de 8 (oito) anos (Sollenberger, Rossotti & Rozell, 2005, p. 99). Esta foi a época favorável a Scalia, que foi indicado e confirmado no ano de 1986. Seu ingresso no tribunal não foi controverso, porque a vaga deixada pertencia a um Justice conservador – Warren Burger – e Scalia supostamente não desequilibraria a composição da Corte (Segall, 2018, p. 77).

No final de 1986, os Democratas retomaram o controle do Senado, marco após o qual as indicações de Reagan se tornaram difíceis (Sollenberger, Rossotti & Rozell, 2005, p. 106). Em 1º de julho de 1987, Robert Bork, Professor de Yale e Juiz Federal, foi indicado para um assento na Suprema Corte. A pretensão era fazê-lo ocupar a vacância do assento do Justice Lewis Powell, este às vezes considerado um *swing vote* – portanto, uma posição estratégica de ser ocupada em uma sociedade polarizada.

Uma pesquisa efetuada nos documentos originais da Casa Branca permite extrair muitos dados sobre a sua performance como magistrado e a sua influência como jurista¹⁴³. Quando

¹⁴³ Trata-se de um acervo documental que instruiu o memorando de Tom Gibson, endereçado a Rhett Dawson e Dave Chew, na data de 29 de julho de 1987. O referido memorando juntou um arrazoado elaborado pela Casa

sabatinado pelo Senado para tornar-se Juiz na Corte Federal de Apelação para o Distrito de Columbia, seu nome foi aprovado à unanimidade. Após a sua investidura na carreira, Bork integrou a maioria em 94% dos casos que contaram com a sua participação. Das mais de 100 (cem) *opinions* por ele redigidas que vieram a prevalecer no tribunal, jamais a Suprema Corte reformou qualquer uma delas. Por sua vez, nas ocasiões em que a Suprema Corte entendeu de modificar os julgados oriundos desse tribunal, ela se baseava exatamente nas fundamentações lançadas no voto divergente de Bork. Alguns anos antes da sua indicação, a Ordem dos Advogados dos EUA conferiu-lhe a mais elevada classificação: “excepcionalmente bem qualificado”, um título que só era concedido para poucos. Academicamente, Bork já havia amalhado 15 (quinze) anos de experiência como Professor de Yale, uma das instituições mais prestigiadas do mundo, sendo uma das maiores autoridades em Direito Antitruste – inclusive autor de obras célebres desse ramo. Na prática forense, Bork havia sido *Solicitor General*, representando os Estados Unidos em centenas de casos perante a Suprema Corte. Tecnicamente, não havia motivos plausíveis para a sua rejeição.

Por outro lado, apesar da sua qualificação técnica, Robert Bork era um jurista mais rígido que muitos outros *scholars*, o que também se percebia pelo teor dos seus trabalhos acadêmicos. Segundo ele, a pornografia e a obscenidade não estavam protegidas pela Primeira Emenda, porquanto manifestações não políticas, razão pela qual os poderes legislativos locais estariam autorizados a legislar para estabelecer um *standard* próprio sobre esses temas (Critchlow & Nash, 2003, p. 39). Bork defendia não haver, na Constituição dos EUA, um direito à privacidade que permitisse o abortamento. A capa da edição do *Los Angeles Times*, de 09 de outubro de 1987, o descreveu como "Um jurista que, mais do que qualquer outra pessoa, desenvolveu, alimentou e simbolizou a filosofia jurídica conservadora que a Administração tem esposado"¹⁴⁴.

Em apenas 45 (quarenta e cinco) minutos após Bork ter sido indicado, o Senador democrata Edward Kennedy proferiu um discurso inflamado que pode ser considerado como a faísca que deflagrou uma campanha nacional contra a sua indicação (Jacobs & Zelizer, 2011, p. 132).

Branca, intitulado *White House Talking Points*, que hoje está digitalizado e disponibilizado pela Biblioteca Presidencial Ronald Reagan. Disponível em: <https://www.reaganlibrary.gov/public/2021-12/40-867-OA14941-002-2021.pdf>. Acesso em: 15 de julho de 2022.

¹⁴⁴ O jornal da época foi digitalizado e está disponível em: <https://www.visitthecapitol.gov/exhibitions/artifact/senate-rejects-bork-supreme-court-58-42-los-angeles-times-october-24-1987>. Acesso em 25 de julho de 2022.

Primeiro, o parlamentar enfatizou que Bork havia obedecido à ordem do Presidente Richard Nixon para demitir o Procurador Archibald Cox, tarefa esta que havia sido recusada por dois Procuradores-Gerais, classificando esse incidente como um “trabalho sujo” que, “por si só”, o desqualificaria para a nova função pretendida (Jacobs & Zelizer, 2011, p. 132). Contudo, é a segunda razão apresentada pelo Senador que mais interessa a esta tese (Jacobs & Zelizer, 2011, pp. 132-133)¹⁴⁵:

A América de Robert Bork é uma terra onde mulheres seriam forçadas a abortar em becos, negros se sentariam em refeitórios segregados, uma polícia corrupta poderia arrombar as portas dos cidadãos em batidas à meia-noite, crianças em idade escolar não poderiam ser ensinadas sobre evolução, escritores e artistas seriam censurados ao capricho do governo e as portas dos tribunais federais seriam fechadas nos dedos de milhões de cidadãos para quem o judiciário é geralmente o único protetor dos direitos individuais que são o coração da nossa democracia.

Bork foi rejeitado no Senado (58 x 42) (Critchlow & Nash, 2003, p. 39). O principal motivo da sua rejeição entre grupos de mulheres progressistas da época foi a sua oposição acadêmica ostensiva ao aborto (Sollenberger, Rossotti & Rozell, 2005, p. 107). A batalha que envolveu a pretensa nomeação de Bork mudou para sempre o processo de indicação de juízes e seus efeitos são percebidos até hoje (Sollenberger, Rossotti & Rozell, 2005, p. 108).

O calvário vivenciado por Robert Bork após a sua indicação presidencial e rejeição para um assento na Suprema Corte originou um novo verbo na língua inglesa: *to bork*, que, segundo a Enciclopédia da História Americana, consiste em “atacar (um candidato ou figura pública) sistematicamente, principalmente na imprensa” (Critchlow & Nash, 2003, p. 38)¹⁴⁶. De maneira semelhante, consoante o tradicional *Black’s Law Dictionary*, além do significado original mais específico – rejeição de um indicado à Suprema Corte dos EUA ou campanha midiática para promover essa rejeição –, o verbo *to bork* é uma gíria (*slang*) que, de um modo geral, consiste em “difamar um adversário político” (Black, 1999, p. 178). Em outras palavras, trata-se do assassinato de reputações. Ou talvez aquilo que as gerações mais recentes têm chamado de “cancelamento”.

¹⁴⁵ No original: “*Robert Bork’s America is a land in which women would be forced into back-alley abortions, blacks would sit at segregated lunch counters, rogue police could break down citizens’ doors in midnight raids, and schoolchildren could not be taught about evolution, writers and artists would be censored at the whim of government, and the doors of the federal courts would be shut on the fingers of millions of citizens for whom the judiciary is often the only protector of the individual rights that are the heart of our democracy*”.

¹⁴⁶ No original: “[...] *to attack (a candidate or public) figure systematically, especially in the media*”.

É historicamente temerário analisar a aprovação de Antonin Scalia como um beneplácito para o Originalismo e a recusa de Robert Bork como uma rejeição a essa mesma jusfilosofia. Percebe-se que a ambiência política e a conjuntura encontrada por eles foi drasticamente distinta. O Professor Eric Segall chega a arriscar o palpite de que, tivesse Bork sido indicado em 1986, e Scalia em 1987, seria quase certo de que o mundo viria a conhecer o *Justice Bork*, não o *Justice Scalia*. Por outro lado, o desempenho de Scalia foi incomum: sua aprovação foi conquistada por 98 votos favoráveis, ou seja, à unanimidade. Sua astúcia para responder a perguntas mais polêmicas, nem sempre tão sincero quanto Bork, também contribuiu para esse desfecho.

Feito esse escorço histórico, volta-se ao ponto inicial. Tem prevalecido que Bork foi o precursor do Originalismo da segunda metade do século XX, embora essa assunção possa – e deva – ser problematizada. Exatamente porque o Originalismo é fruto do senso comum, dado o seu caráter óbvio e intuitivo, alguns autores têm dificuldades de creditá-lo a Robert Bork (Wurman, 2017, p. 14).

A dificuldade de imaginar o surgimento do Originalismo está no fato de que interpretar um texto em busca do seu significado original faz parte do próprio senso comum (Wurman, 2017, p. 11). Trata-se de uma abordagem demasiadamente “óbvia” e “intuitiva”: “não interpretamos toda a comunicação humana dessa forma? [...] Uma resposta curta é sim”, disse Ilan Wurman (2017, p. 11)¹⁴⁷. Em outras palavras, essa parece ser a forma como pessoas comuns esperam que a lei, os contratos, os testamentos, as escrituras, a constituição e a comunicação humana seja estabelecida.

No Brasil, um exemplo pode ser extraído da maneira como um jornalista da *Globo News* escolheu para defender o direito dos indígenas às suas terras tradicionais, repudiando o chamado marco temporal. Em 01/09/2021, André Trigueiro afirmou que “o espírito” que inspirou os redatores do artigo 231 deveria ser buscado na interpretação da Constituição de 1988, ressaltando ser necessário buscar “o que eles pretendiam”. Trata-se de uma expectativa muito natural – embora, nessa modalidade intencionalista, esteja em franco desuso perante a comunidade jurídica.

Contudo, repita-se, este tópico se ocupa da versão originalista autoconsciente e esta é atribuída a Bork. Os trabalhos acadêmicos mais sérios, já na versão do *original public meaning*,

¹⁴⁷ No original: “Don’t we interpret all human communication like that? [...] The short answer is yes”.

só surgem na década de 90 do século XX, sendo os mais relevantes deles datados do início do século XXI (Solum, 2017, p. 295).

É importante perceber, a partir da contextualização histórica apresentada, que o Originalismo **renasce** como uma maneira de promover dois objetivos que, naquela quadra da história, eram relacionais: a) o *judicial restraint*; b) o conservadorismo. Atualmente, essa relação não é necessária, mas contingente.

É o que será examinado no capítulo seguinte.

5 ORIGINALISMO, CONSERVADORISMO E *JUDICIAL RESTRAINT*

5.1 DO VÍNCULO ENTRE O ORIGINALISMO E A IDEOLOGIA POLÍTICA CONSERVADORA

A associação entre Originalismo e conservadorismo está presente no senso comum e não seria honesto negar isso. Aliás, uma observação empírica revela também ser verdade que conservadores possuem uma maior propensão para adotar o Originalismo como *jusfilosofia* (Whittington, 2011, p. 30). A realidade não deve — e não precisa — ser mascarada.

Parte da literatura defende que o Originalismo é, sim, "um veículo poderoso para a mobilização conservadora" (Post, Siegel, 2006, p. 546) ou até mesmo um credo de fé (Segall, 2018, p. 12). No Brasil, o Professor Lenio Streck foi muito incisivo:

[...] teorias [...] originalistas voltaram ao debate público para destruir interpretações judiciais que concretizaram princípios da Constituição em defesa de minorias. Aliás, alguém tem visto essas teorias sendo invocadas com a mesma frequência para destruir direitos caros a grupos reacionários?¹⁴⁸

¹⁴⁸ "O que é isto — textualismo e originalismo? O que é, afinal, interpretar?", 30 de junho de 2022 (CONJUR). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/senso-incomum-isto-textualismo-originalismo-afinal-interpretar/>. Acesso em 14/02/2024. Curiosamente, foi a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck que o levou a discordar da união civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Referindo-se à ADPF 132 e reivindicando uma "posição mais ortodoxa em termos de respeito ao texto constitucional", o jurista progressista manifestou: "[...] é um exemplo de como o Judiciário tomou uma atitude ativista, porque substituiu-se ao legislador ordinário e ao legislador constituinte. [...] No próprio julgamento do STF ficou clara [...] uma insatisfação com o modo como o constituinte tratou a questão política/moral das uniões homoafetivas. [...] é a Constituição (que não pode ser inconstitucional) que diz 'união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento'. [...] Ora, os homossexuais não estão impedidos de exercer livremente as escolhas sexuais que mais lhes agradem. O que se tem, na verdade, é um mero tratamento jurídico diferenciado no que tange às questões patrimoniais desses casais. [...] a procedência da ação poderia gerar uma instabilidade institucional pela fissura provocada no texto da Constituição através de um protagonismo da Corte Constitucional. Afinal, qual é o limite da jurisdição constitucional? Se nem uma mínima entificação (limites hermenêuticos) funciona como limitador, o que impede o STF de alterar 'qualquer preceito constitucional'? Em outras palavras, a (in)segurança jurídica mostra-se ofendida, não por deixar sem regulamentação legal a convivência entre pessoas do mesmo sexo, mas, sim, no momento em que a Corte altera, a pretexto de um 'esquecimento do constituinte' (*sic*) ou de uma 'descoberta valorativa' (*sic*), ou, ainda, do saneamento (incorreto) de uma 'inconstitucionalidade da própria Constituição' (*sic*), o texto da Constituição como se Poder Constituinte fosse [...]." (Streck, 2018). Bem se vê, *jusfilosofias* desenvolvidas por professores progressistas também podem levar a resultados conservadores. Por sua vez, ao final deste capítulo, será demonstrado que o Originalismo pode acomodar desfechos considerados como progressistas.

Essa reputação ideológica do Originalismo se deve principalmente à sua postura reativa às Cortes de Warren e de Burger, conforme já estudado no capítulo anterior. Foi nesse contexto que juristas passaram a sustentar que decisões da Suprema Corte estavam tecnicamente incorretas e careciam de legitimidade, em um *backlash* que favoreceu o Governo Reagan, originou a *Federalist Society* e fortaleceu o movimento conservador do Direito (Whittington, 2011, p. 29; Segall, 2018, pp. 56 e 65). Para todos estes atores — Ronald Reagan, FedSoc e conservadores —, o Originalismo estava no epicentro de suas pretensões porque servia aos seus propósitos (Whittington, 2011, p. 29; Greene, 2009, p. 13).

Diante dessa realidade, seria o Originalismo apenas uma farsa para justificar pretensões conservadoras com um verniz jurídico? Esta é uma pergunta honesta que merece uma resposta honesta¹⁴⁹.

Muitos ainda não estão cientes disso, sobretudo no Brasil, mas a confiança no Originalismo como ferramenta para a produção de resultados conservadores já foi bem maior. A propósito, hoje, já existem progressistas que se declaram originalistas¹⁵⁰ e conservadores que rejeitam essa abordagem. Por fim, não há garantia de que o Originalismo conduzirá a um desfecho necessariamente conservador.

A própria jurisprudência da Suprema Corte dos EUA é capaz de ilustrar o que se diz. No caso *Bostock v. Clayton County* (2020), o Originalismo foi utilizado pelo Justice Gorsuch para reconhecer direitos da comunidade LGBT. Por meio da abordagem textualista, Gorsuch conferiu à Lei de Direitos Civis (1964), que veda a demissão em razão de "sexo", amplitude suficiente para proibir também demissões baseadas na orientação sexual e na identidade de gênero. Este foi um desfecho que inflamou reações conservadoras.

¹⁴⁹ Uma pergunta relacional, mas que com esta não se confunde, consiste em indagar se o Originalismo é uma abordagem politicamente **neutra**. De acordo com as chamadas Escolas Críticas, a resposta provavelmente seria "não". Isso porque, como bem aponta a doutrina portuguesa, todas elas se radicam na premissa segundo a qual "[...] normas jurídicas não constituem proposições [...] politicamente neutras" (Hespanha, 2012, p. 442). Adotando-se marcos desse tronco teórico — que abrange o sociologismo marxista clássico, o marxismo ocidental dos anos sessenta, os *critical legal studies* norte-americanos dos anos setenta (Mangabeira Unger) etc. —, portanto, não há neutralidade (Hespanha, 2012, pp. 443-453). O mesmo se diga se a chave teórica advier das lentes de análise propostas pela Escola de Frankfurt, pela visão do Direito de Foucault, dentre outros filósofos (Hespanha, 2012, pp. 451-452). Em um contexto alheio a essas escolas, Chaïm Perelman sustentou que a própria **lógica jurídica**, tão encontrada na fundamentação das decisões dos tribunais, é orientada pela ideologia que guia a atividade dos juízes (Perelman, 2004, p. 29). Assumindo-se pontos de partida como estes, inexistiria neutralidade no Direito. Ora, admitindo-se como correta a hipótese de que o Direito é politicamente valorado e direcionado, uma abordagem que se proponha a, tanto quanto possível, investigá-lo como *é* — não como **pretensamente deveria ser** — acabaria mesmo enviesada. A pergunta a ser respondida neste capítulo é, entretanto, se o *viés* originalista **necessariamente será conservador**.

¹⁵⁰ Jamal Greene contextualiza essa possibilidade na atual guerra cultural que fraturou a sociedade norte-americana e se refere a uma espécie de captura. Segundo o Professor da *Columbia Law School*, muita energia tem sido utilizada para derrotar o Originalismo ou **apropriar-se dele para fins progressistas** (Greene, 2009, p. 4).

Quando um manifestante incendiou a bandeira dos Estados Unidos, protestando contra as medidas de Ronald Reagan, travou-se uma acirrada disputa sobre a liberdade de expressão. Queimar a bandeira é havido como um ato sacrílego para conservadores patriotas. Por sua vez, Reagan, considerado como alvo dos protestos, tinha sido o responsável pela indicação de Scalia para o Tribunal. A decisão dividiu os juízes da Suprema Corte no caso *Texas v. Johnson* (1989), alcançando um difícil consenso de 5x4. Para cinco juízes, o ato de queimar a bandeira do país estava protegido pela Primeira Emenda. Contrariando muitas expectativas sociais e talvez a sua própria cosmovisão de mundo, Antonin Scalia votou favoravelmente à liberdade de expressão. Este foi, também, um resultado demasiadamente amargo para o conservadorismo norte-americano e que adveio do desempate promovido por um corifeu da interpretação originalista.

Keith Whittington (2011, p. 33) descreve que, para muitos conservadores, o Originalismo é uma abordagem inadequada e insatisfatória. Segundo ele, há muitas filosofias jurídicas “mais consistentes” e que “produzem mais resultados conservadores” do que o Originalismo (Whittington, 2011, p. 33), embora nem todas tenham se popularizado no Brasil. Por exemplo, o Professor de Princeton menciona as teorias moralistas de Direito Natural, teorias libertárias, teorias pragmáticas de Análise Econômica do Direito e teorias doutrinárias burkeanas (Whittington, 2011, p. 33). Mas o rol não se esgota nessas alternativas.

Adrian Vermeule, talvez o mais conservador Professor de Harvard, chegou a dizer que “o originalismo se tornou um obstáculo ao desenvolvimento de uma robusta, substantivamente conservadora abordagem de direito constitucional e interpretação”¹⁵¹, sugerindo que ele seja **trocado** pelo recente marco teórico do “constitucionalismo do bem comum” (Conor & Vermeule, 2022, p. 128), supostamente mais permeável a uma moralidade política.

Autores como David Strauss (2011, p. 144) concitam conservadores a abandonarem o Originalismo, considerando-o como um desserviço ao conservadorismo e sugerindo que, em vez dele, uma doutrina de precedentes seja adotada. Para Strauss, o Originalismo é uma jusfilosofia vocacionada ao ataque do *status quo*, porque instrumentalizada como um meio para “se livrar” de tradições e precedentes estabelecidos (Strauss, 2011, p. 143). Nesse sentido, o Originalismo seria visto essencialmente como um “credo destrutivo” (Strauss, 2011, p. 144)¹⁵².

¹⁵¹ The Atlantic, **Beyond Originalism**, 31 de março de 2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>. Acesso em: 16 de julho de 2022.

¹⁵² Strauss descreve que a Reforma Protestante foi possivelmente o maior movimento originalista, na medida em que atacou a ordem e as tradições existentes em nome de um regresso ao texto e ao significado original (STRAUSS, 2011, p. 144), à semelhança da associação que já havia sido feita por autores como Sanford Levinson e Jamal Greene (2009, pp. 7-8).

O Professor de Chicago exemplifica. Este credo destrutivo teria sido o *modus operandi* do Justice Black, quando se insurgiu contra o legado da Corte pré-New Deal, assim como de Scalia em relação à Corte de Warren (Strauss, 2011, p. 143). Ambos teriam utilizado o Originalismo para restabelecer o *status quo ante*, não para manter o estado de coisas que lhes era contemporâneo.

Este detalhe é crucial. A aptidão disruptiva do Originalismo poderia ser instrumentalizada, conforme o vaticínio de David Strauss, a serviço de progressistas. Strauss explica que, nos últimos anos, muitas pautas conservadoras foram contempladas e acolhidas pelos precedentes norte-americanos e pela legislação desse país. Diante disso, o Professor sustenta que o Originalismo seria predatório a essas “conquistas conservadoras”, arriscando o palpite de que a nova geração de originalistas será exatamente de progressistas dispostos a invocarem o discurso do significado original para atacar o *status quo* e restaurar interpretações não conservadoras do passado (Strauss, 2011, pp. 144-145). E conclui: a prova disso é que já existem originalistas progressistas na Academia, embora ainda não tenham chegado à Suprema Corte dos EUA (Strauss, 2011, p. 145).

Mais de uma década depois, a intrigante profecia de Strauss já dá sinais de verossimilhança e merece ser acompanhada de perto. Por ocasião da sua sabatina no Senado, a Justice Ketanji Brown Jackson, mesmo sendo indicada pelo presidente democrata Joe Biden, “soou como” uma originalista: “Eu acredito que a Constituição é fixa em seu significado”¹⁵³, disse ela. A então indicada também descreveu que a sua filosofia judicial estava centrada em aderir ao texto da Constituição ao tempo dos fundadores, esclarecendo que buscaria o “original public meaning”¹⁵⁴.

Em síntese, no passado, o Originalismo já foi visto como uma alternativa eficiente para satisfazer reivindicações de eleitores do Partido Republicano e da direita política. Nos dias atuais, isso é mais controverso. Feita essa importante consideração sobre a recente tendência de incredulidade no Originalismo como instrumento a serviço da pauta conservadora, a pergunta

¹⁵³ Esta foi a impressão registrada pelo constitucionalista Randy Barnett, que assinou um artigo de opinião no *The Wall Street Journal*, “Ketanji Brown Jackson and the Triumph of Originalism”, em 24/03/2022. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/ketanji-brown-jackson-and-the-triumph-of-originalism-public-meaning-testimony-hearing-supreme-court-11648151063>. Acesso em: 16 de julho de 2022.

¹⁵⁴ Os trechos foram enfatizados pelos Professores Adrian Vermeule e Conor Casey, em artigo assinado para o jornal *The Washington Post*: “If every judge is an originalist, originalism is meaningless”, no dia 25 de março de 2022. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/outlook/2022/03/25/if-every-judge-is-an-originalist-originalism-is-meaningless/>. Acesso em 16 de julho de 2022.

inicial permanece em aberto: seria a interpretação originalista um alibi para promover a agenda conservadora?

Pois bem. Em alguns casos, pode mesmo existir uma intersecção entre Originalismo e conservadorismo, mas a área varia em função da ideologia historicamente predominante na feitura da constituição de um país. Em se tratando de uma origem não conservadora, a interpretação que prestigia o significado original tende a produzir resultados igualmente não conservadores. Quatro exemplos do Direito Constitucional Comparado corroboram essa proposição.

O primeiro se extrai da experiência do constitucionalismo chileno. Antes de ser rejeitada mediante plebiscito, a proposta de Constituição do Chile era um documento plurinacional, ecoterritorial, que havia sido redigido por feministas e indígenas no século XXI. Seu significado original tinha uma menor propensão para abrigar pautas conservadoras do que uma constituição redigida por homens brancos aristocratas no século XVIII. Em um contexto dessa natureza, o Originalismo é evidentemente produtor de resultados bastante singulares.

O segundo exemplo se verifica no Direito Constitucional da Indonésia, onde o significado original da Constituição contraria grupos conservadores islâmicos que tentam expandir a influência da Sharia no país. Hoje, somente a província de Aceh tem permissão para produzir um Direito Penal Islâmico, mas, na prática, muitas normas subnacionais inspiradas na Sharia têm sido editadas para controlar a moral social. Mais recentemente, cogitou-se criminalizar o sexo fora do casamento, uma medida que pode ser tecnicamente classificada como instituidora de uma *sodomy law*.

A Constituição da Indonésia, no artigo 29(1), assevera que o Estado será estabelecido sobre a crença em "um e único Deus". O significado original dessa cláusula, contudo, não favorece a interpretação islâmica. Em 1º de Junho de 1945, Soekarno, considerado como *Framer* – ou Redator – da Constituição indonésia, proclamou a “crença em Deus” como um princípio da filosofia *Pancasila*¹⁵⁵. O princípio foi conservado pela comissão que redigiu o anteprojeto e hoje consta expressamente do texto constitucional (Taufik, 2018, pp. 48-49).

¹⁵⁵ *Pancasila* é a ideologia fundante da Indonésia e que foi positivada pela Constituição de 1945. A legislação indonésia a reconhece como “a fonte de todas as fontes” (artigo 2, Lei n.º 12/2011). Quanto ao seu *status*, acadêmicos já se referiram a essa doutrina como “*the undisputable grundnorm Pancasila as the guiding star*” (Iskandar, 2019). Relembrando que a ideologia *Pancasila* está baseada em um acordo entabulado pelos “*Founders indonésios*”: Taufik, 2018, p. 71. Em um sentido similar, referindo-se à *Pancasila* como a “sua fundação”: Bertrand, 2019, p. 4.

Antes de promulgado o texto, muçulmanos tentaram reformular a cláusula deísta para incluir a aplicação da Sharia, mas a iniciativa foi rejeitada (Taufik, 2018, pp. 49-50).

Durante a *Founding Era*, líderes nacionalistas como Soekarno e Mohammad Hatta pretenderam afastar do texto aspectos divisivos como a religião, visão esta que conflitava com grupos islâmicos (Bertrand, 2019, p. 3). Ao final, “nacionalistas liderados por Soekarno e Hatta prevaleceram na época em que a Constituição foi redigida” (Bertrand, 2019, p. 3)¹⁵⁶. Em suma, o *original meaning* da Constituição da Indonésia não oferece suporte às pretensões conservadoras islâmicas.

O terceiro exemplo, muito semelhante ao anterior, é extraído do constitucionalismo da Malásia. Nele, o Originalismo costuma ser situado politicamente como uma abordagem típica de progressistas (Tew, 2017, p. 729). As evidências históricas e as pretensões dos *Founders* são invocadas para afastar a interpretação expansiva que setores conservadores e tradicionais imprimem à cláusula islâmica, isto é, o Originalismo está a serviço da luta secularista (Tew, 2017, p. 727). Mais uma vez, tem-se um desfecho que não agradaria as reivindicações conservadoras.

O quarto e derradeiro exemplo é fornecido pelo constitucionalismo japonês. Sabe-se que a Constituição do Japão, no seu artigo 9º, estabeleceu uma renúncia perpétua à guerra como direito soberano, abdicando-se de qualquer potencial bélico que permita o uso da força nos conflitos internacionais. Porém, também é de conhecimento público que a constituição japonesa foi promulgada durante uma **ocupação** do país pelos norte-americanos vitoriosos na Segunda Guerra, que impuseram cláusulas dessa natureza aos japoneses derrotados. Ao longo dos anos seguintes, uma disputa pelo significado constitucional do controverso dispositivo passou a ser travada e uma fração social sustentou que a renúncia não incluiria a autodefesa. Porém, “inúmeros movimentos pacifistas” defenderam uma “interpretação originalista do art. 9º” (Morales, 2011, p. 57). Nota-se que, no contexto específico do Direito Constitucional japonês, o Originalismo é instrumentalizado a serviço dos movimentos sociais pacifistas, não beligerantes. Esta é uma pauta comumente rejeitada por conservadores, que, de um modo geral, enfatizam valores como soberania e legítima defesa — inclusive, com o uso de armas de fogo.

Tal significa que a intersecção entre Originalismo e conservadorismo será tanto maior quanto tiver sido a influência conservadora sobre a feitura da Constituição, diminuindo se esse cariz ideológico não foi espelhado no processo constituinte. A sobreposição, portanto, é

¹⁵⁶ No original: “nationalists under Soekarno and Hatta prevailed at the time of drafting a constitution”.

sensível ao elemento espacial. Ela depende de *onde* se situa esse significado original. A depender do país, resultados emancipatórios podem ser contemplados pelo *original meaning*, ou seja, desfechos que não guardam um compromisso com o *status quo*.

A variável do espaço estabelece o ponto de partida, mas a interação entre Originalismo e conservadorismo também se altera em função do tempo. Embora o significado do texto constitucional seja fixo, pautas conservadoras se transformam (Whittington, 2011, p. 33). Antes da pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2, conservadores não se opunham a vacinas no Brasil. Simplesmente, este era um tema alheio aos seus interesses. O tempo foi capaz de ampliar o programa conservador brasileiro quanto a este ponto. Como o significado da Constituição está fixado no tempo, não se sabe se essas expansões programáticas serão correspondidas.

Analisando-se a Ata de Comissões da Assembleia Nacional Constituinte, mais especificamente a 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente, ocorrida em 22/4/1987, verifica-se que o Constituinte Adylson Motta exprimiu sua visão sobre o tema: "[...] eu acho que se deveria, inclusive, submeter o pai de uma criança que não leva o filho para ser vacinado, por exemplo, a alguma sanção". Assuma-se, por hipótese, que este seja o significado original: o texto constitucional não proíbe que o legislador venha a obrigar pais e mães a vacinarem seus filhos menores. Neste caso, tem-se uma interpretação originalista não coincidente com a pauta conservadora brasileira mais recente.

Muitos outros exemplos de volatilidade ideológica em função do tempo poderiam ser fornecidos. Professores de Yale já publicaram estudos demonstrando que evangélicos não se opunham ao aborto na mesma medida em que hoje se opõem (Post & Siegel, 2007, pp. 413-415). De início, esta oposição era uma pauta tradicionalmente católica. A postura de Ronald Reagan quanto ao tema do aborto também mudou ao longo dos anos. Quando Governador da Califórnia, sem um posicionamento firme e definitivo sobre o assunto, Reagan assinou o *Therapeutic Abortion Act* (1967) para permitir abortamentos terapêuticos. Após um arrependimento pessoal, tornou-se um dos mais notáveis líderes pró-vida. Observando-se a própria pauta do Partido Republicano, nos Estados Unidos do século XIX ao XX, é possível perceber continuidades, mas também descontinuidades (Whittington, 2011, p. 34).

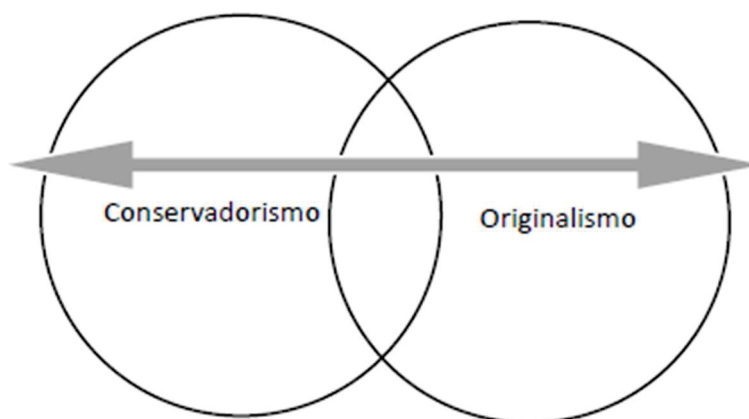
Por mais paradoxal que isto possa parecer, o movimento conservador é, em alguma medida, **dinâmico**. O conservadorismo já foi descrito como um “alvo em movimento” (Whittington, 2011, p. 33). Diferentemente, o significado original, fim colimado pelo

Originalismo, é **estático**. Não se trata de uma abordagem intercambiante com desenvoltura para acompanhar essas mudanças temáticas.

Conclui-se que a relação entre Originalismo e conservadorismo é **contingente**. Em outras palavras, cuida-se de uma possibilidade, não de uma obrigatoriedade. A dimensão da área de intersecção varia em função da ideologia historicamente predominante na feitura da constituição de um país determinado e do estágio de desenvolvimento da pauta conservadora.

É possível ilustrar o que foi dito por meio do Diagrama de Venn:

Gráfico 1: Diagrama de Venn



Fonte: Elaboração própria

Em uma Constituição de origem predominantemente progressista, este pode ser havido como o ponto de partida. A área de intersecção é modesta. O círculo à direita é estático, afinal, o significado constitucional está fixado (tese da fixação). O círculo à esquerda, por sua vez, desliza horizontalmente para aproximar-se ou distanciar-se do significado original, a depender das flutuações programáticas.

O mais importante é perceber que, mesmo em constituições com um significado original conservador predominante, em que a área de intersecção será maior, a relação entre Originalismo e conservadorismo ainda será “uma sobreposição imperfeita” (Whittington, 2011, p. 32).

A imperfeição resulta do fato de que, como aponta Keith Whittington (2011, p. 32), o próprio movimento intelectual conhecido como conservadorismo é multifacetado, abrangendo uma gama variada de ideias: dos libertários aos religiosos. Como exemplifica o referido Professor, juízes como Clarence Thomas, Antonin Scalia, William Rehnquist, Richard Posner e John Roberts já foram pública e notoriamente classificados como conservadores, mas suas abordagens comportamentais e jusfilosóficas podem se revelar – e efetivamente se revelaram – muito distintas (Whittington, 2011, p. 32)¹⁵⁷. Em síntese, é improvável que o Originalismo tenha aptidão para produzir resultados que satisfaçam simultaneamente todo o espectro conservador (Whittington, 2011, p. 33), que, em razoável medida, é também heterogêneo.

Em boa verdade, nenhum dos grupos que disputa o significado da Constituição, conservadores ou progressistas, pode depositar plenamente suas expectativas no significado original. Ambos serão, em maior ou menor grau, frustrados por um documento escrito em outra era.

Em suma, contrariando autores como Eric Segall, Robert Post e Reva Siegel, Keith Whittington (2011, p. 30) sustenta que o Originalismo é uma teoria constitucional por princípio, não apenas uma racionalização para o conservadorismo. Contudo, Whittington (2011, p. 30) estabelece uma importante distinção em duas diferentes perspectivas:

- Originalismo como método de interpretação constitucional;
- Originalismo como teoria política do controle de constitucionalidade e autoridade da Constituição.

Enquanto o Originalismo metódico interpretativo se destina a atuar como uma simples ferramenta de esclarecimento do texto constitucional, a Teoria Política do Originalismo seria mais pretensiosa: situada no âmbito da Filosofia Política, ela avança para prescrever como tribunais devem exercer o *judicial review* e justifica a legitimidade da obediência constitucional.

¹⁵⁷ No Brasil, tonou-se lugar comum falar em uma direita “conservadora nos costumes e liberal na Economia”. Esses espectros trazem consigo conflituosidades.

E porque cada uma delas interage com o conservadorismo de uma maneira muito particular, ambas serão investigadas a seguir.

5.1.1 Originalismo como método interpretativo

Consoante a primeira maneira de compreensão apresentada pelo Professor de Princeton, “[o]riginalism is a theory about interpretive method and argumentation for constitutional texts” (Whittington, 2011, p. 31). Aqui, o objetivo é apenas esclarecer o significado da linguagem empregada no texto, não prescrever lições de Filosofia Política.

5.1.2 Originalismo como Teoria Política

Para Whittington (2011, p. 38), **o Originalismo pode ser ainda compreendido como Teoria Política sobre a jurisdição constitucional e o constitucionalismo**. Enquanto o Originalismo como método de interpretação constitucional se contenta em investigar como tornar a linguagem do texto mais clara quanto ao seu significado, o Originalismo como teoria política *prescreve* os seguintes aspectos (Whittington, 2011, p. 38):

- Como tribunais devem exercer o seu poder de *judicial review*;
- Por que atores políticos contemporâneos deveriam obedecer ao significado histórico do texto constitucional (esta pergunta em particular, segundo Barnett, necessariamente deve ser respondida e com uma correlata teoria normativa);
- Qual é o fundamento de uma constituição;
- Como esse fundamento se relaciona com problemas de interpretação, aplicação e legitimidade.

Em suma, o Originalismo como teoria política pressupõe uma visão muito específica sobre democracia, controle de constitucionalidade e constitucionalismo (Whittington, 2011, p. 40) e interage com o conservadorismo de maneira distinta daquela relação estabelecida com o Originalismo como método interpretativo (Whittington, 2011, p. 38).

Aqui, não se trata de perquirir se o Originalismo, uma vez adotado como solução para um caso concreto em particular, produzirá resultados conservadores. O Originalismo como teoria política se preocupa com aspectos mais abrangentes, notadamente se o controle de constitucionalidade e o constitucionalismo se alinharão aos ideais conservadores (Whittington, 2011, p. 38). Nesta acepção, o Originalismo pode, sim, ser havido como uma racionalização do conservadorismo em um nível mais amplo, qual seja, a da ideologia de governo (Whittington, 2011, p. 38). É especificamente nesse nível que progressistas e conservadores frequentemente divergirão: sobre as **instituições filosóficas** do Originalismo (Whittington, 2011, p. 38).

5.2 ORIGINALISMO E *JUDICIAL RESTRAINT*

Sobretudo no Brasil, o senso comum ainda associa o Originalismo à autocontenção. Esta é uma reputação conquistada durante a chamada Primeira Onda, que, de fato, mantinha um compromisso com o *judicial restraint* (Segall, 2018, p. 6; Whittington, 2004, p. 602) e só admitia a pronúncia de inconstitucionalidade quando o requerente a demonstrasse de maneira clara e manifesta (Bork, 1971, pp. 10-11; Graglia, 1993, p. 634)¹⁵⁸. Tal reivindicação deixou de ser enfatizadas pelas gerações originalistas vindouras. Aliás, alguns originalistas contemporâneos chegam a sustentar um *judicial review* mais incisivo.

Portanto, esse é um estereótipo que pode falhar em múltiplos contextos se a sua pretensão é uma explicação acurada da abordagem originalista. Afinal, é possível dizer que o Originalismo do século XXI é deferente aos precedentes da Suprema Corte? Está correto afirmar que o Originalismo de hoje propugna um controle de constitucionalidade mais comedido, que evita impugnar a validade de leis que não sejam manifestamente

¹⁵⁸ Lino Graglia apresentou uma interessante definição teórica para *judicial review*, qual seja, o poder de invalidar escolhas políticas proibidas pela Constituição (1993, p. 634). Segundo ele, dado que a Constituição dos EUA é bastante comedida quanto a essas proibições, o verdadeiro *judicial review* seria tão infrequente ao ponto de ser considerado como dotado de uma importância bastante limitada (Graglia, 1993, p. 634). Uma lei claramente inconstitucional seria “uma grande raridade” (Graglia, 1993, p. 634). Esta compreensão é uma importante característica do “Velho Originalismo”.

inconstitucionais? Somente uma resposta cuidadosa a essas perguntas pode levar a uma conclusão responsável que afirme – ou infirme – o nexo entre Originalismo e *judicial restraint*.

Vejamo-las.

5.2.1 Originalismo e Precedentes

“Se hoje estivesse sendo julgado, deliberado, o reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, se estivesse empatado 5 a 5, Vossa Excelência, como Ministro, votaria a favor [...] ou não?”. Com estas palavras, proferidas por ocasião da sabatina do Ministro André Mendonça na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, o então Senador Fabiano Contarato pretendeu avaliar se o histórico precedente firmado pelo STF, na ADPF 132, estaria ameaçado pelo eventual ingresso do candidato escrutinado na Suprema Corte¹⁵⁹.

A pergunta formulada foi pouco usual. No Brasil, o escrutínio do Senado não costuma elucidar a **filosofia judicial** do pretenso juiz¹⁶⁰. Isso porque, se é que eles existem, a História Constitucional Brasileira até então não tem fornecido exemplos de magistrados comprometidos – de maneira consistente – com uma única abordagem de interpretação constitucional.

No constitucionalismo norte-americano, a sabatina invariavelmente sondará a (in)disposição do postulante para **abandonar precedentes**¹⁶¹ em desconformidade com o significado original da Constituição. Senadores analisam se – e em que medida – a visão originalista de um Juiz diminuiria a sua deferência pela doutrina do *stare decisis*¹⁶².

¹⁵⁹ Assim também na ADI 4277. Por uma questão de acurácia quanto à informação apresentada, a rigor, tais precedentes se referiam à **união estável** – não ao casamento. O Conselho Nacional de Justiça deu um passo adiante e proibiu que os Cartórios se recusassem à celebração do casamento.

¹⁶⁰ Uma exceção pode ser encontrada na sabatina do Ministro Nunes Marques, quando o Senador Marcos Rogério questionou se ele seria um Juiz originalista (Notas Taquigráficas da 13ª Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, 2ª Sessão Legislativa Ordinária, 56ª Legislatura, 21/10/2020, p. 56).

¹⁶¹ Segundo o célebre dicionário de Henry Campbell Black (1999, p. 1195), originalmente publicado em 1891, estas são as entradas para o vocábulo “precedente”: “1. *The making of law by a court in recognizing and applying new rules while administering justice.* 2. *A decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues.*”

¹⁶² Embora não haja uma sobreposição perfeita, o *Black Dictionary* considera a expressão *stare decisis* como uma doutrina do precedente: “The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation” (1999, p. 1414). Outros autores, mesmo reconhecendo

Há uma razão para isso. Não raro, precedentes já enraizados foram concebidos por decisões que não seriam amparadas pelo significado original do texto constitucional. Cria-se, então, um dilema: originalistas estariam dispostos a superar precedentes que permanecem desalinhados com o significado original? Esta se tornou uma objeção persistente, como demonstra a vasta literatura a respeito.

Engana-se quem pensa que a recente decisão proferida em *Dobbs v. Jackson* (2022), que superou *Roe v. Wade* (1973), inaugurou esse fenômeno. Muitos só perceberam essa dicotomia neste momento, mas a disposição para que originalistas abandonem precedentes que vão de encontro – e não ao encontro – ao significado original é uma teoria que vem sendo sustentada há algumas décadas.

Apenas para se ter ideia, no ano de 2011, em palestra na Universidade de Harvard, Stephen Markman fez uso dessa oportunidade para revelar algo intrigante sobre a sua postura como *Justice* da Suprema Corte do Estado de Michigan. Após reconhecer a permanente tensão entre *stare decisis* e Originalismo, Markman (2011, p. 111) lembrou seu juramento de cumprir a Constituição dos EUA, não aquilo que foi decidido pelos seus antecessores. Ao final, asseverou: “*I take these oaths seriously*” (Markman, 2011, p. 111). A declaração está longe de ser inédita. No século passado, a mesma ideia já era enunciada por Justices da Suprema da Corte dos EUA.

Até onde eles e elas serão capazes de ir? Quando, se é que algum dia, seria tarde demais para se desvencilhar de precedentes “errados”? Em um choque entre o significado original e a segurança jurídica, que valor constitucional haverá de prevalecer? Estas as indagações que se nos afiguram.

No Brasil, o tema se reveste de elevado interesse prático, na medida em que inúmeros precedentes foram produzidos em desarmonia com o significado original da Constituição de 1988. A extensão do poder normativo dos Conselhos Nacionais¹⁶³, o poder investigatório do Ministério Público¹⁶⁴ e a amplitude das competências atribuídas às Guardas Municipais, por

que são ideias relacionais, estabelecem distinções. Inclusive, para questionar a sede constitucional da doutrina do *stare decisis*, corrente esta minoritária no Direito Constitucional dos Estados Unidos.

¹⁶³ A própria criação de Conselhos Nacionais antagonizou Constituintes como Paes Landim e Nelson Jobim (DANC, Suplemento C, p. 1029). Nelson Jobim era favorável (DANC, Suplemento C, pp. 1029-1030). Prevaleram as razões de Landim, mas ambos concordavam que a iniciativa não tocaria na atividade-fim dos membros da Judicatura, aspecto que hoje tem sido uma realidade. Hoje, já é possível encontrar decisões específicas em que o CNJ determinou, por exemplo, obrigações de fazer para particulares.

¹⁶⁴ A Assembleia Constituinte rejeitou emendas que permitiriam ao Ministério Público supervisionar ou avocar investigações criminais (Emendas de n.º 945, 424, 1025, 2905, 20524, 24266 e 30513).

exemplo, são desfechos dificilmente acomodados pelo significado original. Assim também a união civil entre pessoas do mesmo sexo, daí porque a pergunta do Senador Contarato, como mandatário porta-voz dessa respeitável fração social, foi tão oportuna e importante¹⁶⁵. Claro, apontar essa inconsistência com o significado original não significa que essas medidas não são politicamente convenientes, mas apenas que é uma tarefa difícil justificá-las sobre bases originalistas (Wurman, 2017, p. 23).

Pois bem. Não há um consenso exato entre originalistas sobre como lidar com precedentes inconstitucionais. Neste ensaio, o propósito é apresentar uma visão panorâmica sobre as principais correntes a esse respeito.

5.2.2 Da divergência entre originalistas a respeito dos precedentes no *Common Law*

Uma primeira corrente, mais radical, entende que nunca é tarde para corrigir os rumos da jurisprudência. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, o compromisso com a Constituição parecia inegociável para o Justice Rehnquist. Em *Wallace v. Jaffree*¹⁶⁶, o Juiz divergiu dos seus pares e assentou: “[...] *no amount of repetition of historical errors in judicial opinions can make the errors true*”, ou seja, uma sucessão histórica de erros – precedentes equivocados – não os converteria em um acerto. Um representante contemporâneo desta abordagem na atual composição da Suprema Corte seria o Justice Clarence Thomas¹⁶⁷.

Há muito, o Justice Clarence Thomas tem sustentado que juízes não apenas podem desconsiderar e superar precedentes “demonstravelmente errôneos”: na verdade, eles devem fazê-lo, vale dizer, estão obrigados a agir (Baude, 2020, p. 320). Por exemplo, William Baude (2020, p. 320) demonstra que, já nos anos 90, em *Eastern Enterprises v. Apfel* (1998), Thomas

¹⁶⁵ O dispositivo constitucional que previu a união civil entre homens e mulheres foi fruto de uma emenda de autoria do Bispo Roberto Augusto, que entendeu de explicitar o antagonismo de sexos exatamente para não tornar o texto do anteprojeto permeável à interpretação que veio a prevalecer no STF (DANC, Suplemento B, p. 209). Não por acaso, após uma pesquisa nos registros dos debates, o Ministro Lewandowski reconheceu: “**Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.**” (voto proferido na ADI 4277).

¹⁶⁶ 472 U.S 38, 107 1985.

¹⁶⁷ O voto do Justice Clarence Thomas em *Dobbs v. Jackson*, em *obiter dictum*, sinalizou uma disposição para fazer o mesmo em *Griswold* (anticoncepcionais), *Lawrence* (criminalização da sodomia) e *Obergefell* (casamento gay). Na década de 70, Robert Bork (1971, pp. 8-9) publicou um trabalho originalista seminal sustentando que a linguagem constitucional não acomodaria o desfecho de *Griswold*.

sustentou a desconsideração do caso *Calder v. Bull* (1798). Alguns anos depois, em *McDonald v. City of Chicago* (2010), o Justice defendeu que se superasse *The Slaughterhouse Cases* (1873) e *United States v. Cruikshank* (1876).

A fundamentação apresentada por Thomas percorre o seguinte itinerário discursivo (Baude, 2020, p. 321): **(i)** questões jurídicas possuem respostas corretas e erradas; **(ii)** tribunais federais geralmente se submetem às leis e disposições constitucionais; **(iii)** precedentes, considerados em si mesmos, não são Direito; **(iv)** se o precedente fornece a resposta errada sobre a lei ou a Constituição, ele é contrário ao Direito e, portanto, convém preferir estas àquela.

O precursor do raciocínio trilhado por Thomas é o Professor Caleb Nelson, que trabalhava com duas categorias, quais sejam, precedentes manifestamente errados – inválidos – e precedentes inseridos em uma indeterminação jurídica plausível (Baude, 2020, p. 321). Porém, esse construto foi adaptado pelo Justice de modo a agregar a discricionariedade (Baude, 2020, p. 321): embora haja um consenso quanto aos precedentes manifestamente equivocados, Thomas inova ao sustentar que até mesmo precedentes fundados em interpretações plausíveis *podem* – esta é uma possibilidade, não uma obrigatoriedade – vir ser abandonados, se assim o Tribunal entender de fazer (Baude, 2020, p. 321). Em suma, para precedentes ambíguos, Thomas acaba se desvencilhando da concepção de *stare decisis* defendida por Caleb (Baude, 2020, p. 322).

Segundo Clarence Thomas, é possível fazê-lo inclusive de ofício¹⁶⁸. Em princípio, ele sustenta que a Corte não escrutinará o trabalho dos seus antecessores. No entanto, se as partes explicitamente suscitam o erro do precedente **ou se críticas persuasivas são tecidas em decisões anteriores**, o Tribunal poderá agir (Baude, 2020, pp. 322-323). Logo, Thomas admite, sim, que a Corte aja de ofício e, para autores como William Baude (2020, p. 323), tal eleva indevidamente a discricionariedade.

Mas há outros representantes desta concepção mais rígida. Na Academia, Gary Lawson, Mike Paulsen e Randy Barnett são possíveis expoentes. Em comum, esta visão está centrada na em uma leitura específica da *Supreme Clause* na Constituição norte-americana (art. VI, cl. 2), consoante a qual é a Constituição, **não os precedentes**, que constitui a “*supreme law of the land*”.

¹⁶⁸ Em sentido semelhante, a Justice Barrett já defendeu essa possibilidade de atuação *ex officio*, mesmo que as próprias partes não tenham suscitado o erro do precedente (Barrett, 2017, p. 1941). Decidir de ofício, todavia, não é o mesmo que decidir sem a oitiva das partes. Barrett descreve que, no caso *Montejo v. Louisiana*, a Suprema Corte instou as partes a apresentarem a juntada de memoriais complementares sobre o eventual *overruling* do caso *Michigan v. Jackson*, o que de fato veio a ocorrer (Barrett, 2017, p. 1941).

Nota-se que, uma vez acolhida esta concepção, o *judicial restraint* não é parte do Originalismo. Muito pelo contrário.

Pois bem. Uma segunda corrente é, sim, capaz de assimilar alguns erros do passado. Os motivos para essa tolerância, porém, podem variar em função da Escola originalista. John McGinnis e Michael Rappaport arguem que o próprio significado original da Constituição autoriza os precedentes ao tratá-los como parte integrante do *Common Law* federal, contra os quais o Congresso pode reagir por meio da lei (2011, p. 122). Ademais, a História Constitucional demonstra que, ao longo dos duzentos anos que levaram à ratificação constitucional, magistrados nunca ignoraram precedentes por completo (McGinnis & Rappaport, 2011, p. 123). Evidências históricas ratificam precedentes no sistema anglo-saxônico, nas colônias americanas, nos estados independentes, durante os debates de ratificação e na própria Suprema Corte (McGinnis & Rappaport, 2011, p. 123).

Por meio de uma abordagem normativa consequencialista, duas regras devem ser seguidas:

(i) o precedente prevalece sobre o significado original quando os benefícios de fazê-lo superem os malefícios (McGinnis & Rappaport, 2011, p. 122). Por exemplo, não seria conveniente retroceder ao *status quo ante* que havia antes do papel moeda ou do *Social Security* (McGinnis & Rappaport, 2011, p. 126). Por outro lado, esta primeira regra não impediria que célebres precedentes fossem superados, a exemplo de *Humphrey's Executor*, *Morrison v. Olson* e a própria constitucionalidade das agências reguladoras (McGinnis & Rappaport, 2011, p. 126).

(ii) precedentes entrincheirados são preservados, assim entendidos aqueles apoiados por uma supermaioria comparável àquela exigida para a promulgação de emendas à Constituição (McGinnis & Rappaport, 2011, p. 126). Este seria o caso de *Brown*¹⁶⁹ e *Griswold*, mas não de *Roe* (McGinnis & Rappaport, 2011, p. 126).

¹⁶⁹ Como se vê, ao contrário do que talvez tenha sido insinuado no ensaio "O que é isto — textualismo e originalismo? O que é, afinal, interpretar?", assinado pelo Professor Lenio Streck, em 30 de junho de 2022 (CONJUR), existem, sim, originalistas tecnicamente favoráveis à manutenção do caso *Brown v. Board of Education* (1954). Na referida publicação, o jurista da UNISINOS asseverou: "No limite, pensemos também no exemplo dado por um então textualista — famoso — Adrian Vermeule, para quem o lendário caso *Brown v. Board of Education* não deveria ter sido deferido. Até se passou a brincar com isso por lá: **se sua teoria do direito não dá conta de justificar o caso Brown, talvez seja hora de trocar de teoria**.". De fato, uma pesquisa nos trabalhos acadêmicos norte-americanos permite localizar a "brincadeira" a que Lenio fez alusão — embora anunciada com seriedade. Em um trabalho subscrito pelo Professor David Strauss, consta que "***Brown* is a fixed point in constitutional law; no approach to constitutional interpretation can survive if it does not accept *Brown***" (2012, p. 1162). Ou seja, descreve-se que o caso *Brown* tornou-se um marco após o qual teorias incompatíveis com esse

Outra corrente se vislumbra nos escritos do Justice Antonin Scalia, para quem o papel do *stare decisis* é permitir que falsidades sejam, no interesse da estabilidade, convertidas em verdades. Segundo ele, “*The whole function of the doctrine is to make us say that what is false under proper analysis must nonetheless be held true, all in the interest of stability*” (Scalia, 1997, p. 139). Em cenários mais difíceis, que envolvem precedentes arraigados e com um elevadíssimo custo social para serem eventualmente abandonados, o Justice chegou a se definir como um “originalista com o coração mais medroso” (Scalia, 1989, p. 864), declarando alguns anos depois que o *stare decisis* não fazia parte da sua filosofia originalista: pelo contrário, ele constituiria uma “exceção pragmática” (Scalia, 1997, p. 140). Em suma, o Originalismo nem sempre vai amputar precedentes, mas às vezes poderá estancar uma hemorragia impedindo que eles se expandam para normatizar outros casos, até então não abrangidos, no futuro¹⁷⁰.

Como assinalou a Justice Amy Barrett em seus escritos doutrinários, a estabilidade do Direito pode ser promovida por meio de um “cânone de evasão” do *stare decisis*, que consiste em evadir-se de reexaminar se um dado precedente é correto por meio da simples assunção de que ele o é (Barrett, 2017, p. 1940). Esta é uma prática que “opera de maneira invisível” (Barrett, 2017, p. 1941). Barrett é, nesta tensão, minimalista. A Justice prima por técnicas que evitam o conflito que sabe existir (2017, p. 1941). Scalia fez uso dessa abordagem. Por exemplo, em *Furman v. Georgia*, Scalia não explorou o tema sobre se o significado histórico

precedente não sobrevivem. No passado, de fato, originalistas mais antigos rejeitaram o desfecho desse precedente. Em 1987, Bernard H. Siegan, Professor libertário da *San Diego School of Law*, foi indicado por Ronald Reagan para a Corte de Apelação do Nono Circuito e acabou sendo rejeitado no Senado. Na época, a principal razão foi o fato de que o jurista havia defendido, academicamente, que a fundamentação de *Brown* era falha. Segundo ele, o significado original da Constituição permitiria a escravidão e a Décima Quarta Emenda permitiria segregações raciais nas escolas (Sollenberger; Rossotti & Rozell, 2005, p. 102). Mas hoje não é tarefa fácil encontrar adeptos do Originalismo que rejeitam *Brown* (Wurman, 2017, p. 109). Segundo o originalista Ilan Wurman (2017, p. 108), “[...] *originalism can justify Brown* [...]”. A mesma posição foi adotada por Robert Bork (1971, p. 15) e Edwin Meese III (1985, p. 27), originalistas da Primeira Onda. O último deles, por exemplo, sustentou que *Plessy* ignorou a intenção original expressa nas emendas da Guerra Civil de eliminar a discriminação contra negros (MEESE III, 1985, p. 27). Por uma coincidência, durante o *visiting scholar* em Stanford (USA), o autor desta tese de doutorado foi supervisionado pelo originalista que concebeu o mais aprofundado artigo de que se tem conhecimento sobre o tema: “*Originalism and the Desegregation Decisions*” (1995), de Michael McConnell, com uma extensão de quase 200 (duzentas) páginas e citado 842 (oitocentos e quarenta e duas) vezes — inclusive por *Justices* da Suprema Corte. Trata-se de um trabalho que concilia a dessegregação racial nas escolas com o significado original da Constituição dos EUA, apontando evidências históricas de que a segregação escolar era entendida na Reconstrução como uma violação à igualdade estabelecida pela Décima Quarta Emenda (McConnell, 1995, p. 1140). Se o Professor Lenio não sugestionou que o Originalismo — às vezes referido por ele como Textualismo — fracassa diante do filtro imposto por *Brown*, tanto melhor. Se, por acaso, foi esta a sua pretensão, a exemplo do que suscitou em relação ao casamento interracial, há farto material bibliográfico em sentido contrário. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/senso-incomum-isto-textualismo-originalismo-afinal-interpretar/>. Acesso em 14/02/2024.

¹⁷⁰ Após um acurado estudo, já se concluiu que Scalia efetivamente tratava o *stare decisis* como uma exceção pragmática, mas essa excepcionalidade não era tão escancarada quanto o seu gracejo (“*faint-hearted*”) sobre si mesmo poderia sugerir (Barrett, 2017, p. 1922).

da Oitava Emenda era compatível com a interpretação feita pelo Tribunal para a cláusulas “cruel e inhumana”, porque o texto seria capaz de acomodar esse significado (Barrett, 2017, p. 1941).

Portanto, o **cânone de evasão** opera de maneira silenciosa, discreta, sem que sequer seja percebido. A percepção só se acende quando a Suprema Corte vem a questionar o acerto de um dado precedente (Barrett, 2017, p. 1941). Em suma, o agir estratégico da Corte e seu poder de agenda permitem evitar o confronto desnecessário por meio de uma abordagem minimalista, o que promove segurança jurídica sem que seja necessário recorrer à doutrina do *stare decisis* (Barrett, 2017, p. 1942).

Nota-se que a terceira abordagem, ao contrário da primeira proposta, é uma corrente mais consentânea com a autocontenção. A segunda, por sua vez, assume uma posição intermediária.

Por fim, a corrente de Jack Balkin (2011, p. 9) sustenta que, com base na tradição política norte-americana, precedentes que ampliaram direitos fundamentais das mulheres, elevaram a liberdade de expressão e concederam poderes federais para a proteção do meio ambiente e dos direitos civis não são erros lamentavelmente tolerados. Em vez disso, são eles conquistas do constitucionalismo norte-americano e “fonte de orgulho”. Simplesmente, esta é a maneira pela qual cidadãos americanos vindicam o texto e os princípios constitucionais na história (Balkin, 2011, p. 12). Pelo menos em relação a esses precedentes, a proposta do Professor de Yale não seria predatória.

Conclui-se que, a depender da Escola originalista adotada, precedentes podem ser vencidos ou vencedores e hoje a importância desse diálogo é expressamente reconhecida no Originalismo contemporâneo (Whittington, 2011, p. 35). Daí porque está incorreta a suposição de que originalistas não admitiriam, por exemplo, a ADPF 132 (união civil entre pessoas do mesmo sexo no Brasil). Se adotada a abordagem de Scalia, McGinnis & Rappaport ou Jack Balkin, haveria boas razões para acreditar que o precedente poderia ser mantido.

Originalistas fazem bom uso de precedentes para liquidar a vagueza e ambiguidade de dispositivos constitucionais (Solum, 2017, p. 295) e até mesmo seus ferrenhos opositores hoje já sabem que a adesão ao precedente pode ser uma justificativa suficiente para que originalistas excepcionem o significado original (Segall, 2018, pp. 8-9).

Com isso, percebe-se que a associação simplória do Originalismo com o *judicial restraint* está longe de descrever adequadamente o atual estado de coisas. Se isto já foi verdade no passado, trata-se de um aspecto controverso no presente.

6 SOBRE O TRANSPLANTE DO ORIGINALISMO PARA SISTEMAS JURÍDICOS NÃO NATIVOS

Em memorável Simpósio promovido pelo Centro de Direito Constitucional da *Stanford Law School* (USA), Jennifer Martínez afirmou que “algumas teorias constitucionais norte-americanas migram com êxito; outras, não. O Originalismo é um exemplo de teoria que não se tornou atrativa fora dos Estados Unidos”¹⁷¹. Segundo a Reitora da Faculdade de Direito de Stanford, embora seja possível encontrá-lo em decisões judiciais na Austrália, tribunais constitucionais mundo afora não teriam feito uso dessa abordagem.

A declaração assume duas premissas implícitas que precisam ser expostas: **(i)** o Originalismo como teoria constitucional estadunidense; **(ii)** o Originalismo fora dos Estados Unidos como hipótese de transposição para sistemas jurídicos não nativos. Em síntese, o Originalismo seria como uma espécie autóctone do ecossistema norte-americano. Por fim, uma terceira proposição, esta explícita, merece ser sublinhada: **(iii)** a ausência — ou escassez — de experiências originalistas fora dos Estados Unidos e Austrália.

Isoladamente considerada, a premissa **(i)** não despertaria interesse para ser investigada neste trabalho e, não fosse por um aspecto, poderia mesmo ser desprezada. Em princípio, é quase indiferente saber se o Originalismo foi desenvolvido nos Estados Unidos antes de outras nações do mundo, assim como hoje interessa muito pouco saber se o cachorro-quente é uma criação de norte-americanos.

Porém, bem analisadas as coisas, percebe-se que o item **(ii)**, este dos mais relevantes para esta pesquisa, é uma decorrência lógica do item **(i)**: da assunção da premissa de que o Originalismo é uma teoria norte-americana **se segue** que vivenciá-lo em outros países seria uma experiência advinda de uma transposição para sistemas jurídicos não nativos, vale dizer, da **recepção** de teoria alienígena. Ora, é exatamente essa “jornada internacional” que, segundo a Professora Martínez, não vem sendo exitosa no Originalismo. E por que não tem logrado êxito? A experiência australiana sugere que a teoria tem fôlego para concluir o trajeto entre diferentes continentes, mas, na análise da Professora Martínez, esta é uma exceção. Como regra, mesmo

¹⁷¹ A declaração foi proferida no “*Publius Symposium, Democracy and Distrust at 40: The past and future Dean Ely’s pathbreaking work*”, em 25 de fevereiro de 2022, tendo sido testemunhada pelo autor desta tese de doutorado, que assistia ao evento no auditório durante o ano de pesquisas na Universidade.

que o trajeto consiga ser concluído, o destino final não será **propício** para o Originalismo, que tem representado uma alternativa **não atrativa**.

Como se vê, as três ideias estão poderosamente amalgamadas, quase como se constituíssem uma única hipótese. Para fins didáticos, esse bloco monolítico hipotético será aqui chamado de **hipótese Martínez**. Em suma, se a hipótese Martínez estiver correta, a invenção teórica norte-americana (Originalismo) raramente sobrevive fora do território estadunidense, à semelhança de um **endemismo**¹⁷². Consoante esta premissa hipotética, a própria possibilidade de “transplante” é colocada à prova¹⁷³.

De uma maneira crua e objetiva, este capítulo sustenta que a hipótese Martínez está errada. Ao contrário do que faz acreditar, para muito além da Austrália, pesquisas já identificaram a presença do Originalismo em países como Japão, África do Sul, Índia, Malásia, Singapura, Hong Kong, Taiwan e Bolívia. Os achados estão documentados em publicações científicas de boa reputação. Aliás, em tese de doutorado concebida sob a orientação do Professor e Ministro Alexandre de Moraes (USP), Cesar Mecchi Morales (2011, p. 47) alertou que, de maneira menos incidente, o Originalismo pode ser encontrado também em precedentes na Itália, Espanha e Portugal. Neste capítulo, avançamos para demonstrar elementos originalistas no Direito Constitucional da Indonésia e, embora ainda não se pretenda incursionar no sistema brasileiro, já é possível informar, a título de antecipação, o uso **explícito** do Originalismo em decisões do STF¹⁷⁴.

Empiricamente, bem ou mal, o fato é que o Originalismo parece sobreviver, sim, à suposta viagem e ao novo *habitat*. Pelo menos, bem mais do que se supunha. A partir dessa refutação prática que desconstrói a hipótese Martínez, algumas perguntas se nos afiguram. Nos casos em que vier a sobreviver, agora não tão escassos como antes se imaginava, seria necessário então avançar para investigar a **acoplagem** no sistema jurídico receptor. Este capítulo também pretende esclarecer como se opera a aderência do Originalismo a um ordenamento jurídico distinto do norte-americano.

À medida que a investigação se aprofunda, outras camadas problemáticas são encontradas na hipótese Martínez. Por exemplo, a literatura já identificou uma regra claramente impositiva da abordagem originalista na constituição de um dado país da América Latina.

¹⁷² Espécies endêmicas só ocorrem em áreas geográficas restritas.

¹⁷³ A expressão está sendo empregada entre aspas porque, conforme se verá, o fenômeno do *legal transplant*, conceitualmente, tem sido utilizado para se referir a objetos jurídicos de natureza diversa.

¹⁷⁴ STF, decisão monocrática, Min. Luiz Fux, ADI 6457-MC, j. em 12/06/2020, DJe 15/06/2020. De toda sorte, o Originalismo no Brasil será aprofundado no capítulo seguinte.

Diante de achados como estes, torna-se prudente trabalhar também com uma hipótese rival que se apresenta como uma alternativa plausível: não seria mais acurado afirmar que o Originalismo é capaz de nascer intuitivamente no próprio sistema jurídico que a hipótese Martínez considera como destino final? Em outras palavras, está lá porque nasceu lá ou porque foi levado para lá?

Nem todos os casais do mundo tiveram contato com a obra milenar conhecida como Kama Sutra, mas, mesmo sem esse conhecimento teórico específico, é presumível que muitos puderam intuitivamente descobrir aquilo que foi retratado nessa literatura. O livro instrui em detalhes, por exemplo, como executar o chamado “beijo do lábio superior”¹⁷⁵. A instrução fornecida nem por isso é tida como uma *conditio sine qua non* para uma descoberta empírica do referido gesto afetoso, cuja realização pode vir a ser acessada pela espontaneidade de dois seres humanos que se exploram. A crença judicial de que o significado original de uma constituição está fixado ao longo do tempo e deve ser observado pela magistratura só pode ser acessada pelo contato com o Direito norte-americano?

Confrontar a hipótese Martínez permite descortinar muitas perguntas e alcançar respostas importantes. No capítulo que se ocupou da **origem**, viu-se com fartos exemplos que a demarcação **temporal** do Originalismo pode ser muito anterior à segunda metade do século XX. Agora, neste capítulo, o recorte passa a ser **espacial**: é possível, sim, apontar com segurança experiências originalistas fora dos Estados Unidos.

Apesar dos avanços mais recentes, a literatura científica sobre Originalismo em uma perspectiva de Direito Comparado ainda é escassa e lacunosa, limitando-se a, no melhor dos cenários, enfatizar experiências originalistas em países com tradição de *common law*. O propósito deste capítulo é dar mais um passo à frente, analisando a acoplagem do Originalismo em países de *civil law*, ou seja, em lugares com uma configuração ainda mais distante daquela onde essa metodologia foi mais desenvolvida como teoria.

Essa investigação tem a aptidão para dirimir, como uma prova de fogo, dois aspectos: a) se, e em que medida, o Originalismo é um arranjo dependente da constituição norte-americana ou do *common law*; b) se o Originalismo nos Estados Unidos é **contingente** — uma excentricidade culturalmente justificada — ou uma alternativa viável para compreender o texto constitucional de outros países. Por sua vez, responder a essas indagações é também uma oportunidade para testar a desenvoltura do Originalismo em um *habitat* distinto da América do

¹⁷⁵ A obra milenar fornece uma explicação descritiva do ósculo: “Quando um homem beija o lábio superior de uma mulher, ao tempo em que ela beija seu lábio inferior, isto se chama beijo do lábio superior” (The Kama Sutra of Vatsyayana, p. 81). No original – traduzido do sânscrito: “When a man kisses the upper lip of a woman, while she in return kisses his lower lip, it is called the ‘kiss of the upper lip’”.

Norte, isto é, para avaliar o seu desempenho em sistemas não nativos. Os achados podem sugerir algumas conclusões sobre a racionalidade da proposta originalista para a interpretação de textos constitucionais.

6.1 PRESSUPOSTOS LÓGICOS PARA O INTERCÂMBIO TRANSFRONTEIRIÇO DO ORIGINALISMO

A investigação sobre o intercâmbio mundial do Originalismo requer dois pressupostos. Primeiro, somente é possível raciocinar a importação de um elemento quando se sabe o que ele é e onde ele está. Ninguém consegue importar coisa desconhecida que se aloja em lugar não sabido.

O capítulo sobre o conceito de Originalismo cumpriu a contento esse papel inicial. Seria contraproducente revisar o que ali foi registrado. Agora, basta lembrar: o Originalismo é uma **ideia**, ou seja, uma **teoria** que se baseia na tese da fixação e no princípio da constrição. Em todos os momentos destas digressões, será necessário ter em mente essa chave teórica. Assim, o primeiro pressuposto está atendido. Por que isso importa? Porque, em regra, ao contrário das instituições e codificações, ideias teóricas não precisam ser transplantadas. Este o porquê.

Não é necessário importar o método científico espiritual de Rudolf Smend ou a abordagem normativo estruturante de Friedrich Müller para raciocinar dessas maneiras em um caso prático. Se um Juiz pretende adotar o funcionalismo teleológico de Roxin como marco teórico das suas sentenças criminais, transplantes são dispensáveis para esse desiderato: basta a sua disposição para fazê-lo. No Brasil, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é hoje permeável às ideias do Pragmatismo Jurídico norte-americano¹⁷⁶, mas é consabido que, mesmo antes do advento da Lei n.º 13.655/2018, que explicitou esse aspecto na LINDB, juízes já tinham liberdade para adotar abordagens pragmatistas.

Todos os exemplos têm um traço em comum.

¹⁷⁶ O artigo 20 da LINDB assevera: "Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão."

Estas são **teorias**, não institutos. Como regra, teorias independem de transplantes. Nem por isso se pode dizer que qualquer teoria é replicável sem maiores solenidades¹⁷⁷. Há casos mais específicos de teorias umbilicalmente ligadas a um ordenamento que as concebeu. Por exemplo, a obra de Robert Alexy (2017, p. 31) se inicia com a explícita advertência de que o livro é uma teoria de Direitos Fundamentais **da Alemanha**¹⁷⁸. Daí a importância de investigar se o mesmo ocorre com o Originalismo.

O segundo pressuposto lógico consiste em identificar a localização do Originalismo, porque é dali que ele seria **extraído**. Isto, contudo, merece um tópico à parte.

6.1.1 Onde se radica o Originalismo norte-americano? Localizando o objeto da extração que virá a ser transportado

É preciso localizar onde essa ideia teórica está radicada no sistema jurídico dos Estados Unidos, para viabilizar a sua extração. Se as raízes se fixam em uma característica muito específica e singular, inexistente em outros sistemas, a transposição estará comprometida. E se, por exemplo, o Originalismo representar uma metodologia cuja interface só é compatível com sistemas jurídicos de *common law*? Por outro lado, mesmo que sediado em fontes mais ordinárias, muitas outras perguntas importantes podem ser suscitadas. Se o Originalismo estiver positivado no próprio ordenamento norte-americano, será necessário transplantar tecido normativo (v.g reprodução de uma norma constitucional autorizadora)? Se, em vez disso, derivar dos precedentes judiciais, tais decisões devem ser referenciadas em uma eventual transposição (v.g fertilização cruzada)? Onde está radicado o Originalismo e o que, afinal, precisa ser transportado, se é que alguma coisa o necessita, para operá-lo em país distinto dos Estados Unidos?

Nos Estados Unidos, o fundamento do Originalismo se tornou uma discussão muito rica, que antagoniza conservadores, libertários, jusnaturalistas, ativistas da democracia, filósofos da linguagem, positivistas *etc.* Todos oferecem seus próprios fundamentos na disputa teórica para a eventual adoção dessa abordagem. No Brasil, a compreensão sobre os fundamentos do

¹⁷⁷ Algumas teorias sequer podem ser replicadas, mesmo com todas as solenidades. Assim, por exemplo, o chamado Direito Penal do Inimigo (Jakobs & Meliá, 2012).

¹⁷⁸ Nem por isso juristas brasileiros se sentiram inibidos ao importar esse construto.

Originalismo tem reduzido a complexidade do debate: “[o] fundamento invocado pelos originalistas é a democracia” (Souza Neto & Sarmiento, 2012, p. 339). Esta é uma perspectiva simplificadora e incompleta, que precisa ser aprofundada.

O tema passa a ser enfrentado.

6.1.1.1 O Originalismo não se radica em norma expressa da Constituição dos EUA

O Originalismo como método de interpretação constitucional é muito influente nos Estados Unidos, tanto em trabalhos acadêmicos quanto em decisões proferidas por juízes da Suprema Corte. Entretanto, assim como o *judicial review*, essa abordagem não decorre de qualquer mandamento textualmente explicitado na constituição norte-americana. Não há uma previsão constitucional específica que autorize ou determine a interpretação originalista nos Estados Unidos.

6.1.1.2 O Originalismo não se radica no *common law*

Já foi dito que o *common law* é o “[...] Direito desenvolvido pelos juízes” (Scalia, 1997, p. 4). Embora exista uma tradição jurisprudencial a favor do Originalismo, tal como formada ao longo dos séculos, esta foi interrompida por hiatos históricos e ainda vem sendo infirmada por *opinions* manifestadas por Justices da atual composição que resistem à jusfilosofia do significado original.

É também incorreto atrelar o Originalismo ao **sistema** — modelo ou tradição — de *common law*. Para se ter ideia, parte da doutrina norte-americana chega mesmo a sustentar o contrário: na verdade, tem-se considerado que, comparativamente, países de *common law* estariam mais propensos a uma interpretação constitucional evolutiva e a métodos de empoderamento judicial (Greene, 2009, p. 5). Desse modo, a evolução da constituição ao longo do tempo seria promovida pelo **trabalho dos tribunais**, que densificariam suas cláusulas mais vagas por meio do *case law*, sendo esta a iniciativa que asseguraria longevidade ao documento (Fine, 2011, p. 6). Em outras palavras, o próprio *common law* estaria relacionado a uma

perspectiva de *living constitution*, na medida em que a atuação dos tribunais diminuiria a importância de emendas formais (Fine, 2011, p. 7). No mesmo sentido, Antonin Scalia, referindo-se aos chamados "padrões evolutivos" que marcam o "progresso" de uma sociedade em amadurecimento, classificou essa abordagem como típica do *common law* (Scalia, 1997, p. 40). Como já foi pontuado pela Baronesa Hale de Richmond, Justice que presidiu a Suprema Corte do Reino Unido, "*The common law is no stranger to the concept of evolutive interpretation, both of precedent case-law and of legislation. We are used to adapting our judge-made law to meet new problems and new factual situations*" (Hale, 2011, p. 11)¹⁷⁹.

Neste capítulo, demonstra-se que o Direito Comparado fornece relevantes experiências de países de *civil law* que têm proferido decisões sobre bases originalistas, às vezes de uma maneira que explicita essa Escola. O chamado *common law*, bem se vê, não é fato gerador do Originalismo, pelo contrário.

Portanto, uma primeira lição já pode ser extraída: pelo menos no constitucionalismo norte-americano, o Originalismo nunca dependeu de uma expressa autorização inscrita no texto constitucional, nem sempre encontrou suporte em precedentes que o admitam e não decorre da tradição *common law*. Logo, sua extração não seria efetuada nessas áreas específicas e o seu destino final, no sistema jurídico receptor, não exige essas características.

6.1.1.3 O Originalismo radicado na soberania popular?

Diante da inexistência de uma cláusula constitucional expressa, tem sido comum, então, justificar o Originalismo a partir de **ideias constitucionais com um maior grau de abstração**. Sustenta-se, principalmente, que a leitura originalista seria um corolário da soberania popular (Whittington, 2011, p. 39)¹⁸⁰. Esta compreensão é típica das escolas **prescritivas** do Originalismo, isto é, que defendem a sua implementação como algo intrinsecamente **bom**.

¹⁷⁹ No Brasil, constitucionalistas mais familiarizados com o Direito Constitucional norte-americano já apontaram que o sistema de *common law*, na verdade, fornece uma amplitude de criação judicial consideravelmente **maior** do que aquela permitida no ordenamento constitucional brasileiro. Assim, por exemplo, a dissertação de mestrado de Daniel Sarmiento (2003, p. 154). Disso já se percebe que uma abordagem mais rígida, como é o Originalismo, não é **favorecida** por essa característica. Pelo contrário.

¹⁸⁰ A razão para ser originalista, segundo Whittington, reside no fato de que a constituição foi elaborada por delegados do povo eleitos para esse desiderato, ou seja, pessoas dotadas de autoridade legítima para governar quem os sufragou (Whittington, 2011, p. 39). O Originalismo, nesse sentido, está comprometido com o empreendimento de manter essas escolhas originais *intactas* (Whittington, 2011, p. 39).

De fato, o apego ao significado original é uma abordagem que enfatiza poderosamente valores constitucionais como soberania, separação dos poderes e democracia, mas a hipótese mais extremista segundo a qual o Originalismo é a única metodologia possível em um Estado Democrático de Direito não é acolhida nesta tese. Se democracia e constituição fossem **fatos geradores** do Originalismo, seria necessário esclarecer por que, então, a influência da interpretação originalista se torna menos expressiva nas supremas cortes de países verdadeiramente considerados como democráticos. Ou seria necessário elucidar por que tribunais constitucionais em democracias consolidadas tendem a ignorar e até mesmo a rejeitar o Originalismo. A Alemanha, por exemplo, é um país indisputavelmente democrático, mas cujo Tribunal Constitucional não tem admitido a interpretação originalista da sua Lei Fundamental. Deslocando-se para o compartimento supranacional, assim também a Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁸¹. Na análise da Baronesa Hale de Richmond, Juíza da Suprema Corte do Reino Unido, não há espaço para a “doutrina americana originalista” na Corte Europeia de Direitos Humanos, quer se trate da vertente intencionalista, quer se cuide da vertente textualista (Hale, 2011, p. 12).

Algumas respostas a esta objeção já foram apresentadas. Já se disse, por exemplo, que razões de “cultura política” levariam à rejeição de abordagens originalistas em países onde uma nova ordem constitucional representa uma ruptura radical com o passado, a exemplo da África do Sul pós-apartheid, para dar lugar a um "constitucionalismo transformador" (Grote, 2022, p. 6). Neste caso, interpretar os princípios do documento constitucional de maneira mais permeável aos valores subjacentes seria uma compreensão mais atrativa (Grote, 2022, p. 6). Esta concepção, entretanto, ignora o fato de que não é uma leitura aberta ou fechada dos princípios de uma constituição que caracteriza uma abordagem originalista, mas sim o apego ao significado original. Originalistas libertários costumam fazer uso de princípios como liberdade e, diferentemente dos originalistas conservadores, tendem a efetuar uma leitura mais generosa do *Bill of Rights*. Além disso, se uma constituição rompe com o regime vigente e estabelece um constitucionalismo emancipatório, perseguir esses valores faz parte do próprio Originalismo — pelo menos, nessa ordem constitucional específica. Por fim, o Direito Constitucional Comparado fornece experiências que sugerem a ideia oposta: a ruptura radical

¹⁸¹ Para um paradigma bastante representativo da Convenção de Direitos Humanos como um *living instrument*: *Tyrer v. the United Kingdom* (1978). Outros casos convergem para a ideia de interpretação evolutiva da Convenção: *Golder v. the United Kingdom* (1975); *Marckx v. Belgium* (1979) e *Airey v. Ireland* (1979).

com o passado representa um manifesto **momento constituinte**, o que, na verdade, pode **favorecer** interpretações guiadas pelo significado original¹⁸².

Uma outra resposta, mais plausível e mais persuasiva, estabelece um nexo entre Originalismo e *design* constitucional. O Originalismo seria **menos atrativo** em países europeus porque nessa região do planeta predomina a tendência da criação de Cortes Constitucionais, não tribunais do Poder Judiciário (Morales, 2011, p. 48). Por outro lado, o Originalismo seria uma reação mais comum e intuitiva em países que optaram por tribunais judiciais (EUA e Brasil), exatamente pela preocupação em controlar os excessos do ativismo (Morales, 2011, p. 48). Esta correlação, inclusive, justificaria parte da ideia geral da hipótese Martínez, qual seja, a de que o Originalismo não seria uma abordagem atrativa fora dos Estados Unidos.

De fato, é preciso que um trem saia dos trilhos, promovendo um acidente caótico, para que se tenha uma ideia mais concreta da importância dos trilhos. Foi necessário que um povo se sentisse civicamente traído com as decisões da Corte de Warren, para que então despertasse para a realidade de que talvez estivesse sendo governado por juízes que substituíam cláusulas vagas por visões particulares de mundo. Se — ou enquanto — isto não vier a acontecer, não haverá um grande incentivo para buscar um método que constringe juízes. Em princípio, faz sentido acreditar que o Originalismo consciente, na sua versão mais clássica da segunda metade do século XX, é fruto de uma insatisfação ou, pelo menos, uma desconfiança social em relação à interpretação dos juízes. Embora esta concepção tenha valor hipotético e se revista de plausibilidade, ela se fragiliza pela assunção da ultrapassada premissa de que o Originalismo reivindica um *judicial restraint*, marca da Primeira Onda que não se conservou nas versões vindouras. Também é vulnerável ao fato de que outras nações também experimentam o dissabor de uma jurisdição constitucional que ultrapassa os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, ou seja, o chamado “ativismo judicial” não é uma preocupação que só existe nos Estados Unidos. Nem por isso, frise-se, as demais nações responderam a esse problema contemporâneo por meio do Originalismo. Em vez disso, elas têm reagido, por exemplo, exigindo abordagens como o Minimalismo ou Legalismo (Greene, 2009, p. 4).

¹⁸² Durante muito tempo, evidências históricas não eram enfatizadas na jurisprudência constitucional de Singapura e isso já foi associado ao fato de que, neste país, não houve um momento constituinte específico que viesse a fundar o Estado Nacional (Tew, 2017, p. 730). Logo, não faria sentido, consoante essa análise, remeter-se a um momento inexistente por ocasião da interpretação constitucional. Nota-se que a propensão para o Originalismo seria mais acentuada, então, em países com uma História Constitucional que protagonizou o momento constituinte. Mesmo em condições adversas, esse cenário de escassez do argumento histórico no constitucionalismo de Singapura teria mudado, sobretudo a partir do ano de 2010, marco após o qual decisões originalistas passaram a se tornar comuns nesse país.

De toda sorte, à medida que mais experiências do Direito Constitucional Comparado são examinadas, mais se percebe que, rigorosamente falando, a soberania popular sequer é necessária para o Originalismo. É o que se extrai do constitucionalismo japonês.

Como já foi ressaltado em capítulo anterior, a constituição japonesa foi promulgada após a derrota na II Guerra Mundial, quando o Japão sofria uma **ocupação** norte-americana. As cláusulas foram impostas pelos vitoriosos. Mesmo em uma situação de duvidosa fruição da soberania, porquanto ausente o exercício da autodeterminação, grupos hoje sustentam interpretações originalistas sobre determinados dispositivos da constituição japonesa (Morales, 2011, p. 57).

A literatura especializada aponta que, no caso *Kakunaga v Sekiguchi*, a Suprema Corte do Japão utilizou bases originalistas para concluir que a cerimônia Shito não teria vulnerado a separação entre Igreja e Estado (Tew, 2017, p. 723). Esta modalidade originalista se baseia nos **propósitos** do projeto constitucional original.

A mesma objeção de que o Originalismo não é bem acomodado em constituições redigidas por estrangeiros veio a ser apresentada como crítica a determinadas decisões originalistas da Corte de Apelação de Singapura, considerando que o texto foi baseado na Constituição da Malásia que, por sua vez, foi redigida por uma Comissão liderada por um juiz britânico (Tew, 2017, p. 731)¹⁸³.

É mesmo de se estranhar a deferência pelo significado original de constituições redigidas por pessoas de outros países, sobretudo na vertente do *original intent*. Mas a realidade demonstra que, às vezes, essa abordagem tem sido adotada.

Conclui-se que a soberania popular pode ser **desejável** para a transposição do Originalismo, mas não é rigorosamente necessária e tampouco suficiente. Se estiver presente, tanto melhor. Não obstante, a plena fruição da soberania popular no momento de feitura de uma constituição traduz um elemento verdadeiramente convidativo para uma interpretação judicial que prestigia a fonte do Poder.

¹⁸³ O fundamento é explicado por Yvonne Tew. De início, Singapura obteve sua independência da Grã-Bretanha e ingressou na Federação da Malaia. Após se desvincilhar dessa federação e se tornar um estado soberano, não houve a feitura de uma constituição. Em vez disso, optou-se pelo aproveitamento de documentos esparsos — sua constituição estadual emendada, a Lei de Independência da República de Singapura e dispositivos aplicáveis da Constituição da Federação — que só vieram a ser consolidados no ano de 1980 (Tew, 2017, p. 730).

6.1.1.4 O Originalismo radicado no caráter escrito da constituição

Uma segunda corrente estabelece um nexo etiológico entre Originalismo e constituição escrita. Essa importante correlação já foi manifestada pelo Justice Clarence Thomas, quando asseverou: "*Because the Constitution is a written instrument, 'its meaning does not alter.'*"¹⁸⁴, além de outros originalistas (Meese III, 1986, pp. 35-36). Embora nem todos os juristas considerem o caráter escrito como um fundamento convincente para o Originalismo (Greene, 2009, p. 4), a hipótese tem argumentos bastante racionais e esse aspecto será melhor desenvolvido em capítulos futuros deste trabalho. Não obstante, essa concepção é às vezes desencorajada pela realidade: simplesmente, muitas nações adotaram constituições escritas e **não** adquiriram a metodologia originalista como produto de uma pretensa venda casada. Em uma perspectiva observacional, tem sido possível separar as duas coisas. Mais uma vez, este é o caso da Alemanha.

Aqui, é importante fazer uma ressalva. A simples descrição de que países democráticos, pautados na soberania popular e que adotaram constituições escritas, não compraram a ideia do Originalismo é um argumento relevante, mas longe de ser decisivo. Isso porque seria possível dar mais um passo para questionar: mas não **deveriam** tê-lo feito? Mas não teria sido **ainda mais** democrático se assim tivessem procedido? E assim por diante. Este é apenas um caminho subjetivo demais e que, porque se revela improdutivo, não se pretende trilhar. Por ora, basta registrar que o elemento descritivo, fático ou da realidade não pode ser elevado ao *status* de argumento de autoridade.

6.1.1.5 O Originalismo radicado na comunicação humana

Nas palavras de Savigny, "[...] *la interpretation de la ley en nada difiere de la interpretation de cualquier otro pensamiento expresado por el language [...]*" (1878, p. 149). Há muito já se intuía que a linguagem humana possui uma maneira instintiva de interpretação.

¹⁸⁴ *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 514 U. S. 334, 359 (1995) (*concurring in judgment*). O vínculo voltou a ser enfatizado em *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 US _ (2011).

Escritos mais recentes reforçam a hipótese de que razões linguísticas e comunicativas justificariam a adoção do Originalismo, que decorreria da própria comunicação humana (Wurman, 2017, p. 30)¹⁸⁵. Consoante esta corrente, a comunicação constitucional é melhor prestigiada à luz de uma interpretação voltada ao significado original.

Nesta visão, não é exatamente o caráter escrito do documento que determina uma abordagem originalista. Um texto constitucional pode ser escrito por razões distintas do Originalismo e **até mesmo uma constituição não escrita ou oral** poderia exigir uma compreensão originalista por parte daqueles que a interpretam (Wurman, 2017, p. 30). Ora, é importante para o estudo em apreço perceber: ao sustentar que até mesmo constituições não escritas poderiam e deveriam ser interpretadas à luz do Originalismo, Wurman acaba indo ao encontro da — e não de encontro à — hipótese de que a metodologia originalista é transfronteiriça (Wurman, 2017, p. 30).

O fundamento de racionalidade desta corrente apresenta elementos convincentes e também será tomado em consideração ao longo deste trabalho.

6.1.1.6 O Originalismo radicado no Direito Positivo

Com o devido respeito às posições diversas, este capítulo não enveredará para correntes demasiadamente valorativas, que **prescrevem** interpretações constitucionais originalistas como **boas** para uma sociedade. A hipótese aqui defendida é predominantemente **positivista** e consiste na compreensão de que, na prática, o Originalismo depende da conjugação de dois fatores muito simples:

a) um ordenamento jurídico que o assimile, isto é, que permita ou obrigue a consideração do significado original como um elemento fixo e judicialmente constritor. Na prática, isto varia em função dos três modais deônticos (obrigar, permitir e proibir). Ordens constitucionais são livres para obrigar, permitir e proibir o Originalismo.

¹⁸⁵ O autor não se baseia apenas neste argumento, mas o inclui. Para ele, o Originalismo é oriundo da própria linguagem empregada, porque toda comunicação humana o pressupõe, bem assim dos efeitos atribuídos à palavra pelo sistema jurídico (Wurman, 2017, p. 30). O Professor da Universidade do Arizona defende que o Originalismo decorre da premissa segundo a qual “[...] *any communication intended for a public audience, as default rule, is interpreted by its original public meaning. That’s simply how language works.*” (Wurman, 2017, p. 30).

No Direito Constitucional da Bolívia, a própria constituição desse país fornece parâmetros sobre como interpretá-la. Trata-se de uma cláusula absolutamente incomum (Grote, 2022, p. 4), se bem analisadas as demais constituições do mundo, que expressamente preferiu o significado original aos outros significados concorrentes. Segundo o artigo 196, § 2º, da Constituição boliviana (2009), o Tribunal Constitucional, por ocasião da sua função interpretativa, aplicará como critério de interpretação, "com preferência, **a vontade do constituinte**, de acordo com seus documentos, atas e resoluções, assim **como o teor literal do texto**" (Grote, 2022, p. 4). Percebe-se que, no *design* do constitucionalismo boliviano, prevaleceu a vertente **subjativista** do significado original (*original intent*).

Na interpretação constitucional em Taiwan, a própria legislação, à semelhança do constitucionalismo boliviano, estabeleceu que os Justices devem se reportar aos materiais concernentes à **promulgação** e correlatas **emendas** à Constituição, ou seja, às fontes da Era Constituinte (Grote, 2022, p. 4). É o que se extrai do artigo 13, da Lei Processual de Interpretação Constitucional (Grote, 2022, p. 4).

Mas a imposição do significado original também pode ser alcançada pela proibição da sua abordagem antípoda. Há desenhos constitucionais muito específicos que repelem a interpretação não-originalista. Por exemplo, alguns autores sugerem que uma constituição viva, a ser atualizada por juízes, não seria um modelo concebível para países como a Irlanda (Grote, 2019, p. 9)¹⁸⁶.

Tais cláusulas são raras no *design* das constituições do mundo, mas probabilidade não se confunde com possibilidade. Trata-se de um evento possível e improvável. Assim, havendo uma cláusula constitucional **mandatória**, tem-se um exótico caso de **Originalismo imperativo**.

Por outro lado, é possível cogitar de constituições que expressamente determinem uma interpretação judicial guiada por um significado constitucional cambiante ou evolutivo. Neste caso, seria possível falar em **Originalismo proibido**, embora haja neste exemplo um paradoxo¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Na opinião do pesquisador do Max Planck (in Grote, 2018), no constitucionalismo irlandês, "[...] *changes to the constitution have to be submitted to the Irish people for approval in a referendum before they can become law. This suggests that the responsibility for the necessary adaptation of the Irish constitution to changing conditions shall primarily lie with the Irish people, not with the legislature or the courts*".

¹⁸⁷ Como já foi apontado no capítulo sobre os Originalismos em Espécie, se, por exemplo, os métodos originais de uma dada constituição eram evolutivos, este Originalismo paradoxalmente produzirá uma interpretação evolutiva. Se os métodos originais acomodavam uma elevada discricionariedade judicial, inclusive com o uso da

No silêncio do ordenamento jurídico e havendo harmonia com o sistema conglobadamente considerado, tem-se um **Originalismo permitido**. Neste caso, juízes **poderão** assim proceder, o que representa o segundo fator (disposição judicial).

b) Havendo autorização ou mandamento que estabeleça a adesão ao significado original, magistrados poderão ou deverão, respectivamente, ser originalistas. Hoje, como se viu, prevalece que o Originalismo está muito mais radicado na jusfilosofia dos juízes que em uma imposição direta do Direito norte-americano propriamente dito. Não há uma relação de identidade entre Originalismo e Direito Constitucional dos EUA. Em tese, a constituição estadunidense pode ser lida de outra maneira e decisões da Suprema Corte desse país podem trilhar outra metodologia interpretativa¹⁸⁸.

Com isto, conclui-se que a análise da transposição do Originalismo para outros países é, antes de tudo, o transporte de uma **ideia teórica** e que não está radcada no Direito norte-americano em sentido amplo, mas sim na jusfilosofia de um Juiz que exerce jurisdição em um país cuja constituição pelo menos **permite** essa metodologia. Logo, a corrente predominante nesta tese é a de matriz positivista. **Subsidiariamente**, no silêncio do texto constitucional a esse respeito, as demais correntes fornecem razões convincentes para adotar o Originalismo: principalmente o caráter escrito de uma constituição e a natureza da comunicação humana, mas também a desejável ênfase no prestígio da soberania popular. Entretanto, repita-se, a raiz primeira é o ordenamento.

Uma segunda conclusão muito valiosa pode ser alcançada: em países democráticos, firmados sobre a soberania popular e que adotaram uma constituição escrita não proibitiva do Originalismo, há chances muito altas de que essa abordagem seja uma transposição viável, se é que seria necessário transpô-la.

Agora, sim, fincadas estas bases, é possível avançar com segurança. Mas a investigação transfronteiriça do Originalismo reclama ainda um construto teórico mínimo em Direito

proporcionalidade, este Originalismo conduzirá a uma interpretação sem maiores constrições (Rappaport, 2017, p. 6).

¹⁸⁸ Em sentido contrário, um renomado Professor de Chicago sustenta que o próprio Direito norte-americano e as correlatas práticas judiciais, quando corretamente submetidos a uma análise adequada, seriam essencialmente originalistas (Baude, 2015, p. 2408). De maneira semelhante, Wurman defende que o *U.S. Legal System* se caracteriza pelo caráter obrigatório do significado original das palavras como uma decorrência da compreensão sobre o próprio *rule of law*, tal como forjada ao longo dos milhares de anos, sobretudo no que concerne à segurança jurídica, previsibilidade, calculabilidade e outros valores que implicam o caráter autoritativo das palavras (Wurman, 2017, p. 37). É interessante perceber esse vínculo existente entre **significado original e estabilidade**, assim como entre **mutações e instabilidade**. O Código de Processo Civil Brasileiro atrai uma abordagem que prestigie esses valores: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” (art. 926).

Constitucional Comparado. Mais especificamente, um glossário básico sobre categorias desse ramo do saber precisa ser apresentado.

É didático, então, fornecer esses elementos antes de incursionar no cerne da análise.

6.2 UM GLOSSÁRIO MÍNIMO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Ao descrever que teorias constitucionais norte-americanas **migram** para outros países, subtraindo o Originalismo dessa tendência teórica transfronteiriça, Jennifer Martínez incursionou em uma das discussões mais ricas do Direito Constitucional Comparado contemporâneo. Neste ramo, muitos autores têm estudado o intercâmbio jurídico entre diferentes sistemas jurídicos e as controvérsias daí advindas.

Aqui, um aviso importante precisa ser dado. As terminologias que designam esse traslado entre ordens jurídicas distintas podem sofrer — e efetivamente têm sofrido — variações na literatura especializada. É crucial perceber isso de antemão: nem sempre haverá rigor terminológico que confira uniformidade ao debate.

Na tentativa de exprimir a importação de material jurídico estrangeiro, professores fazem uso da sua liberdade acadêmica para o emprego de uma gama de figuras de linguagem. Expressões como fertilização cruzada (*cross-fertilization*), migração de ideias constitucionais e transplantes jurídicos (*legal transplants*), por exemplo, são **metáforas** que às vezes podem se sobrepor quanto àquilo que referem (sobreposição de objetos). Para dificultar esse cenário, pretensos sinônimos também são indiscriminadamente utilizados. Então, por uma questão de rigor metodológico no estudo da matéria, convém ter e mente:

- a) o intercâmbio do Direito pode ser descrito por nomes diferentes e é virtualmente impossível exaurir essas terminologias. Neste caso, esta tese trabalha com metáforas já *consagradas* pela literatura comparatista;
- b) embora seja aconselhável adotar uma abordagem conceitualmente mais flexível, nem por isso se deve ignorar possíveis distinções entre fenômenos assemelhados.

Por fim, a exposição será desenvolvida sem perder de vista o tema central, qual seja, o Originalismo. Nos sub-tópicos a seguir, mais do que uma breve apresentação de fenômenos afins, o objetivo será investigar a via pela qual o Originalismo alcança(ria) ordenamentos jurídicos distintos, se é que essa rota foi — ou poderia mesmo ser — percorrida.

6.2.1 Fertilização cruzada (*cross-fertilization*)

Se o Originalismo estivesse radicado na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, hipótese cuja fragilidade foi apontada, a fertilização cruzada seria uma maneira de operar essa extração. Há muito, cortes constitucionais não são ilhas incomunicáveis. Tribunais domésticos estabelecem uma interação muito rica com precedentes de tribunais estrangeiros, fenômeno conhecido como diálogo interjurisdicional (Fonteles, 2022, p. 71)¹⁸⁹. Os resultados podem ser muito diversos: a incorporação de um *standard* probatório, a réplica de um dado desfecho considerado mais humanista em um desacordo moral, a adoção de uma prática de julgamento *etc.*

Dois aspectos essenciais devem ser destacados nesse contexto. Primeiro, consoante a teoria das fontes, precedentes de tribunais constitucionais estrangeiros são inoculados como **doutrina**. Não se trata, pois, de uma lição vinculante, mas sim de um argumento de **persuasão** (Slaughter, 1994, p. 102). Segundo, quando esses elementos estrangeiros são recepcionados, é comum que sejam **adaptados** ou até mesmo **deturpados**. Afinal, tem-se um novo *habitat* que é alcançado por meio de um processo de **tradução**. Em termos práticos, as ordens jurídicas receptoras promovem uma **releitura** do sentido dos conteúdos que incorporam, vale dizer, significados são “[...] desarticulados (falsificados!) e rearticulados [...]” nesse processo de intercâmbio (Neves, 2016, p. 118). Por exemplo, o constitucionalismo da República da Coreia incorporou a proporcionalidade germânica, mas também promoveu adaptações particulares na sua metodologia procedural, isto é, acabou por inaugurar uma proporcionalidade **coreana** (Fonteles, 2022, p. 73).

¹⁸⁹ O fenômeno da “comunicação entre tribunais — nacionais ou supranacionais — para além das fronteiras” (tradução livre) já foi referido por uma importante pesquisadora do tema como “*transjudicial communication*” (Slaughter, 1994, p. 101). A Professora classifica a comunicação transjudicial em a) horizontal, assim entendida aquela estabelecida, por exemplo, entre cortes constitucionais; b) vertical, esta comumente travada entre cortes domésticas e supranacionais — embora trabalhe ainda com um modelo híbrido de interação (Slaughter, 1994, pp. 103-111).

É nesse sentido que se tem falado em *cross-fertilization* (Slaughter, 1994, p. 103). A fertilização cruzada entre **Tribunais Constitucionais** é uma metodologia de Direito Comparado "caracterizada pelo intercâmbio das experiências vivenciadas pelas diferentes Cortes, numa fusão de horizontes operada mediante persuasão doutrinária, usualmente originadora de um instituto até então inédito" (Fonteles, 2022, p. 72).

Em tese, esse contato entre diferentes órgãos teria aptidão para exercer uma influência mútua. Em uma perspectiva mais crítica, porém, o que se observa é uma influência quase unilateral exercida por juízes europeus e norte-americanos sobre magistrados latino-americanos, caribenhos, africanos e asiáticos¹⁹⁰. Muitas vezes, esse processo se inicia academicamente. Após uma formação educacional europeia ou estadunidense, juízes acabam por incorporar institutos e experiências estrangeiras nas suas próprias decisões¹⁹¹. Nesse cenário, parece intuitivo que a influência jurisprudencial não seja exatamente uma via de mão dupla. Com isso, o que se instaura é um **monólogo** — ou diálogo impróprio, porque impropriamente dito —, não havendo uma relação verdadeiramente dialógica¹⁹². Esta pressupõe que tribunais tomem em consideração as posições assumidas por cada qual, em um pretenso aprendizado recíproco que valoriza diferentes perspectivas observacionais sobre problemas constitucionais comuns (Neves, 2016, p. 117).

Bem delineados os contornos do fenômeno, importa perceber que a utilização do Originalismo por tribunais mundo afora não implica, necessariamente, um diálogo com precedentes da Suprema Corte dos EUA. Absolutamente. Se, no Brasil, o Supremo Tribunal

¹⁹⁰ Exceções podem ser encontradas na jurisdição constitucional do Canadá, que tem um histórico de referências a julgados da Suprema Corte dos EUA, bem como nas cortes constitucionais europeias, que referenciaram umas às outras em contextos específicos como a aplicação multinível do Direito comunitário europeu. Seja como for, a regra é que tribunais do eixo Europa-Atlântico Norte sejam citados por países dos demais continentes, não havendo um movimento contrário de correspondência.

¹⁹¹ Na Suprema Corte do Paquistão, o Honorável Juiz Yahya Afridi concluiu seu mestrado em Cambridge. Stumpf István, ex-Juiz da Corte Constitucional da Hungria, estudou em Harvard — embora o perfil específico deste magistrado enfatize a perspectiva da soberania húngara. A jurista guatemalteca Sara Larios, que atuou como *clerk* na Corte Constitucional da Guatemala, estudou em Georgetown. A Corte Constitucional da República da Coreia chegou a contratar *clerks* norte-americanos e pesquisadores alemães. Por fim, jovens juristas indonésios e tailandeses têm concluído sua formação na Universidade de Oxford, inclusive mediante fomento dos próprios Estados asiáticos de origem. O movimento reverso vem sendo considerado uma excentricidade.

¹⁹² Compartilhando desse olhar mais crítico, Anne-Marie Slaughter (1994, p. 101) já descreveu que as referências a julgados da Suprema Corte dos EUA encontradas em julgados da Suprema Corte da Índia revelam um processo **menos interativo** de fertilização cruzada intelectual. Por outro lado, em sentido diverso do aqui defendido, a ex-Professora de Harvard considera que, nas chamadas comunicações transjudiciais horizontais, **não** há potencial dialógico: a própria natureza dessa forma de interação o aproximaria de um monólogo, porque não haveria expectativa de decisões proferidas para uma audiência externa. É importante ter em mente que o seu trabalho, embora seminal, foi concebido nos anos 90 do século XX. Hoje, tribunais se empenham em dar publicidade aos seus precedentes mais relevantes, inclusive adotando a iniciativa de traduzi-los para a língua inglesa e disponibilizá-los nos *sites* oficiais. Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal brasileiro e a Corte Constitucional da Colômbia.

Federal entender de observar o significado original da Constituição de 1988, não será necessário, por exemplo, referenciar o caso *District of Columbia v. Heller*, precedente notabilizado pelo uso do Originalismo. Em tese, é possível discernir o significado primevo de uma constituição sem qualquer alusão ao histórico de *opinions* proferidas pelos Justices norte-americanos ou decisões da Suprema Corte desse país.

De maneira mais objetiva, a fertilização cruzada é um fenômeno **dispensável** para o acolhimento do Originalismo na interpretação constitucional de um país, a menos que o debate enverede para elucubrações mais subjetivas que insistam em assumir “diálogos velados”, “emulações”, “sugestionamentos” *etc.* Não se pretende trilhar este caminho.

Por derradeiro, mas não menos importante, embora a *cross-fertilization* não seja efetuada para que se adote uma abordagem originalista, o fenômeno tem algo precioso a ensinar: a recepção de precedentes doutrinariamente persuasivos em sistemas não nativos é capaz de promover uma **ressignificação sociocultural** em institutos jurídicos. Isto não pode ser esquecido.

6.2.2 Migração de ideias constitucionais

A prática pela qual um tribunal se vale do Direito Internacional e do Direito Comparado quando profere decisões constitucionais também já foi referida como “**migração de ideias constitucionais**” (Choudry, 2006, p. 1). À primeira vista, talvez se pudesse pensar que esta seria, então, a via pela qual o Originalismo alcança(ria) outros Estados Democráticos de Direito. Afinal, trata-se indisputavelmente de uma ideia.

Entretanto, bem analisadas as coisas, conclui-se, mais uma vez, que não. A migração sobredita, nos termos em que descrita, está longe de ser uma solenidade a ser cumprida para que o texto constitucional de um dado país venha a ser considerado como dotado de um significado fixo ao longo do tempo e de observância cogente perante juízes (Originalismo). Isso porque, para efetuar uma interpretação originalista, será desnecessário se valer do Direito Internacional ou do Direito Comparado¹⁹³, bastando evocar o significado original de uma

¹⁹³ Haverá casos em que o recurso ao Direito estrangeiro poderá ser necessário à investigação originalista, mas isto não infirma o que foi dito. Figure-se, ilustrativamente, controvérsias que envolvam o significado original de

constituição nacional interpretada e, a partir de então, reputá-lo como um dado estabilizado e constritor.

Linhas acima, alertou-se para o fato de que a terminologia sofre muitas variações na literatura especializada sobre o intercâmbio jurídico em Direito Constitucional Comparado, não havendo uma uniformidade que estabeleça um padrão. Este é mais um caso. A migração de ideias constitucionais, ao fim e ao cabo, também contempla parte do objeto da fertilização cruzada¹⁹⁴, inclusive porque o Direito estrangeiro também emana de decisões dos tribunais. Tem-se, portanto, uma sobreposição. Autores chegam a se referir às migrações como “uma nova metáfora” (Choudry, 2006, p. 1).

Desse modo, as conclusões tecidas sobre a *cross-fertilization* são similares às aqui alcançadas. Em suma: até agora, já se pode dizer que a escolha por uma abordagem originalista na interpretação constitucional não exige diálogo com precedentes da Suprema Corte dos EUA, assim como dispensa referências aos demais elementos do Direito alienígena.

6.2.3 Transplantes jurídicos (*legal transplants*)

Se o Originalismo norte-americano estivesse radicado em uma regra ou no próprio sistema jurídico norte-americano, o transplante jurídico seria uma maneira de efetuar a sua extração. Trata-se de outra metáfora utilizada no contexto de intercâmbio transfronteiriço entre sistemas jurídicos. No Direito, transplantar consiste em deslocar algo de uma sistema para outro, inovando o destino final com um elemento que até então lhe era estranho (Legrand, 1997, p. 111). O primeiro aspecto a ser elucidado é **o que exatamente vem a ser objeto de transplante**.

Nas palavras do comparatista escocês Alan Watson, a quem muito se atribui a autoria da metáfora, *legal transplants* exprimem “[...] *the moving of a rule or a system of law from one*

competências do Poder Executivo. Nesse sentido: *Myers v. United States*, 272 U.S 52 (1926). Aqui, tem-se uma sutileza: o Direito estrangeiro é colacionado para induzir a conclusão meritória, não para autorizar a abordagem originalista como método. Entender essa distinção é fundamental.

¹⁹⁴ Esta também foi a percepção de Jamal Greene (2009, p. 18), ao descrever que a metáfora da “migração de ideias constitucionais” inclui a “polinização cruzada” (*cross-pollination*) e citações recíprocas (*cross-reference*) por parte dos tribunais.

country to another, or from one people to another” (Watson, 1993, p. 21)¹⁹⁵, isto é, a transposição recai sobre **uma regra** ou um **sistema jurídico**.

Com o passar dos anos, inúmeros autores fizeram uso da terminologia dos transplantes jurídicos, mas sem qualquer menção a Watson (Cairns, 2013, pp. 665-666). A expressão, portanto, se popularizou. Nos anos 80 do século XX, o *slogan* dos transplantes jurídicos já estava amplamente difundido (Cairns, 2013. p. 669). De alguma maneira, as ideias de Watson serviram como base para a inspiração do desenvolvimento de uma doutrina francesa sobre migração de sistemas jurídicos (Cairns, 2013. p. 670).

Pierre Legrand (1997, pp. 111-112) aponta que, tradicionalmente, a expressão tem designado o **intercâmbio de leis e até mesmo de decisões judiciais**. Por fim, Chen Lei (2012, p. 192) assevera que “[l]egal transplant occurs where law travels from one jurisdiction to another by way of transposition, imposition, reception or intended borrowing”¹⁹⁶. Nota-se que, a rigor, o fenômeno pode se revelar ainda mais abrangente que a fertilização cruzada, na medida em que também se refere à transposição de material normativo.

Pelo menos duas questões precisam ser aprofundadas sobre o tema:

- **Primeiro, sabendo-se que a transplantabilidade da teoria originalista é uma questão central nesta tese, pergunta-se: o Originalismo pode ser objeto de transplante?** Na dimensão sociocultural que se verifica na sociedade norte-americana, é bastante improvável. Já na dimensão metodológica, admitindo-se um conceito mais amplo para a metáfora dos transplantes jurídicos, há boas razões para acreditar que sim. Apesar disso, os resultados produzidos, como é intuitivo, não seriam idênticos.
- **Segundo, trata-se de uma providência necessária, vale dizer, sem a qual a prática judicial não poderá ser guiada pelo significado original como um dado de observância obrigatória?** As experiências constitucionais do Direito Comparado são ricas em demonstrar a presença de decisões tipicamente originalistas em diversos países, mesmo sem o transplante de tecido normativo ou a importação doutrinária de precedentes estrangeiros. Mais do que isso, em casos específicos, o Originalismo parece ter sido alcançado intuitivamente, sem

¹⁹⁵ A obra foi originalmente publicada em 1974.

¹⁹⁶ O jurista asiático descreve que o transplante jurídico está diretamente associado à ideia de transplante da cultura jurídica (Lei, 2012, p. 192). Este ponto é, sem dúvidas, o mais controverso.

indução, sugestionamento ou inspiração no Direito dos Estados Unidos. Em outras palavras: ele não **chegou** lá; na verdade, **já estava** lá.

Se as perguntas parecem muito abstratas, é possível concretizar o raciocínio de maneira alegórica: uma Lamborghini pode ser importada da Itália para o Brasil¹⁹⁷? Caso sim, o pretenso consumidor necessariamente deveria efetuar uma importação para a aquisição e uso do veículo? Este será o percurso a ser trilhado para as perguntas centrais apresentadas. Vejamo-las.

6.2.3.1 Sobre a transplantabilidade do Originalismo: é possível transplantá-lo?

O fenômeno dos transplantes jurídicos está longe de ser consensual, como demonstram as históricas objeções à tese de Alan Watson. Considerando as singularidades socioculturais de um povo, muitas vezes que impregnam as regras de um sistema, é mesmo possível sustentar a viabilidade de transplantes jurídicos? Watson raciocinava o transplante jurídico de maneira **dissociada** do arcabouço social, ou seja, de maneira “juridicamente pura” (Legrand, 1997, p. 112). O escocês não vislumbrava dificuldades para que uma dada sociedade assimilasse ou acomodasse normas jurídicas provenientes de outras culturas (Legrand, 1997, p. 112). Em suma, consoante esta visão, diferenças históricas ou culturais **não representariam um obstáculo** para que uma lei viesse a ser transplantada, porque, na perspectiva de Watson, regras não estariam socialmente conectadas. Foi precisamente este ponto, em específico, que deixou sua teoria mais vulnerável a ataques¹⁹⁸.

As críticas ao trabalho de Watson foram diversificadas, mas a ênfase sempre foi a de que Watson estava demonstrando uma visão excessivamente simplista quando defendia uma suposta facilidade dos transplantes jurídicos, sendo este o maior ponto de divergência com autores como Kahn-Freund (Cairns, 2013, p. 644) e Pierre Legrand (Legrand, 1997, p. 113). Aparentemente, Watson subestimava a dificuldade e os desafios dos transplantes jurídicos em

¹⁹⁷ A alegoria não tem carga valorativa. Não se quer dizer que o Originalismo está para a interpretação constitucional como a Lamborghini está para a indústria automobilística. Enquanto esta representa uma obra de arte, aquele seria, na melhor das hipóteses, *the lesser evil*.

¹⁹⁸ Adeptos da Escola conhecida como *Critical Legal Studies* teceram críticas mordazes, sustentando que a pretensa neutralidade política na abordagem de Watson, na realidade, mascarava uma visão conservadora de mundo (Cairns, 2013, p. 654).

razão da sua abordagem positivista do Direito, ignorando indevidamente as complexidades dos fatos sociais (Cairns, 2013, p. 641).

Legrand (1997, p. 113) até reconhece alguma **coesão interna** no raciocínio de Watson, afinal, se regras efetivamente migram de ordenamentos jurídicos para alcançar outros, a premissa só poderia mesmo induzir à conclusão de que elas — as regras — estão segregadas das sociedades que as originaram. Isso afastaria a bagagem epistemológica, histórica ou cultural das regras. Porém, o Professor de Sorbonne simplesmente não compartilha do ponto de vista de Watson sobre a própria natureza das regras, razão pela qual não admite que elas possam migrar e, por conseguinte, sustenta que não há como operar-se um transplante jurídico (Legrand, 1997, p. 113).

Parte dos juristas compreende o significado como uma parte inerente à norma interpretada, anterior ao processo de interpretação, à semelhança de uma pérola no interior de uma concha. A interpretação, nesse sentido, seria uma atividade de descoberta ou prospecção do sentido pré-existente. Legrand refuta esta visão¹⁹⁹, pontuando que a atividade interpretativa **agrega** significado e se traduz em um fenômeno que deriva das **pré-compreensões** do intérprete (Legrand, 1997, p. 114). Essa influência ocorreria de maneira subliminar e inconsciente, onde atuariam os vieses cognitivos.

Neste raciocínio, o emissor da regra jamais saberia ao certo aquilo que chegaria ao receptor, na medida em que este, à luz das suas pré-compreensões e circunstâncias culturais, ressignificaria o regramento transplantado. Assim como alguém sabe o que diz, mas não sabe como o interlocutor decodificará aquilo que virá a ouvir, institutos transplantados não chegariam incólumes no destino final, porquanto seriam objeto de uma nova interpretação. Assim, Legrand (1997, p. 115) sustenta que a edição de uma lei é uma experiência jurídica intrinsecamente pessoal. Para ele, o comparatista deve, portanto, ser capaz de perceber as nuances subjacentes ao texto normativo, vale dizer, para muito além de um enunciado linguístico, é necessário atentar para o **todo contextual** (Legrand, 1997, p. 116).

O significado de uma regra, componente dos mais relevantes da sua estrutura, não sobreviveria à jornada entre ordenamentos distintos (Legrand, 1997, p. 117). Em razão disso, o transplante jurídico seria um **ilusão**. Aquilo que supostamente foi transplantado, na realidade, foi parcialmente deixado para trás: parte essencial da regra nunca chegou ao seu destino, isto é,

¹⁹⁹ Legrand se associa à concepção de autores como Hans-Georg Gadamer. Nesta escola da Hermenêutica Filosófica, sustenta o filósofo alemão, “[...] a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo.” (Gadamer, 1999, p. 444).

o significado — atribuído na origem pelos primeiros intérpretes — não foi objeto de transporte (Legrand, 1997, p. 118).

Na melhor das hipóteses, explica Legrand (1997, p. 120), o transplante jurídico transporta apenas palavras destituídas de significado. Seria pretensioso ir além disso, motivo pelo qual, à vista das suas premissas antropológicas, o jurista francês conclui que, em sentido estrito, **transplantes jurídicos são impossíveis** (Legrand, 1997, p. 120. Cairns, 2013, p. 680).

Nesse embate a respeito da transplantabilidade, Watson contou com a adesão de Gunther Teubner, jurista que refutou as críticas de Legrand (Cairns, 2013, p. 682). David Nelken, sociólogo jurídico, também endossou as ideias de Watson, apontando haver evidências empíricas da sua aplicação exitosa na Ásia (Cairns, 2013, p. 685). Apesar disso, a associação às ideias de Alan Watson foi mais escassa entre sociólogos, ao passo que se revelou mais abundante entre historiadores (Cairns, 2013, p. 661).

Pois bem. Chegou o momento de posicionar-se quanto a esta querela acadêmica, de uma maneira funcionalmente útil ao estudo do Originalismo. Em primeiro lugar, viu-se que, no *legal transplant*, o objeto de transplante é uma regra, um sistema jurídico ou até mesmo uma decisão judicial. Nada disso representa a **teoria** originalista. Como foi visto, esta não costuma advir de uma regra positivada, tampouco de um sistema jurídico ou de uma decisão judicial.

Mesmo assim, pode ser útil avançar para investigar a transplantabilidade do Originalismo, **como se, por analogia, ele se assemelhasse a um instituto jurídico**. Tal artifício, aqui empregado apenas por apego ao debate, permitirá extrair uma maior utilidade da disputada acadêmica apresentada linhas acima. Há nesse embate um raciocínio muito caro ao Originalismo: se, e em que medida, culturas jurídicas podem ser trasladadas para outros países.

O transplante da cultura jurídica é mesmo um empreendimento de êxito improvável. Neste ponto, Legrand está correto. Como bem observado por um célebre comparatista de Harvard, o próprio estudo comparado de outros sistemas jurídicos já é particularmente desafiador, afinal, quando a língua não se afigura como um obstáculo, **a cultura assim se apresenta** (Tushnet, 2006, pp. 67-68)²⁰⁰.

O Originalismo norte-americano, **como maneira de vivenciar a Constituição**, é de fato algo muito específico para ser transplantado. Povo algum, do que se tem notícia, cultua o

²⁰⁰ No Brasil, Paulo Bonavides veio a enfatizar esse aspecto. O constitucionalista da Universidade Federal do Ceará corretamente asseverou que “cada ordenamento constitucional imerso em valores culturais é estrutura peculiar, rebelde a toda uniformidade interpretativa absoluta, quanto aos meios e quanto às técnicas aplicáveis.” (Bonavides, 2005, p. 461).

significa original do texto constitucional à **maneira** como norte-americanos têm feito ao longo dos séculos. Jamal Greene descreve que o tema "Originalismo" tem sido pautado de maneira recorrente em editoriais jornalísticos, *blogs*, programas de rádio e sabatinas no Senado, ressaltando que, segundo pesquisas de opinião, um grande número de norte-americanos entende que juízes da Suprema Corte deveriam interpretar a constituição dos Estados Unidos à luz do significado original (Greene, 2009, p. 3).

Em boa verdade, os assim chamados *Founders* norte-americanos tem sido objeto de uma **divinização**. Frank Cross aponta que a Constituição se tornou um “ídolo secular” nos EUA e os Constituintes são vistos como “profetas” (2013, p. 3). Mesmo nos dias de hoje, explicou o saudoso Professor da *Texas Law School*, grande parte da sociedade norte-americana os compreende como santos ou gigantes (Cross, 2013, p. 3)²⁰¹. É possível dizer que o Originalismo está **mais propenso** para se firmar em países que cultuam seus antepassados Constituintes, o que se verifica, por exemplo, no constitucionalismo turco²⁰².

Sem dúvidas, a ambiência histórico-cultural estadunidense representa um terreno fértil para a concepção e disseminação de ideias originalistas. A constituição norte-americana chega a adornar o interior das residências, às vezes afixada e emoldurada na parede como um ornamento perante o qual todos prestam um tributo cívico. O caráter conciso do documento, por sua vez, facilita a sua difusão física e intelectual. Em se tratando de um texto breve, até mesmo crianças são ensinadas sobre o seu teor. Há gibis que narram, de maneira ilustrada, o conteúdo da constituição.²⁰³

O Originalismo com cheiro, cor e sabor norte-americano é culturalmente contingente, além de ser um *modus vivendi* de duvidosa — e desnecessária — transplantabilidade, que floresceu em um *locus* muito propício. De fato, a jusfilosofia do significado original, tal como praticada nos Estados Unidos, dificilmente encontraria um *habitat* sociocultural similar àquele onde se desenvolveu e se disseminou.

²⁰¹ Perceba-se que a “divinização” é operada no seio da própria sociedade, não necessariamente entre juristas. Originalistas mais recentes rejeitam a visão romantizada a respeito dos Constituintes, reconhecendo, por exemplo, que eles tinham escravos e sonegavam direitos das mulheres (Cross, 2013, p. 3). A interpretação constitucional em um Estado de Direito não flutua ao sabor da maior ou menor admiração cultivada pelos redatores da constituição, assim como a interpretação da lei não varia em função do caráter do legislador. Textos governam, não pessoas.

²⁰² Na Turquia, Kemal Ataturk é cultuado como um *Founder* do país. Não por acaso, em alguns julgamentos, a Corte Constitucional turca tem se empenhado para colacionar evidências históricas sobre a visão original de Mustafa Kemal Ataturk (*apud* Tew, 2017, p. 725).

²⁰³ Por exemplo, Hennessey, Jonathan. McConnell Aaron. **The United States Constitution: A graphic adaptation**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2008.

Cada povo vivencia um documento constitucional à sua maneira, dadas as suas raízes socioculturais. Descabe equalizar o **sentimento constitucional** de um país como o Brasil, por exemplo, que vivencia a sua oitava Constituição, desfigurada por emendas periódicas, com o sentimento de um país onde somente um pacto social foi constitucionalmente celebrado²⁰⁴.

Ainda que um mesmo texto sobre liberdade religiosa, de um mesmo *Bill of Rights*, viesse a ser compartilhado nas constituições norte-americana e brasileira²⁰⁵, o desempenho das normas jurídicas para incidir no suporte fático seria impactado pela diferença de *habitat*. Um país de *civil law* e tradição católica certamente ressignificaria institutos e instituições jurídicas produzidas em um país de *common law* e herança protestante²⁰⁶. Se idêntica redação constitucional, que assegura liberdade aos Estados-membros em um pacto federativo, viesse a ser implantada nas constituições norte-americana e brasileira, o desempenho das normas jurídicas seria diferente em um federalismo de origem centrípeta (EUA) e centrífuga (Brasil)²⁰⁷. Por fim, se o texto da Primeira Emenda viesse a ser fielmente replicado na Lei Fundamental da Alemanha, as agruras o nazismo levariam este país a vivenciar a liberdade de expressão de maneira mais restrita que aquela hoje tolerada nos Estados Unidos.

Estas são todas suposições plausíveis, mas agora convém apresentar experiências concretas. Muitos exemplos de transplantes sinalizam o fenômeno de ressignificação que se está a descrever. A literatura de ciência política já identificou que o presidencialismo, peça originalmente concebida no constitucionalismo norte-americano, tem se manifestado de forma distinta no contexto do constitucionalismo do leste europeu, ora assumindo a roupagem de um semi-presidencialismo, ora elevando tendências autocráticas (Choudhry, Sedelius & Kyrychenko, 2018, p. 17). Na Bósnia e Herzegovina, o presidencialismo norte-americano foi adaptado de maneira ainda mais radical, para permitir um rodízio entre três Presidentes. O “triumvirato” presidencial bósnio foi implementado para apaziguar conflitos étnicos.

Em estudo de Direito Constitucional Comparado especificamente voltado à análise da **exportação** da versão norte-americana de separação dos poderes, Bruce Ackerman descreve

²⁰⁴ Nesse aspecto, o constitucionalismo brasileiro se aproxima do constitucionalismo francês, que também vivenciou inúmeras rupturas constitucionais.

²⁰⁵ E há dispositivos constitucionais brasileiros claramente inspirados na redação da constituição norte-americana, como se vê no confronto do art. 5º, § 2º, CF/88 com o teor da Nona Emenda.

²⁰⁶ Como já foi dito, professores têm estabelecido uma relação entre Originalismo e Protestantismo (Strauss, 2011, p. 144; Greene, 2009, pp. 7-8). Haywood Jefferson Powell também aponta a herança protestante britânica como um fator de impacto na interpretação constitucional (Powell, 1985, p. 887).

²⁰⁷ Há, evidentemente, elementos de convergência entre Brasil e Estados Unidos. Historiadores indicam “pontos de comparação bastante úteis”, tais como “a grande extensão territorial, o caráter multiétnico da população, a existência de um passado escravista que insiste em reaparecer através de eventos como o racismo e a violência policial” (Izecksohn, 2021, p. 13).

que aproximadamente 30 (trinta) países, majoritariamente da América Latina, adotaram um sistema ao estilo estadunidense. "Todos eles, sem exceção, sucumbiram em um dado momento, muitas vezes repetidamente, ao chamado **pesadelo de Linz**" (Ackerman, 2000, p. 645). O Professor de Yale utiliza a expressão **pesadelo de Linz** para se referir à hipótese segundo a qual o modelo norte-americano de separação dos poderes constituiria uma das **mais perigosas exportações** (Ackerman, 2000, p. 645).

Dados corroboram essa hipótese. A História Constitucional Brasileira contempla 3 (três) renúncias, 3 (três) deposições, 1 (um) suicídio e 4 (quatro) *impeachments*²⁰⁸. A cada 10 (dez) presidentes brasileiros, pelo menos 2 (dois) não concluem o mandato. Isso porque, de um total de 39 (trinta e nove) presidentes, pelo menos 9 (nove) tiveram o seu mandato interrompido no Brasil, ou seja, mais de 20% dos presidentes não conseguem alcançar a longevidade institucionalmente esperada. O fenômeno se repete nos países vizinhos. A América Latina parece erguer uma persistente muralha invisível antes do termo dos mandatos presidenciais. Adotando-se o século XX como recorte temporal, cerca de 100 (cem) presidentes da América Latina não estiveram no cargo, no último dia de mandato, por interrupções que decorreram de golpes de Estado, assassinatos, suicídios, renúncias, *impeachments etc.* Não por coincidência, historiadores têm concluído que instituições estadunidenses "vêm sendo adaptadas de forma intensa por outras sociedades, na maioria das vezes sem o sucesso da experiência original" (Izecksohn, 2021, p. 13).

A dimensão sociocultural originária, aqui entendida em sentido amplo — para abranger singularidades históricas, antropológicas, sociais, econômicas, políticas e culturais —, exerce uma função decisiva na maneira de vivenciar uma norma jurídica transplantada no sistema jurídico receptor²⁰⁹. O Originalismo norte-americano é uma teoria constitucional, mas a sua intensidade é também um produto dessa sociedade peculiar. Em outras palavras, tem-se um

²⁰⁸ Renunciaram Deodoro da Fonseca (1891), Jânio Quadros (1961) e Fernando Collor de Mello (1992). Substancialmente, foram depostos Washington Luís (1930), Getúlio Vargas (1945) — porque forçado à renúncia — e João Goulart (1964). Getúlio Vargas suicidou-se (1954). De início, Café Filho (1955) e Carlos Luz (1955) sofreram *impeachments*. Décadas depois, o mesmo veio a ocorrer com Fernando Collor, afinal, apesar da renúncia, o desfecho do processo de *impeachment* foi o seu impedimento (1992). Mais recentemente, Dilma Rousseff sofreu um processo de *impeachment* (2016).

²⁰⁹ A literatura constitucionalista mais clássica já apontava que a influência estrangeira mais proeminente sobre o Supremo Tribunal Federal e a doutrina brasileira, já na primeira República, era a dos Estados Unidos da América (Caetano, 1987, pp. 41-42). Tal se verificava pelo próprio Decreto n.º 848/1890, que impunha a incidência subsidiária dos casos de *common law* e *equity* do constitucionalismo norte-americano. Contudo, prossegue o constitucionalista português sobre o sistema brasileiro, "[...] as instituições ganharam vida própria e arraigaram-se ao meio social" a que se destinavam, "afastando-se do modelo primitivo" (Caetano, 1987, p. 42). Tem-se, portanto, um processo de **ressignificação institucional**.

curioso **paradoxo**: o Originalismo dos Estados Unidos não será recebido tal como originalmente desenvolvido.

A esta altura das digressões, parece acurada a percepção de Legrand segundo a qual a cultura não é objeto de transplante. Por conseguinte, a hipótese Martínez, no ponto em que enfatiza a dificuldade da jornada de transporte do Originalismo, também merece ser levada a sério²¹⁰.

Por outro lado, o Professor de Sorbonne se equivoca quando deixa de reconhecer a facticidade de que, bem ou mal, transplantes têm ocorrido mundo afora. Independentemente de adaptações, deformações, ressignificações e releituras, institutos do Direito Romano, por exemplo, são incorporados nos ordenamentos jurídicos. O Originalismo vem, sim, sendo praticado fora dos Estados Unidos e inúmeros exemplos serão aqui demonstrados. Atento a essa percepção, Chen Lei (2012, p. 193) corretamente considera que as posições defendidas por Legrand e Watson **não se repelem**, podendo ser consideradas como "duas faces de uma mesma moeda": as peculiaridades de uma cultura jurídica, que realmente existem, não impedem que transplantes jurídicos venham a ocorrer. É a posição defendida nesta tese.

Aplicando-se essa visão conciliadora ao debate em estudo, é possível dizer que a abordagem originalista é transplantável, **mas somente na porção que não traz consigo a cultura do povo norte-americano**. Este aspecto sociocultural, que acaba por conferir uma cor e um cheiro muito vívidos ao Originalismo, é, de fato, personalíssimo. Havendo transplante dessa maneira peculiar de interpretação, é seguro dizer que **o Originalismo será ressignificado no ordenamento receptor**. Sua desenvoltura e o seu desempenho dependerão de como será acomodado no novo seio social.

Por sua vez, **a dimensão teórica, técnica, metodológica, como abordagem de interpretação constitucional**, é perfeitamente replicável. Como se viu, não há uma relação de interdependência entre o Originalismo e o sistema jurídico norte-americano, a impedir a sua extração.

Isto encerra a resposta à primeira pergunta. Conclui-se que até seria possível "transplantar" o Originalismo para outros países, desde que se saiba que a dimensão jurídico-cultural permanecerá no lugar de origem.

²¹⁰ A diferença reside no fato de que, enquanto Legrand descarta a possibilidade de transplantes **em geral**, Martínez particulariza: o **Originalismo** não tem sido atrativo fora dos EUA e Austrália. Mesmo assim, frise-se: o Professor de Sorbonne se refere a leis e decisões judiciais; a Professora de Stanford, a uma teoria.

Convém enfrentar e responder à segunda questão.

6.2.3.2 Sobre a necessidade de transplante do Originalismo

A investigação da transplantabilidade do Originalismo, desenvolvida e concluída por apego ao debate, permitiu extrair a importante conclusão de que culturas jurídicas não admitem um traslado fiel, mas a técnica metodológica para discernir o significado original pode ser transposta. Uma vez concluídas as reflexões sobre a transplantabilidade, volta-se ao ponto inicial. Toda a digressão anterior foi efetuada com base em uma analogia artificial: como avisado a tempo, no *legal transplant*, o objeto transplantado é uma regra, um sistema jurídico ou até mesmo uma decisão judicial. Nada disso, repita-se, abrange a interpretação originalista do texto constitucional.

O Originalismo, em si mesmo, não constitui hipótese de transplante porque representa uma teoria. Sua operacionalização não requer, portanto, o traslado de normas estrangeiras para que sejam incorporadas no sistema receptor, tampouco o diálogo com decisões de tribunais norte-americanos ou a transposição formal de uma teoria radicada em especificidades do ordenamento norte-americano. Nada disso ocorreria se porventura se entendesse que um texto consagra valores constitucionais permanentes, vale dizer, não passageiros. Simplesmente, refina-se o olhar que recai sobre um texto constitucional. Pelo menos, na maioria dos casos, é o quanto basta.

Independentemente da terminologia empregada — fertilização cruzada, migração de ideias constitucionais, transplantes jurídicos ou coisa que o valha. — importa saber que, de um modo geral, **todas convergem** para a conclusão pela qual a adoção do Originalismo por um dado tribunal constitucional é um ato mais simples do que parece: inexistente norma no Direito Positivo a obstruí-lo, opera-se por uma adesão pura e simples.

A interpretação originalista é alcançada por meio de uma **escolha de abordagem**, geralmente facultada pelo ordenamento jurídico onde inserido o intérprete e o documento a ser interpretado. Essa concepção reduz preocupações sobre **como operar essa acoplagem**, embora, em casos específicos que serão demonstrados nesta tese, eles possam existir.

O Originalismo representa apenas uma maneira particular de se relacionar com a Constituição. Por meio dele, acredita-se que o significado da linguagem constitucional foi

fixado por ocasião da promulgação do texto — tese da fixação — e se conservará como tal, até que eventualmente seja alterado com observância das solenidades para tanto exigidas — princípio da constrição. A menos que um dado ordenamento jurídico estabeleça uma abordagem inconciliável, a compreensão sobre o que é a Constituição pode ser replicada em outros países.

Mas há pelo menos mais duas razões para concluir que a adoção do Originalismo por tribunais mundo afora é um empreendimento viável que não requer o beneplácito da Suprema Corte dos EUA e, em regra, dispensa uma atividade mais complexa:

- a) Substancialmente, a essência do Originalismo não é uma invenção norte-americana — e, portanto, rigorosamente, seu acolhimento não se traduz em uma transposição;
- b) Hoje, a literatura acadêmica comparatista já identificou decisões tipicamente originalistas proferidas por tribunais de todos os continentes do mundo.

A questão estava circunscrita a saber se — e em que medida — era possível que sistemas jurídicos recepcionassem com fidelidade institutos não autóctones. Porém, decifrar se é possível alocar o Originalismo "em sistemas jurídicos não nativos", aparentemente uma questão teórica controversa, se torna menos importante quando se descobre que, bem ou mal, isto já foi feito na prática mundo afora. Na célebre frase atribuída ao poeta francês Jean Cocteau, **“não sabendo que era impossível, ele foi lá e fez”**. E se foi feito, convém acrescentar, é porque era possível fazê-lo. O Originalismo é uma alternativa que já foi validamente escolhida em decisões de muitos outros países e uma das funções deste trabalho é também informativa. É preciso (bem) informar-se.

As duas razões elencadas acima, doravante, serão detalhadas.

6.3 O SENSO COMUM DO ORIGINALISMO COMO TEORIA ESTADUNIDENSE A SER EMPRESTADA

Como se viu, a partir das declarações da Reitora Jennifer Martínez, o Originalismo seria uma teoria constitucional norte-americana virtualmente inexistente fora dos Estados Unidos. Não se trata de uma opinião excêntrica, pelo contrário. Nas palavras de Michael Rappaport

(2017, p. 1), “[...] *originalism is very influential in the United States and sometimes said not to exist in the rest of the world* [...]”. Jamal Greene (2009, p. 3) já mencionou que “[...] o Originalismo é muito pouco celebrado fora dos Estados Unidos”. De maneira semelhante, em um trabalho publicado no ano de 2017, a Professora Yvonne Tew descreveu que, até recentemente, argumentos originalistas fora dos EUA não recebiam atenção acadêmica (Tew, 2017, p. 719).

Aqui, entretanto, é preciso adotar algumas cautelas. Norte-americanos nem sempre estão inteiramente cientes do que se desenvolve em países da América Latina, África e Ásia²¹¹. A afirmação de que uma dada teoria não é praticada fora dos Estados Unidos, quando proferida por um(a) professor(a) norte-americano, merece uma averiguação atenta.

Nomes nem sempre são necessários para que atividades sejam naturalmente descobertas e desempenhadas. No início deste capítulo, o beijo do lábio superior ilustrou essa assertiva. Assim também o “*jab*” desferido por lutadores de boxe. A palavra passou a ser utilizada no século XIX, mas o gesto pode ter sido intuitivamente descoberto em momento anterior, mesmo sem qualquer conhecimento teórico a esse respeito.

A crença de que a interpretação originalista só foi intuída e desempenhada por norte-americanos pode ser tão ingênua quanto a suposição de que o “beijo do lábio superior” só poderia ser vivenciado por aqueles que tiveram contato com o Kama Sutra ou de que o “*jab*” seria reproduzido unicamente por pugilistas versados no boxe. Mas acreditar nisso não traduz apenas uma ingenuidade. Há também um senso comum a ser desconstruído pela **descolonização do Direito**, movimento acadêmico que enfatiza o estudo de experiências para além do eixo Europa-Atlântico Norte. Assumir a premissa norte-americana em teoria do Direito, mesmo em temas como Originalismo, pode revelar um pensamento despido de valor emancipatório.

Norte-americanos não inventaram a roda ou descobriram o fogo na interpretação constitucional. Bem antes, romanos já diziam que “*non lex est quod scriptum est; sed quod legislator voluit; quod iudicio suo probavit et recepit*” (Cavalcanti, 1902, p. 243). Séculos

²¹¹ Mesmo aqueles de elevada escolaridade às vezes podem cultivar crenças desinformadas sobre o que se passa fora dos Estados Unidos. Por exemplo, que o idioma espanhol é a língua oficial brasileira, que a Capital Federal é o Rio de Janeiro *etc.* De um modo geral, Professores e doutorandos de universidades públicas brasileiras são proficientes na leitura de pelo menos três línguas; nos Estados Unidos, inclusive pela importância mundial do inglês, raramente professores e estudantes estão habilitados para uma pesquisa em mais do que dois idiomas. Um constitucionalista brasileiro está apto a discorrer sobre interpretação constitucional na Alemanha e seu repertório permite referenciar teorias desse país, indicando os correlatos autores. Um constitucionalista norte-americano — não comparatista — talvez não consiga e nem pretenda.

depois, em um primeiro momento histórico, a hermenêutica teológica e a hermenêutica filológica europeias procuravam “tanto para a literatura como para a Bíblia pôr a descoberto o **sentido original dos textos**” (Gadamer, 1999, p. 274). Conforme já foi demonstrado quando do exame da origem do Originalismo, juristas britânicos do século XVIII já sustentavam que “[...] a maneira mais racional de interpretar a vontade do legislador consiste em explorar suas intenções no momento em que a lei foi elaborada” (Blackstone, 1983, p. 59).

É irrelevante que estas abordagens, tais como praticadas em outras épocas, não tenham sido explicitamente chamadas de Originalismo: a interpretação tinha como fim colimado o significado original, aspecto este constritor. À luz das evidências históricas, não seria exagero suscitar a hipótese de que o próprio “Originalismo norte-americano” — aquele de Thomas Cooley, não o politicamente reativo e auto-consciente de Bork — pode ser fruto de uma transposição, não do nascimento em um sistema nativo. Mas não parece importante comprovar isso, razão pela qual este aspecto não será aprofundado. Bem ao contrário do raciocínio inventivo que produziu o primeiro avião, cuja atribuição de autoria é objeto de disputa entre Santos Dumont e os irmãos Wright, a paternidade do Originalismo como teoria constitucional é uma discussão estéril e que jamais renderia uma premiação acadêmica. O motivo é simplório: inexistente genialidade na inventividade; trata-se de uma compreensão demasiadamente natural e intuitiva da comunicação humana.

6.4 O ORIGINALISMO PRATICADO FORA DOS ESTADOS UNIDOS: O QUE O DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO TEM A ENSINAR

É interessante perceber que os próprios originalistas norte-americanos, quando se aventuram na análise de outras constituições do mundo, acabam conservando o olhar originalista. Por exemplo, quando veio a analisar o texto constitucional da África do Sul, da Alemanha e até mesmo de leis da Nova Zelândia, Rappaport (2017, pp. 3-6) utilizou o Originalismo. Exemplos desta natureza, embora sejam indicativos de que essa abordagem serve ao estudo e compreensão de outras constituições do mundo, são menos representativos — porque ilustram hipóteses de juristas norte-americanos que analisaram constituições estrangeiras. É mais persuasivo apontar **estrangeiros** que foram alcançados pela influência norte-americana ou que intuitivamente trilham os mesmos passos interpretativos e

metodológicos originalistas. Este é o objetivo deste tópico. Apesar das variações com as quais argumentos originalistas são adotados, é possível vislumbrar essa abordagem em inúmeras experiências alheias à América do Norte. Ao longo deste capítulo, apontou-se a presença do Originalismo na Bolívia, Taiwan, Japão e Singapura. Muitos outros exemplos podem ser fornecidos.

A Corte Constitucional da África do Sul, na análise de Yvonne Tew, realizou uma abordagem com argumentos originalistas no caso *S v. Makwanyane*, quando o Tribunal se guiou pela premissa de que juízes devem observar **os compromissos expressamente firmados pela geração que constituiu a nação**, concluindo pela impossibilidade da pena de morte (2017, p. 721).

No caso *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor* (2010), a Corte de Apelação de Singapura²¹² adotou uma versão originalista textualista para concluir pela possibilidade da pena de morte (Tew, 2017, pp. 721-722). Asseverou-se que a ausência de proibição textual explícita e específica quanto a penas desumanas no documento demonstraria a compreensão original dos *framers*, que, mesmo tendo conhecimento dessas reprimendas na época, deliberadamente não se opuseram à sua implementação (Tew, 2017, p. 731). O Originalismo de Singapura é mais centrado na ideia de texto e precedentes, sendo considerado uma abordagem típica de prudência que conduz ao *judicial restraint* e à deferência às maiorias legislativas (Tew, 2017, p. 732). Fora dos tribunais, entretanto, bem ao contrário do que sucede nos Estados Unidos, o Originalismo não assume uma função populista ou proeminente no debate público (Tew, 2017, p. 733).

Na Malásia, o Originalismo é usualmente empregado por pessoas politicamente progressistas que pretendem convencer juízes a ampliarem direitos fundamentais. Ao contrário do que sucede em Singapura, a abordagem originalista não é associada à constrição judicial (Tew, 2017, p. 729). Invocam-se evidências históricas e pretensões dos *founders* para afastar a interpretação expansiva que setores conservadores imprimem à cláusula islâmica, portanto, o Originalismo da Malásia está a serviço da luta secularista (Tew, 2017, p. 727). É curioso perceber que a variante originalista encontrada na jurisprudência desse país é tipicamente lastreada nas intenções dos Constituintes, ou seja, a abordagem deriva da matriz conhecida como *original intent* (Tew, 2017, p. 722). Bem se viu, essa roupagem está em franco desuso no atual estado da arte do constitucionalismo norte-americano.

²¹² As duas formas são hoje admitidas pelo vernáculo: Singapura ou Cingapura. Nesta tese, padronizou-se a grafia com a primeira delas.

Baseando-se nos **propósitos** do projeto constitucional original, à semelhança da tipologia identificada no constitucionalismo japonês, a Suprema Corte da Índia, no caso *Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India* (2015), fez uso de argumentos originalistas para se pronunciar sobre o processo de indicação de juízes para os tribunais de cúpula, inclusive buscando apoio em debates da Assembleia Constituinte (Tew, 2017, p. 723). Tradicionalmente, o processo de investidura dos juízes na Suprema Corte indiana tinha início por meio de um colegiado onde o *Chief Justice* e *Justices* mais antigos eram detentores da primazia na indicação. Após uma alteração promovida por uma emenda à Constituição e por uma lei, essa prerrogativa de indicação passaria a ser de uma comissão nacional. A Suprema Corte da Índia se valeu de argumentos originalistas para fundamentar a desconformidade da reforma com **os propósitos constituintes que fundaram a nação**, asseverando que, de acordo com evidências históricas, a independência judicial compunha uma porção inalterável do texto (Tew, 2017, p. 734).

A constituição da Índia não explicita um rol de cláusulas pétreas, característica típica dos documentos constitucionais desta geração, mas, de maneira a conservar a identidade do documento, a jurisprudência da Corte desenvolveu a doutrina da Doutrina da Estrutura Básica (caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*), por força da qual, a despeito do silêncio constitucional, haveria uma estrutura fundamental inabólvível no texto constitucional (Fonteles, 2022, p. 50). Embora a Suprema Corte indiana não adira, de maneira consistente, a um único método interpretativo — à semelhança do Supremo Tribunal Federal brasileiro ou da Suprema Corte dos EUA, ambos descritos como “pluralistas” ou “eccléticos” —, a história constitucional está presente na prática constitucional indiana e abordagens originalistas podem ser encontradas (Tew, 2017, pp. 734-736).

Na Austrália, em um primeiro momento, a *High Court* era tida como menos apegada ao texto constitucional, período durante o qual o tribunal adotou a doutrina norte-americana da imunidade intra-governamental e desenvolveu uma concepção de poderes reservados dos Estados como uma conclusão pretensamente implícita no sistema federal (Calabresi, Silverman & Braver, 2016, pp. 378-379). Porém, sobretudo a partir da decisão proferida no chamado *Engineers’ case*, que promoveu um *overruling* na doutrina da imunidade intra-governamental implícita, criou-se uma “tradição australiana de devoção ao legalismo e positivismo” (Calabresi, Silverman & Braver, 2016, p. 379). Nesse contexto estabelecido em *Engineers’ case*

(1920)²¹³, a cultura jurídica australiana passou a exigir que tribunais seguissem de perto as palavras de qualquer texto legal que estava sendo interpretado, **atribuindo-lhes o seu significado ordinário** (Calabresi, Silverman & Braver, 2016, p. 383). Com isso, aproximou-se sobremaneira da abordagem originalista. A propósito, a tendência de prestigiar o significado imprimido pelos redatores do documento e de recorrer ao elemento histórico para discerni-la tem sido historicamente explicitada²¹⁴. Para se ter ideia, alguns comparatistas chegaram a dizer que “Justice Scalia encontraria, na Austrália, muito daquilo que aprecia” (Calabresi, Silverman & Braver, 2016, p. 383).

A experiência australiana demonstra que o Originalismo pode atuar em formas e sistemas de governo diversos daqueles encontrados nos Estados Unidos. Quanto à forma de governo — meio pelo qual o poder é alcançado e a relação estabelecida entre governantes e governados —, a Austrália é uma monarquia. Seu sistema de governo — relação entre os poderes Legislativo e Executivo — é parlamentarista²¹⁵.

Também é relevante perceber que, a despeito da sua constituição rígida e escrita, no que se aproxima dos Estados Unidos, não existe um catálogo expresso de direitos fundamentais, este último traço à semelhança do Reino Unido (Calabresi, Silverman & Braver, 2016, p. 384). Isso porque, na visão do Império Britânico do final do século XIX (1890's), a ideia de elaborar um elenco de *Bill of Rights* soava como uma reminiscência histórica do século XVIII, sendo considerada como moderna a percepção de que tais direitos são relativos e deveriam ser equilibrados quando mutuamente confrontados (Calabresi, Silverman & Braver, 2016, p. 384).

Por fim, o Direito Constitucional da Indonésia é norteado por uma **ideologia fundante** que vem sendo denominada de *Pancasila*. Seu conteúdo consta do preâmbulo da Constituição de 1945, que positivou cinco princípios constitutivos: a) “um único Deus”; b) “uma humanidade justa e civilizada”; c) “a unidade da Indonésia”; d) “uma vida democrática conduzida pela sabedoria das ideias em deliberação entre os representantes do povo” e e) “alcançar a justiça social”.

²¹³ *Amalgamated Society of Engineers v. Adelaide Steamship Co. Ltd. (Engineers' Case)* (1920) HCA 54; (1920) 28 CLR 129.

²¹⁴ Inclusive, em momento anterior a 1920. No Brasil, esse aspecto foi ricamente explorado na tese de doutorado de Cesar Mecchi Morales (2011, pp. 49-52) que, por sua vez, colacionou exemplos fornecidos por Jeffrey Goldsworthy. Dentre outros *cases* com abordagem originalista mais explícita no constitucionalismo australiano, destacam-se (Morales, 2011, pp. 49-52): *Union Label* (1904); *King v. Jones* (1972); *McGuire v. Simpson* (1977); *Cooper Brooks v. FCT* (1981); *Cole v. Whitfield* (1988); *New South Wales v. Commonwealth* (1990); *Cheattle* (1993).

²¹⁵ No que concerne à divisão do poder em função do espaço, a Austrália é um Estado Federal, que congrega 6 (seis) Estados-membros, criado no ano de 1900 por um ato da Rainha Vitória (Calabresi, Silverman & Braver, 2016, p. 378).

Segundo a literatura especializada, a metanorma *Pancasila* resultou de um acordo estabelecido entre os “*Founders* indonésios” (Taufik, 2018, p. 71) e se traduz na própria “fundação” desse país (Bertrand, 2019, p. 4). A legislação da Indonésia elevou essa ideologia à posição de “fonte de todas as fontes do Direito” (artigo 2º, Lei n.º 12/2011), razão pela qual seu *status* veio a ser apontado por estudiosos como uma espécie de *grundnorm* ou “estrela guia” na interpretação constitucional (Pranoto, 2009).

Todo essa infraestrutura tem consequências práticas no discernimento do significado original de cláusulas constitucionais. Hoje, frações sociais disputam o significado da constituição da Indonésia, inclusive reivindicando a pretensa existência de uma “cláusula islâmica” no artigo 29(1), segundo o qual o Estado deve basear-se na crença “de um único Deus”. Como se vê, trata-se de um componente da ideia de *Pancasila*, que acaba por não endossar religiões politeístas e tampouco acomoda o ateísmo²¹⁶.

Contudo, o significado original do artigo 29(1) há de ser discernido à vista das evidências histórico-linguísticas. Em 1 de junho de 1945, Soekarno, um *framer* da constituição indonésia, proclamou a “crença em Deus” como um princípio *Pancasila*. O princípio foi conservado pela comissão que redigiu o anteprojeto do documento e está hoje positivado na redação constitucional (Taufik, 2018, p. 71). Antes de promulgado o texto final, uma reformulação do princípio do único Deus foi proposta para exigir a aplicação da *Sharia*. Entretanto, a iniciativa muçulmana foi rejeitada (Taufik, 2018, p. 71). Ao explicar o contexto da *Founding Era* na Indonésia, Bertrand (2019, p. 3) assevera: “*Nationalist leaders Soekarno and Mohammad Hatta [...] shunned potentially divisive tools of mobilization, such as religion. Their views clashed with competing groups [...] which espoused Islam [...]*”. Ao final desse embate, conclui, “*nationalists under Soekarno and Hatta prevailed at the time of drafting a constitution*” (Bertrand, 2019, p. 3). Em suma, à vista da História Constitucional na Indonésia e do significado contemporâneo à feitura do documento, a cláusula constitucional expressa no artigo 29(1) não traduz uma cláusula islâmica e não endossa um Estado islâmico.

É possível dizer, portanto, que o significado original dos pilares que constituem a ideia de *Pancasila* representa o próprio significado original da Constituição indonésia de 1945 e o prestígio semântico desse documento deriva do fato de que foi concebido pelos fundadores da ordem constitucional, perspectiva adotada como uma bússola na leitura dos demais dispositivos

²¹⁶ O Governo Indonésio reconhece apenas 6 (seis) religiões: Islã, Protestantismo, Catolicismo, Hinduísmo, Budismo e Confucionismo.

do ordenamento indonésio. A rigor, o objeto de disputa entre frações sociais tem sido, em casos como o da pretensa cláusula islâmica, o *original meaning*.

Seria possível avançar com mais experiências estrangeiras de interpretações constitucionais pautadas no significado original e que fizeram uso típico de uma abordagem originalista, mas os exemplos fornecidos cumpriram a contento o seu papel ilustrativo.

A hipótese Martínez, tal como apresentada no início deste capítulo, não é de todo incorreta. É mesmo verdade que o Originalismo perde muito da sua influência fora dos Estados Unidos e que muitas nações democráticas tendem a rejeitá-lo. Também é verdadeiro que a **teoria** e a **metodologia** originalistas norte-americanas são as mais desenvolvidas no cenário mundial. Por fim, a dimensão sociocultural é irreplicável em outras nações.

Se — e somente se — compreendida com todas as reservas aqui registradas, a hipótese Martínez pode ser classificada apenas como imprecisa e insatisfatória²¹⁷. Contudo, não é acurado reduzir a interpretação constitucional baseada no significado original a um empreendimento norte-americano. Em geral, a transposição do arcabouço teórico desenvolvido nesse país será desnecessária.

Por fim, já não se trata de uma abordagem inexistente fora da América, pelo contrário: a interpretação originalista está hoje em todos os continentes. Agora, resta examinar o que mais importa: o Originalismo no Brasil. Ao longo deste capítulo, viu-se que a aderência do Originalismo ao sistema de *common law* é mais desafiadora, comparativamente, que ao sistema de *civil law*. Demonstrou-se também que, a depender da corrente adotada, o Originalismo radica-se na ideia de soberania popular, no caráter escrito de uma constituição, na comunicação humana ou no Direito Positivo.

Pois bem. Todos esses aspectos convergem para a viabilidade de uma experiência originalista na República Federativa do Brasil. O tema merece um capítulo à parte.

²¹⁷ No Brasil, há versões mais radicais — e ainda mais incorretas — do que a hipótese Martínez: "Trata-se de uma excentricidade [Originalismo] [...] que não encontrou ressonância em nenhum outro sistema jurídico democrático" (Souza Neto e Sarmiento, 2012, pp. 339-340).

7 A DOUTRINA BRASILEIRA DO SIGNIFICADO ORIGINAL

O Originalismo pode ser uma proposta de interpretação constitucional mais ou menos convincente, a depender do *design* que se verifica no sistema jurídico onde se pretende adotá-lo. Conforme demonstrado no capítulo anterior, determinados arranjos institucionais podem facilitar ou dificultar a acomodação dessa jusfilosofia. Por sua vez, inúmeros fundamentos concorrem para explicá-la como fenômeno.

Pois bem. No Brasil, todos esses elementos convergem para estabelecer um ambiente propício a uma interpretação constitucional originalmente orientada (ICOR). Se isto é desejável, cuida-se de uma valoração que escaparia a estes propósitos.

A República Federativa do Brasil é um Estado de Direito com um sistema de tradição *civil law*, regido por uma constituição escrita, recente e que, tal como elaborada por representantes do povo em Assembleia Nacional Constituinte, acolheu a soberania como princípio fundante (art. 1º, I, CF/88). Por sua vez, o Direito Positivo brasileiro não se afigura como obstáculo para abordagens originalistas, desde que as consequências práticas da decisão, quando acomodadas pela linguagem constitucional, também sejam tomadas em consideração (art. 20, LINDB)²¹⁸. E se razões de comunicação humana realmente justificam uma interpretação guiada pelo significado original, premissa que varia em função da corrente adotada, Constituintes brasileiros e seus destinatários também satisfazem essa condição, como seres humanos que eram e que são.

Portanto, pelo menos em princípio, o caminho investigado no último capítulo para a adoção do Originalismo está desobstruído. O sistema jurídico nacional não proíbe que o significado original da Constituição de 1988 seja tomado em consideração como um elemento fixo e constritor²¹⁹.

²¹⁸ O artigo 20 da LINDB, com a redação conferida pela Lei n.º 13.655/2018, estatui: "Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.". Somente uma concepção mais restrita, típica de um Originalismo Exclusivo, rejeitariam a tese do significado original com base no dispositivo da LINDB. Nos Estados Unidos, trabalhos respeitáveis têm sustentado uma posição intermediária favorável ao Originalismo Inclusivo, ou seja, que inclui e convive com outras teorias que se mostrem compatíveis com o significado original (Baude, 2015, p. 2355).

²¹⁹ Possibilidade ou obrigatoriedade, trata-se de uma questão que não será aqui dirimida porque a resposta pode variar em função do tipo de norma constitucional e da linguagem empregada.

Mas é um engano achar que, em um amplo labirinto de possibilidades para efetuar uma travessia, uma passagem tão específica será escolhida pelo só fato de que o seu acesso está livre e desimpedido. Há outras alternativas desobstruídas na interpretação constitucional.

Como foi visto no capítulo antecedente, o Originalismo depende da conjugação de dois fatores: a) um ordenamento jurídico que obrigue ou pelo menos permita a consideração do significado original como elemento fixo e judicialmente constritor; b) se — e somente se — satisfeita a condição anterior, magistrados deverão ou poderão, respectivamente, ser originalistas.

Resta saber, então, sobre a disposição dos juízes brasileiros para a adoção do Originalismo (b). É preciso elucidar se — e em que medida — a jurisdição constitucional brasileira acolhe essa jusfilosofia. A dificuldade inicial para esse empreendimento decorre do fato de que, no controle difuso de constitucionalidade, milhares de juízes e dezenas de tribunais podem proferir decisões que eventualmente acolham premissas e conclusões originalistas. Aliás, alguns magistrados podem fazê-lo sem que sequer tenham consciência disso e, nestas circunstâncias, palavras-chave não costumam ser empregadas.

Esse obstáculo será reduzido com um **primeiro recorte** que delimite o objeto de pesquisa. Para os fins desta investigação, somente serão analisados os provimentos jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal, quer se trate de controle difuso ou concentrado. A pergunta mais refinada, então, passa a ser: o Originalismo tem sido uma prática aceita pelo STF?²²⁰

O **segundo recorte** é temporal. Na longa jurisprudência desse órgão judicante, a pesquisa se centra naquilo que ocorreu **a partir** da chamada Era Constituinte (1987-1988), prolongando-se até os dias atuais. O cerne é o significado original da Constituição de 1988, não de experiências constitucionais anteriores. O objetivo é esclarecer a capilaridade dessa metodologia na mais Alta Corte, à luz da ordem constitucional em vigor, inclusive seu potencial persuasivo em relação aos Ministros. Dados sobre a aceitação do Originalismo no STF interessam, por exemplo, aos profissionais que atuam na litigância estratégica. Daí porque optou-se por um recorte temporal que incluísse a atualidade.

²²⁰ O enfoque confere mais objetividade à investigação, mas, apesar desse filtro, será sempre possível encontrar acórdãos da mais Alta Corte que, embora não tenham feito uso de uma linguagem típica das abordagens originalistas, substancialmente incorporaram elementos teóricos dessa jusfilosofia. Logo, os achados neste capítulo não são exaurientes.

Sucedee que o Direito Constitucional Brasileiro não se reduz àquilo praticado pela jurisprudência. Também existe Direito fora dos Tribunais e estes nem sempre proferem decisões tecnicamente corretas. Mais do que meramente **descrever** se o Originalismo tem sido uma prática aceita pelo STF, optou-se por incursionar em uma camada mais profunda: como Constituintes interpretavam normas jurídicas e o que eles e elas esperavam da interpretação na jurisdição constitucional? Que tipo de interpretação jurídica gozava de prestígio na Era Constituinte (1987-1988)? O Originalismo encontra respaldo histórico-documental ou as evidências indicam que essa maneira de aproximação da Constituição de 1988 era rejeitada pelos operadores do Direito da época? Aqui, tem-se uma abordagem **normativa**.

Muitos achados relevantes sobre as questões levantadas foram localizados em fontes jurídicas extrajudiciais, a exemplo dos atos que emanam dos demais Poderes da República, trabalhos acadêmicos da época, pareceres técnicos e documentos históricos da Assembleia Nacional Constituinte. Portanto, a incursão foi efetuada em uma base mais ampla, vale dizer, na **cultura jurídica brasileira** da Era Constituinte (1987-1988)²²¹.

Neste segundo enfoque, mais rico, dois grandes referenciais são explorados de maneira cumulativa para testar a presença de uma “doutrina brasileira do significado original”:

- (i) influência da doutrina da *mens legislatoris* e da *mens legis*, expressões latinas que, no Brasil, se tornaram mais usuais na designação de um significado original em sentido amplo;
- (ii) inexistência ou consistente rejeição da doutrina das mutações constitucionais, o que permite atingir um estado de coisas tipicamente originalista.

Conjugando-se ambos, tem-se um quadro muito propício a uma interpretação constitucional originalmente orientada (ICOR). Neste capítulo, somente o primeiro item será explorado, reservando-se o segundo a um momento posterior.

²²¹ Dados relativos a períodos mais remotos somente foram fornecidos a título de contextualização sobre o desenvolvimento e a origem de categorias jurídicas.

7.1 O ORIGINALISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Originalismo sempre esteve rondando o Supremo Tribunal Federal, mas, ao longo dos anos, a Corte quase não pronunciou essa palavra. Menções são raríssimas e conhecê-las é fundamental para o raciocínio que aqui será desenvolvido. Conforme será demonstrado, nem sempre as ferramentas mais comuns de pesquisa permitirão acessar esses achados.

7.1.1 A histórica rejeição do *original intent* pelo Ministro Celso de Mello

Um dos mais relevantes achados sobre Originalismo na jurisprudência do STF não pode ser acessado pela ferramenta de pesquisa disponibilizada no *site* do Tribunal, que, a despeito da sua grande utilidade, ainda possui debilidades²²². Para examiná-lo, foi necessário se servir da base de dados do Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Paraná.

No ano de 1991, o à época Ministro Celso de Mello proferiu um voto intrigante sobre a pretensa auto-aplicabilidade da regra constitucional que proibia taxas de juros reais superiores a 12% ao ano. A controvérsia estava circunscrita a saber se o artigo 192, § 3º, na sua redação original²²³, carecia de lei regulamentadora para produzir seus efeitos ou se era bastante em si mesmo.

O requerente, Partido Democrático Trabalhista (PDT), deduziu uma pretensão em juízo favorável à incidência **direta** da norma constitucional, apresentando uma argumentação que buscou apoio nos recentes trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Argumentou-se que, em questão de ordem suscitada com o propósito de elucidar a dúvida objeto do julgamento, os Constituintes Vivaldo Barbosa e Bernardo Cabral haviam sido explícitos a favor da auto-

²²² Por exemplo, a base "acórdãos" abrange somente as **principais** decisões proferidas pelos órgãos colegiados do STF e que foram publicadas após 06/07/1950. Porém, essa investigação não alcança o inteiro teor dos provimentos jurisdicionais. Para acessar esse conteúdo mais restrito, é necessário efetuar uma pesquisa avançada, mas esta só inclui a íntegra de acórdãos publicados após 31/12/2011. Por sua vez, a base "decisões monocráticas" também não exaure seus exemplares. Somente as principais decisões constam da base de dados, excluindo-se as repetidas.

²²³ Art. 192, § 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

aplicabilidade. Após colacionar as evidências históricas, o postulante apontou que este teria sido o significado pretendido pelos Redatores do texto constitucional.

A iniciativa do PDT foi bastante simbólica.

Na prática, o STF estava sendo desafiado a se posicionar sobre um tema muito complexo na teoria constitucional: se, e em que medida, significados originais obrigariam juízes a observá-los, se é que seria possível discerni-los. A Constituição de 1988 havia sido promulgada há pouco mais de dois anos, portanto, era bastante comum invocar os trabalhos constituintes como indicativos de um pretense significado atribuído ao texto pela Assembleia Nacional. É como se o significado original se deslocasse em um movimento retilíneo, dotado de energia cinética, mas viesse a sofrer os efeitos da força de resistência do tempo. Com uma Assembleia Nacional tão recente, a força desse significado ainda estava vívida.

Com isso, formou-se uma encruzilhada político-teórica. Se o STF optasse por reconhecer a doutrina do significado original, poderia ser “imobilizado” pela Constituição. Um desfecho dessa natureza não costuma ser atrativo para grande parte dos magistrados. Por outro lado, refugiando-se em argumentos como o das mutações constitucionais, o Supremo estaria muito perto de afirmar que o significado de um texto constitucional não seria minimamente duradouro, vale dizer, estaria vulnerável a modificações informais em um **brevíssimo** espaço de tempo. A propósito, em menos de três anos. Tamanha a volatilidade dessa concepção, o posicionamento poderia frustrar um país empenhado em vivenciar o documento que promulgou.

O caminho trilhado por Celso de Mello foi sofisticado para a época. A tese não foi recebida com indiferença, muito pelo contrário. Diante da fundamentalidade do que estava em jogo — a resistência do significado da Constituição, pouco tempo após a sua promulgação —, antes de incursionar no mérito da causa submetida, “pareceu relevante estabelecer” aquilo que o Ministro classificou como uma “premissa”. Foi exatamente nesse momento que, do que se tem notícia, um Ministro do Supremo Tribunal Federal se posicionou pela primeira vez, explicitamente, a respeito do tema de maior polarização no constitucionalismo norte-americano: o (des)acolhimento do Originalismo — ali contextualizado para a Constituição Brasileira de 1988.

Confrontado pelos dados histórico-legislativos, a reação do Ministro Celso foi de enfrentar ostensivamente o ponto nevrálgico perante o qual magistrados experientes têm, ainda nos dias de hoje, se esquivado. Suas palavras merecem ser transcritas²²⁴:

A invocação do valor desse método interpretativo — que considera, como pontos essenciais no processo de revelação da vontade constituinte, subjacente às formulações normativas consubstanciadas na Constituição, **os trabalhos parlamentares — introduz o tema,** tão versado na literatura jurídica, nacional e comparada, **da investigação do "original understanding", isto é,** a busca do pensamento e **a pesquisa da intenção originária dos constituintes** (Enrique Alonso Garcia, op. cit., p. 142).

O originalismo, contudo — enquanto designação doutrinária desse método de interpretação — **possui um peso específico, porém relativo,** na exata medida em que **os seus postulados não condicionam e nem vinculam o intérprete** na definição e na fixação do alcance do sentido normativo das regras constitucionais (Grifo próprio).

Em um mundo sem *internet*, a familiaridade de Celso de Mello com o Originalismo norte-americano, ao ponto de fundamentadamente valorá-lo quanto ao peso, no ano de 1991, demonstrou erudição e atualização em relação aos debates mais recentes no Direito Constitucional dos EUA.

Ao avaliar a viabilidade do Originalismo como alternativa de abordagem na interpretação da recém-promulgada Constituição de 1988, pelo menos 3 (três) elementos encontrados no voto podem ser havidos como **estruturais** nesta tese. Em razão disso, todos reclamam uma análise mais detida e que transcende, em importância e autonomia didática, a própria manifestação de Celso de Mello:

- (i) o peso relativo atribuído às intenções originais;
- (ii) a íntima relação existente entre Originalismo e elemento histórico;
- (iii) a negação de uma vertente do Originalismo mediante a afirmação de outra vertente originalista;

Vejamo-los.

²²⁴ STF, ADIn 4-7 - DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 7/3/1991.

7.1.1.1 O peso relativo do *original intent*

Primeiro, para Celso de Mello, “o originalismo possui um peso [...] relativo”²²⁵, mas não insignificante. Esse aspecto essencial é exteriorizado com muita clareza em outros trechos do mesmo julgamento, como, por exemplo, ao pontuar: “[n]ão questiono o relevo indiscutível que assume, no plano da hermenêutica constitucional, o elemento histórico”. Como se vê, não se trata de um dado a ser desconsiderado. Quando se referiu aos trabalhos parlamentares e à intenção do Constituinte, o Ministro foi inequívoco: “**trata-se de elemento de grande importância na exegese histórica do próprio processo de elaboração constitucional**”.

De fato, independentemente da corrente ou escola adotada, o significado original não é um elemento a ser desprezado na interpretação constitucional. Se um provimento jurisdicional aponta supostas mutações constitucionais (significado substituto), mas não indica o significado original (significado substituído), opera-se um salto argumentativo que deixa uma perigosa lacuna na construção discursiva da fundamentação. O posicionamento firmado por Celso de Mello reforça aquilo que já foi dito no Capítulo relativo à Metodologia: existem boas razões para acreditar que todos — originalistas ou não — devem estar aptos a pesquisar o significado original, porque, como ponto de partida ou de chegada, este é um dado relevante em qualquer interpretação constitucional (Segall, 2018, p. 8; Brest, 1980, p. 205; Balkin, 2011, p. 12; Wurman, 2017, p. 8; Barrett, 2017, p. 1924; Greene, 2009, p. 9).

A propósito, a defesa do elemento histórico como dotado de peso relativo, tal como assumida nesse *leading case*, voltou a ser reafirmada por Celso de Mello mais de uma década depois²²⁶. Para se ter ideia da relevância, em voto proferido no MI 107-DF, o magistrado da mais Alta Corte chegou mesmo a dizer que “[n]ão é possível fazer abstração de um dado histórico da elaboração constitucional”, ao reconhecer que a ANC havia deliberadamente suprimido poderes do STF e isto haveria de ser aceitado pelo próprio tribunal.

Bem analisadas as coisas, percebe-se que é comum encontrar juristas brasileiros que não atribuem ao elemento histórico uma posição de prestígio ou protagonismo, mas nenhum deles

²²⁵ STF, ADIn 4-7 - DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 7/3/1991. Salvo expressa disposição em contrário, esta é a fonte das demais transcrições de Celso de Mello neste tópico.

²²⁶ STF, ADI MC 2.010/DF, DJU 12/04/2002. “Debates parlamentares e interpretação da Constituição. **O argumento histórico**, no processo de interpretação constitucional, não se reveste de caráter absoluto, **qualifica-se**, no entanto, **como expressivo elemento de útil indagação das circunstâncias que motivaram a elaboração de determinada norma inscrita na Constituição, permitindo o conhecimento das razões que levaram o constituinte a acolher ou a rejeitar as propostas que lhe foram submetidas**” (Grifo próprio).

considera que dados dessa natureza são descartáveis. No limite, diz-se que “[...] é pacífico em doutrina que a interpretação histórica, por si só, desempenha um papel secundário, coadjuvante.”²²⁷.

A verdade, entretanto, é que nem mesmo originalistas costumam trabalhar com o elemento histórico de forma isolada. O texto também desempenha um papel central e sua correta interpretação por vezes requer uma visão lógica e sistêmica do todo. Logo, quando se diz que o elemento histórico não tem um peso decisivo, **isoladamente considerado**, esta é uma proposição raramente controvertida na literatura.

7.1.1.2 A íntima relação entre Originalismo e elemento histórico

A invocação do elemento histórico pelo PDT, que se fez acompanhar da descrição de trabalhos parlamentares na ANC, tinha um objetivo muito claro: estabelecer o significado que se supunha ter sido atribuído pelos Redatores. Celso de Mello corretamente associou essa abordagem ao Originalismo, tal como difundido nos Estados Unidos.

Este é um aspecto **fundamental**. O requerente não utilizou a expressão “Originalismo” e nem precisava tê-lo feito. A *ratio* subjacente à argumentação era tipicamente originalista e o Ministro Celso teve discernimento para identificar corretamente a abordagem.

Embora não seja inteiramente preciso, é bastante comum raciocinar a interpretação originalista simplesmente como “elemento histórico”, ainda que originalistas também se valham dos demais elementos típicos da interpretação constitucional. No processo de comunicação estabelecido na comunidade jurídica, **decisões historicamente adotadas pelos Constituintes** são referidas simplesmente como “elemento histórico” por aqueles que as invocam ou perante quem esses dados são invocados. Além disso, quando todas as evidências históricas disponíveis convergem em uma investigação empírica para demonstrar um dado significado original, originalistas geralmente se dão por satisfeitos. Daí porque,

²²⁷ STF, MS 32.326 MC/DF, Min. Roberto Barroso, j. em 02/09/2013. Barroso é um utilizador contumaz dos elementos de Savigny, mas é importante sublinhar que, examinando-se os escritos *originais* do jurista alemão, extrai-se que o elemento histórico não é menos importante que os demais (Savigny, 1878, p. 150). O protagonismo é o mesmo. Quanto ao uso **isolado** do elemento histórico, Savigny também não o aconselha, mas não porque esse elemento seria isoladamente insuficiente. Na verdade, todos eles são individualmente insuficientes (Savigny, 1878, p. 150). O jurista alemão sustenta que sejam combinados. Voltamos ao tema neste capítulo.

contextualmente, a expressão “elemento histórico” está intimamente ligada à abordagem originalista.

A literatura especializada elevou essa associação a uma quase identidade: diz-se mesmo que, nos Estados Unidos, a abordagem histórica da interpretação é conhecida como Originalismo (Grote, 2019, p. 7). No Brasil, essa importante correlação foi apontada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2012, p. 339): “Nos Estados Unidos, há uma corrente conservadora que advoga a primazia do elemento histórico da interpretação constitucional: o **originalismo**”. Tamanha a imbricação dos assuntos, os professores da Escola Fluminense de Direito Constitucional reservaram um tópico, na sua obra, intitulado “O elemento histórico, o originalismo e a vontade do constituinte” (2012, p. 338). Por fim, Virgílio Afonso da Silva (2010, pp. 95-96) se refere a um “enfoque originalista ou histórico-genético”.

Por apreço à acurácia, o mais correto é compreender que não há uma relação **de identidade** entre Originalismo e elemento histórico. Primeiro, porque muitos juristas, que rejeitam o significado original, se servem do elemento histórico para discernir o significado **atual**. Neste caso, a História é empregada como ferramenta para, elucidando-se aquilo que um dia foi, inferir o que hoje é. Segundo, quase todos os constitucionalistas reconhecem algum valor ao elemento histórico, mesmo que não seja decisivo. Neste caso, a distância do Originalismo será tão próxima quanto maior for o prestígio que se atribui a esse elemento. Ou seja, são unidades diretamente proporcionais. Terceiro, apesar da estreitíssima relação entre Originalismo e elemento histórico, também será usual efetuar interpretações originalistas por meio de outros elementos, sobretudo — e, portanto, não somente — o gramatical e o sistemático²²⁸, quando, por exemplo, estes são empregados como meio para alcançar o significado original. Porém, no Brasil, não é da tradição jurídica falar em “significado original”. Historicamente, juristas e tribunais brasileiros optaram por expressões latinas como *mens legislatoris* ou *mens legis*. Este ponto em específico será aprofundado ao longo deste capítulo.

Conclui-se que, mesmo não sendo exatamente a mesma coisa, o vínculo entre Originalismo e elemento histórico é dos mais estreitos e chega a ser tratado como se fossem sinônimos. De fato, a pesquisa pelo elemento histórico já constitui seguramente o primeiro passo em direção ao significado original e essa abordagem de trabalho costuma ser **protagonizada** por originalistas. Mas considerar o elemento histórico como decisivo é

²²⁸ Nos anos 80, durante a Primeira Onda do Originalismo, Edwin Meese III já sustentava que qualquer abordagem “verdadeira” de interpretação constitucional deveria respeitar a constituição “em todas as suas partes” e ser fiel a essa constituição “por inteiro” (Meese III, 1985, p. 28). A interpretação sistemática é uma modalidade respeitada em meio aos originalistas.

contingente: **pode ser** o segundo e último passo. Esta é uma possibilidade, não uma obrigatoriedade, porque, por vezes, o significado original será melhor demonstrado pela interpretação sistemática, teleológica *etc.*

7.1.1.3 A negação do Originalismo por meio de princípios típicos do Originalismo

É precipitado concluir, a partir das palavras de Celso de Mello, que o Ministro estaria recusando qualquer compromisso com o Originalismo. Nem sempre as coisas são tão simples quanto parecem.

Um olhar mais refinado sobre o voto proferido revelará que o Ministro Celso realmente repeliu a doutrina das intenções originais (*original intent*), mas em nome de um significado... objetivamente expresso no texto constitucional promulgado. O trecho transcrito é bastante representativo:

Constituições [...] revelam [...] a compreensão do legislador constituinte de que existem, subjacentes ao pacto que ele próprio institucionalizou, **relações de tensão dialética**, que antagonizam grupos, estratos sociais e idéias. **Esses fenômenos de tensão** e as situações normativas paradoxalmente conflitantes que deles resultam **impõem ao intérprete a necessidade de proceder**, menos à indagação da vontade originária do constituinte — o que reduziria a interpretação da Carta Política a uma dimensão essencialmente voluntarista — e **mais à busca de uma interpretação sistemática da vontade objetivamente positivada no texto constitucional** (grifo próprio).

A percepção é reforçada quando Celso de Mello busca apoio nos escritos de juristas brasileiros que, embora rejeitem a doutrina das intenções originais, propõem que ela venha a ser substituída por princípios típicos de uma vertente originalista mais recente. Por exemplo, a seguinte passagem de Pontes de Miranda veio a ser colacionada: "Para interpretá-la [a Constituição], não se há de buscar o que pensavam os seus elaboradores, **e sim, o que está escrito e o que resulta do seu todo como sistema lógico**" (grifo próprio)²²⁹. Em seguida, Celso de Mello ancorou-se nos dizeres de Geraldo Ataliba, a saber: "[a] **Constituição** não é o que os

²²⁹ Comentários à Constituição de 1946, tomo VI/478-479, 3.^a ed., 1960, Borsoi. A referência foi extraída do voto de Celso de Mello (STF, ADIn 4-7 - DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 7/3/1991).

constituintes quiseram fazer; é muito mais que isso: **é o que eles fizeram**” (grifo próprio)²³⁰. Por fim, a própria citação de Ataliba incluiu, por sua vez, a lição de Aliomar Baleeiro²³¹:

“[...] deixemos aos psicanalistas desocupados investigar a vontade do legislador e fiquemos com o único dado que interessa: **o Texto Constitucional, que traduz a vontade constituinte da Nação**. O que o jurista investiga é só a vontade da lei (no caso, da lei constitucional)” (grifo próprio).

Em suma, a ideia-chave defendida por Celso de Mello consistia em afirmar que a "Constituição não é aquilo que o constituinte quis, mas o que resulta, objetivamente, do seu texto"²³². E por que o texto? Porque, como apontou Baleeiro, citado e endossado pelo Ministro Celso, "o Texto Constitucional [...] traduz a vontade constituinte da Nação". A esta altura, já está mais evidente que, a rigor, a disputa estava sendo travada entre o significado do Constituinte que deriva das suas intenções e o significado do Constituinte que há de ser extraído do texto objetivamente promulgado, mas, em ambas, o que estava em jogo era a vontade do Constituinte. Em outras palavras, as correntes da *mens legislatoris* e da *mens legis* estavam em disputa no Supremo Tribunal Federal do início dos anos 90.

Em comum, Pontes de Miranda, Geraldo Ataliba e Aliomar Baleeiro negavam o *original intent*, por meio da afirmação de algo muito semelhante ao **Neo-originalismo textualista** examinado no início desta tese. Todos se propuseram a repelir intenções constituintes, mas declararam um compromisso com a obra textual para discernir uma “vontade objetivada”... no texto redigido por esses mesmos Constituintes.

Esse é um percurso argumentativo que **soa bastante familiar** aos ouvidos de estudiosos do Originalismo. Para ser mais direto, as ideias defendidas no histórico voto do Ministro Celso de Mello, inclusive pela doutrina invocada como respaldo, já haviam sido sustentadas com uma linguagem muito semelhante àquela expressada por Antonin Scalia. Uma tabela bem o demonstra²³³:

²³⁰ A citação consta do voto, mas a fonte não foi apontada. STF, ADIn 4-7 - DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 7/3/1991.

²³¹ STF, ADIn 4-7 - DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 7/3/1991.

²³² STF, ADIn 4-7 - DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 7/3/1991.

²³³ Com exceção da citação de Antonin Scalia, as demais transcrições da tabela foram extraídas do voto de Celso de Mello: STF, ADIn 4-7 - DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 7/3/1991.

Tabela 1: Teor dos escritos

	Antonin Scalia	Celso de Mello	Pontes de Miranda	Geraldo Ataliba
Teor dos escritos	<i>"[...] we do not really look for subjective legislative intent. We look for a sort of 'objectified' intent — the intent that a reasonable person would gather from the text of the law, placed alongside the remainder of the corpus juris".</i> (Scalia, 1997, p. 17).	"Constituição não é aquilo que o constituinte quis, mas o que resulta, objetivamente, do seu texto". "Esses fenômenos de tensão [...] impõem ao intérprete a necessidade de proceder [...] mais à busca de uma interpretação sistemática da vontade objetivamente positivada no texto constitucional".	"Para interpretá-la [a Constituição], não se há de buscar o que pensavam os seus elaboradores, e sim, o que está escrito e o que resulta do seu todo como sistema lógico".	"A Constituição não é o que os constituintes quiseram fazer; é muito mais que isso: é o que eles fizeram". "Importa somente o que foi efetivamente feito pela maioria e que se traduziu na redação final do texto, entendido sistematicamente (no seu conjunto, como um todo solidário e incindível)".
Recusa às intenções originais	Sim.	Sim.	Sim.	Sim.
Busca por uma vontade/intenção objetivada no texto	Sim.	Sim.	Sim.	Sim.
Ênfase na abordagem sistemática	Sim.	Sim.	Sim.	Sim.

Fonte: Elaboração própria

Talvez nunca tenham se dado conta disso, mas Antonin Scalia, Celso de Mello, Pontes de Miranda e Geraldo Ataliba **afinaram** um discurso jurídico uníssono e com uma homogeneidade tal, que nem mesmo com muitos ensaios anteriores lograriam alcançar.

Conclui-se que, substancialmente, a negação ao Originalismo encontrada no voto de Celso de Mello, no ano de 1991, foi feita com a mesma linguagem, os mesmos argumentos e a mesma estrutura utilizada por um dos mais representativos originalistas da Segunda Onda — Antonin Scalia — para refutar o *original intent*²³⁴.

Confrontando-se as datas, nota-se que, cronologicamente, juristas brasileiros defenderam suas ideias antes do próprio Justice da Suprema Corte dos EUA. Aquilo que neo-originalistas norte-americanos só vieram a descobrir na chamada Segunda Onda, descoberta esta que foi reverenciada por muitos deles como um Santo Graal, já era amplamente debatido no Brasil.

Com isso, é possível avançar para o exame de outros achados da palavra na jurisprudência do STF.

7.1.2 A instrumentalização do Originalismo pelo Ministro Edson Fachin: uma chave de leitura

Muitos anos se sucederam após o histórico embate do Ministro Celso de Mello com o Originalismo, tendo esta palavra permanecido esquecida na jurisprudência do Tribunal. Curiosamente, a retomada ostensiva do debate sobre a jusfilosofia originalista foi operada pelo Ministro Edson Fachin.

Fachin não é originalista e aparentemente tem se esforçado para não passar a impressão de que o seria. Nos seus votos, o Ministro tem se servido explicitamente dessa abordagem como uma **chave de leitura**, mas essa incursão é instrumental ou complementar.

Duas dessas incursões específicas merecem uma análise pormenorizada.

²³⁴ Nas palavras do linguista e semiólogo italiano Umberto Eco, “[...] entre a intenção do autor [...] e a intenção do intérprete [...] simplesmente [...] existe uma terceira possibilidade. Existe a *intenção do texto* (ECO, 2005, p. 29). Ao fim e ao cabo, é este o lindo movimento do *original intent* para o *original public meaning*.

7.1.2.1 O Originalismo de Moldura (*Framework Originalism*) nas manifestações do Ministro Edson Fachin

Sabe-se que congressistas escrutinam medidas provisórias editadas pela Presidência da República. Sabe-se, também, que se formou um costume deletério, ao longo dos anos, por ocasião desse exame parlamentar: a introdução indevida de emendas destituídas de pertinência temática no projeto de lei de conversão. A prática já foi pejorativamente referida pelos monografistas como “pingente” ou “caudas” (Ferreira Filho, 2012, p. 229) e constitui um dos fundamentos para a admissibilidade do veto parcial a projetos de lei²³⁵.

Sem ignorar que esse estado de coisas originou inúmeras leis, Fachin se colocou contra o costume parlamentar. Entendeu de preservar a legislação concebida nesse contexto, mas se manifestou pela invalidade da prática, por constituir “um modo de agir que demonstra desrespeito sistemático à moldura institucional construída pela Constituição da República”. Foi nesse contexto que o Ministro se serviu do Originalismo, na específica vertente de Jack Balkin, tal como apresentada no início desta tese²³⁶:

Tais questões não passaram despercebidas em sede doutrinária. Em seu livro *Living Originalism*, Jack M. Balkin, não obstante deixe claro apresentar, de um lado, uma teoria constitucional, e, de outro, uma teoria da interpretação e construção constitucionais, bastante específicas — todas elas pensadas a partir da peculiar realidade dos Estados Unidos da América —, traz ao debate a interessante **chave de leitura** do denominado **originalismo de moldura** (*framework originalism*), que, **ao mesmo tempo em que reconhece um dever de fidelidade às escolhas fundamentais, não ignora a noção de disputabilidade de sentido e de novas construções a serem realizadas no marco da moldura constitucional** (Balkin, 2011).

A porção transcrita vem sendo reproduzida no julgamento de outras classes processuais, caracterizando uma abordagem refletida, à semelhança de um marco teórico²³⁷. Seria

²³⁵ Autores norte-americanos denominam as emendas sem pertinência temática de *riders* (Ferreira Filho, 2012, p. 229).

²³⁶ STF, Pleno, ADI 5127, rel. Min. Rosa Weber, redator p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. em 15/10/2015.

²³⁷ O trecho passa a ser citado pelo próprio Edson Fachin, por exemplo, nas seguintes ocasiões: ADPF 661MC-REF/DF, j. em 21/12/2020; ADI 6751/DF, j. em 08/09/2021 e ADPF 661/DF, j. em 08/09/2021. A propósito, nas duas últimas, julgadas na mesma sessão, Fachin diz algo muito simbólico imediatamente após a referência ao Originalismo de moldura: “Sob essas lentes devem ser lidos os pedidos ora analisados”, ou seja, o *framework originalism* tem sido uma lente através da qual o Ministro declara abordar determinadas causas submetidas.

demasiadamente pretensioso considerar que a citação faz de Fachin um originalista. Em absoluto. Mas, como se verá no exemplo seguinte, é possível dizer que o Ministro tem se servido de abordagens originalistas específicas como uma "chave de leitura" da Constituição de 1988.

7.1.2.2 Um Originalismo instrumental para discernir “o efetivo conteúdo” da “presunção de inocência”

A utilidade instrumental do Originalismo voltou a ser reconhecida pelo Ministro Fachin no controverso julgamento do STF sobre a execução provisória da pena e o conteúdo jurídico do princípio da não-culpabilidade (art. 5º, LVII, CF/88). Após uma reforma, o Código de Processo Penal brasileiro passou a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado do édito condenatório e a sua validade foi afirmada em sede de ação declaratória de constitucionalidade²³⁸.

Fachin entendeu que o dispositivo do código vulnerava a Constituição, reafirmando ser possível, dada a ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial, a execução provisória da reprimenda e a correlata prisão do recorrente. Segundo ele, o princípio da “presunção de inocência” [sic] não impediria essa providência. Para fundamentar sua posição a esse respeito, o Ministro chamou para si a tarefa de demonstrar aquilo que seria “o efetivo conteúdo constitucional desse princípio”. E para esse propósito específico, escolheu começar exatamente pelo Originalismo.

De início, o Magistrado estabeleceu um diálogo com uma relevante **fonte original**, qual seja, a emenda modificativa apresentada pelo Constituinte José Ignácio Ferreira ao Plenário da Assembleia Nacional Constituinte. De fato, a proposição alterou a redação do dispositivo, originariamente alusivo à inocência, para fazer constar que ninguém será considerado “culpado”²³⁹. Metodologicamente, esta é uma correta forma de trabalho. Sem o cotejo das fontes originais, o Originalismo cumpre apenas um papel retórico-demagógico.

²³⁸ STF, Pleno, ADC 44/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 07/11/2019. O objeto da ação declaratória era o artigo 283, CPP, tal como redigido pela Lei n.º 12.403/2011. A redação do dispositivo foi alterada pela Lei n.º 13.964/2019, após esse julgamento, mas a necessidade de trânsito em julgado para a execução provisória da pena foi mantida.

²³⁹ Emenda Modificativa 1P11998-7.

Em seguida, Fachin indicou que a doutrina **anterior** à Era Constituinte já distinguia a presunção de inocência da presunção de não culpabilidade. O mais adequado seria colacionar doutrinas *contemporâneas* ao Biênio Fundante, mas a demonstração da controvérsia, nos anos 70 do século XX, pelo menos ilustra que a distinção já era objeto de debate.

No desfecho, o Ministro apresentou uma conclusão típica do *original intent*: "[...] se o inciso LVII for interpretado **a partir do que pensaram à época os constituintes**, o sentido de “culpado” não era sinônimo de ‘prisão’” (original sem destaques). De fato, está correto dizer que o **significado original** do artigo 5º, LVII, CF/88, não proibia prisões decorrentes de condenações criminais ainda não transitadas em julgado (Fonteles, 2022, pp. 349-352), mas a hipótese levantada sobre “o que pensaram os constituintes” traduz a elucubração sobre uma prosopopeia. Este é um Originalismo ruim, cuja abordagem — *original intent* — há muito foi abandonada pela maioria dos acadêmicos norte-americanos.

Pois bem. Após a incursão originalista na sua construção argumentativa, o Ministro Edson Fachin registrou aquilo que poderia ser coloquialmente descrito como um “não me entendam mal”. Estas as palavras do Professor da Universidade Federal do Paraná: “A **interpretação originalista** desse dispositivo não tem, porém, o condão de afastar a obrigação do intérprete de examiná-lo à luz do atual contexto constitucional e, bem assim, da natureza emancipatória das próprias normas contidas no texto” (grifo próprio). Com isso, a um só tempo, o Magistrado afasta uma pretensa suspeita de que estaria a julgar como originalistas, repele supostas estigmatizações e, não menos importante, conserva uma ampla liberdade de interpretação constitucional nos casos vindouros.

Mas interessa, sobretudo, a parte final. Após a ressalva apresentada, o Ministro demonstra a utilidade metodológica do Originalismo no seu raciocínio jurídico: “Serve [a interpretação originalista], porém, para indicar que é precisamente no conceito de “culpado” que está a chave de interpretação da norma.”.

Bem se vê, para Fachin, o Originalismo não é uma abordagem bastante em si mesma, mas pode ser — e vem sendo — utilizada como uma importante **chave de leitura**. Disso não se segue que o Ministro possa ser classificado como originalista, principalmente pelo seu comportamento em inúmeras outras decisões que cancelam mutações constitucionais. Assim como Celso de Mello, significado original é para ele um dado a ser considerado como ponto de partida, não necessariamente como ponto de chegada.

Basta perceber que, ao final, Fachin manifestou-se no sentido de que o artigo 5º, LVII não representaria um obstáculo **à execução provisória da pena**, conclusão esta que já derivaria das premissas originalistas. Contudo, para chegar ao mesmo destino final, o Ministro preferiu trilhar um caminho mais longo, em um voo que incluiu conexões na Corte de Estrasburgo: "[...] é possível depreender que é à luz da rica jurisprudência da Corte Europeia que o alcance da presunção de inocência é delimitado"²⁴⁰. Com isso, estrangeiros guiam juízes brasileiros sobre como interpretar um documento que eles, os estrangeiros, provavelmente desconhecem²⁴¹. Cascas textuais podem ser as mesmas, mas, não raro, a epiderme do texto oculta significados distintos porque foram pomulgados por povos culturalmente distintos, em épocas e espaços distintos.

Tecnicamente, juízes europeus não representam a fonte mais apropriada para “lançar luzes” sobre “penumbras” no texto da Constituição Brasileira, assim como Ministros do STF têm pouco a contribuir sobre o significado da Carta Europeia de Direitos Humanos. E não parece que tenham sido consultados a esse respeito.

7.1.3 O aceno do Ministro Gilmar Mendes ao Originalismo textualista de Antonin Scalia

Ao se manifestar em causa que versava sobre a competência para o julgamento de crimes eleitorais e conexos, o Ministro Gilmar Mendes referenciou a obra "Scalia, Antonin. *Reflections on Law, Faith, and Life Well Lived*. Crown, 2017", como fundamento para enfatizar a importância do texto na interpretação constitucional: “Tenho repetido a crítica feita pelo Justice da Suprema Corte dos Estados Unidos, Antonin Scalia, sobre os excessos do ativismo judicial e abusos na interpretação constitucional que levam a qualquer resultado desejado pelo intérprete [...]"²⁴². Em um flerte manifesto com a *ratio* do Textualismo de Scalia, arrematou o Professor do IDP: "[...] Não se pode simplesmente ignorar ou substituir o texto.”²⁴³.

²⁴⁰ STF, Pleno, ADC 44/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 07/11/2019.

²⁴¹ Mesmo que juízes europeus estejam familiarizados com a “presunção de inocência”, ao ponto de densificá-la, a Constituição Brasileira não pode ser lida em tiras. A menos que tenham intimidade com *todo* o texto constitucional no Brasil, juízes da Corte de Estrasburgo não estão habilitados a fornecer conceitos sintetizados de uma interpretação sistemática.

²⁴² Voto proferido no INQ 4435 AgR-Quarto/DF, j. em 14/03/2019.

²⁴³ Voto proferido no INQ 4435 AgR-Quarto/DF, j. em 14/03/2019.

A mesma citação foi utilizada por Gilmar Mendes no voto proferido na ADI 5874, j. em 09/05/2019, ao se debruçar sobre os limites constitucionais à concessão do indulto. Mais uma vez, o trecho foi utilizado para criticar o “ativismo”. A propósito, o mesmo erro de digitação no título da obra é reproduzido neste voto.

7.1.4 O acolhimento explícito do Originalismo em decisão do Ministro Luiz Fux

“Em uma **leitura originalista** e histórica do artigo 142 da Constituição”, asseverou o Ministro Luiz Fux, “a expressão ‘garantia dos poderes constitucionais’ não comporta qualquer interpretação que admita o emprego das Forças Armadas para a defesa de um Poder contra o outro”. A abordagem originalista foi efetuada por ocasião da concessão monocrática de uma medida cautelar, no ano de 2020²⁴⁴.

Na referida decisão, a declaração de apego ao significado original não foi apenas um recurso retórico, como tanto se vê. Fux realmente efetuou um diálogo com as **fontes originais**, dentre outras, o debate da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança, no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte. Mais especificamente, considerou as notas taquigráficas dos debates de 27/07/1987, tais como publicadas no Diário da Assembleia Nacional Constituinte, que trazem as palavras do General Euler Bentes Monteiro sobre a redação do artigo 142 da Constituição. Embora essa metodologia tenha se dado por provocação do Senado, que apresentou a Nota Técnica 2.866/2020, com os subsídios históricos apontados, a iniciativa representa um notável avanço se considerada a escassez de fontes originais nos provimentos jurisdicionais do Supremo Tribunal.

Ao contrário do Ministro Edson Fachin, Fux não apresentou ressalvas sobre a abordagem. Muito mais do que uma **chave de leitura**, a interpretação originalista foi efetuada com protagonismo. Já não há mais dúvidas. Hoje, é possível dizer que o Supremo Tribunal Federal já fez uso *explícito* do Originalismo na interpretação da Constituição Brasileira.

²⁴⁴ STF, decisão monocrática, ADI 6457-MC, julg. 12/6/2020, DJe 15/06/2020.

7.1.5 Atos Falhos de Ministros do STF: inconsistências na rejeição ao Originalismo

Embora talvez não se tenham dado conta, alguns Ministros já manifestaram raciocínios tipicamente originalistas nos votos proferidos no Supremo Tribunal Federal. Tais situações não representam um compromisso firmado com essa jusfilosofia, mas revelam possíveis **atos falhos** que atestam a influência subliminar que a intenção do legislador ainda exerce sobre magistrados nos dias atuais.

Muitos exemplos podem ser apontados. Certa feita, após expor seu ponto de vista perante os demais Ministros, Barroso asseverou: “[e]u interpreto isso não como uma mudança na interpretação da Lei da Ficha Limpa, mas como **a interpretação correta da intenção do legislador** [...]”²⁴⁵. No elenco de Ministros do STF, talvez Barroso seja aquele que mais explicitamente se posiciona contra essa jusfilosofia. Apesar disso, suas palavras demonstram que a interpretação correta da intenção do legislador, alvo este perseguido por originalistas adeptos da Primeira Onda, foi um elemento orientador do seu raciocínio interpretativo.

Em outra ocasião, o Ministro Joaquim Barbosa suscitou: “**Quis mesmo o constituinte** de 1988 manter em ostracismo [...] as escolhas afetivas feitas por um número apreciável de cidadãos [...]?”²⁴⁶. À maneira como o questionamento foi apresentado, a intenção do Constituinte originário parece ter sido elevada à condição de prejudicial de mérito, vale dizer, um antecedente lógico capaz de interferir decisivamente no desfecho. O Ministro, então, respondeu à própria pergunta, embora não tenha apresentado evidências históricas que oferecessem suporte à resposta: “Creio que não. E **por acreditar que não foi esta a intenção do legislador constituinte**, eu entendo que cumpre a esta Corte [...] impedir [...] a discriminação [...]”. A fundamentação é cristalina. Foram as crenças de Joaquim Barbosa a respeito da intenção do Constituinte que determinaram a sua conclusão sobre o **agir** da Corte. Se tivesse apresentado as fontes histórico-linguísticas e documentais que embasaram estas crenças, tanto melhor. Mas o fato é que, como Ministro, sua jurisdição foi guiada pela “intenção do legislador constituinte”.

Ao enfrentar um debate sobre prisão preventiva e aplicação de medidas cautelares a congressistas, o Ministro Alexandre de Moraes enfatizou a “[...] opção **consciente** do legislador constituinte originário na definição dessa imunidade formal em relação à prisão dos

²⁴⁵ STF, Plenário, ADI 6630, j. em 09/03/2022.

²⁴⁶ ADI 4277/DF, j. em 05/05/2011.

membros do Congresso Nacional [...]”²⁴⁷. Por que dar relevo ou suscitar reflexões sobre a consciência ou o inconsciente do Constituinte originário? Ao que tudo indica, porque, goste-se ou não do Originalismo, o conteúdo comunicativo firmado pelo enunciante do discurso é um dado importantíssimo na comunicação humana. O movimento de aproximação que Moraes virá a fazer em direção ao raciocínio originalista ficou ainda mais claro quando, em outro trecho do voto em análise, o Ministro sustentou essa metodologia: "Não se diga que a análise histórica dos precedentes da Assembleia Nacional Constituinte [...] não têm nenhuma repercussão na interpretação de importantes institutos e questões jurídico-políticas de um país”²⁴⁸.

A propósito, na mesma ação direta de inconstitucionalidade, consta do voto vogal proferido pela Ministra Carmen Lúcia (original sem destaques)²⁴⁹:

O constituinte **parece ter pretendido** com a norma em questão, pela qual se veda a prisão dos parlamentares, salvo em flagrante de crime inafiançável, evitar fossem eles afastados de sua função legislativa sem o consentimento da Casa a que pertencem, protegendo-os contra perseguições e abusos.

Para ela, o artigo 319 do CPP deveria ser interpretado quanto à **finalidade** da imunidade formal. Por que ressaltar aquilo que "o constituinte parece ter pretendido”, se, teoricamente, intenções autorais não são o objetivo da interpretação constitucional “mais moderna”?

O que se percebe, bem analisadas as coisas, é uma postura epistemológica que rejeita intenções legislativas ou significados objetivamente expressos no texto, mas que, por intuição ou instinto inerente à comunicação humana, continua guiada por esses elementos pretensamente rejeitados. Os **atos falhos** ilustrados colocam dúvidas sobre a própria segurança da convicção teórica às vezes externada por esses juízes. Quão seguros estão eles e elas quando dizem não serem guiados por significados originais? Quão convencidos estão, no seu íntimo, de que um texto constitucional é um “organismo vivo”, se continuam a perseguir as intenções originais dos redatores?

²⁴⁷ STF, Plenário, ADI 5526, j. em 11/10/2017.

²⁴⁸ STF, Plenário, ADI 5526, j. em 11/10/2017. Moraes descreve, então, que essa incursão nos documentos históricos dos redatores das normas foi uma metodologia utilizada pela Corte Internacional de Justiça: "Em hipóteses semelhantes, a própria Corte Internacional de Justiça reafirmou a importância desse método de interpretação em dois acórdãos recentes, um de 1994 e o outro de 1995, onde se aplicou exatamente esse método interpretativo, que consiste em confirmar, inclusive com ajuda da análise dos trabalhos preparatórios redacionais dos atos normativos, a leitura que a Corte deve fazer do texto do tratado, afirmando também que não é necessário recorrer tão somente a outros métodos interpretativos (CIJ, 3 de fevereiro de 1994, *Jamahiriya arabe libyenne/Tchad. Différend territorial*, CIJ Recueil 1994, p. 6, §55, p. 27; 15 de fevereiro de 1995, *Delimitação marítima e questões territoriais entre Qatar e Bahrein*, competência e admissibilidade, CIJ Recueil 1995, p. 6, § 39, p. 21)”.

²⁴⁹ STF, Plenário, ADI 5526, j. em 11/10/2017.

Estas são perguntas retóricas. E o que é mais problemático: os mesmos Ministros que se deixam guiar por intenções constituintes desconhecem — ou não fazem uso de — uma metodologia apropriada para discerni-las, além de combiná-las com categorias conflitantes (v.g. mutações constitucionais).

Pois bem. Diferentemente de Edson Fachin e Luiz Fux, é de todo improvável que os Ministros Luís Roberto Barroso, Joaquim Barbosa, Alexandre de Moraes e Carmen Lúcia tenham parado para refletir sobre o fato de que seus votos assumiram elementos e raciocínios tipicamente originalistas. Apesar disso, substancialmente, há componentes genuínos dessa jusfilosofia nas suas manifestações.

De um modo geral, Ministros do STF julgam pautados por um *hibridismo*. Não há o compromisso consistente com uma abordagem, mas sim uma atuação sincrética ou pluralista. Entretanto, mesmo nessa *mixagem*, o *core* do Originalismo às vezes pode ser percebido (grifo próprio)²⁵⁰:

[...] **embora os juízes** possam e **devam** valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para **extrair da lei o sentido** que melhor se aproxime **da vontade original** do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.

A transcrição acima, extraída da manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski, sugere um arremedo de Originalismo com um evolucionismo limitado pelo texto. Apesar disso, menciona um **dever judicial** de extração do sentido mais próximo da **vontade original**.

Deixando-se de lado os atos falhos descritos, fenômeno que não acomete apenas juízes²⁵¹, resta analisar os Métodos Originais contemporâneos à Constituição de 1988, de modo

²⁵⁰ Min. Ricardo Lewandowski, ADI 4277/DF, j. em 05/05/2011.

²⁵¹ Para se ter ideia de como é difícil se desvencilhar do intencionalismo nos processos de comunicação e de linguagem, é interessante perceber como o jurista Virgílio Afonso da Silva descreve um trabalho por ele estudado e que foi escrito pelo alemão Böckenförde. Após uma leitura cuidadosa do texto, que versava sobre um elenco de métodos de interpretação constitucional, o Professor da USP reporta o verdadeiro significado do trabalho acadêmico da maneira a seguir: “o que Böckenförde **quis**, com essa lista, foi apenas fazer uma síntese do estágio da discussão na época de publicação do seu artigo, e não propor um conjunto de métodos complementares” (Silva, 2007, p. 134). Dois elementos podem ser extraídos da análise de Virgílio: primeiro, o Professor refuta interpretações equivocadas sobre o artigo jurídico ao enfatizar aquilo que o autor “quis”. Claro, em se tratando das palavras de Böckenförde, nada mais sensato que indicar o que ele pretendeu exprimir. E isso se extrai **da objetividade das suas palavras e do contexto**, não de uma entrevista pessoal com o autor do texto, tampouco de

a investigar, por exemplo, se o Originalismo era uma prática da época ou se a busca pelo significado original era uma expectativa dos Constituintes. A partir de agora, a dimensão é **normativa**. Juízes brasileiros que efetuam interpretações originalistas estariam respaldados por evidências históricas que corroboram essa maneira tão específica de interpretar a Constituição de 1988?

Antes de iniciar esse novo percurso, é importante enfatizar que, daqui para frente, a exploração recairá sobre um Originalismo que poderá estar disfarçado sob outros rótulos. Este é mais difícil de ser identificado, mas sua existência pode ser tão real quanto a sua versão extrínseca²⁵². Seria uma simplificação demasiadamente precária reduzir a presença de uma teoria à sua expressa menção. O Positivismo Jurídico não precisa ser referenciado para que um acórdão efetue uma abordagem positivista e seria temerário ignorar a facticidade dessa premissa em uma pesquisa. À semelhança de alguém que esteve em uma solenidade, mas cuja presença não veio a ser anunciada pelo cerimonialista e tampouco registrada no livro de visitantes, variantes **inexpressas** do Originalismo podem ser identificadas na cultura jurídica brasileira da Era Constituinte (1987-1988). Como se vê, a esta altura, o objeto de pesquisa já está além dos tribunais.

Aliás, a História Constitucional Brasileira sugere que esse fenômeno pode ser muito anterior às próprias decisões do Supremo Tribunal Federal analisadas. Doravante, a investigação se amplia para vasculhar outras bases de dados, de modo a elucidar que tipo de interpretação jurídica gozava de prestígio na Era Constituinte (1987-1988).

7.2 O ORIGINALISMO NA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA DA ERA

sessões psicanalíticas. Segundo, a referência à época de publicação do artigo como um elemento decisivo para a completude do significado. Böckenförde inventariou os métodos disponíveis contemporâneos ao seu trabalho. Nota-se que, mesmo para Professores que rejeitam o Originalismo como abordagem de interpretação constitucional — como é o caso de Virgílio Afonso da Silva —, um impulso, consciente ou inconsciente, parece levá-los para esta maneira de **interpretação da comunicação humana**. E é precisamente este argumento que muitos originalistas sustentam: o significado original é a maneira natural e apropriada de interpretar a comunicação humana.

²⁵² Basta saber que o célebre *Neutral Principles* (Robert Bork), um dos mais famosos artigos originalistas e por muitos considerado como o primeiro trabalho sobre essa jusfilosofia, ainda não empregava a palavra "Originalismo". Simplesmente, em algumas passagens e contextos, o articulista defendeu que não seria possível "escapar da intenção dos redatores", quando possível discerni-la, "mesmo embora tenham as condições se alterado" (Bork, 1971, p. 13).

CONSTITUINTE (1987-1988)

Conforme abordado no Capítulo 2 desta tese, Haywood Jefferson Powell demonstrou que as correntes interpretativas contemporâneas à Constituição dos EUA não embasavam a hipótese de que documentos históricos dos *Framers* deveriam ser pesquisados em busca de um significado original extraído das suas intenções (Powell, 1985, p. 889)²⁵³.

Em síntese, a célebre **objeção de Powell** passou a ser comumente sintetizada pela máxima segundo a qual o Originalismo seria refutado pelo próprio Originalismo. Isso porque nem mesmo os próprios redatores do texto teriam tido a expectativa de que o documento seria interpretado à maneira como propunham os originalistas do *original intent*.

Quão contundente seria a **Objeção de Powell** no constitucionalismo brasileiro? Que modalidades interpretativas desfrutavam de prestígio na Era Constituinte (1987-1988) e como Constituintes brasileiros esperavam que a Constituição de 1988 viria a ser interpretada? Qual a importância dessa expectativa, se é que alguma? Responder a essas perguntas descortinará um Originalismo claramente implícito em documentos históricos, tanto judiciais quanto extrajudiciais, caracterizando uma **doutrina brasileira do significado original**.

7.2.1 O compromisso com a *mens legislatoris* ou a *mens legis* durante a Era Constituinte (1987-1988): a inclusão do "espírito da lei" e da vontade do legislador no rol dos métodos originais da interpretação constitucional brasileira

Tanto a *mens legislatoris* quanto a *mens legis* representam a “emanação de uma vontade” (Streck, 2014, p. 136). Enquanto aquela designa a vontade do legislador, esta se refere à chamada vontade da lei²⁵⁴.

Após um levantamento de dados, é possível afirmar com segurança que a Era Constituinte (1987-1988) foi um período durante o qual a interpretação jurídica esteve majoritariamente voltada para o discernimento do "espírito da lei", assim entendido aquele

²⁵³ A título de lembrança, as principais práticas hermenêuticas da época eram a tradição anti-interpretativa do Protestantismo anglo-saxônico e as técnicas interpretativas oriundas do *common law*.

²⁵⁴ Em sentido diverso do aqui apresentado, Paulo Bonavides (2005, p. 452) já asseverou que a *mens legis* há de ser “entendida como a vontade oculta do autor da proposição normativa [...]”.

objetivamente extraído do texto, ou até mesmo dirigida à elucidação das intenções do legislador.

Tal se comprova por uma pesquisa nos documentos históricos. No vértice do Ministério Público Brasileiro, Sepúlveda Pertence, à época Procurador-Geral da República, aprovava pareceres que sustentavam a utilidade da *mens legislatoris* como elemento dotado de aptidão para auxiliar na demonstração da *vontade objetivada no texto*²⁵⁵. Na base do Ministério Público Federal, o procurador da República Gilmar Ferreira Mendes, que, anos depois, veio a se tornar nacionalmente conhecido como Ministro do STF — assim como Sepúlveda —, sustentava em parecer que não seria dado ao intérprete, "a pretexto de melhor aplicar o preceito constitucional, inserir elemento estranho àquela norma". Ao fazê-lo, a interpretação seria "incompatível tanto com a *mens legis* quanto com a *mens legislatoris*"²⁵⁶. Refinando-se a pesquisa nos documentos e peças forenses da época, percebe-se que a mesma tendência se verificava no âmbito estadual, conforme se extrai, por exemplo, de parecer exarado no Processo n.º 4.669, 33ª Vara Criminal, subscrito na data de 04/05/1987, em que o Promotor de Justiça do Rio de Janeiro, Dário Gadelha, invocava a *mens legis* para se insurgir contra entendimento do STF sobre a iniciativa do MP em crimes contra a dignidade sexual.

No Poder Judiciário, Ministros eruditos do STF buscavam, ostensivamente, a *mens legislatoris* ou a *mens legis* quando do exercício da jurisdição constitucional. Dentre eles, Moreira Alves²⁵⁷, Sydney Sanches²⁵⁸ e Francisco Rezek²⁵⁹.

No Poder Executivo, essas categorias também constavam, explicitamente, dos pareceres exarados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional²⁶⁰. Corroborando essa tendência, agentes públicos se valiam da *mens legislatoris* e da *mens legis* quando expunham os motivos de atos administrativos normativos²⁶¹.

²⁵⁵ O parecer foi transcrito no relatório do Relator, Ministro Oscar Corrêa (STF, Pleno, Representação 1355/PB, j. em 12/03/1987).

²⁵⁶ RTJ, janeiro de 1988, pp. 210-211. A incidência consta do *relatório* apresentado pelo Ministro do STF Octavio Gallotti, no recurso extraordinário 105.073/PI, julgado em 11/09/1987. A propósito, neste julgamento, colhe-se que o acórdão recorrido iniciava a redação de parágrafos com os dizeres “[f]oi intenção do legislador, porém, reclamar no preceito constitucional [...]”.

²⁵⁷ RE 113.711/SP, j. em 26/06/1987.

²⁵⁸ RE 111.622, j. em 19/05/1987.

²⁵⁹ RE 105.845/DF, Segunda Turma, j. em 01/04/1986 — embora proferido alguns meses antes da Era Constituinte, este julgado veio a ser publicizado *durante* a referida Era, isto é, na RTJ, abril de 1987, p. 369.

²⁶⁰ Parecer/PGFN/CRF n.º 1.020/87, subscrito em 30 de setembro de 1987, e Parecer PGFN/PG/n.º 515/88, de 29 de junho de 1988.

²⁶¹ DANC, ano II, n.º 235, p. 10013. A expressão foi empregada no sentido de “significado da lei”.

Uma pesquisa atenta na doutrina produzida na época demonstra que o "espírito da lei" ou a vontade do legislador eram argumentos quase onipresentes nos trabalhos que se propunham a incursionar na temática da interpretação jurídica. Em artigo publicado no ano de 1987, o então Juiz de Direito Luiz Fux (1987, p. 62), hoje Ministro do STF, invocou a *mens legislatoris* na sua argumentação a favor do chamado Pacote Econômico, também conhecido como Plano de Inflação Zero, durante o Governo Sarney. Esta foi uma abordagem muito influente nos diversos trabalhos acadêmicos produzidos no Biênio Fundante (Mazzilli, 1987, local. 53; Oliveira, 1988, p. 55; Gadelha, 1987, p. 77).

Por fim, e para o que mais importa, inúmeros documentos indicam que os próprios Constituintes trabalhavam expressamente com — e pressupunham as — premissas da *mens legislatoris* e da *mens legis*. Este ponto em particular, pela sua relevância, será objeto de um tópico à parte.

Todos os dados apresentados, além de outros achados, foram objeto de análise qualitativa. Por ora, repita-se, é possível dizer com segurança que as evidências históricas convergem para a hipótese de que a *mens legislatoris* e a *mens legis*, em maior ou menor grau, estão incluídas no **rol dos métodos originais da interpretação constitucional brasileira**, vale dizer, no conjunto de práticas jurídicas e técnicas interpretativas contemporâneas à promulgação da Constituição.

Como se verá, os dados também demonstram que o uso das expressões em latim sofria ligeiras variações em função da subcomunidade linguística. Por exemplo, quando empregadas por Constituintes, a tendência era que *mens legislatoris* e *mens legis* fossem usadas sem maiores rigores quanto à conhecida distinção. Nesse contexto (ANC), o significado mais usual era o de “espírito da lei”, “mente do legislador”, “intenções”, “propósito”, “raciocínio” ou “vontade” de quem redigiu a norma. Daí porque será comum encontrar a expressão com uma proximidade de verbos como “visa”, “pretende”, “quis”, registrada em lugares simbólicos como as **justificativas** de proposições legislativas²⁶².

²⁶² Assim, por exemplo, na justificação ao Projeto de Lei n.º 855-A, de 1983, apresentada pelo parlamentar Léo Simões. A proposição legislativa propunha reduzir a jornada de trabalho da gestante. Consta das razões: “a *mens legis* tem duas destinações específicas, isto é, a proteção à gestante e ao nascituro, visando, evidentemente, beneficiar a infância, em face da relação íntima existente entre a saúde da mãe e a do filho.”. Esta era a finalidade explicitada, ou seja, a *vontade (originalmente) objetivada no texto* (DCD, Ano XLII, n.º 1, 1987, p. 53). Percebe-se que o referido Diário da Câmara dos Deputados é um documento típico da Era Constituinte, porque remonta aos trabalhos dos congressistas durante o funcionamento da A.N.C.

Diferentemente, na subcomunidade linguística dos tribunais e professores de Direito, o rigor conceitual era maior. Por sua vez, um desprestígio mais acentuado da doutrina da *mens legislatoris* foi constatado no interior deste segundo grupo.

Pois bem. *Mens legislatoris* e *mens legis*, cada qual à sua maneira, exprimem algo muito próximo daquilo que norte-americanos costumam chamar de significado original, expressão que não se popularizou no Brasil. Se este elo perdido for encontrado nestas pesquisas, será possível dizer que o *original meaning* foi tão influente na Era Constituinte (1987-1988) quanto indicam os achados sobre *mens legislatoris* e *mens legis*, que já se sabe serem muitos e amplos.

É precisamente esse aspecto que será examinado a seguir.

7.2.1.1 A *mens legislatoris* como expressão equivalente ao *original intent*

Como foi visto, dentre outras características, a chamada Primeira Onda originalista caracterizava-se pela busca das intenções dos redatores da norma jurídica interpretada (*original intent*). No Brasil, esse elemento subjetivo passou a ser referido como *mens legislatoris*.

Esta é uma relevante intersecção, que não pode ser subestimada. Por outro lado, também não é um dado a ser superestimado. O elemento comum poderia indevidamente induzir à crença simplificadora de que, embora com rótulos distintos, os conteúdos seriam os mesmos. Rigorosamente, não.

Uma leitura atenta no primeiro parágrafo deste tópico demonstra que uma importante informação foi intercalada: “**dentre outras características**”. Conforme foi visto no início desta tese, a Primeira Onda originalista notabilizou-se por pelo menos três eixos estruturais: (i) uma abordagem intencionalista; (ii) deferência forte em relação às leis e (iii) *judicial restraint*. Somente o primeiro elemento é compartilhado pela ideia de *mens legislatoris*.

Portanto, a rigor, a intersecção não permite estabelecer uma relação de **identidade** entre o Originalismo *Old School* e a doutrina da *mens legislatoris*, porque o movimento originalista foi mais amplo. É bem verdade que, nas últimas décadas do século XX, a cultura jurídica brasileira foi marcada por uma significativa deferência em relação à presunção de validade das leis e pela autocontenção judicial. Isso se percebe em mantras como o do “legislador

negativo”²⁶³, na concepção à época dominante sobre “separação dos poderes”, na doutrina da “intangibilidade do mérito administrativo” *etc.* Aliados à *mens legislatoris*, esses elementos satisfaziam às principais reivindicações do Originalismo da velha escola. A diferença está no fato de que os demais elementos eram culturalmente contingentes — uma característica que, por acaso, pertencia à cultura jurídica brasileira —, não uma decorrência automática da chamada doutrina da *mens legislatoris*.

Adotadas essas cautelas, é possível, sim, afirmar uma estreitíssima relação entre a investigação da *mens legislatoris* e a abordagem originalista *Old School* (subjetivista). Apegando-se ao aspecto prático mais conhecido do Originalismo da Primeira Onda — intenções originais vinculantes —, o que se tem é uma relação de substancial equivalência.

Tal se verifica, por exemplo, nos escritos de Aliomar Baleeiro. O jurista se ocupa da *mens legislatoris* exatamente no tópico relacionado à “abordagem textual”, à “pesquisa histórica da intenção do constituinte” e às “discussões da Constituinte” (Baleeiro, 2010, p. 49). É igualmente no contexto da *mens legislatoris* que o Ministro do STF dialoga com os escritos dos Federalistas — Madison, Jay e Hamilton — e com passagens extraídas de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos (Baleeiro, 2010, p. 49)²⁶⁴, com o propósito de resgatar o já conhecido debate travado no constitucionalismo norte-americano. Até mesmo a refutação da *mens legislatoris* foi efetuada com base no pensamento de Hans-Georg Gadamer (Baleeiro, 2010, p. 50), um dos filósofos mais requisitados para negar a viabilidade do empreendimento originalista (Crosby, 1998, p. 867; Solum, 1989, p. 1607).

Nada disso é coincidência. De fato, a associação entre *mens legislatoris* e *original intent* é tecnicamente correta, mas essa percepção ainda está adormecida no Brasil.

7.2.1.2 A *mens legis* como expressão aproximada do *Originalismo textualista*

Com o desprestígio da ambiciosa corrente da *mens legislatoris*, que atraía para si a difícil tarefa de sondar a mente de um corpo coletivo de legisladores, a ênfase na cultura jurídica

²⁶³ Em Dezembro de 1987, na Representação 1.417, o STF realçava seu papel de “legislador negativo” (RTJ 126, p. 48).

²⁶⁴ A rigor, o trecho foi acrescido na obra de Aliomar Baleeiro pela sua atualizadora, Professora Misabel Abreu Machado Derzi. E permanece correta a percepção da referida Professora.

brasileira migrou da perspectiva subjetivista para um paradigma objetivista²⁶⁵. Em vez de um empenho para elucidar vontades derivadas de intenções, o trabalho do intérprete foi racionalizado para que essas vontades fossem, então, pesquisadas no próprio texto.

Tal não significou um desprezo completo pela *mens legislatoris*, mas esta já não era tida como um alvo a ser protagonizado. Em vez disso, seu peso valorativo passou a ser o de **mais um elemento indicativo** do cerne investigado. Esta era a *ratio* subjacente aos pareceres aprovados por Sepúlveda Pertence na Procuradoria-Geral da República, que sustentavam a utilidade da *mens legislatoris* como elemento dotado de aptidão para demonstrar a **vontade objetivada no texto**²⁶⁶. Este, por sua vez, era “vinculante”. Ora, ontologicamente, atribuir efeitos vinculantes à vontade objetivada no texto em muito se aproxima da tese da fixação e do princípio da constrição.

Trata-se de um movimento de alternância que em muito se assemelha à passagem da Primeira para a Segunda Onda no Originalismo, vale dizer, do *original intent* para o *original public meaning*. Aliás, nos Estados Unidos, intenções originais continuam sendo valoradas como elementos indiciários do significado público original, não mais como um fim em si mesmo (Wurman, 2017, p. 18; Cross, 2013, p. 46).

Como se vê, apesar da mudança de perspectiva, o epicentro da interpretação permaneceu alojado na ideia de uma vontade originalmente concebida, agora expressa na redação normativa. O texto, neste caso, se desvencilha do seu autor e passa a governar de maneira autônoma. O fundamento é que, para além da dificuldade de síntese dessa pressuposta vontade subjetiva, cuja existência seria duvidosa, o próprio Estado de Direito reclamaria a **objetividade** do que foi legislado, não a **subjetividade** de quem legislou. Também este aspecto central soa

²⁶⁵ Seria ingênuo acreditar que a influência da *mens legislatoris* se dissipou por completo, em um passe de mágica. Ao longo dos anos, a importância do recurso à intenção do legislador permaneceu enraizada no imaginário jurídico. Baste um olhar mais atento, por exemplo, nas reveladoras palavras do Professor Limongi França (2014, p. 24), quando, ainda em vida, sublinhou: “**A execução da lei, pois, deve estar de acordo com a intenção dos seus autores, intenção essa cuja descoberta é o principal dos trabalhos do intérprete.** Isso, porém, não elide a conveniência de, por vezes [...] essa intenção ser adaptada às transmutações da realidade social.” — original sem destaques. Este fragmento proclama uma **regra** substancialmente originalista, embora o rótulo não tenha — e não precise ter — sido utilizado. Mesmo reconhecendo, “por vezes”, a adaptabilidade da intenção original às mudanças que o tempo opera na sociedade — aspecto próximo daquilo que era reconhecido por originalistas da Primeira Onda e que hoje tem sido aceito por muitos originalistas contemporâneos —, o Professor da USP hierarquizou a importância do trabalho do intérprete e alocou a intenção do legislador de maneira prioritária. A passagem de Limongi França, cronologicamente, foi escrita em uma época em que a *mens legislatoris* já não gozava do prestígio de outrora. Em síntese, mesmo nos dias atuais, esse raciocínio continua a inspirar juízes e acadêmicos, às vezes de forma inconsciente. Seja como for, por ora, importa dizer que a *a mens legislatoris* entrou em declínio para ser substituída pela ideia de *mens legis*.

²⁶⁶ O parecer foi transcrito no relatório do Relator, Ministro Oscar Corrêa (STF, Pleno, Representação 1355/PB, j. em 12/03/1987).

bastante familiar, conforme se extrai da Constituição do Estado de Massachusetts, cujo lema tem sido invocado por diferentes originalistas (Meese III, 1985, p. 29; Scalia, 1997, p. 17): “[a] government of laws, not of men”.

Viu-se que o chamado Neo-originalismo caracterizou-se por quatro aspectos essenciais: (i) uma abordagem objetivista; (ii) uma deferência menor em relação às leis e, por conseguinte, (iii) inexistência de um compromisso rígido com o *judicial restraint*; (iv) o reconhecimento explícito da chamada *construction zone* na interpretação constitucional. No Brasil, a doutrina da *mens legis* destacou o primeiro deles, ou seja, não houve uma sobreposição perfeita.

Contudo, é possível dizer que a mais representativa característica era compartilhada por ambas as doutrinas interpretativas. As duas concepções defenderam uma vontade legislativa objetivamente expressa no texto, a ser discernida pelo intérprete. Inclusive, com o uso de uma metodologia similar: elementos gramaticais, históricos, (teleo)lógicos e sistemáticos. Por fim, embora adeptos da *mens legis* ainda cultivassem uma reverência significativa à lei e vivessem em uma época onde vigorava o *judicial restraint*, havia, sim, o reconhecimento de que a norma jurídica não esgotaria todas as ricas hipóteses que só a realidade conseguiria apresentar. Ambiguidades, lacunas e obscuridades não eram considerados temas tabus. Mesmo juristas brasileiros apegados à *mens legis* rejeitavam dogmas como *in claris cessat interpretatio* (Maximiliano, 2011, p. 29)²⁶⁷. Em outras palavras, coincidência ou não, também a característica da *construction zone* poderia ser encontrada no Brasil²⁶⁸.

Feita essa advertência, a tendência de investigar a *mens legis* objetivada no texto em muito se aproximou da pesquisa pelo significado original. Às vezes, menos quanto aos meios e mais quanto aos fins, mas, ainda assim, uma relação de estreita proximidade.

A afinidade entre as duas concepções, *mens legislatoris* e *mens legis*, principalmente em termos práticos, levou parte da doutrina a expressar que não poderiam ser “distinguidas com grande nitidez”, “ocorrendo, frequentemente, uma imbricação entre ambas” (Streck, 2014, pp. 139-140). A propósito, era comum que Constituintes brasileiros empregassem ambas as expressões, indistintamente e sem maiores rigores.

²⁶⁷ Segundo o Constituinte Ulysses Guimarães, um contumaz defensor da *mens legis*, “[n]ão mais se perfilha o *in claris cessat interpretatio*. Tudo se interpreta.” (DCN-I de 7/3/1991, p. 1266).

²⁶⁸ Inclusive nos dias de hoje. É rara a defesa da completude do ordenamento jurídico que, como um oráculo, teria uma resposta para todas as querelas da vida. Também é escassa a defesa da tese da “única resposta correta”, embora esta não seja a mesma coisa. No Brasil, um dos poucos juristas que se aproxima dessa hipótese é Lenio Streck (2014, p. 135), no seu disruptivo *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, quando defende a “construção da resposta correta (adequada a [sic] Constituição)”.

É o que será demonstrado a seguir.

7.2.1.3 A "Expectativa de Ulysses": sobre como Constituintes brasileiros esperavam que o texto constitucional viesse a ser interpretado

Evidências históricas sugerem que a consideração do significado original, muitas vezes sob o disfarce de *mens legislatoris* ou *mens legis*, era a maneira pela qual muitos Constituintes brasileiros esperavam que o texto constitucional de 1988 viria a — e deveria — ser interpretado. Entretanto, como se verá ao diante, este não era um significado original qualquer. Diferentemente do Originalismo norte-americano, caracterizado por um maior grau de pureza, além de uma calibragem mais rígida quanto à tese da fixação e ao princípio da constrição, o constitucionalismo brasileiro foi concebido na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988) com mais ductibilidade e algum sincretismo.

Em discurso proferido na Câmara dos Deputados, cerca de um ano e meio após promulgada a Constituição, Ulysses Guimarães forneceu pistas sobre a sua visão a respeito da interpretação jurídica: “[...] leis são pesquisadas pela sua *mens legislatoris*, isto é, o que estava na cabeça dos legisladores ao editá-las. Também na *mens legis*, porque as leis não são inertes, têm mente, falam, são racionais”²⁶⁹.

Esta não foi uma frase impensada, proferida ao acaso. Muito pelo contrário. À medida em que mais pesquisas são realizadas sobre documentos históricos da época, percebe-se que o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte **já cultivava essa expectativa** sobre interpretação constitucional durante os próprios trabalhos constituintes. Por exemplo, durante a votação de destaque apresentado pelo Constituinte Nelson Jobim (Emenda n.º 1.609), após um desacordo com o Constituinte Eraldo Tinoco sobre concurso público, investidura e ascensão funcional, Ulysses proferiu uma declaração intrigante para a Hermenêutica Constitucional Brasileira²⁷⁰:

²⁶⁹ Discurso proferido em 06/03/1991, mas publicado no DCN-I de 7/3/1991, p. 1266.

²⁷⁰ DANC, ano II, n.º 295, p. 12.837.

Ilustração 1: Fragmento do Diário da Assembleia Nacional Constituinte

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) — Srs. Constituintes, vamos à votação e os esclarecimentos prestados integrarão a ***mens legis*** e a ***mens legislatoris***. Quem for aplicar o texto, o aplicará com a interpretação dada, com as declarações do Relator e do debate aqui havido.

As palavras demonstram cabalmente a **expectativa original** do Presidente da Assembleia Nacional, no sentido de que o aplicador do texto — leia-se: todos os Poderes da República, inclusive, o Supremo Tribunal Federal — faria uso da "**interpretação dada**" pelos próprios Constituintes, consignando ainda que **as declarações do Relator e o debate seriam aplicados com o próprio texto**²⁷¹. Tais elementos integrariam a "*mens legis* e a *mens legislatoris*", ou seja, esperava-se um **diálogo com as fontes originais**. A expectativa era de que os esclarecimentos registrados serviriam como **guia** para a interpretação e aplicação do texto. Isto, por si só, retira muito do caráter persuasivo da célebre objeção de Powell à primeira versão do Originalismo norte-americano. No Brasil, essa expectativa é bastante nítida, o que torna mais difícil sustentar que o Originalismo seria refutado pelo próprio Originalismo.

Em ocasião distinta, mas muito similar à descrita linhas acima, dirigindo-se ao Constituinte Bonifácio de Andrada, o então Presidente da ANC igualmente assegurou que as razões seriam incluídas na *mens legis* para futura interpretação da norma²⁷².

Seria muito fácil prosseguir com mais exemplos, tamanha a abundância de incidentes dessa natureza. Certa feita, referindo-se à diferença de um prazo contado em dias, como estava expresso na norma, ou em sessões, como lhe parecia mais apropriado, o Presidente da ANC exprimiu: "[...] interpreto, na exegese, na hermenêutica, a *mens legis*, a *mens legislatoris*, o que o Legislador quis no caso fazer."²⁷³.

Não há dúvidas da poderosa influência da vontade do legislador e da doutrina do "espírito da lei" na interpretação jurídica esperada pelo patrono da Constituição Cidadã. Mas este é apenas um lado — embora talvez o principal — de um objeto que, para ser compreendido na sua inteireza, requer a análise de outras faces.

²⁷¹ Quão comum tem sido encontrar a referência a elementos dessa natureza quando da aplicação da Constituição? Esta é uma pergunta honesta, que requer uma resposta honesta.

²⁷² DANC, ano II, n.º 306, p. 14160.

²⁷³ DANC n.º 11, Ano I, 1987, p. 267.

Se, por um lado, Ulysses esperava que a intenção do legislador seria prestigiada, a dimensão intencionalista da sua expectativa não faria da jurisdição constitucional uma atividade necessariamente estática ou imutável. Primeiro porque, na sua perspectiva, tribunais poderiam alterar a sua jurisprudência para melhor prestigiar **o próprio princípio pretendido** pelo legislador.

Essa nuance poder ser percebida nas seguintes palavras registradas no Diário da Assembleia Nacional Constituinte²⁷⁴:

Ilustração 2: Fragmento do Diário da Assembleia Nacional Constituinte

É um entendimento que se tem, inclusive, na interpretação de leis, na jurisprudência dos tribunais: examinam as leis de uma maneira, depois passam a examinar a mesma lei, com relação aos mesmos casos, de outra maneira, mudando a jurisprudência. Portanto, é um sistema consagrado por aqueles que têm a responsabilidade de interpretar a lei segundo a ***mens legis***, a mente, o espírito da lei, ***mens legislatoris***, o que está na cabeça do legislador e que, às vezes, não é bem escrito, quer sempre o bem, a verdade, aquilo que é certo, o que convém.

O fragmento do documento demonstra aquilo que, na perspectiva observacional de Ulysses, seria o estado da arte na interpretação jurídica da época. Mudanças na jurisprudência já eram comuns, mas o fim colimado era o de melhor atender à vontade expressa na lei ou pretendida pelo legislador — a depender da *mens* adotada²⁷⁵.

Mas há um segundo aspecto crucial a ser abordado. A última imagem documental ilustra palavras de Ulysses proferidas para defender **uma interpretação menos ortodoxa** do Regimento Interno, cujo “espírito” seria favorecer o bom andamento dos trabalhos. Esta é outra

²⁷⁴ DANC, n.º 146, Ano I, 1987, p. 5521.

²⁷⁵ Ao longo da sua biografia, houve momentos em que Ulysses pareceu ultrapassar o significado original: “No tempo, as mesmas leis, com vozes diferentes conforme as circunstâncias, mudam para servir às mutações da sociedade.” (DCN-I de 7/3/1991, p. 1266). Não é tarefa simples, contudo, discernir com precisão se ele estava a se referir àquilo que hoje tem sido chamado de “mutações” — premissa repudiada por originalistas — ou apenas à incidência da lei sobre hipóteses não imaginadas pelo legislador, avanços tencológicos *etc.* — fenômeno admitido por originalistas. Também é plausível suspeitar de algum grau de sincretismo teórico. O que se sabe é que, de um modo geral, mutações constitucionais ainda permaneciam como ilustres desconhecidas na Era Constituinte. Pelo menos, para a maior parte da comunidade jurídica. Esta hipótese é demonstrada no capítulo seguinte.

característica que não pode ser negligenciada. Historicamente, a invocação da *mens legis* para flexibilizar o rigor de normas regimentais foi um expediente de certa forma comum.

O empenho constante de Ulysses em se valer das intenções do legislador como um elemento apto a afastar a leitura meramente gramatical da linguagem empregada nos enunciados normativos se reforça por ocasião da votação da redação final da Constituição, quando o Constituinte voltou a descrever **como considerava que juízes deveriam interpretar textos legais**. Pela sua relevância, a manifestação será ilustrada com fragmentos do documento original²⁷⁶:

Ilustração 3: Fragmento do Diário da Assembleia Nacional Constituinte

Além disso, e para terminar, o Regimento é meio e não fim. O fim, em qualquer texto legal, a Constituição, principalmente, é a verdade, é o bem, é justiça. É assim que os juízes interpretam. Às vezes, não se cinge a uma interpretação servir literal, gramatical, vocabular, mas procura a interpretação de servir e fazer com que o preceito legal procure, repito, servir ao bem, obter uma solução em nome do bem, da verdade ou da justiça. De maneira que senti que deveria, como Presidente, de forma que figure nos Anais da Casa, dar esta exegese, esta interpretação que, a **mens legis** e a **mens legislatoris**, sobre um texto desta importância, desta responsabilidade, que será a futura Constituição do Estado, futura Constituição do Brasil. Não houve qualquer desrespeito ao preceituado na Emenda Constitucional n° 26 nem em Regimento, pela sucessividade das votações, com o **quorum** qualificado, inclusive a que hora se vai efetuar.

Enquanto o Originalismo norte-americano promove uma maior aproximação entre texto e norma, a concepção de Ulysses sobre a *mens legis* tendia a incorporar elementos tipicamente jusnaturalistas como “a verdade”, “o bem” e “a justiça”, assegurando uma distância um pouco maior entre esses dois componentes²⁷⁷. Não se pode descartar a hipótese factível do uso retórico

²⁷⁶ DANC, ano II, n.º 307, p. 14319.

²⁷⁷ Em ambos os casos, porém, continua a haver uma grande proximidade entre texto e norma. Pelo menos, de um modo geral.

desses valores, como é próprio da Política, mas seria contraproducente enveredar nessas elucubrações.

Para os fins deste trabalho, importa destacar que, na **expectativa interpretativa de Ulysses**, a “interpretação” que ele, “como Presidente” da Assembleia Nacional Constituinte, considerava apropriada para os magistrados está consubstanciada na *mens legis* e na *mens legislatoris*, estas documentadas nos Anais da Casa. Em complemento, frise-se mais uma vez, é importante perceber que o sentido empregado pelo Constituinte, ao fazer uso dessas categorias, não se reduzia à interpretação literal. Sem a proposição de uma exegese rígida de partes isoladas do texto²⁷⁸, Ulysses defendia que os **propósitos originalmente idealizados** — neles incluídos o “espírito” original — fossem tomados em consideração pelo aplicador do texto, que deveria se basear nas fontes deixadas pela ANC e efetuar uma interpretação sistêmica.

Há, portanto, uma estreita ligação entre a herança documental deixada pelos Constituintes e o correto significado dos textos. Esperava-se que as fontes fossem objeto de pesquisa meticulosa pelos intérpretes do futuro. Este segundo elemento também pode ser extraído de outros fragmentos histórico-documentais que se referiam aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte: “Todo um conjunto de fatos, circunstâncias, iniciativas e decisões faz parte desse processo de grande significado histórico e que por isso, **certamente, será objeto de estudos e reflexões futuras**”²⁷⁹. O tempo mostrou que, apesar do notável esforço de registro e curadoria do acervo documental por parte dos membros e servidores da ANC, que legaram pistas importante sobre o significado da CF/88, o diálogo com as fontes originais não veio a ser efetuado pelo Supremo Tribunal Federal. Como será visto em capítulo próprio, a análise das decisões proferidas pelo STF demonstra que esse manancial histórico-documental não tem sido incorporado na construção argumentativa dos votos dos Ministros.

Com base no que foi visto até aqui, didaticamente, é possível identificar e hierarquizar dois elementos constitutivos da expectativa manifestada por Ulysses:

²⁷⁸ “Nenhum artigo da Constituição ou de qualquer lei pode ser pinçado, como ente autônomo e autodeterminável em sua hermenêutica e muito menos em sua aplicação. É como arrancar o órgão do organismo. Ele ou os dois morrem. Todo dispositivo legal há de ser interpretado em seu contexto, em seu universo, em seu sistema. É o conteúdo de um continente.” (DCN-I de 7/3/1991, p. 1266). Imediatamente após defender o elemento sistemático, Ulysses sustentou que o objetivo do intérprete era a *mens legislatoris* e a *mens legis* (DCN-I de 7/3/1991, p. 1266).

²⁷⁹ Ulysses Guimarães, DANC, Ano II, n. 307, p. 14.362.

a) motivos, intenções e propósitos, tais como exteriorizados nos debates, deveriam ser fielmente documentados, porque parte integrante da *mens legis* e da *mens legislatoris*. Aqui, tem-se uma relação de *meio*.

b) Mas por que documentar? Precisamente, para que tais fontes fossem consultadas e estudadas pelos intérpretes do futuro. Magistrados deveriam cotejar essas fontes originais, para delas extrair a *mens legis* e a *mens legislatoris*, que **deveriam ser levadas em consideração**. Este era o **fim em si mesmo**. Documentava-se para **preservar** e, sobretudo, **orientar**. Pairando alguma incerteza quanto à interpretação do texto promulgado, juízes seriam norteados pelo "espírito da lei" ou pela intenção do legislador, à semelhança de uma bússola.

Essa foi uma manifestação típica do Presidente da ANC, que muito se repetiu e, por isso, será sempre encontrada em pesquisas histórico-documentais da Era Constituinte. Para fins didáticos, doravante, será referida nesta tese como a **Expectativa de Ulysses**. Isso permite sintetizar os elementos "a" e "b" em uma única expressão.

Resta, então, analisar quão representativa foi a Expectativa de Ulysses durante os trabalhos constituintes. Os demais Redatores partilhavam dessa visão sobre a interpretação constitucional? Pois bem.

Bernardo Cabral, um dos mais expressivos membros da ANC e que desempenhou a função de Relator-Geral, pautou seus trabalhos nas mesmas premissas. Ilustrativamente, o Constituinte redistribuiu dispositivos com o explícito propósito de "obstar desvirtuamentos da *mens legislatoris* em interpretações futuras."²⁸⁰ O cuidado para prevenir interpretações que saíssem dos trilhos — leia-se: da intenção do legislador — era um acautelamento diário.

Bem se vê, estes não foram Constituintes do chamado "baixo clero", ou seja, membros da Assembleia Nacional com uma representatividade menos expressiva ou com um poder de persuasão mais comedido — se é que se poderia estabelecer essa discriminação. Pelo contrário, juntos, Bernardo Cabral e Ulysses Guimarães foram como órgãos vitais para os trabalhos constituintes.

Mas a verdade é que outros Redatores da Constituição costumavam ser ainda mais diretos. Uma pesquisa documental demonstra que o Constituinte Plínio Arruda Sampaio, nos átrios da Assembleia Nacional, chegou a dizer que "[...] **em toda interpretação de texto de lei, busca-se a intenção do legislador, o que ele quis, o que nós quisemos [...]**"²⁸¹. É

²⁸⁰ Projeto de Constituição (B), 2º turno, Volume 299, Brasília: Senado Federal, Julho de 1988, p. 9.

²⁸¹ DANC, Suplemento ao n.º 114, p. 44.

interessante perceber que, mesmo sendo um dos Constituintes mais progressistas da ANC, Plínio nutria a expectativa de que a intenção original seria buscada pelo intérprete. Chamar ou não isso de Originalismo, apelido pejorativamente criado por Paul Brest, já não é uma questão importante. Por sua vez, a crença que associa o apego ao significado original e o pensamento conservador, tão presente no senso comum, pode ser bastante imprecisa diante do específico estudo de caso brasileiro.

O fato é que o Corpus Fontes identificou inúmeras evidências em documentos produzidos na Era Constituinte, em diferentes subcomunidades linguísticas, que convergem para a hipótese de que a doutrina da *mens legis* e da *mens legislatoris* difundiu-se amplamente na ANC. Por sua vez, a despeito de possíveis divergências sobre aspectos periféricos, muitos outros Constituintes compartilhavam da ideia nuclear contida na Expectativa de Ulysses.

Os achados foram submetidos a uma análise qualitativa. Dentre eles, os Constituintes Antônio Mariz²⁸², Joaquim Bevilacqua²⁸³ e Luiz Henrique²⁸⁴, por exemplo, fizeram uso explícito das categorias da *mens legis* ou da *mens legislatoris*. De maneira complementar, uma pesquisa na base de dados do APEM, que reúne anteprojeto, projetos, emendas e avulsos, indica que os Constituintes José Carlos Grecco, Uldurico Pinto, Lavoisier Maia, Cardoso Alves, Ricardo Izar e Arolde de Oliveira se serviram da *mens legis* nas justificativas das propostas de emendas submetidas²⁸⁵.

Bem analisadas as coisas, percebe-se a influência de raciocínios originalistas na própria forma de trabalho, interpretação e comunicação dos Constituintes brasileiros. Após ouvir uma sugestão de redação proposta pelo Constituinte Fernando Henrique Cardoso, o Constituinte José Fogaça respondeu: "Talvez a **intenção original do texto** seja essa, porque ontem suprimos a palavra 'qualquer' que tentava dar, possivelmente, essa amplitude"²⁸⁶. Perquirir a **intenção original do texto** é rigorosamente o mesmo que buscar extrair dele um significado original.

²⁸² Suplemento ao n.º 82, Ano I, 24 de Junho de 1987, p. 57.

²⁸³ DANC, ano II, n.º 244, p. 10423.

²⁸⁴ DANC n.º 25, Ano I, p. 686.

²⁸⁵ Na etapa do Anteprojeto, o termo aparece na fase das Comissões (G). Já na etapa do Projeto, na fase da Comissão de Sistematização, *mens legis* é uma ocorrência que se verifica em três ocasiões (J, M e O), voltando a ser mencionada por duas vezes durante a fase do Plenário (S e U). Utilizaram-na os Constituintes José Carlos Grecco – de maneira próxima a “razão subjacente” – (Emenda 00123), Uldurico Pinto – este como “espírito do anteprojeto” ou “espírito do substitutivo” – (Emendas CS03019-9, CS03014-1 e 1S0249-2), Lavoisier Maia – associando-a à ideia de “intenção do constituinte” (Emendas CS03754-5, ES25864-8, 2TOOSI0-5 e 1P03530-9), Cardoso Alves – à semelhança de ideia central ou de essência – (Emenda 2T00403-C), Ricardo Izar – *idem*, também como ideia central – (Emenda ES23478-1) e Arolde de Oliveira – como “pensamento do seu autor” (CS01073-6).

²⁸⁶ Suplemento "B" ao n.º 307, 23/09/1988, p. 105.

Esta foi uma maneira espontânea de demonstrar como trabalhava a sua intuição linguística diante de um texto a ser interpretado.

Outros debates demonstram que essa forma intuitiva de trabalho poderia ser percebida, por exemplo, nas manifestações de Ulysses Guimarães, que manifestou adesão a propostas de redação com base no seu discernimento sobre as pretensões do Relator: "Tanto quanto apreendi da intenção do Relator..."²⁸⁷. Neste momento, pairava um estado de desacordo sobre a explicitação de uma cláusula que envolvia os entes federativos, ocasião em que o Constituinte José Fogaça concitou seus pares à observância do significado original (grifo próprio): "Chamo a atenção para a **intenção original do texto**"²⁸⁸. Até as crianças sabem que existe um nexo entre atenção e importância. Constituinte algum se empenharia para manter os membros da ANC atentos a um elemento indigno de atrair o interesse institucional. Havia, como se vê, uma preocupação de fidelidade com o texto elaborado em um momento constituinte anterior, para que não viesse a ser deturpado. Era assim que se interpretava o conteúdo comunicativo dos enunciados normativos.

É correto afirmar que, em dados momentos do processo constituinte na ANC, Constituintes da etapa seguinte se valiam de um "Originalismo intuitivo" para extrair a intenção dos seus antecessores ou o significado por eles imprimido e agora objetivado no texto. Pelo menos, esse era o raciocínio **quando pretendiam aprovar, aprimorar ou restaurar** o que havia sido estabelecido nas fases antecedentes. A melhor ilustração adveio do Constituinte Vicente Bogo, quando asseverou: "nossa proposta [...] é no sentido de que **se retorne** ao texto original aprovado, à **intenção original** aprovada no primeiro turno [...]"²⁸⁹. Ora, o discernimento do que viria a ser "a intenção original", em termos práticos, não passava de uma operação mental originalista. Aliás, intrínseca e endógena, porque, respectivamente, não expressa e operada no âmago das fases da própria ANC²⁹⁰. E o esforço para retornar ao primeiro estado de coisas ("intenção original") pode sugerir o prestígio natural de que se reveste a mensagem inicial. Evidentemente, o significado original ainda não exercia constrição

²⁸⁷ Suplemento "B" ao n.º 307, 23/09/1988, p. 32.

²⁸⁸ Suplemento "B" ao n.º 307, 23/09/1988, p. 32.

²⁸⁹ DANC n.º 290, Ano II, 11/08/1988, p. 12.526.

²⁹⁰ Um outro exemplo se extrai da Emenda 00682, apresentada pela Constituinte Anna Maria Rattes ao substitutivo do Relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher: "A emenda tem, portanto, o escopo de, superando o colonialismo historicamente exercido sobre as nações indígenas, **preservar a intenção do Relator**, aprimorando a terminologia do texto.". Quer se trate de uma retórica persuasiva ou de uma pretensão sincera, o fato é que a intenção original era havida como um dado relevante nos trabalhos constituintes, ou seja, em uma perspectiva endógena.

autoritativa, na medida em que poderia ser objeto de rejeição, mas já era, sim, visto como um dado relevante e a ser reverenciado²⁹¹.

As muitas evidências históricas elencadas até aqui não têm a pretensão de defender a hipótese segundo a qual a ANC foi um bloco monolítico total, não plural. A heterogeneidade da Constituinte (1987-1988) — e dos Constituintes — é um fato público e notório. É historicamente válida a proposição de que o apego à *mens legis* e à *mens legislatoris* era uma prática bastante influente na Assembleia Nacional, mas tal não significa afirmar que foi ela unânime, consensual ou encontrada na sua forma pura. Raciocinar dessa maneira equivaleria à adoção da já criticada proposopopeia, que atribui, por ficção, vida e opiniões simplificadoras a um ente coletivo inanimado. Outros modelos de expectativas, de certa forma concorrentes com a chamada Expectativa de Ulysses, poderão ser encontrados nos documentos históricos — v.g nas palavras dos Constituintes Virgildásio de Senna²⁹², Arthur da Távola²⁹³ e Nelson Jobim²⁹⁴ —, mas esses achados serão analisados no capítulo que se ocupa das mutações constitucionais.

7.2.1.4 Dos Métodos para a elucidação da *mens legislatoris* e da *mens legis*: o vínculo entre Savigny e significado original

Uma vez esclarecida a relação de equivalência entre *mens legis* ou *mens legislatoris* e significado original, cada qual à sua maneira, uma importante inferência pode ser extraída. Se $A = B$ e $B = C$, então $A = C$. Se, substancialmente, *mens legis* e *mens legislatoris* (B) correspondem àquilo que norte-americanos chamam de significado original (C), então os métodos interpretativos empregados no Brasil (A) para pesquisá-las ($A = B$) também representam, por conseguinte, uma metodologia utilizada para elucidar significados originais ($A = C$).

²⁹¹ Bem por isso, Constituintes costumavam enfatizar esse aspecto. A ênfase à “intenção original” era apresentada em contextos de justificativas das emendas propostas (Constituinte Sólton Borges dos Reis, DANC, n.º 297, Ano II, p. 12.956). E faz todo sentido: ao fim e ao cabo, justificar uma proposição é mesmo algo muito próximo de declinar razões, motivos, finalidades, objetivos, pretensões ou intenções.

²⁹² Introdução ao Anteprojeto da Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime de Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica. Suplemento ao n.º 103, 24 de julho de 1987, p. 116.

²⁹³ Constituinte Arthur da Távola, Suplemento “B” ao n.º 171, 1988, pp. 487-488.

²⁹⁴ DANC n.º 137, Ano I, 1987, p. 5051.

Quais são, então, os métodos empregados para discernir a *mens legis* e a *mens legislatoris*? É a questão fundamental que se nos afigura.

De um modo geral, os tradicionais elementos de Savigny constituem essa metodologia e, por consectário lógico, do significado original. Aqui, é importante perceber a premissa epistemológica assumida. Pesquisando-se nas fontes primárias, colhe-se que, na concepção do jurista alemão do século XIX, a interpretação é definida como “*la reconstruccion del pensamiento contenido en la ley*” (Savigny, 1878, p. 149). O que se quer dizer com “pensamento”? O próprio Savigny o esclarece, em importante nota de rodapé. Segundo ele, optou-se pelo vocábulo “*pensamiento*” por considerá-lo como o mais apropriado para expressar “*la parte intelectual de la ley*”, evitando deliberadamente palavras como “sentido” e “intenção” (Savigny, 1878, p. 149). Nota-se uma proximidade maior com a ideia de *mens legis*²⁹⁵.

Tamanho o cuidado de Savigny com a escolha de cada palavra, parece arriscada a tradução proposta por Paulo Bonavides, ainda que aproximada: “[i]nterpretação, no entendimento clássico de Savigny, é a reconstrução **do conteúdo da lei** [...], de modo a operar-se uma **restituição de sentido** ao texto viciado ou obscuro” (2005, p. 437). Embora destoe das fontes primárias quanto àquilo que traduziu — Savigny emprega “pensamento contido na lei”, não “conteúdo da lei”, preferindo esta forma à expressão “sentidos”²⁹⁶ —, a compreensão do constitucionalista brasileiro sobre restituir significados foi bastante sensata. De fato, o empreendimento interpretativo de Savigny estava voltado para a reconstrução, vale dizer, para o resgate. E esta é uma assunção muito cara ao Originalismo: significados originais devem ser reconstruídos ou restituídos pelos intérpretes.

Uma primeira evidência histórica da existência desse vínculo na Era Constituinte (1987-1988) pode ser vislumbrada em parecer da lavra do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Cid Heráclito de Queiroz, subscrito em 30 de setembro de 1987. No referido documento, o parecerista asseverou que a reconstrução da “vontade” da lei expressa em Savigny se referia à *mens legis*²⁹⁷.

Pois bem. Para esse desiderato reconstrutor, Savigny elenca quatro “**regras fundamentais de interpretação** (1878, p. 150)”, livremente traduzidos da forma a seguir:

²⁹⁵ Na percepção de autores como Eros Grau, o conceito de interpretação em Savigny parece ser apresentado como mais próximo da *mens legislatoris* (2017, p. 28).

²⁹⁶ Pelo menos, neste primeiro momento conceitual. Ao desenvolver o tema e discorrer sobre ele, ao abordar as regras interpretativas fundamentais, o jurista alemão descreve que os quatro elementos “esgotam o conteúdo da lei”, o que pode sugerir uma convalidação de parte da tradução proposta por Bonavides (Savigny, 1878, p. 150).

²⁹⁷ Parecer/PGFN/CRF nº 1.020/87.

a) **elemento gramatical**, segundo o qual a interpretação tem como objeto as palavras de que o legislador se serve para "comunicar seu pensamento", isto é, a **linguagem das leis** (Savigny, 1878, p. 150).

b) **elemento lógico**, que busca a "decomposição do pensamento" e as relações lógicas que unem as diferentes partes (Savigny, 1878, p. 150);

c) **elemento histórico**, cujo objeto é o “estado do direito existente sobre a matéria, na época em que a lei foi dada” (Savigny, 1878, p. 150). Segundo ele, o elemento histórico se destina precisamente a elucidar “o modo de ação da lei e a mudança por ela introduzida” (Savigny, 1878, p. 150);

d) **elemento sistemático**, por força do qual o intérprete voltará sua atenção para “o laço íntimo que une as instituições e regras dentro de uma vasta unidade” (Savigny, 1878, p. 150).

É um erro supor que essas regras fundamentais estão à disposição para serem livremente escolhidas pelo intérprete, ao seu talante, muito pelo contrário. Elas foram concebidas para serem **reunidas** na interpretação das leis, vale dizer, aplicadas de forma conjugada (Savigny, 1878, p. 150). Com isso, já se pode dizer que é tecnicamente incorreto promover uma hierarquização nos elementos de Savigny. O menosprezo ao elemento histórico perante os demais, por exemplo, às vezes repetido no senso comum teórico, infringe a própria teoria do jurista alemão.

Os elementos que Savigny elencou, comumente lembrados no Brasil como instrumentos a serviço da *mens legis* ou às vezes da *mens legislatoris*, são substancialmente métodos disponíveis à interpretação originalista. É o que se passa a demonstrar.

Não é necessário muito empenho para comprovar que os elementos histórico e gramatical, juntos, constituem o núcleo duro de uma abordagem originalista. O Originalismo se vale exatamente do texto e de evidências históricas, atribuindo a esses aspectos um protagonismo ímpar.

Ao discorrer sobre a perspectiva epistêmica de Tércio Sampaio Ferraz Jr., Lenio Streck explica que o “método histórico” — que, convém lembrar, já foi descrito por parte da literatura como uma designação para aquilo que, nos Estados Unidos, vem sendo chamado de Originalismo (Grote, 2019, p. 7) — desponta como a técnica preponderante para aqueles que buscam discernir a “compreensão do pensamento do legislador” (Streck, 2014, p. 141).

Avançando para os demais componentes, o Constituinte Michel Temer (2008, p. 25) já teve a oportunidade de registrar, academicamente, que “não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribui às palavras do texto constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo [...]”. O próprio significado original é extraído do todo, não das partes. Constitucionalistas brasileiros mais tradicionais afirmavam que o elemento teleológico busca a “finalidade da lei (*mens legis*)” (Bastos, 2014, p. 42). Se assim o é, a teleologia estará muito próxima do significado original. Talvez por isso, Aharon Barak, que presidiu a Suprema Corte de Israel, já tenha sustentado em trabalhos acadêmicos que a interpretação teleológica, em uma das suas acepções, corresponde aos objetivos e propósitos perseguidos **por aqueles que redigiram ou adotaram a constituição** (*apud* Grote, 2022, p. 8). Nesta acepção específica, a interpretação teleológica estará “intimamente ligada ao método histórico de interpretação” (Grote, 2019, p. 8). Ora, como tem sido repetido, a abordagem histórica vem sendo tratada como um equivalente do Originalismo norte-americano. Logo, a íntima ligação com o método histórico é um vínculo de intimidade com o próprio Originalismo²⁹⁸.

Moreira Alves, um dos mais influentes Ministros do STF, destacou que “em matéria de interpretação, eventuais imprecisões de linguagem cedem à interpretação lógica, que fixa o sentido da lei (a *mens legis*)”²⁹⁹. Por sua vez, Paulo Bonavides (2005, p. 441) descreveu que, na interpretação lógica, procura-se “determinar a *ratio* ou *mens* do legislador”, ou seja, “[b]usca [...] reconstruir o pensamento ou intenção de quem legislou, de modo a alcançar depois a precisa vontade da lei”. Por fim, trabalhos brasileiros dos anos 80 dispunham que o objetivo do elemento lógico é “identificar a intenção do legislador constituinte” (Ferraz, 1986, p. 40).

Outra pista importante é perceber que o “argumento estrutural” da interpretação norte-americana, que representa uma prática bastante enfatizada por originalistas (Meese III, 1985, p. 25; Scalia, 1997, p. 17; Balkin, 2011, p. 4), pode ser mais uma maneira de descrever a interpretação sistemática. Aparentemente, esta pode ter sido a razão pela qual, no Brasil, Celso Ribeiro Bastos (2014, p. 43) escreveu que, na interpretação sistemática, busca-se uma “visão estrutural” da lei. São traduções equivalentes.

O fato é que um levantamento bibliográfico cuidadoso corrobora vivamente a hipótese pela qual, no Brasil, os elementos de Savigny estiveram quase sempre apontados para variantes

²⁹⁸ Mais uma vez, se $A = B$ e dado que $B = C$, então $A = C$. Advirta-se, todavia, que esse método é ambíguo para Grote, podendo, a depender da variante, aproximar-se ou afastar-se do Originalismo (2019, p. 8).

²⁹⁹ RE 113.711/SP, j. em 26/06/1987

da ideia de significado original. Uma síntese conclusiva pode ser encontrada nas palavras do jurista Limongi França, para quem as interpretações lógica, histórica e sistemática se dirigem à descoberta da *mens legislatoris* (França, 2014, pp. 24-25).

Em suma, **os elementos (teleo)lógico, gramatical, histórico e sistemático estão voltados à descoberta das chamadas vontades legislativas**. Disso se segue que, por consectário lógico, **são eles abordagens substancialmente originalistas**. Eros Grau (2017, p. 28) bem o ilustra, ao observar que, na concepção tradicional da hermenêutica “**à moda de Savigny**”, “a interpretação não é mais que a **reconstrução do pensamento do legislador**”. O ato de reconstruir um pensamento, como se sabe, é uma esforço de resgate ou restauração de um elemento pretérito, não da sua construção inédita. Repita-se: nada disso é coincidência. Bem analisadas as coisas, à luz da ontologia estudada no início desta tese, conclui-se que, durante muito tempo, ideias essencialmente originalistas estiveram ocultas no Brasil, sob o disfarce de expressões como *mens legis* ou *mens legislatoris*. É possível inclusive falar em uma **doutrina brasileira do significado original**.

Em grande medida, essa hipótese foi demonstrada por meio dos documentos históricos apontados e exibidos no tópico anterior. Quando Constituintes brasileiros nutriam expectativas de que o significado por eles imprimido deveria ser observado, historicamente, pelos intérpretes do futuro, eram a essas expressões que eles recorriam.

Mas agora convém incursionar em um novo aspecto. Os elementos de Savigny vêm sendo sistematicamente descritos como “superados” por uma “moderna hermenêutica constitucional”, embora ainda sejam defendidos na interpretação infraconstitucional. Afinal, ainda é correto se servir dessa tradição metodológica para interpretar a Constituição de 1988?

É o que se analisa a seguir.

8 REPRISTINANDO OS MÉTODOS ORIGINAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Após a promulgação da Constituição de 1988, os Métodos Originais contemporâneos ao documento foram, aos poucos, sendo substituídos por outras práticas. Cronologicamente, o Direito Constitucional Brasileiro pós-88 atravessou a chamada **Doutrina da Efetividade** e, ainda nos anos 90, atingiu o **Neoconstitucionalismo**³⁰⁰.

A partir de então, com ligeiras variações, a interpretação constitucional brasileira **congelou-se no tempo**. Ao longo das décadas seguintes, pouco ou nada mudou: professores brasileiros reivindicavam e ainda reivindicam princípios e métodos próprios de interpretação constitucional — tais como apontados por Konrad Hesse e Böckenförde, respectivamente —, trabalham com uma Teoria dos Princípios que assume a premissa das ponderações (*balancing*) e da proporcionalidade, às vezes com um sincretismo que inclui a razoabilidade. Mais do que isso, a hipertrofia da jurisdição constitucional, sempre descrita como contramajoritária, é também uma tônica desse quadrante teórico.

Aproximadamente 25 (vinte e cinco) anos após a promulgação da Constituição de 1988, na célebre obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, o Neoconstitucionalismo veio a ser descrito como agente provocador de “condições patológicas que, **em nosso contexto atual** — dizia-se, na época —, acabaram por contribuir para a corrupção do próprio texto da constituição” (Streck, 2014, p. 133)³⁰¹. No mesmo ano, Canotilho classificou o Direito brasileiro como neoconstitucionalista (2014, pp. 47-51). Poucos anos depois, no ano de 2017, um artigo assinado por Christian Lynch e José Mendonça ainda se referia à atual quadra do Direito Constitucional Brasileiro por meio dessa Escola. Os autores introduziram o trabalho de uma maneira bastante simbólica: “**Em tempos neoconstitucionalistas**, a história constitucional brasileira ainda é, em sua maior parte, ilustre desconhecida”, descreviam eles.

A Hermenêutica Constitucional brasileira tem andado em círculos.

³⁰⁰ Parte da literatura descreve que o Neoconstitucionalismo **européu** pode ser identificado com a teoria constitucional elaborada a partir da década de 1970, com base nas constituições do pós-guerra (Lynch & Mendonça, 2017, p. 977). Como se vê, o Brasil é um asilo tardio de ideias. Há quase sempre um *delay*. Mesmo assim, é importante registrar que, na sua versão europeia, o Neoconstitucionalismo faz um uso rico da **História Constitucional**. No Brasil, a crítica e o desapego a esse ramo do saber já eram percebidas a partir da Doutrina da Efetividade (Lynch & Mendonça, 2017, p. 980). Claro, o prestígio da História no Direito Constitucional Brasileiro constitui um dado dos mais relevantes em uma investigação sobre Originalismo.

³⁰¹ No passado, o próprio Lenio Streck já foi apontado como neoconstitucionalista (Ferreira Filho, 2009, p. 157).

Examinando-se atentamente as dissertações de mestrado e teses de doutorado dos mais renomados constitucionalistas da atualidade ou concebidas sob os auspícios das mais prestigiadas instituições educacionais — como critério objetivo para essa valoração, optou-se pela priorização de trabalhos assinados por discentes que anos depois vieram a se tornar Professores Titulares de universidades com alta performance em pesquisa e docência ou produções concebidas nesses centros de excelência —, percebe-se que os problemas suscitados e as propostas de solução apresentadas em muito se assemelham³⁰².

A seguir, as principais propostas substitutivas dos Métodos Originais da Interpretação Constitucional Brasileira, que fizeram importações de categorias estrangeiras — leia-se: norte-americanas e alemãs —, passam a ser analisadas.

8.1 A TESE DUALISTA, O ESTADO DA ARTE NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A PROPOSTA DE REVISÃO DE LITERATURA

Hoje, é possível dizer que a “questão-chave na interpretação constitucional” consiste em saber se uma Constituição deve ser interpretada à maneira como leis infraconstitucionais são interpretadas (Grote, 2019, p. 2). A interpretação jurídica é uma abordagem única, por assim dizer, ou admite ramificações para cada tronco da árvore jurídica? Mais especificamente, a interpretação constitucional é uma atividade à parte da interpretação dos códigos? A resposta a esse problema não é unânime entre os constitucionalistas do mundo, mas um amplo consenso parece ter sido alcançado no Brasil.

No exterior, o mais comum é que Cortes Constitucionais adotem uma interpretação jurídica *única* para leis e constituições (Grote, 2019, p. 3). Este já foi o pensamento dominante

³⁰² Convém apresentar pelo menos um exemplo do que se pretende ilustrar. A Hermenêutica Constitucional Brasileira ainda está presa na dificuldade imposta pelo binômio fidelidade-liberdade. No final dos anos 90, uma monografia de hermenêutica constitucional registrava: “Um dos grandes problemas discutidos na hermenêutica jurídica consiste em saber se [...] a norma precede e vincula objetivamente a interpretação ou [...] se a interpretação produz a norma” (Diniz, 1998, p. 267). Poucos anos depois, o mesmo problema relacionado à dicotomia sobre ser o ato jurisdicional cognitivo ou volitivo foi enfrentado na tese de Cláudio Pereira de Souza Neto, à época doutorando pela UERJ, quando buscou uma posição intermediária que reabilitasse a razão prática (Souza Neto, 2002, p. 330). No ano de 2024, qualquer um sabe que o tema ainda permanece como uma ferida aberta. Diz-se que a interpretação é constitutiva de sentido, mas poucos estão dispostos a aceitar as implicações da liberdade criativa que decorrem dessa premissa. Diante disso, quase todo o empenho da literatura tem sido voltado para estabelecer mecanismos de controle que racionalizem a discricionariedade dos juízes. Ao final, geralmente conclui-se que não há muito a ser feito e que resta aceitar o estado de coisas como apanágio da jurisdição. E então, nasce uma nova proposta normativa.

na Era Constituinte (1987-1988)³⁰³, quando ainda vigorava a concepção segundo a qual interpretar um texto constitucional reclamaria a incidência dos elementos de Savigny, período durante o qual os elementos gramatical, histórico, (teleo)lógico e sistemático compunham o seletorol dos Métodos Originais na interpretação constitucional brasileira. A ideia fazia sentido. Se, no Biênio Fundante, a expectativa era de que intérpretes se empenhassem para discernir a *mens legis* e a *mens legislatoris* subjacente ao texto constitucional, os métodos para atingir esse objetivo só poderiam mesmo ser iguais àqueles empregados na interpretação das leis. Afinal, *mens legis* e *mens legislatoris* também eram os objetivos na interpretação dos códigos e da legislação em geral. Trata-se de um vínculo umbilical que já foi demonstrado neste capítulo.

Entretanto, alguns anos depois, passou-se a entender que a metodologia de interpretação das leis **não** deveria ser reproduzida quando o objeto interpretado se elevasse para o compartimento constitucional³⁰⁴. Pois bem.

Na literatura jurídica brasileira, prevalece de forma quase hegemônica a corrente que defende a necessidade de uma distinção, aqui chamada de **tese dualista**. De um modo geral, juristas associados a essa linha de compreensão entendem que os elementos de Savigny são inúteis ou pelo menos *insuficientes* na interpretação da Constituição. De acordo com essa concepção, amplamente aceita no Brasil (Diniz, 1998, p. 247; Mendes, 1999, p. 12; Coelho, 2010, p. 161; Sampaio, 2013, p. 409; Pereira, 2018, p. 420; Pontes Filho, 2001, p. 84; Bastos, 2014, p. 75; Ataliba, 1989, p. 238; Maximiliano, 2011, p. 247; Magalhães Filho, 2011, p. 34), a atividade interpretativa de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, não teria a mesma natureza que a atividade interpretativa de um Juiz de Direito da Vara de Família e Sucessões. A menos, é claro, que ambos estivessem a interpretar a Constituição da República.

Um apanhado da literatura jurídica permite sintetizar os motivos usualmente apontados para que se defenda uma interpretação constitucional à parte das demais interpretações jurídicas (tese dualista):

³⁰³ É o que se extrai das fontes históricas da Era Constituinte (1987-1988). Dentre tantas, confira-se o parecer sobre a taxa de juros reais, subscrito por Caio Tácito, Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ, em 18 de outubro de 1988. O documento é explícito ao defender a identidade de interpretação.

³⁰⁴ Para Luís Roberto Barroso (2015, p. 27), esse cenário só se altera no início dos anos 2000, quando percebeu-se uma "demanda por maior sofisticação teórica na interpretação constitucional, superadora da visão tradicional de que se tratava apenas de mais um caso de interpretação jurídica, a ser feita com base nos elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico". Na verdade, esse movimento foi iniciado em momento anterior. Já era possível encontrar literatura dos anos 90 que negava aos elementos de Savigny, por exemplo, o *status* de "a melhor possibilidade" na interpretação constitucional brasileira, para então sustentar a necessidade de apegar-se a uma hermenêutica "contemporânea" — em termos práticos... além (Diniz, 1998, p. 247).

(i) Hierarquia da norma constitucional (Grote, 2019, p. 2; Pereira, 2018, p. 420; Bastos, 2014, p. 77; Pontes Filho, 2001, p. 84);

(ii) Vagueza, abstração ou estrutura principiológica da linguagem constitucional (Grote, 2019, p. 2; Pereira, 2018, p. 420; Hesse, 2009, p. 102; Sampaio, 2013, p. 409; Bastos, 2014, p. 77; Maximiliano, 2011, p. 247; Magalhães Filho, 2011, p. 34);

(iii) Significado coloquial das palavras (Pontes Filho, 2001, p. 84; Ataliba, 1989, p. 238);

(iv) Conteúdo político (Grote, 2019, p. 2; Pontes Filho, 2001, p. 84).

Às vezes, o item III é indicado como uma decorrência do item IV, estabelecendo-se um nexo de causalidade. Por exemplo, “(...) a interpretação da lei constitucional deve ser feita de maneira diversa da do direito ordinário, porque sabemos que no direito constitucional a exceção é o emprego de termos técnicos” (Ataliba, 1989, p. 238).

No elenco de razões apresentadas, as mais relevantes e convincentes são aquelas descritas nos itens **ii** e **iii**. Não haveria motivos para alterar a maneira de interpretar um documento com base exclusiva nas outras justificativas apresentadas³⁰⁵. Se uma constituição está no topo do ordenamento, isso reclama apenas a prevalência do seu significado sobre normas infraconstitucionais contrapostas, não uma alteração na forma de cognição desse significado que virá a prevalecer³⁰⁶. Do mesmo modo, o assunto de um texto, por si só, não determina a maneira pela qual se deve interpretá-lo, a menos que a linguagem também se altere (item ii).

³⁰⁵ Aliás, reconhecer elementos distintivos em uma constituição escrita não exige, necessariamente, a conclusão de que a interpretação constitucional seria diferente das demais. Como explica Márcio Diniz, Forsthoff, na Alemanha, não desconhecia as distinções da Constituição e, mesmo assim, sustentou que ela deveria ser interpretada como aquilo que era: uma lei superior às demais, a atrair os elementos de Savigny (Diniz, 1998, p. 247).

³⁰⁶ No mesmo sentido aqui defendido: “A interpretação constitucional, não obstante a altitude em que os seus preceitos se situam, no ápice da pirâmide normativa, atende aos mesmos métodos que orientam o intérprete na compreensão das normas jurídicas em geral.” (Parecer exarado por Caio Tácito, Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ, em 18 de outubro de 1988). Outros trabalhos da época adotavam posição um pouco menos rígida: ao tempo em que defendiam a identidade de métodos, também sublinhavam a necessidade de que algumas peculiaridades fossem consideradas. Nesse sentido: “os métodos de interpretação constitucional, descritos pela doutrina, são, em regra, os métodos aplicados às normas jurídicas em geral, revestidos, porém, das peculiaridades que derivam dos atributos específicos da matéria constitucional, consubstanciada e concretizada na norma constitucional, que se distingue das demais normas jurídicas pela forma, conteúdo e estrutura lógica” (Ferraz, 1986, p. 25). A autora utilizará essa premissa como base de sustentação da sua tese de doutoramento sobre mutações constitucionais (Ferraz, 1986, p. 28).

Pois bem. Está correto dizer que a Constituição é norma hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico (i). Também é verdade que seu conteúdo é mais solene, na medida em que organiza o Estado, organiza os Poderes e proclama direitos fundamentais (iv). Em grande medida, suas palavras são mesmo compreendidas à luz do significado ordinário, embora também haja muitas modulações. Este aspecto será enfrentado ao final.

É duvidoso, porém, afirmar que a linguagem empregada na Constituição Brasileira é mais vaga e abstrata que aquela utilizada nos códigos (ii). Esse aspecto será verticalizado a seguir.

8.1.1 Das razões encontradas no Direito Comparado para uma interpretação constitucional distinta da interpretação legal

Com exceção do item (i), todas as demais razões apresentadas pela doutrina brasileira, para justificar a tese dualista, remetem ao conteúdo da linguagem ou à substância do texto. Comparatistas estrangeiros, por sua vez, incluem essa razão, mas acrescentam mais 2 (dois) novos argumentos centrais a favor das interpretações jurídicas distintas: **a)** linguagem e conteúdo do texto constitucional; **b)** design constitucional dos tribunais; **c)** modelo de judicial review.

Como se verá, todos esses argumentos perdem a força no constitucionalismo brasileiro. Examinemo-los.

8.1.1.1 Da linguagem e do conteúdo do texto constitucional

Em primeiro lugar, o uso de conceitos amorfos ou palavras mais vagas não é uma exclusividade do texto constitucional. Também os códigos fazem uso de muitas cláusulas gerais, princípios de textura aberta e linguagem porosa. Em segundo lugar, a própria Constituição da República, no Brasil, em muito se assemelha a um código — esta é uma singularidade brasileira, que exige uma Teoria Constitucional própria.

O primeiro argumento é corroborado por uma leitura mais atenta da legislação. Basta lembrar que o Código Civil exige dos contratantes a observância dos "princípios da probidade e da boa-fé" (art. 422). O diploma também estipula que fundações somente poderão ser constituídas, dentre outras finalidades, para a "promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos" (art. 62, parágrafo único, VIII). A liberdade de contratar só pode ser exercida "nos limites da função social do contrato" (art. 421). Pais e mães poderão perder o poder familiar, mediante decisão judicial, quando praticarem "atos contrários à moral e aos bons costumes" (art. 1638, III).

O que se entende por boa-fé, função social, ética, cidadania, democracia, direitos humanos, moral e bons costumes? Ontologicamente, que distinção substantiva há entre o conteúdo dos direitos fundamentais tipificados na Constituição e o conteúdo dos direitos da personalidade previstos no Código Civil?

Seria muito fácil prosseguir com mais exemplos, mas também fastidioso e contraproducente. Importa perceber que a legislação infraconstitucional está repleta de uma linguagem tão vaga quanto aquela utilizada pelas constituições, qualitativa e talvez quantitativamente.

O segundo argumento decorre do fato de que a Constituição Brasileira também se exprime como um código. Uma afirmação séria como esta, que distancia a linguagem constitucional brasileira daquela utilizada por outros países que adotaram uma constituição, requer uma demonstração com a mesma seriedade. Não basta uma simples alusão à regra constitucional sobre o Colégio Pedro II.

O teor da Constituição de 1988 aborda de maneira pormenorizada assuntos realmente incomuns em textos constitucionais, tais como a especificação do prazo prescricional para deduzir em juízo a pretensão de cobrança de créditos trabalhistas (art. 7º, XXIX); performance mínima dos partidos políticos para que tenham acesso a recursos do fundo partidário (art. 17, § 3º); regime de permissão para comercialização e utilização de radioisótopos (art. 21, XXIII, "b" e "c"); prazo de validade de concursos públicos (art. 37, III); regime previdenciário de servidores (art. 40), avançando para disciplinar hipóteses de deficit atuarial (art. 149, § 1º); vasta e detalhada disciplina sobre precatórios (art. 100), inclusive abordando a possibilidade de amortização de dívidas vencidas e vincendas (art. 100, § 21); detalhamento de alíquotas em contribuições de intervenção no domínio econômico (art. 149, § 2º, III); possibilidade da equiparação de pessoas físicas em pessoas jurídicas nas operações de importação (art. 149, §

3º); minúcias sobre propriedade e gestão de veículos de mídia (art. 222); maioria penal (art. 228); gratuidade de transportes coletivos urbanos para pessoas idosas (art. 230, § 1º) *etc.*

Em larga medida, no Brasil, o vocabulário constitucional é tipicamente infraconstitucional. A Constituição Federal é poliglota. Tem ela fluência na língua das leis de organização judiciária, leis orçamentárias, regimentos internos, editais, legislação tributária, estatutos dos servidores, estudos de impacto ambiental e atos constitutivos societários.

Muitas dessas matérias poderiam mesmo estar em uma constituição, mas o Constituinte brasileiro não se contentou em estabelecer diretrizes³⁰⁷. Ele avança com uma especificidade rara, se comparada às constituições mundo afora. Não bastou dispor sobre o direito à propriedade e a sua correlata função social, a verborragia constitucional levou seus Redatores a se posicionarem também sobre a enfiteuse em imóveis urbanos (art. 49, ADCT). Assegurar uma indenização justa aos despojados por uma eventual desapropriação urbana não satisfaz o Constituinte brasileiro. A incontinência verbal induziu uma explicação sobre o prazo de resgate dos títulos da dívida pública e a periodicidade das parcelas (art. 182, § 4º, III).

O caráter ubíquo da Constituição de 1988 contribuiu para o fenômeno da constitucionalização do Direito, terminologia aqui empregada no sentido de incorporação da temática infraconstitucional. Hoje, fala-se em “constitucionalização do Direito Tributário” (Coelho, 2020, p. 88)³⁰⁸, constitucionalização do Direito Civil *etc.* Sabe-se que essa expressão pode ser compreendida como uma “releitura”, mas também como uma “inclusão” (Souza Neto & Sarmiento, 2012, p. 27)³⁰⁹. É esta, não aquela, que está sendo aqui referida. De certa forma, a tendência de incluir matérias legislativas no corpo constitucional e os impactos no sistema jurídico, daí decorrentes, se manifesta nas palavras do Constituinte brasileiro Joaquim Haickel: “[...] ultimamente as nossas leis ordinárias têm sido muito ordinárias. Acho que as nossas leis

³⁰⁷ Não se trata de uma tendência recente. Já na Assembleia Constituinte de 1946, por exemplo, discutia-se a conveniência de adoção de uma “constituição analítica” ou “sintética”, tendo o Constituinte Plínio Barreto sugerido, sem sucesso, uma redação com linguagem mais concisa e similar àquela norte-americana (Saldanha, 2001, p. 315). Na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, o Constituinte Adylson Motta sugeriu explicitamente a adesão ao modelo norte-americano: “é o apelo que quero fazer: não que tenhamos necessariamente que copiar o que os outros países fazem, mas países que contribuíram para o Direito Constitucional, como os Estados Unidos [...], todos eles têm constituições pequenas. A Constituição não esgota a capacidade legiferante, ela apenas tecerá o arcabouço, a partir do qual nós teremos que fazer leis que estejam de acordo com as exigências da nossa sociedade” (DANC, Ano I, n. 8, p. 215).

³⁰⁸ Sacha Calmon (2020, p. 356). reconhece essa verborragia: “Os constituintes repetem muita coisa que foi estatuída antanho, sem espírito crítico, espichando a Superlei.”

³⁰⁹ A constitucionalização inclusão corresponde à chamada constitucionalização-elevação da doutrina francesa, pela qual opera-se um deslizamento de assuntos, até então confinados no compartimento infraconstitucional, para elevarem-se ao texto constitucional (Silva, 2014, pp. 46-48).

ordinárias devem ter um tratamento Constitucional. Devemos trazê-las para cá, a fim de refazê-las, todas.”³¹⁰.

E não se pode dizer que os exemplos ilustrados representam uma exceção. Pelo contrário, eles representam a maior parte dos dispositivos ³¹¹. Logo, qualquer teoria constitucional que ignore a singularidade da linguagem constitucional brasileira fecha os olhos para um elemento essencial e decisivo.

Pelo menos no Brasil, não é possível dizer que a linguagem constitucional é substancialmente distinta daquela utilizada nas leis. A partir do momento em que essa premissa é desconstruída, torna-se irracional a importação de algumas conclusões teóricas da Alemanha. Segundo Konrad Hesse (2009, p. 102), a interpretação assume um valor fundamental no Direito Constitucional, afinal, "pelo caráter amplo e aberto da Constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência do que noutros setores do ordenamento em que as normas são detalhadas". No Brasil, repita-se, a própria Constituição é exatamente uma dessas “normas detalhadas”.

A afirmação, pela qual “as normas da Constituição são muito distintas [...] em estrutura linguística, [...] sendo redigidas quase sempre em linguagem imprecisa, porosa, pondo-se nas fronteiras entre o direito, a política, a moral e a economia”, tal como feita por José Adércio Leite Sampaio, somente se sustenta com base na falsa premissa da — “quase sempre” — homogeneidade da linguagem. E sem essa premissa, não se segue que “[p]ortanto, interpretar a Constituição tem tudo para ser diferente de interpretar uma norma legal [...]” (Sampaio, 2013, p. 409). A relação de causação estabelecida pelo autor perde muito da sua persuasão.

Na verdade, a linguagem da Constituição de 1988 não é homogênea e, por conseguinte, no mínimo, não poderia reclamar um tratamento interpretativo homogêneo. Mesmo que fosse verdade que uma linguagem vaga demanda uma metodologia à parte, pelo menos todos os demais dispositivos sem abstração e vagueza exigiriam uma interpretação convencional. A questão em apreço, portanto, é digna de um olhar mais cuidadoso.

³¹⁰ Suplemento ao n.º 62, 20 de maio de 1987, pp. 20 e 21.

³¹¹ Percepção semelhante foi apontada por Humberto Ávila (2009, p. 3), para quem, em termos quantitativos, a linguagem constitucional é predominantemente regulatória, não principiológica. Segundo ele, “a afirmação, no nível da meta-linguagem, de que a Constituição Brasileira de 1988 é composta mais de princípios do que de regras, é falsa, na medida em que não encontra corroboração na linguagem-objeto que procura descrever” (Ávila, 2009, p. 4). O Professor conclui com uma importante distinção: “Tal afirmação até pode ser verdadeira noutros sistemas, mas não no brasileiro”. A mesma premissa é corretamente assumida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “[...] no texto de 1988, predominam regras e não princípios” (Ávila, 2009, p. 156).

Mas essa constatação nem sempre é atrativa para os teóricos. No passado, H.L.A Hart (2001, p. 40) já dizia que "a tentação da uniformidade na ciência do direito é forte". Muitas teorias erradas "compram a uniformidade agradável do padrão a que reduzem toda a lei por um preço demasiado alto: o de distorcerem as diversas funções sociais que os distintos tipos de regra jurídica cumprem" (Hart, 2001, p. 46)³¹².

Mas há outros argumentos a serem explorados, que têm sido invocados com a pretensão de dar suporte à corrente majoritária no Brasil.

8.1.1.2 Do *design* constitucional dos tribunais

Adeptos da Escola que defende uma interpretação constitucional distinta das demais apontam ainda que o próprio design de tribunais pode corroborar essa hipótese. Por exemplo, o Conselho Constitucional da França não exige bacharelado em Direito para que alguém tome um assento no Sodalício, colegiado integrado até mesmo por ex-presidentes da República. Segundo autores como Rainer Grote (2019, p. 3), disso se seguiria que esse modelo prestigia uma visão mais política do que técnica na interpretação constitucional³¹³. Aliás, a Suprema Corte dos Estados Unidos também não exige bacharelado em Direito.

Sucede que, diferentemente desses arranjos, a atual Constituição Brasileira exige notável saber jurídico — ao contrário das constituições brasileiras anteriores, que se limitavam a exigir "notável saber" —, o que faz com que a argumentação apresentada por essa Escola, no Brasil, se volte contra ela (art. 101, caput).

E não se diga, com isso, de maneira precipitada e concludente, que no passado era constitucionalmente possível chegar a um assento do Supremo Tribunal Federal sem se notabilizar pelo saber jurídico. A História e a tradição constitucional brasileiras colocam dúvidas muito sérias sobre essa convicção.

³¹² O contexto apresentado pelo positivista de Oxford era uma crítica ao modelo imperativista de Austin e à visão de Kelsen sobre sanções, ambas maneiras diferentes de uniformizar a compreensão do sistema jurídico como uma ordem coercitiva. Apesar do diferente pano de fundo, percebe-se como teorias jurídicas são indevidamente atraídas pela simplificação da homogeneidade, mesmo que o preço a ser pago seja caro demais.

³¹³ "This implies that political experience is seen as equally—if not as more—important than legal experience or training for the work on the Council, reflecting a markedly 'political' view of the constitution at the expense of its legal features" (Grote, 2019, p. 3).

Até mesmo quando o constitucionalismo brasileiro adotava o requisito do saber notório, sem explicitar os predicados jurídicos, senadores já entendiam que essa sapiência deveria estar centrada no Direito. Como a Constituição de 1891 exigia "notável saber" (art. 55), o Marechal Floriano Peixoto decidiu testar as instituições com a indicação do médico-cirurgião Cândido Barata Ribeiro. Examinando-se os consideranda do parecer exarado pelos Senadores na Comissão de Justiça e Legislação, no ano de 1894, colhe-se:

[...] mentiria a instituição a seus fins se entendesse que o sentido daquela expressão "notável saber", referindo-se a outros ramos de conhecimentos humanos, independesse dos que dizem respeito à ciência jurídica, pois que isso daria cabimento ao absurdo de compor-se um tribunal judiciário de astrônomos, químicos, arquitetos etc., sem inquirir-se da habilitação profissional em direito;³¹⁴

O indicado foi recusado. A se adotar o marco teórico pelo qual o Senado é também um intérprete da Constituição, não há razões para negligenciar essas fontes documentais. Além desse incidente, a História Constitucional Brasileira fornece apenas mais quatro exemplos de recusas no Senado, todas oriundas do Marechal de Ferro.

Floriano Peixoto indicou o General Ewerton Quadros e o Diretor-Geral dos Correios Demóstenes Lobo, ambos não letrados no Direito e igualmente recusados no Senado. Por fim, o general Galvão de Queiroz e o subprocurador da República Antônio Seve Navarro, mesmo bacharelados em Direito, foram recusados³¹⁵. É possível sumarizar os dados da maneira a seguir: Floriano indicou ao todo 11 (onze) pessoas, tendo sofrido 5 (cinco) recusas. 60% das recusas foram de indicados sem formação jurídica.

Daí porque não se pode dizer que as recusas às indicações de Floriano eram necessariamente técnicas, hipótese cuja plausibilidade não seria respaldada pela conjuntura da época. De toda sorte, em razão dos incidentes descritos, a Constituição de 1934 passou a exigir

³¹⁴ No considerando seguinte, porém, essa argumentação é relativizada quanto à exigência de diplomação em Direito, mas não quanto ao saber jurídico. Não está claro se por uma concessão argumentativa — *ad argumentandum tantum* — ou se por uma flexibilização. Este o teor seguinte do documento histórico: “mesmo sendo possível concluir pela legitimidade da nomeação para membro do Supremo Tribunal Federal de um indivíduo não diplomado por alguma das faculdades de direito da República, não se pode, todavia, concluir senão pela nomeação de pessoa de notável saber jurídico, e não de quem nunca gozou dessa reputação nem revelou nem sequer medíocre instrução em jurisprudência”.

³¹⁵ Esse detalhe é importante. Autores renomados por vezes sugerem que os dois oficiais-generais e o médico indicados por Floriano Peixoto não tinham formação jurídica, mas o fato é que um dos Generais era, sim, formado em Direito.

o predicado “jurídico” para qualificar esse saber notabilizado (art. 74). E assim o é até os dias atuais.

Percebe-se que a tradição constitucional brasileira sempre foi a de prestigiar o saber jurídico, vale dizer, o conhecimento técnico. Ao contrário do desenho institucional adotado na França e nos Estados Unidos, o atual design do constitucionalismo brasileiro, no que concerne à investidura no Supremo Tribunal Federal e a sua tradição histórica, não favorece a ideia pela qual a Constituição deve ser interpretada de maneira à parte da interpretação jurídica convencional. Pelo contrário.

8.1.1.3 Do modelo de *judicial review*

Outro argumento lembrado para dar suporte à tese de uma interpretação constitucional distinta é aquela da chamada cultura institucional (Grote, 2019, p. 5). Com base nele, o próprio modelo de *judicial review* e a origem dos magistrados que ingressam em um tribunal forneceriam razões para a adoção de uma interpretação constitucional específica. Sustenta-se que países que adotam um controle de constitucionalidade difuso — não necessariamente concreto — seriam naturalmente permeáveis a uma interpretação jurídica única, que faz parte das atividades ordinárias dos inúmeros magistrados que desempenham a sindicância incidental de validade em todo território. Diferentemente, em países com um controle concentrado — não necessariamente abstrato —, caracterizados por uma Corte de Precedentes dotada de poder de agenda para filtrar os casos mais seletos que serão submetidos à jurisdição constitucional, a tendência seria uma cisão entre interpretação jurídica das leis e interpretação constitucional. Ainda nesse contexto de cultura institucional, argui-se que, quando o sistema constitucional exige magistrados de carreira na composição de uma Corte, estes seriam mais propensos aos métodos tradicionais de interpretação. Por outro lado, nomeações predominantemente políticas favoreceriam uma visão menos técnica do Direito (Grote, 2019, p. 5).

Mas o Brasil adota um modelo híbrido que inclui a possibilidade de que milhares de juízes controlem a constitucionalidade das normas, uma atividade rotineira que pode ser deflagrada todas as vezes que um magistrado se defronta com a incidência de uma lei no suporte fático. A investidura dos Ministros do STF, por sua vez, não exige uma carreira na judicatura, mas são eles e elas egressos de carreiras na advocacia, no Ministério Público ou no próprio

Judiciário. Portanto, o critério da cultura institucional como argumento para uma interpretação constitucional diferenciada depõe contra si mesmo na experiência brasileira.

Em suma, as razões fornecidas pelo Direito Constitucional Comparado para uma interpretação constitucional distinta da interpretação infraconstitucional se debilitam quando aplicadas ao constitucionalismo brasileiro. A esta altura, merecem ser relidas as palavras de dois Constituintes, agora com uma nova ênfase e um novo olhar.

O Constituinte Plínio Arruda Sampaio esclareceu que “[...] em toda interpretação de texto de lei, busca-se a intenção do legislador, o que ele quis, o que nós quisemos [...]”³¹⁶. Plínio não fraturou a interpretação jurídica em duas. Por sua vez, relembrando-se a expectativa de Ulysses, tem-se: “[...] interpreto, na exegese, na hermenêutica, a mens legis, a mens legislatoris, o que o Legislador quis no caso fazer.”³¹⁷. Por igual, Ulysses não estabeleceu uma distinção. As duas evidências histórico-linguísticas não parecem dar qualquer apoio à hipótese de uma interpretação jurídica diferenciada, isto é, da tese dualista.

É possível concluir que não tínhamos muitas razões para abandonar a interpretação constitucional mais clássica, à semelhança do que vinha sendo feito em relação às leis. No tópico seguinte, demonstra-se que o arcabouço teórico substituto, que já era desnecessário, não passou de uma importação ruim.

8.2 A PRETENSA SUPERAÇÃO DOS ELEMENTOS DE SAVIGNY POR UMA HERMENÊUTICA "ALEMÃ"

No tópico anterior, viu-se que, embora as razões para isso sejam menos convincentes quando aplicadas ao sistema jurídico brasileiro, tem prevalecido amplamente que, diferentemente da interpretação legislativa, o texto da Constituição de 1988 reclamaria a incidência de princípios próprios.

Pois bem. Esses princípios não foram desenvolvidos de dentro, mas sim **trazidos de fora pra dentro**. Mais especificamente, operou-se a transposição de uma suposta hermenêutica constitucional alemã, importando-se os seguintes princípios: unidade da constituição,

³¹⁶ DANC, Suplemento ao n.º 114, p. 44.

³¹⁷ DANC n.º 11, Ano I, 1987, p. 267.

concordância prática, conformidade funcional, efeito integrador, força normativa da constituição e interpretação conforme a Constituição.

Se importar ferramentas estrangeiras já se apresentava como uma ideia duvidosa, o instrumental objeto de importação também não adequado. Pelo menos três problemas se verificam nesse estado de coisas. Primeiro, esse rol tem sido apresentado como o estado da arte na Alemanha, mas não representa o pensamento majoritário no Direito Constitucional alemão. Para ser mais preciso, o elenco sequer é compartilhado por juristas desse país, tampouco aplicado de maneira consistente pelo Tribunal Constitucional alemão (Silva, 2007, p. 117). Após um levantamento bibliográfico detalhado da literatura constitucionalista alemã, Virgílio Afonso da Silva (2007, p. 118) concluiu que “[...] esses princípios de **interpretação constitucional**, que no Brasil são recebidos como se fossem moeda corrente na Alemanha, são apenas a sistematização das idéias de um único autor: Konrad Hesse”³¹⁸. Em suma, falta-lhes **representatividade** no país europeu.

O prestígio que esses princípios alcançaram no Brasil é incomparavelmente maior do que a adesão conquistada na própria Alemanha. As demais obras que abordam a temática da interpretação constitucional simplesmente **não mencionam** esse rol, que, a despeito disso, é considerado por professores brasileiros como um falso consenso do constitucionalismo alemão. Virgílio Afonso da Silva (2007, p. 120) suscita uma provocação que permanece em aberto: “por que esse rol de princípios, que tem um papel tão secundário em seu país de origem — se é que desempenha realmente algum papel —, faz tanto **sucesso** no Brasil?”. Mais de quinze anos depois que essa pergunta foi formulada, não houve resposta à altura.

Segundo, como explica Virgílio Afonso da Silva, o próprio Hesse não os teria concebido para que migrassem até um país como o Brasil. Sua construção faz parte de um Direito Constitucional alemão, não havendo indícios de que ele pretendesse criar uma teoria geral da interpretação constitucional (Silva, 2007, p. 118).

Terceiro, o catálogo dos princípios de interpretação constitucional proposto por Konrad Hesse não é verdadeiramente transformador do estado de coisas que o antecedeu. Sua principiologia reproduz aquilo que já foi estabelecido pelos elementos tradicionais de Savigny (Silva, 2007, p. 121), configurando um indesejado *bis in idem*.

³¹⁸ Uma pequena divergência com a pesquisa de Virgílio Afonso da Silva precisa ser registrada. Segundo o Professor da USP, “a doutrina brasileira acrescenta” os princípios da máxima efetividade e da interpretação conforme a constituição ao rol de Konrad Hesse (Silva, 2007, p. 120). De fato, a máxima efetividade não foi mencionada por Hesse, mas, quando se ocupa do tópico interpretação constitucional, o Professor alemão aborda, sim, o princípio da interpretação conforme a constituição (Hesse, 1998, pp. 70-75).

É o que se passa a demonstrar, um a um.

O princípio da unidade da constituição foi difundido no Brasil com o equivocado significado de ausência de distinção hierárquica entre normas constitucionais ou como uma matriz de onde essa inferência poderia ser validamente extraída³¹⁹. Não se quer dizer, com isto, que as normas da Constituição de 1988 possam ser graduadas em diferentes níveis de hierarquia. Absolutamente. De fato, seus dispositivos estão no mesmo patamar, quer se trate de normas originárias ou derivadas, jusfundamentais ou que versem sobre direitos não fundamentalizados, cláusulas pétreas ou dispositivos removíveis³²⁰. O que se pretende afirmar é que a ideia segundo a qual as normas da Constituição desfrutam do mesmo *status* hierárquico, mais bem assimilada no Brasil, **não** corresponde ao significado do princípio da unidade na Alemanha, tampouco uma inferência necessária do seu conteúdo. A propósito, a validade da premissa da hierarquia única entre normas constitucionais é ainda mais controversa nesse país europeu.

Uma consulta às fontes primárias demonstra que, na sua acepção verdadeira, a unidade significa que “normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas” (Hesse, 1998, p. 65). Parece a mesma coisa, mas não é. A prova disso é que o Tribunal Constitucional da Alemanha chegou a sustentar que existiria, sim, distinção hierárquica material no interior das normas constitucionais da Lei Fundamental alemã, estabelecendo uma relação de subordinação (Silva, 2007, p. 124)³²¹. O mais curioso é que foi exatamente este precedente (*BVerfGE* 1, 14,) que passou a ser

³¹⁹ Para uma amostra nesse sentido derivado: “Um dos corolários do princípio da unidade da Constituição é a inexistência de **hierarquia formal** entre as normas que compõem o texto constitucional originário [...]” (Souza Neto & Sarmento, 2012, p. 355).

³²⁰ No Brasil, até essa premissa tem sido objeto de disputa. Alguns acolhem o sentido aqui defendido, ou seja, o de que todas as normas constitucionais desfrutam do mesmo *status* hierárquico (Bonavides, 2005, p. 460), mas outros relativizam esse dogma (Pontes Filho, 2001, p. 83; Silva, 2007, pp. 122-125; Souza Neto & Sarmento, 2012, p. 356). Mesmo no primeiro rol, que se compõe de doutrinadores contrários à distinção, alguns autores tergiversam para confessar a crença em uma “hierarquia axiológica” (Barroso, 2020, p. 299). Já no segundo rol, há quem diga, por exemplo, que é possível estabelecer uma distinção hierárquica **material**, inclusive **no plano abstrato**. De maneira mais clara, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto defendem a ambiciosa corrente segundo a qual seria possível atribuir um peso **apriorístico**, em abstrato, a determinados valores constitucionais. Somente o caso concreto, porém, confirmaria se a norma de maior peso viria a triunfar em uma colisão (Souza Neto & Sarmento, 2012, p. 356). A “prevalência abstrata” é uma hipótese vulnerável à subjetividade, porque a hierarquização de valores constitucionais varia sensivelmente em função da pessoa que a estabelece. É fácil intuir que cada pessoa teria a sua própria lista de prioridades e predileções. Com exceção do direito à vida, pode ser temerário aventurar-se na tarefa de dizer o que merece ser protagonizado e coadjuvado em um texto constitucional que se pretende uno e coeso. Normas constitucionais fundamentam a validade das demais normas do ordenamento jurídico, mas não são — e não precisam ser — fundamentadas.

³²¹ O Professor da USP também alerta para a existência de precedentes em sentido contrário (Silva, 2007, p. 124).

referenciado no Brasil como suporte para o conteúdo deturpado da unidade da Constituição (Silva, 2007, p. 124).

Neste caso, Virgílio Afonso da Silva (2007, pp. 126-127) corretamente conclui que o princípio da unidade da Constituição é apenas um outro nome para o elemento sistemático de Savigny, ou seja, ele reafirma a — indesejada — ideia de que a metodologia de interpretação infraconstitucional serve ao texto constitucional³²².

Quanto ao princípio da concordância prática, a fonte primária indica que “[...] bens jurídicos [...] devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que [...] ambos possam chegar a [sic] eficácia ótima” (Hesse, 1998, p. 66). Nessa tarefa, não se fará uso da “ponderação de bens” ou “ponderação de valor abstrata”, em que um é realizado “à custa do outro” (Hesse, 1998, p. 66). Em suma: a concordância prática corresponde à proporcionalidade (Hesse, 1998, p. 67), mas com duas distinções (Silva, 2007, pp. 127-128): **a)** a concordância prática não requer uma metodologia trifásica (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); **b)** a concordância prática não admite sopesamentos. Ora, como se vê, a Hermenêutica de Konrad Hesse possui uma interface incompatível com a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, inviabilizando este empreendimento teórico.

No chamado princípio da conformidade funcional, “[...] o órgão interpretador tem de manter-se no quadro das funções a ele atribuídas; ele não deve, pela maneira e pelo resultado de sua interpretação, remover a distribuição das funções” (Hesse, 1998, p. 67). Essa obediência à repartição de funções costuma ser empregada em um contexto de restrição ao ativismo judicial (Silva, 2007, p. 128).

Na Alemanha, a Constituição previu direitos fundamentais na sua feição clássica liberal (*non facere*)³²³. É neste contexto específico que se encaixam argumentos como os da constituição-moldura e conformidade funcional (Silva, 2007, pp. 128-129). No Brasil, onde a CF/88 previu direitos sociais, econômicos e culturais, o encaixe se torna imperfeito. Apesar disso, no início, o STF passou a utilizar esse conteúdo para justificar um papel de legislador

³²² Em sentido assemelhado, Luís Roberto Barroso (2020, p. 299) já concluiu: “O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática”. Ou ainda: “O princípio da **unidade da Constituição** deriva do elemento sistemático de interpretação constitucional” (Souza Neto e Sarmento, 2012, p. 355).

³²³ Após o que teria sido considerado por alguns autores como uma experiência “fracassada” da Constituição de Weimar (1917), a nova constituição alemã foi mais comedida na enunciação de direitos sociais, limitando-se a proclamar alguns poucos direitos. Isso porque, na análise de parte da doutrina (v.g. Andreas J. Krell), o modelo anterior teria contribuído para a ascensão do nazismo. Nesse contexto lacônico, o Tribunal Constitucional da Alemanha entendeu de reconhecer o direito ao mínimo existencial (Hachem, 2013, pp. 209-210; Bitencourt Neto, 2010, pp. 113-115). Aliás, esta é outra categoria que veio a ser polinizada na jurisdição constitucional brasileira.

negativo diante de normas jusfundamentais que estabeleciam atuações **positivas** por parte do Estado (Silva, 2007, pp. 128-129).

No que concerne ao princípio do efeito integrador, trata-se de “dar a preferência àqueles pontos de vista que produzem efeito criador e conservador da unidade” (Hesse, 1998, p. 68). Em outras palavras, produz-se e conserva-se a “unidade política” da constituição (Hesse, 1998, p. 68). A esse respeito, nada há de disruptivo ou revolucionário na interpretação constitucional. Mais uma vez, o problema é de *bis in idem*. Como apontado por Virgílio Afonso, “[...] não passa de uma aplicação do princípio da unidade da constituição, e, portanto da interpretação sistemática (Silva, 2007, p. 130)³²⁴.

Com base no princípio da força normativa da constituição, por ocasião da resolução de problemas concretamente deduzidos em juízo, há de “ser dada a preferência àqueles pontos de vista que [...] proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima” (Hesse, 1998, p. 68). Também aqui, tem-se um desenvolvimento repetitivo que resvala no *bis in idem*. Na conclusão de Virgílio Afonso da Silva, “[e]ssa definição parece um resumo do que já se disse sobre ‘concordância prática’ e ‘máxima efetividade’. A única diferença [...] é a preferência por uma ‘eficácia ótima’ [...]” (Silva, 2007, p. 132)³²⁵.

Por fim, na interpretação conforme a Constituição, “[...] uma lei não deve ser declarada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição” (Hesse, 1998, p. 71). A interpretação conforme se radica no princípio da unidade da ordem jurídica (Hesse, 1998, p. 72).

Virgílio Afonso da Silva (2007, p. 132) sustenta que este não é um princípio de interpretação constitucional, pois “não é a **constituição** que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as **leis infraconstitucionais**”. O que o Professor da USP não ressalta, e que jamais poderia ser olvidado em uma tese que se ocupa do Originalismo, é que a técnica da interpretação conforme a Constituição está incluída no seletorol dos Métodos Originais contemporâneos ao Biênio Fundante (1987-1988). O Supremo Tribunal Federal já

³²⁴ O artigo de Virgílio Afonso da Silva é de 2007, quando ainda predominava no STF um *judicial restraint*, mesmo diante de normas que impunham um *facere*. Anos depois, o Supremo atingiu o ponto ótimo da sua atuação e, então, passou a ultrapassá-lo. No atual estado de coisas da jurisdição constitucional brasileira, nunca foi tão importante lembrar do princípio da conformidade funcional.

³²⁵ Nesta tese, entende-se que falar em “força normativa da Constituição” só tem utilidade prática quando se compreende o mantra como “força normativa **do significado** da Constituição”. Para os mais céticos, que não acreditam em significado constitucional, convém lembrar que, por iniciativa do STF, a CF/88 foi traduzida para o Nheengatu. Uma constituição escrita é aquilo que significa. Nada impediria que a Constituição Brasileira estivesse expressa em braile ou viesse a ser veiculada por libras. A verdadeira constituição é o significado documentado, não a casca textual expressa no idioma nacional.

conhecia e utilizava essa metodologia³²⁶, razão pela qual descabe iniciar uma investigação mais rigorosa quanto à sua transposição.

Mas o catálogo de Konrad Hesse não foi a única importação teórica da Alemanha. Alguns métodos também foram implantados no Brasil. Os mais lembrados são: **i)** hermenêutico clássico; **ii)** tópico-problemático; **iii)** científico-espiritual e **iv)** hermenêutico concretizador. A popularidade desse rol, explica Virgílio Afonso da Silva, se deve ao fato de que foram eles relacionados em um artigo seminal assinado por Böckenförde (Silva, 2007, p. 134).

É crucial entender que o jurista alemão apenas efetuou um apanhado da literatura disponível até então, sem a pretensão de que os métodos fossem conjugados (Silva, 2007, p. 134). Em outras palavras, Böckenförde somente inventariou o estado da arte naquele momento.

Entretanto, de maneira desavisada, juristas brasileiros propuseram a **combinação** desses métodos (Silva, 2007, p. 133), em um coquetel não pretendido pelo articulista do trabalho. Para piorar esse cenário, a eles se somaram as ideias de sociedade aberta dos intérpretes (Häberle), o método normativo-estruturante (Müller) e a Teoria dos Direitos Fundamentais (Alexy) (Silva, 2007, pp. 134-135).

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy é inconciliável com a hermenêutica de Hesse. Assim também as teorias de Alexy e de Friedrich Müller (Silva, 2007, pp. 136-137). Na teoria estruturante de Müller, o intérprete se empenha para delimitar o âmbito da norma³²⁷ e, com isso, acaba por evitar colisões (Silva, 2007, p. 137). Sem que direitos colidam, já não existe sopesamento (Silva, 2007, p. 138). Diferentemente, Alexy sustenta que decisões que envolvem direitos fundamentais são sempre produto de sopesamentos (Silva, 2007, p. 139). Müller adota uma concepção de suporte fático restrito, enquanto Alexy trabalha com a pressuposição de um suporte fático amplo (Silva, 2007, pp. 137-138).

Diante de tantas inconsistências com o sistema jurídico brasileiro, Virgílio Afonso da Silva corajosamente propôs o **descarte** do catálogo de princípios de Konrad Hesse e dos métodos descritos por Böckenförde (Silva, 2007, p. 142)³²⁸. Na visão do Professor da USP,

³²⁶ Rp 1417, j. em 09/12/1987.

³²⁷ Na definição do próprio Müller, “[d]enomina-se ‘programa da norma’ o resultado da interpretação do texto da norma, formado a partir dos dados primaciais de linguagem” (Müller, 2013, p. 207). Por sua vez, “âmbito normativo” é a realidade, vale dizer, o contexto. É a área ou o espaço sobre o qual incide a norma (Fonteles, 2022, p. 201). Uma vez interpretado o enunciado linguístico (programa da norma), coteja-se-lhe com a realidade. Essa operação é lapidada, refinada, ao ponto de excluir situações que estariam alheias ao suporte fático, porque exteriores à hipótese de incidência da norma.

³²⁸ A extensão é diferente porque, como foi visto, Virgílio não chega a propor o abandono da Teoria dos Princípios de Robert Alexy, pelo contrário. Parte significativa da sua produção acadêmica acolhe esse construto e não hesita

melhor seria “se desvencilhar” desses instrumentos, que, a esta altura, estariam “superados” (Silva, 2007, p. 142).

Trata-se de uma proposta de higienização teórica.

De fato, não é mesmo adequado transpor teorias que se radicam tão profundamente no Direito positivo alemão. Raízes desse tipo não podem ser arrancadas para que sejam simplesmente implantadas no Brasil como sistema jurídico receptor.

Mas há uma proposta teórica em especial, muito cara ao Professor Virgílio, que também foi desenvolvida na Alemanha, com base no Direito positivo alemão, e que, apesar disso, parece ter sido poupada. Longe de ser descartada pelo Professor da USP, essa teoria acabou por ser **substancialmente acolhida** na sua tese para o concurso de Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

A própria Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy constitui o melhor exemplo de importação indevida, mas ela não veio a ser denunciada como mais uma colonização sobre o pensamento jurídico-constitucional brasileiro.

No tópico seguinte, demonstra-se esse fenômeno e todas as suas consequências.

8.2.1 A Teoria dos Princípios de Robert Alexy: deformando o significado original de princípios constitucionais no Brasil

Ao escrever seu trabalho seminal, Robert Alexy não pretendia desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais a ser aplicada no Brasil. Nas palavras do Professor da Alemanha, “[a] análise a ser aqui desenvolvida diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã” (Alexy, 2017, p. 31). A proposta é clara. Segundo ele, não se trata de uma “filosofia dos direitos fundamentais, desatrelada do direito positivo [...]” (Alexy, 2017, p. 29).

em reivindicar a sua incidência no Brasil, como se percebe quando reivindica uma “correta” aplicação da proporcionalidade e da premissa de que princípios expressam deveres *prima facie*. Diferentemente, nesta tese, entende-se que também essa teoria alemã carece de respaldo histórico documental que permita sua inclusão no rol dos Métodos Originais, além da própria ausência de transplantabilidade — em sentido amplo — de uma teoria radicada no ordenamento jurídico alemão.

O jurista alemão, então, hierarquiza cada elemento daquilo que propôs: “[...] ela é, em primeiro lugar, uma teoria dos **direitos fundamentais da Constituição alemã**; em segundo lugar uma teoria **jurídica**; e, por fim, uma teoria **geral**” (Alexy, 2017, p. 31). Nota-se que, antes de qualquer coisa, trata-se de uma teoria sobre direitos fundamentais positivos e determinados. “**Isso a diferencia**”, nas palavras do jurista de Kiel, “**de teorias sobre direitos fundamentais que não os da Constituição alemã — por exemplo, teorias sobre direitos fundamentais de outros países [...]**” (Alexy, 2017, p. 32). É claro que há aspectos relacionais com outros ordenamentos, o que permite estabelecer uma zona mínima de intersecção, mas o fato é que toda a proposta foi construída com base na Alemanha. Ou, para ser mais preciso, “enquanto teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico” (Alexy, 2017, p. 32).

Por fim, a teoria foi pensada a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Diante de evidências tão manifestas de um vínculo umbilical com um ordenamento alienígena, é duvidoso admitir uma transposição teórica dessa natureza que não se faz acompanhar de um transplante radical, isto é, da réplica dos demais aspectos estruturais do constitucionalismo alemão.

Mas o fato é que esse construto foi importado e a sua acoplagem deformou o significado original de “princípios constitucionais” na Constituição de 1988. Pela sua relevância, este processo requer uma análise linear.

Originalmente, princípios eram entendidos no Brasil como **normas fundamentais ou normas que continham princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica**³²⁹. Uma importante evidência histórica dessa hipótese é encontrada na obra **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, tese de concurso para o provimento do cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1969. A terceira edição foi publicada em abril de 1988, portanto, ainda durante os trabalhos constituintes. Mesmo não se sagrando vitorioso no certame, poucos trabalhos acadêmicos tiveram tanta capilaridade e exerceram tanta influência sobre a comunidade jurídica da Era Constituinte (1987-1988) como a tese do Professor José Afonso da Silva, que passou a integrar o seletorol dos Métodos Originais da interpretação constitucional brasileira³³⁰.

³²⁹ Ou ainda como lições fundamentais sobre um dado ramo do Direito. Adotando esse sentido, por exemplo, tem-se o seguinte trabalho: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**: Volume I, Introdução. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. A obra foi originalmente publicada em 1969.

³³⁰ Uma pesquisa empírica indica que fontes históricas convergem para dar suporte a essa proposição. A título de exemplo, a célebre classificação das normas de eficácia plena, contida e limitada foi contemplada em trabalho acadêmico de 1987, assinado pelo à época doutorando Clèmerson Merlin Clève. Na Era Constituinte, o Professor

A referida tese já dispunha sobre a ambiguidade da palavra “princípios”, mas os sentidos indicados se resumiam a: (i) começo ou início; (ii) **normas fundamentais** ou (iii) princípios gerais que informam o ordenamento (2012, pp. 116-117). A análise da obra de um Constituinte corrobora essa hipótese. Consoante Michel Temer (2008, p. 24), para realizar uma interpretação constitucional adequada, é necessário “verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em **princípios** regentes desse sistema de valoração”. Temer (2008, p. 24), aderindo à doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, explica que princípios são “vetores para soluções interpretativas”. Ou seja, princípios eram entendidos como mandamentos nucleares ou normas dotadas de fundamentalidade³³¹.

E é claro que direitos fundamentais, como o próprio nome corretamente induz a crer, têm fundamentalidade. Portanto, quando se dizia, no passado, que direitos fundamentais haviam sido consagrados como princípios, o significado era o de que esses direitos representavam o cerne da ordem constitucional³³². Por questões didáticas, esta ideia será aqui

da UFPR propôs que as normas dos tratados europeus e americanos fossem classificadas em normas convencionais de eficácia plena, contida e limitada, esclarecendo que estava a seguir “o pensamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA” (Clève, 1987, p. 34). Outros trabalhos da época qualificaram a tese do Professor como uma “obra sem precedentes na doutrina pátria” (Ferraz, 1986, p. 33). A classificação tricotômica também se verifica em parecer sobre a inteligência do art. 192, § 3º, CF/88 (taxa de juros reais), tal como exarado pelo jurista Caio Tácito, em 18 de outubro de 1988. A segunda edição da obra de José Afonso da Silva foi explicitamente referenciada pelo Ministro Néri da Silveira (STF, RE 101.757, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 05/12/1984). Embora o precedente seja anterior à Era Constituinte, veio a ser publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ), Vol. 122, de novembro de 1987, p. 656. Por sua vez, as razões apresentadas pelos assistentes litisconsorciais na Representação n.º 1266, julgada pelo Pleno do STF em 20 de maio de 1987, demonstram que a tese já havia se consagrado: “[...] José Afonso da Silva, no seu já clássico livro sobre a ‘Aplicabilidade das Normas Constitucionais’ [...]”. A proposta doutrinária do Professor do Largo São Francisco é encontrada também em voto do Ministro Aldir Passarinho, no RE 108.209, Segunda Turma, j. em 29/09/1987. Na subcomunidade linguística dos Constituintes, Michel Temer, ao elogiar a iniciativa do Anteprojeto Afonso Arinos, que atribuiu auto-aplicação aos direitos individuais, asseverou que isso dispensaria o recurso à categoria das normas de eficácia limitada, “tão admiravelmente exposta” por José Afonso da Silva, a quem classificou como “meu mestre” (Suplemento ao n.º 66, Maio de 1987, p. 27). Muitas outras evidências históricas poderiam ser fornecidas, mas é o quanto basta dizer. Não há dúvidas: dados extraídos de uma pesquisa empírica demonstram que a classificação tripartite de José Afonso da Silva compunha o seletor dos Métodos Originais da interpretação constitucional brasileira (1987-1988) e o seu pensamento expressado nesse trabalho, em grande medida, está credenciado a fornecer pistas importantes sobre o significado original de palavras técnicas como “princípios”.

³³¹ Esse significado **resistiu** algum tempo após a promulgação da Constituição de 1988, perdendo a sua energia cinética no novo milênio. Para se ter ideia, em 2003, Virgílio Afonso da Silva ainda descrevia que a tese mais difundida no Brasil sobre a distinção entre princípios e regras **não** era a concepção de Alexy ou Dworkin, mas sim a tese de que essas categorias se diferenciavam pelo grau de generalidade, abstração e fundamentabilidade (2003, p. 609). Em outro trabalho, publicado no ano anterior, Virgílio ressaltou que, no Brasil (da época), o termo princípio era empregado para “conferir a importância devida”, vale dizer, como “disposição fundamental”, sublinhando ser “essa é a acepção mais corrente do termo ‘princípio’ na linguagem jurídica pátria” (Silva, 2002, p. 26). Vê-se que, de 2002 para os dias atuais, muita coisa mudou.

³³² Esse padrão linguístico de uso era empregado, por exemplo, pelo Constituinte Plínio Arruda: “A participação dos Senadores eleitos em 1982 constitui uma afronta brutal ao princípio de legítima representatividade constituinte que deve ser o guia maior dos trabalhos da Assembléia instalada no dia de ontem. E, como observa o grande jurista argentino Agustin Gordillo, nos “Princípios Generales de Derecho Público”, violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma escrita.” (DANC, Ano I, n.º 2, p. 9, 03/02/1987).

chamada de **premissa da identidade**. Simplesmente, direitos fundamentais eram comumente identificados com a categoria dos princípios.

Na década de 90, o significado original de princípios começou a mudar. Disseminou-se entre juristas e tribunais brasileiros a concepção estrangeira segundo a qual princípios são normas jurídicas que exprimem deveres *prima facie*, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas (Alexy, 2017, p. 90). Em outras palavras, nesta perspectiva, princípios até obrigam, proíbem ou permitem condutas, mas **na maior medida possível**, ou seja, é possível satisfazê-los em diferentes graus (Alexy, 2017, p. 90). Em suma, tem-se um **mandado de otimização** – para se servir da expressão utilizada pelo alemão Robert Alexy (2017, p. 90).

Esta não era uma definição inofensiva, muito pelo contrário.

Trata-se de uma **premissa estrutural** a ser considerada pela jurisdição constitucional e inúmeros problemas práticos podem ter um desfecho que varia em função da adoção ou rejeição desse ponto de partida. Em outras palavras, é possível dizer que o significado dos princípios representa uma encruzilhada na construção argumentativa dos juízes, após o que a alternativa escolhida se revela um caminho sem volta. Pelo menos, quando se tem apreço pela coesão interna.

Escolher trilhar o caminho dos princípios como normas que expressam direitos e deveres *prima facie* se traduz em uma **venda casada**. Comprar essa ideia exige comprar muitas outras ideias ocultas e interdependentes.

Vejamo-las.

8.2.1.1 A venda casada na aquisição de princípios como normas que expressam deveres *prima facie*

Primeiro, definir princípios como normas jurídicas que expressam deveres *prima facie* é uma abordagem que **necessariamente** implica compreendê-los como categorias **ponderáveis**. Em palavras bastante claras: afirmar que uma norma é um princípio, nesse específico sentido apresentado, **é o mesmo** que dizer que essa norma admite ponderação. Se isso será invariavelmente possível no constitucionalismo brasileiro, onde inúmeras normas

constitucionais já representam a síntese de ponderações dos Constituintes, é uma questão séria a ser colocada e que vem sendo negligenciada.

Segundo, assumir princípios como normas *prima facie* atrai a chamada **teoria externa** dos direitos fundamentais, que trabalha com **restrições** extrínsecas³³³ e colisões. Para Robert Alexy, “[s]aber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios [...]” (Alexy, 2017, p. 278). Como bem esclarece o Professor de Kiel, tudo é uma questão de pressuposição. “Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser” (Alexy, 2017, p. 278). Como se vê, também aqui reside uma questão importante, porque Juízes já não **declaram limites** pré-existentes (*ex tunc*); em vez disso, eles e elas **constituem restrições** (*ex nunc*). Em suma, elimina-se a teoria interna como alternativa para a leitura das franquias constitucionais consagradas na Constituição brasileira.

Terceiro, ao trabalhar com princípios como mandados de otimização, é necessário adquirir também a ferramenta otimizadora: a proporcionalidade. Simplesmente, não é possível otimizar sem se valer do recurso vocacionado a essa operação³³⁴. Embora não haja consenso perfeito entre os constitucionalistas brasileiros, o tronco comum dessa construção é a proporcionalidade alexyana: **a)** adequação; **b)** necessidade e **c)** proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, trabalha-se com três etapas consecutivas e prejudiciais. O sopesamento, seguramente a mais controversa dessas fases, reside na terceira delas. Como se verá, há razões para acreditar que essa tecnologia fracassou.

Quarto, comprar a ideia de proporcionalidade nos termos propostos é adquirir de brinde a **doutrina do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Ao contrário da Constituição da Alemanha e da maioria das constituições do Leste Europeu, a Constituição Brasileira nada diz sobre a eventual existência de um “núcleo essencial” dos direitos constitucionais que foram objeto de fundamentalização. Reputa-se núcleo essencial o cerne inexpugnável dos direitos fundamentais, que não admite **retração** por obra do legislador ou do constituinte reformador. Presume-se que direitos fundamentais são restringíveis por leis e emendas, mas há um âmag

³³³ Já na teoria interna, trabalha-se com o direito e o seu próprio conteúdo, ou seja, raciocina-se sobre **limites** (Alexy, 2017, p. 277).

³³⁴ Nesse sentido: “[...] se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy [...]. [...] a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto” (Silva, 2002, pp. 43-44). O Professor Titular de Direito Constitucional da USP não hesita em atrelar as duas ideias: “a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação” (Silva, 2002, p. 44). Ou seja, uma coisa implica a outra.

intocável. Até que seja alcançada essa profundidade, entretanto, não haveria maiores problemas. Mas como discernir, em termos práticos, o que faz parte desse tesouro e quão longe ele foi enterrado?³³⁵

Bem, assumindo-se as colisões e a incidência da proporcionalidade — vendas casadas anteriores —, acolhe-se a chamada teoria relativa. Esta sustenta que o núcleo essencial varia em função do **caso concreto**. É em casos particulares, então, que **o núcleo essencial será moldado pela proporcionalidade**. Portanto, pressupondo-se a colisão de direitos, o núcleo essencial “é aquilo que resta após o sopesamento” (Alexy, 2017, p. 297). Em termos mais claros, para esta corrente, núcleo essencial é aquilo que se nos afigura como proporcional³³⁶.

Quinto, a matriz de todas as premissas identificadas, inclusive a de princípios como normas *prima facie*, pode ser a ideia de **suporte fático amplo**. É com base nessa concepção alargada que se passa a trabalhar com dois direitos: **a)** um direito no seu estado ainda prematuro, que abrange quase tudo aquilo que, em tese, sua linguagem permitiria tutelar; **b)** um direito definitivo, este refinado em um estágio final³³⁷. É também em virtude do suporte fático amplo que se pode trabalhar com colisões. Para que as liberdades se choquem, elas precisam de um agigantamento. Quando um número elevado de condutas está, em tese, protegido por um direito, nasce o risco concreto de que se contradigam.

Provavelmente seria possível prosseguir com mais investigações de implicações e inferências. Mas, por ora, é o quanto basta dizer. Quando juízes efetuam a escolha de princípios como normas que expressam deveres *prima facie*, eles e elas efetuam uma venda casada. Só é possível comprar esse construto se todas as consequências acima, atreladas, também forem aceitas.

Estejam ou não conscientes disso.

³³⁵ Engana-se quem acha que a pergunta não tem efeitos práticos relevantes. Para fornecer apenas um exemplo, o incidente de deslocamento de competência instituído pela EC n.º 45/04, que federaliza crimes mediante atuação conjugada da Procuradoria-Geral da República e do STJ, teve a sua validade impugnada no Supremo Tribunal Federal. Isso porque emendas, todos sabem, não podem vulnerar o pacto federativo. O STF asseverou que a emenda “[...] não é vedado ao poder constituinte derivado toda e qualquer restrição às chamadas cláusulas pétreas, mas somente aquelas que atinjam núcleo essencial desses limites materiais [...]” (STF, ADI 3486, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 12/09/2023).

³³⁶ Segundo conclui Robert Alexy, a garantia do **núcleo essencial**, tal como expressada na Constituição alemã, não representa um limite **adicional** à restringibilidade dos direitos fundamentais. Na verdade, ela já está embutida na proporcionalidade e depõe a favor da sua vigência (Alexy, 2017, p. 301). A proporcionalidade decorre da estrutura lógica das normas princípios e a ideia de proteção ao núcleo essencial está embutida na ideia de proporcionalidade.

³³⁷ Nesse sentido, indicando o suporte fático amplo como premissa de onde se deriva a ideia de direitos puramente considerados em si mesmos e direitos restringidos: Silva, 2003, p. 206.

A esta altura, convém propor uma autocrítica. Professores, escritores e magistrados brasileiros estavam mesmo **cientes** daquilo que adquiriam? A comunidade jurídica estava **informada** das consequências que se seguiam das premissas assumidas? Tudo indica que não.

A pressuposição de princípios como normas que expressam direitos *prima facie* era o primeiro sinal de que um problema hercúleo no Direito Constitucional Brasileiro estava por vir, mas tal foi ignorado. Mesmo sem que estivesse incluída nos Métodos Originais da interpretação constitucional brasileira, porquanto estranha à Era Constituinte (1987-1988), a doutrina do professor alemão logo persuadiu os mais experientes juízes e professores desta República que, seduzidos por um raciocínio sofisticado, não se opuseram à inoculação de uma tese com muitos efeitos colaterais. A Teoria dos Princípios da Constituição da Alemanha encontrou no Brasil uma comunidade epistemologicamente impotente.

Parte significativa dos trabalhos nacionais concebidos durante e, sobretudo, após os anos 90 comprou essa ideia de princípios (Sarmiento, 2003, p. 196; Binebojm, 2014, p. 87) ou versões congêneres, sacrificando o pensamento jurídico brasileiro pré-existente. Em um curto espaço de tempo, juristas brasileiros já não lembravam dos padrões linguísticos originais (1987-1988) para o emprego da expressão “princípio constitucional”.

À semelhança de um mantra, a comunidade jurídica brasileira passou a dizer, escrever e repetir que princípios eram aquilo que um professor alemão dizia ser, ou seja, normas jurídicas ponderáveis.

As consequências não tardaram.

Quando um componente é alterado, o sistema por ele constituído também o é. Alterando-se o significado da palavra “violência”, muitas outras frases que empregam esse vocábulo são impactadas. Portanto, a deformação semântica dos princípios constitucionais também impactaria outras proposições que faziam uso dessa categoria.

Esta foi precisamente a maneira pela qual os próprios direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira foram atingidos. O último passo foi **ressignificar** a antiga premissa de que essa gama de direitos era formada por normas principiológicas.

Por que ressignificar? Porque, como foi visto, o sentido original empregado para esse *slogan* era o de que direitos fundamentais tinham uma **importância** principiológica. Porém, com o novo conceito de princípios disseminado entre professores e juízes, a premissa de que direitos fundamentais são princípios se transmudou na proposição de que direitos fundamentais são... ..ponderáveis — do que decorre que sofrem restrições extrínsecas, a serem aferidas por

uma específica regra de proporcionalidade, que atrai consigo a ideia de núcleo essencial, em um suporte fático amplo³³⁸.

É muito fácil exemplificar o que aconteceu depois daí. A resignificação dos princípios conflitou um processo de definhamento dos direitos fundamentais.

Esse problema é analisado a seguir.

8.2.1.2 O processo de desfundamentalização dos direitos fundamentais

Com o abandono do significado original de princípios, o sistema protetivo dos direitos fundamentais brasileiros, erigido de maneira firme no Título II da Constituição de 1988, foi gradualmente debilitado, amolecido, enfraquecido, flexibilizado e hoje já não representa uma proteção segura para a pessoa humana que se acha diante do Estado Leviatã.

Como já foi visto, direitos fundamentais são **limitações intergeracionais**, vale dizer, são direitos indisponíveis às gerações do presente³³⁹. Em outras palavras, poderes constituídos não têm autoridade para aquilatar se é oportuno ou se convém reconhecê-los ou concretizá-los, porquanto esta decisão já foi antecipada por um poder superior. A ponderação daquilo que Constituintes já haviam ponderado traduz um processo de **disponibilização dos direitos fundamentais** pretensamente subtraídos dos poderes constituídos. E disponibilizar direitos fundamentais é o mesmo que **desfundamentalizá-los**.

Esse processo opera-se por meio da indevida ponderação judicial do constitucionalmente ponderado. Pela importância do tema, serão apresentados exemplos práticos.

³³⁸ É nesse novo significado — não no original — que, por exemplo, Virgílio Afonso da Silva se expressa, ao dizer coisas como: “[...] o fato é que quase todos os direitos fundamentais têm estrutura de princípios” (Silva, 2003, p. 620). O Professor Titular da USP está a afirmar que “quase todos” os direitos fundamentais são ponderáveis, não que “quase todos” são dotados de generalidade, abstração ou fundamentabilidade. Por conseguinte, seguindo-se as pegadas trilhadas neste raciocínio e buscando a coesão interna, o resultado deveria ser a restringibilidade de “quase todos” eles. Curiosamente, Virgílio vai um pouco além disso. Na sua tese, **todo direito fundamental é restringível** (Silva, 2003, p. 253).

³³⁹ Aqui, o significado de indisponibilidade não é aquele empregado por constitucionalistas mais clássicos, para quem direitos fundamentais são indisponíveis porque seu titular não pode aliená-los ou renunciá-los. No contexto adotado neste tese, o referencial da indisponibilidade é sociológico: a sociedade de hoje não dispõe de mecanismos para abolir direitos fundamentais, porque petrificados (art. 60), ou não reconhecê-los, porque de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º) — a despeito das normas de eficácia limitada.

Quando o texto constitucional diz que a casa é asilo inviolável, sendo permitida a incursão sem o consentimento de quem de direito, durante o dia, mediante ordem judicial (art. 5º, XI, CF/88), tem-se uma genuína norma de direito fundamental. "Mas — diriam adeptos da Teoria dos Princípios da Constituição alemã — direitos fundamentais são ponderáveis, não?". Direitos fundamentais são princípios. Princípios expressam deveres *prima facie*, a serem satisfeitos de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Possibilidades jurídicas reclamam sopesamentos. Depois de compradas todas essas ideias, a própria realidade e suas contingências se encarregam de excepcionar a norma constitucional.

Por exemplo, um dia, o Estado se viu diante de advogados possivelmente envolvidos com organizações criminosas. Para enfrentá-las, entendeu de instalar equipamentos de escuta ambiental ou captação acústica nos escritórios de advocacia, mas logo percebeu que seria necessário fazê-lo em recintos vazios. Somente dessa maneira os investigados poderiam ser surpreendidos na sua espontaneidade. E, assim, o Supremo Tribunal Federal admitiu, em caráter excepcional, o ingresso em domicílio sem o consentimento de quem de direito, para o cumprimento de ordem judicial, **à noite**³⁴⁰. Frise-se: à noite. Onde estava escrito "durante o dia", o Poder Judiciário entendeu "*prima facie*, durante o dia".

Quando o texto constitucional estabelece que é inviolável o sigilo epistolar (art. 5º, XII, CF/88), não há exceção no documento interpretado. Diz a norma: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso [...]". Muitas crianças alfabetizadas seriam capazes de corretamente discernir que "último caso" não se confunde com "primeiro caso" (sigilo de correspondência). Examinando-se a doutrina **contemporânea** ao nascimento do documento, mais especificamente uma obra publicada pouco tempo após a promulgação da Constituição, colhe-se o significado da ressalva "no último caso": "[...] é necessário estar-se diante de uma comunicação telefônica. Para as demais formas comunicativas, a Constituição não abre qualquer ressalva" (Bastos, 1990, p. 185).

À primeira vista, talvez a opinião do autor fosse atribuída a uma suposta crença pessoal segundo a qual direitos fundamentais podem ser absolutos. Mas esse seria um erro palmar. Muito pelo contrário, o próprio autor escrevera, linhas acima, que "[...] não pode haver o exercício absoluto de um direito" e que parecia haver, mesmo, "[...] muitas hipóteses em que o interesse social sobreleva ao particular" (Bastos, 1990, p. 185). Exatamente por isso,

³⁴⁰ STF, INQ 2424, rel. Min. Cezar Peluso.

explicava o comentarista, “[...] o Texto procurou uma forma de não tolher de maneira absoluta [...]” o acesso às comunicações humanas (Bastos, 1990, p. 185). Frise-se: o texto. Em outras palavras, **a redação final** já constituiria a síntese de uma ponderação efetuada pelos Constituintes. Sabedores de que direitos não podem ser absolutos, os Redatores do texto entenderam de tipificar as ressalvas, consagrando **limites** ao desenho do direito à inviolabilidade domiciliar. Se o posicionamento de Celso Ribeiro Bastos estiver correto³⁴¹, trata-se de um raciocínio típico da **teoria interna** dos direitos fundamentais, na modalidade dos **limites imanentes**. Sucede que nada disso tem importância quando princípios estão em normas que expressam direitos *prima facie*: admiti-lo já implica o bloqueio da teoria interna, em nome da teoria externa.

Convém prosseguir na análise da inviolabilidade epistolar.

Sobre o tema, concluiu Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 186): “ficam destarte excluídas quaisquer ressalvas à inviolabilidade da correspondência nos presídios e mesmo nos hospícios”. A opinião acadêmica encontra respaldo em algumas evidências histórico-documentais. A propósito, referindo-se à inviolabilidade do sigilo de correspondência, o Constituinte Haroldo Lima chegou a enfatizar que esse direito, “[...] na nossa compreensão, deveria ser taxativo — portanto impossibilitado de ser quebrado sob qualquer circunstância [...]”.³⁴²

O que esses exemplos têm em comum? Em todos eles, é como se os Constituintes tivessem concluído que há um cerne intocável, em relação ao qual razão alguma seria mais

³⁴¹ Em obra publicada no mesmo ano, outra opinião poderia ser colhida. Para Pinto Ferreira, o artigo 5º, XII, da CF/88 buscou “harmonizar a liberdade da pessoa com o elevado interesse da justiça” (Ferreira, 1989, p. 86), o que reforça a ideia de ponderação constituinte, mas, apesar disso, este autor admitia que magistrados levantassem o véu do sigilo epistolar.

³⁴² Suplemento “C” ao DANC n.º 171, p. 1000, Janeiro de 1988. Na época, discutia-se sobre a conveniência de inserir uma ressalva no texto. Temerosos, alguns hesitaram. Se interessa seguir o rastro do artigo 5º, XII, o germe do tema nasce na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. No Anteprojeto do Relator (Fase A), tanto as correspondências quanto as comunicações em geral eram ressalvadas nos casos previstos em lei, mediante ordem judicial. Ou seja, pelo menos no início, aceitava-se que o sigilo epistolar fosse relativizado, desde que adotadas as cautelas legais e judiciais. Enquanto a reserva de jurisdição se manteve ubíqua e constante em todos os estágios de desenvolvimento do processo constituinte, a reserva legal às vezes desaparecia. Por exemplo, na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, mais especificamente na Fase H, a redação do Anteprojeto preceituava que as correspondências e as comunicações em geral poderiam ter o seu sigilo levantado por ordem judicial, mas já não havia alusão à reserva legal (esta tinha sido suprimida no Substitutivo do Relator da Comissão). A reserva legal é restaurada por volta da Fase N, momento em que foi acrescida a necessidade de instrução processual. Por muito pouco, Constituintes não aprovaram uma ressalva abrangente o suficiente para atingir o sigilo epistolar. Até mesmo em Plenário (Fase Q, Projeto A), ainda era possível fazê-lo. **A controversa cláusula “no último caso” já podia ser identificada na Fase T (Projeto B).** E assim permaneceu, incólume, nas Fases U (emendas ao Projeto B) e V (Projeto C – fim do 2º Turno), tendo sido aprovada em Plenário. Após atingir esse estágio perfectibilizado de maturação, o texto foi remetido para aprimoramentos cosméticos na Comissão de Redação. Como se vê, de início, Constituintes admitiam uma ressalva mais ampla. Ao longo do processo constituinte, entretanto, preferiu-se restringir a ressalva, para que ela só alcançasse, especificamente, as comunicações telefônicas.

importante. Mesmo que se opte por chamar essa ideia de conteúdo essencial, tecnicamente, essa compreensão deslocaria o eixo do núcleo essencial para aproximá-lo de uma **teoria absoluta**³⁴³.

Mas também não interessa. Nada disso importa.

Direitos fundamentais são ponderáveis, não? "Direitos fundamentais são princípios!". Direitos *prima facie* atraem ponderações, a serem aplicadas em colisões, após o que será moldado — ou restará — o núcleo essencial desses direitos no caso concreto. E isso é fundamentalmente um compromisso com a **teoria relativa**.

O resto já se sabe. E, assim, como desfecho do último exemplo fornecido, o mesmo Supremo Tribunal Federal admitiu, “sempre excepcionalmente”, que a Administração Penitenciária procedesse à interceptação da correspondência dos apenados³⁴⁴. Tempos depois, no final do ano de 2023, o STF deu mais um passo. Estabelecendo uma distinção semântica no que concerne à inviolabilidade epistolar, decidiu que **encomendas** podem ser devassadas por funcionários dos Correios, desde que haja indícios fundamentados de atividade ilícita. Para isso, a providência deve ser objeto de formalização, de modo a permitir o posterior controle administrativo ou judicial³⁴⁵. Em síntese, onde estava escrito “no último caso”, leu-se “em princípio, no último caso”.

Ora, se direitos fundamentais estão mesmo sediados em princípios, desde que assumida a premissa segundo a qual esta categoria expressa deveres *prima facie*, a partir daí é apenas uma questão de repetir a mesma operação **em todos** os demais incisos do artigo 5º ou até mesmo no Título II, se é que não seria possível fazê-lo também nos demais dispositivos do texto constitucional e nas convenções de direitos humanos com estatura constitucional.

³⁴³ Segundo Alexy, “a teoria absoluta afirma que há posições em relação às quais não há razões mais importantes que justifiquem sua restrição” (2017, p. 300).

³⁴⁴ STF, HC 7814-5/SP, rel. Min. Celso de Mello.

³⁴⁵ STF, RE 1.116.949 ED, rel. Min. Edson Fachin, julgamento virtual finalizado em 30/11/2023. Na ocasião, fixou-se a seguinte tese: “(1) Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo, salvo se ocorrida em estabelecimento penitenciário, quando houver fundados indícios da prática de atividades ilícitas; (2) Em relação a abertura de encomenda postada nos Correios, a prova obtida somente será lícita quando houver fundados indícios da prática de atividade ilícita, formalizando-se as providências adotadas para fins de controle administrativo ou judicial.”. Para esta tese de doutorado, assume especial importância a **primeira parte** do verbete. Mais especificamente, o trecho segundo o qual: “salvo se ocorrida em estabelecimento penitenciário”. Poderia a própria tese fixada pelo STF ser objeto de ponderação? Não seria este mais um enunciado linguístico, igualmente incapaz de prever as contingências do futuro? E se, onde se lê “salvo se ocorrida em estabelecimento penitenciário”, o intérprete, à vista do caso concreto, viesse a acrescentar mais uma hipótese “excepcional” e devidamente “fundamentada”? Qualquer um, diante disso, perceberia que a tese fixada pela mais Alta Corte estaria sendo violada em sua autoridade. Resta concluir que este é um enunciado linguístico imune ao fenômeno da ponderação, o que pode ser um tanto constrangedor. A estrutura da linguagem não se diferencia daquela empregada nas normas constitucionais.

E foi bem isso que ocorreu nos anos seguintes. **Um a um**, cada direito previsto em norma jusfundamental passou a ser redesenhado por “restrições” alheias ao seu conteúdo, sempre proclamadas como excepcionais³⁴⁶ e voltadas para um dado caso concreto.

A reserva legal veio a ser ponderada, por exemplo, na criminalização da homofobia³⁴⁷. A presunção de não culpabilidade, muito referida como “presunção de inocência”, foi sistematicamente derrotada³⁴⁸. Garantias fundamentais como plenitude de defesa no júri³⁴⁹, juiz natural³⁵⁰, enfim, não parece necessário demonstrar o consabido.

A esta altura, o *topos* de que “nenhum direito é absoluto” havia sido elevado ao *status* de um mantra repetido acriticamente por uma comunidade jurídica em transe³⁵¹. Mas o grupo de professores persuadidos pela Teoria dos Princípios da Constituição da Alemanha dificilmente se aprofundava para responder a uma questão que ainda pode gerar muitos constrangimentos, caso não venha a ser enfrentada. **Afinal, Constituintes brasileiros não tinham autoridade para consagrar direitos fundamentais naquilo que Robert Alexy chama de regras?** Não poderiam tê-lo feito? Seria esta uma misteriosa limitação jurídica imponível ao poder constituinte originário, fonte das próprias limitações jurídicas do sistema? Se sim, onde está sediada essa limitação transcendental e suprapositiva? Em algum Direito anterior ao Direito?

Durante muito tempo, a reputação do constituinte originário foi a de um poder juridicamente ilimitado³⁵². À medida que os anos se passaram, parte da literatura passou a

³⁴⁶ Este, a propósito, é um dos perigos da ponderação: trata-se de um expediente típico de um Direito Constitucional de Exceção. Pairando dúvida sobre os riscos da ponderação, convém examinar o caso *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1944), que validou a segregação e colocação compulsória de norte-americanos descendentes de japoneses em campos de confinamento. No precedente, à semelhança dos exemplos colacionados neste tópico, em que direitos fundamentais foram ponderados em nome de uma pretensa segurança pública, ponderou-se a discriminação racial para fazer valer uma concepção de segurança nacional.

³⁴⁷ STF, ADO 26, Plenário, rel. Min. Celso de Mello, j. em 13/06/2019. Trata-se de um **tipo penal pretoriano**.

³⁴⁸ STF, ADI 4578, Plenário, rel. Min. Luiz Fux, j. em 16/02/2012.

³⁴⁹ STF, ADPF 779, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 01/08/2023.

³⁵⁰ STF, INQ 4781, de tramitação sigilosa. O inquérito foi instaurado *ex officio* pelo Supremo Tribunal Federal e incluiu investigados sem foro por prerrogativa de função. A relatoria ficou aos cuidados do Ministro Alexandre de Moraes, sem que tenha havido distribuição anterior (designação *ad hoc*). A Procuradora-Geral da República da época, Raquel Dodge, **promoveu o arquivamento** do inquérito, que, apesar disso, permaneceu incólume por decisão do STF. Por fim, o Procurador-Geral da República que a sucedeu, Augusto Aras, manifestou-se favoravelmente ao expediente, desde que balizas constitucionais viessem a ser adotadas.

³⁵¹ Hoje profundamente enraizado na jurisprudência do STF: “Na arquitetura dos direitos fundamentais, que não comporta direitos absolutos, sujeita-se a restrições [a propaganda comercial], desde que proporcionais, na proteção de outros valores públicos.” (ADI 3311, rel. Min. Rosa Weber, j. em 14/9/2022). O raciocínio é típico da teoria externa.

³⁵² Daí porque os ditames da EC n.º 26/85, que convocou a ANC, nunca foram de observância cogente. Constituintes brasileiros não estavam, tecnicamente falando, adstritos a normas jurídicas anteriores, porque o Poder Constituinte é um poder de **fato**. Os temperamentos ao caráter ilimitado do Constituinte Originário, nas

defender que havia limitações nos princípios de Direito Internacional, para além dos limites sociológicos. Seria a premissa dos direitos fundamentais como princípios constitucionais — leia-se: como mandados de otimização — **mais um limite lógico-jurídico** imponível ao constituinte originário? Em outras palavras: **e se, originalmente, o próprio poder constituinte tiver ponderado o direito objeto da controvérsia, para transformá-lo em um direito definitivo?**

Trata-se de uma pergunta séria, que requer uma resposta com a mesma seriedade. Importantes consequências práticas adviriam de qualquer solução hipotética apresentada a esse dilema. Basta lembrar que, no artigo 220, § 2º, os Constituintes estabeleceram: "É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística". Dificilmente se pode dizer que um magistrado estará autorizado a procurar — e encontrar — razões mais importantes que lhe permitam ponderar essa ponderação. Isso porque "é vedada toda e qualquer censura" significa que toda e qualquer censura é vedada. Mas não foi bem essa a maneira como o dispositivo foi lido pelo Ministro Gilmar Mendes. Na sua visão, a cláusula "é vedada toda e qualquer censura", significa "que deve ser vedada qualquer espécie de censura **injustificada e desproporcional** à liberdade de expressão, como já assentado por esta Corte em diversos outros julgados [...]"³⁵³. O que era "todo e qualquer" transformou-se em "todo e qualquer, desde que sem justificativa e sem proporcionalidade". Cláusulas absolutas tendem a ser transformadas pelos tribunais, dada a dificuldade de aceitação.

raras ocasiões em que apresentados por juristas mais críticos, eram de índole predominantemente fática ou sociológica. "Evidentemente, o legislador, mesmo constituinte, mesmo tendo os poderes próprios e naturais de um poder Constituinte, não pode mudar determinadas realidades", afirmou o Ministro Paulo Brossard (Suplemento ao nº 81, 20/6/1987, p. 52). Falando aos próprios Constituintes, Brossard exemplificou: "Eu não poderia pretender que a Constituinte fixasse no rio da Prata as fronteiras meridionais do Brasil. Poderia fazê-lo? [...] imagine-se que alguém quisesse excluir o Rio Grande do Sul da comunhão nacional. A Assembléia Constituinte é soberana, mas não pode botar o Rio Grande do Sul para fora da União. Mas, não pode por quê? Não pode porque existem séculos de História, de comunhão nacional. [...] se, amanhã, um amante da cultura clássica resolvesse dizer que o idioma nacional seria o grego. A Constituinte é soberana, mas não pode fazer os brasileiros aprenderem o grego, ou melhor, cumprir a lei falando grego no dia seguinte à promulgação da Constituição. São essas terríveis realidades que chumbam os pés e, às vezes, as asas e a imaginação do legislador, mesmo sendo soberano". Esta foi a belíssima manifestação do Ministro Paulo Brossard, nos átrios da própria Assembleia Nacional Constituinte. Corajosa opinião, dada a audiência. Minoritariamente, parcela da doutrina apontava até mesmo limites jurídicos ao poder constituinte originário. Um exemplo desta corrente pode ser vislumbrado ao diante, nas palavras de Seabra Fagundes, também proferidas na Assembleia Nacional Constituinte: "A Assembléia Nacional Constituinte só tem sentido assim. A sua soberania é no sentido de que ela faz o que quiser, o que souber e o que for compatível com o interesse nacional. Ela não pode, por exemplo, fazer alguma coisa que a ordem jurídica universal repila. [...] porque aí já existe outra ordem, acima de todas. Porém, tudo que for compatível com a dignidade humana, com os princípios gerais aos quais o nosso País e todas as nações do bloco da ONU aderiram, ela pode fazer[...]" (Suplemento ao nº 81, 20/06/1987, p. 65).

³⁵³ Original sem destaque. ADI 5136 MC/DF, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1/7/2014.

A menos que se diga que os Redatores não poderiam escrever o que escreveram, ou seja, que não poderiam ter dito “toda e qualquer”, o significado do texto tem força normativa. Constituintes não tinham autoridade para consagrar uma vedação prospectivamente absoluta?

No Brasil, questionar a premissa da relatividade soa como uma blasfêmia jurídica. Nos Estados Unidos, vozes importantes, a exemplo de Hugo Black, já se colocaram **favoravelmente** à concepção de direitos absolutos no *Bill of Rights*. No seu Textualismo, o Justice defendeu que havia direitos fundamentais absolutos nesse catálogo e que foram previstos deliberadamente por homens que conheciam o significado das palavras que empregavam, ou seja, que pretendiam, sim, absolutizar as proibições que consagravam (Black, 1960, p. 867). Com isso, Black repudiava a ponderação de direitos encartados no *Bill of Rights* com base em um pretenso interesse público superior, por exemplo (Black, 1960, pp. 866-867). Para ele, não era correto raciocinar todos os problemas constitucionais a partir de uma questão de “razoabilidade” (Black, 1960, p. 866).

Feita essa advertência crítica, retorna-se ao cerne do problema. No artigo 53, a Constituição Brasileira de 1988 estatuiu que “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por *quaisquer* de suas opiniões, palavras e votos”. Constituintes não poderiam prever uma inviolabilidade imune a ponderações? Enquanto essa questão não for enfrentada com honestidade e rigor, a tendência será andar em círculos.

Convém enfrentá-la. A resposta certamente aloja-se no fenômeno das prognoses constituintes, que por sua vez originam ponderações constituintes que, a seu turno, resultam na promulgação do texto síntese.

8.2.1.2.1 *Das prognoses e ponderações constituintes*

A Assembleia Nacional Constituinte foi, por excelência, um laboratório de prognoses e ponderações. As normas sintetizadas por esse Laboratório provinham daquilo que, bem ou mal, foi exaustivamente calculado, medido, pretensamente antevisto e, finalmente, ponderado.

"[...] [A]s informações, os elementos estatísticos aqui tratados certamente pesarão nas decisões que esta Subcomissão irá tomar [...]", disse o Constituinte Antonio Mariz ao expositor

que colaborava fornecendo dados durante uma audiência pública na Assembleia Nacional³⁵⁴. Ora, ao afirmar que os dados **pesariam**, parece muito claro que Constituintes atribuíam um **peso, valor, importância** a determinadas premissas e, **com base nisso, certos ou errados**, disciplinavam direitos e deveres.

Há algumas décadas, a literatura jurídica brasileira já atentava para o fato de que o legislador pode basear-se em dados equivocados por ocasião da criação das leis, contaminando, por conseguinte, a sua própria prognose sobre consequências futuras. Isso levou Gilmar Mendes a publicar um importante trabalho, ainda na década de 90 do século XX, que defendia a possibilidade de revisão judicial dos fatos e prognoses legislativos. Segundo ele, questões constitucionais não são questões puramente jurídicas, isto é, que se reduzem a aferir a compatibilidade vertical de uma lei com a Constituição (Mendes, 1999, p. 20). Mais do que isso, seria próprio do controle de constitucionalidade — e, portanto, competência típica dos Tribunais Constitucionais — a avaliação dos chamados fatos legislativos, metodologia de trabalho esta tradicionalmente aplicada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (Mendes, 1999, p. 20)³⁵⁵.

Mas como um tribunal deve se pautar diante das premissas científicas assumidas pelo legislador? É possível rediscuti-las ou deve-se pressupô-las? Uma Corte Constitucional poderá **substituir** a prognose do legislador pelo seu próprio prognóstico? Quando essas perguntas se referem às consequências pressupostas para a elaboração **de uma lei**, certa ou errada, já existe uma proposta de solução na literatura. O Tribunal Constitucional da Alemanha já se valeu de documentos históricos, literatura especializada, dados estatísticos, análises periciais e **experts** (Mendes, 1999, p. 21). De maneira muito semelhante, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem feito uso de audiências públicas e se servido da colaboração dos *amici curiae* para, tanto quanto possível, reavaliar os chamados fatos legislativos³⁵⁶. Na Suprema Corte dos EUA, esse papel colaborador é desempenhado, ilustrativamente, pela figura do *expert witness* (Haack, 2015, p. 41). Porém, mesmo para quem admite o controle de constitucionalidade baseado em prognoses legislativas erradas, aspecto que já é polêmico, aqui haverá um obstáculo adicional:

³⁵⁴ Suplemento ao DANC n.º 66, Ano I, Maio de 1987, p. 134.

³⁵⁵ Por exemplo, a legislação brasileira estabelece uma distância mínima entre postos de combustível. Por sua vez, o Projeto de Lei n.º 3975/21 determina que estabelecimentos dessa natureza deverão guardar uma distância mínima de 500 metros de áreas consideradas de risco. Dos exemplos fornecidos, nota-se que a prognose legislativa se baseia nas possíveis consequências advindas de eventos marcados por incertezas empíricas. Reputa-se prognose legislativa a estimativa consequencial do legislador.

³⁵⁶ Ainda assim, trabalhos mais recentes sobre o controle de constitucionalidade das prognoses do legislador têm apontado que essa iniciativa, na jurisprudência do STF, é "cercada de dúvidas, inconstância e baixo desenvolvimento, tornando sua predição um exercício arriscado a ser feito" (Sampaio, 2020, p. 299). Para José Adércio Leite Sampaio (2020, p. 282), trata-se de uma medida que divide a literatura constitucional.

ao contrário das leis infraconstitucionais, não há controle de constitucionalidade sobre normas constitucionais originárias. Em outras palavras, mesmo que lastreados em pressupostos fáticos errados, legisladores **Constituintes** não contaminam as normas da própria Constituição Brasileira para fazer delas normas inconstitucionais — a menos que se trate de uma emenda que violou cláusula pétrea. Não é possível, portanto, conferir à prognose constituinte o mesmo tratamento jurídico atribuído à prognose legislativa.

Esta é precisamente a razão pela qual as ponderações efetuadas pelos Constituintes não estão disponíveis para serem “corrigidas” por juízes, mas sim para que sejam obedecidas. E não se duvide da existência dessas ponderações. Trata-se de um fenômeno antigo, embora não tenha recebido a atenção que lhe é devida. Uma pesquisa demonstra que, na História Constitucional Brasileira, João Barbalho Cavalcanti (1902, p. 307) já explicava a ponderação de direitos fundamentais, feita pelos próprios Constituintes, ao comentar a Constituição de 1891.

Assim também na atual ordem constitucional. Documentos históricos indicam que Constituintes ponderavam, sim, valores constitucionais contrapostos.

Em uma referência específica ao dispositivo que consagra a inviolabilidade epistolar, por exemplo, um dado Constituinte registrou que seus pares “[...] foram sensíveis à necessidade que terá o Estado democrático [...] **de compatibilizar as garantias individuais com a defesa da sociedade e do próprio Estado democrático** [...]”³⁵⁷. Ou seja, buscava-se equacionar a relação dialética por vezes difícil que já era travada entre as garantias individuais e o repúdio à criminalidade.

No Textualismo de Hugo Black, o raciocínio segundo o qual os próprios Constituintes efetuam ponderações pré-constitucionais já era expresso com muita clareza. Por esta razão, esses sopesamentos deveriam ser subtraídos do alcance de juízes e tribunais, afinal, o texto já contemplaria o desfecho na hierarquia de importância a ser conferida (Black, 1960, p. 879):

I believe [...] that the Framers themselves did this balancing when they wrote the Constitution and the Bill of Rights. They appreciated the risks involved and they decided that certain rights should be guaranteed regardless of these risks. Courts have neither the right nor the power to review this original decision of the Framers and to attempt to make a different evaluation of the importance of the rights granted in the Constitution. Where conflicting values exist in the field of individual liberties protected by the Constitution, that document settles the conflict, and its policy should

³⁵⁷ Constituinte Ibsen Pinheiro, Suplemento “C” ao DANC n.º 171, p. 1000, Janeiro de 1988.

not be changed without constitutional amendments by the people in the manner provided by the people.

É interessante perceber que o *Justice* referiu-se a uma gestão de riscos.

A categoria das ponderações constituintes é bastante nítida em dispositivos constitucionais que, por exemplo, proíbem provas ilícitas. De um lado, tem-se o **risco** da impunidade de criminosos. Afinal, o descarte de uma prova incriminatória pode representar uma renúncia à chance de incriminar. No outro lado, verifica-se o **risco** de estímulo a violação de direitos. Isso porque a prova ilícita é, por excelência, aquela produzida mediante violação ao ordenamento jurídico. **Ponderando-se os riscos** apresentados, Constituintes efetuam uma escolha. O tema também já foi reconhecido por constitucionalistas portugueses, analisando a constituição do seu país³⁵⁸.

No Brasil, portanto, Constituintes sintetizaram uma ponderação de interesses contrapostos quando redigiram e promulgaram o artigo 5º, LVI, que proclama não serem admissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Essa percepção já foi corretamente manifestada por Humberto Ávila (2011, pp. 5-6):

[...] se a Constituição possui uma regra vedando, de modo categórico, a utilização de prova ilícita não cabe ao intérprete, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a sua utilização, pois, nesse caso, a própria Constituição fez uma escolha que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer.

Nota-se que, a partir de um dispositivo constitucional semelhante, conclusões muito parecidas foram encontradas por juristas brasileiros e portugueses, ambos em convergência, tenham ou não consciência disto, com o Textualismo de Hugo Black. De fato, o poder

³⁵⁸ A Constituição de Portugal considera inadmissíveis as provas ilícitas (art. 32, n.º 8), o que se traduz em uma *regra*. Na análise desse dispositivo, o constitucionalista luso Jorge Reis Novais descreve que o Constituinte ponderou dois valores em conflito: a punição de criminosos e a privacidade como dimensão da dignidade humana. Ora, se preferiu esta àquela, **é porque, para prestigiar o bem objeto de preferência, tolerou tacitamente o efeito colateral de que alguns criminosos ficariam impunes** (Novais, 2003, p. 578). Este o sacrifício em nome do repúdio às provas ilícitas. Independentemente do acerto ou desacerto dessa escolha, indiscutivelmente efetuou-se uma escolha. E, uma vez realizada essa opção, resta aceitá-la ou alterá-la no processo de revisão constitucional (Novais, 2003, p. 579). Claro, se e quando isto afigura-se possível.

constituente originário está, sim, habilitado a consagrar direitos fundamentais em normas que, na Teoria de Alexy, têm estrutura lógica de regra. Quando isso ocorre, é porque uma ponderação entre valores conflitantes já foi realizada pelo próprio Constituinte que, fazendo uso da liberdade para constituir, entendeu de tipificar o direito em uma previsão “fechada e absoluta” (Novais, 2003, p. 577)³⁵⁹.

Trata-se de uma premissa igualmente correta no sistema jurídico brasileiro³⁶⁰, como também seria em qualquer sistema de constituição escrita que assuma o pressuposto positivista de que Constituintes exercem um poder de fato. Insistir em ponderar normas constitucionais já ponderadas pode mascarar artifícios vedados pelo sistema jurídico brasileiro, a exemplo do controle de constitucionalidade de normas originárias³⁶¹, da derrotabilidade (*defeasibility*) das regras constitucionais³⁶², do controle de moralidade de normas originárias³⁶³ e toda sorte de expedientes que, ao fim e ao cabo, não passam de disfarces para esquivas de **porções mais amargas do texto da Constituição**.

Textos não constituem a fração mais benquista do Direito. Textos representam limites. Exatamente por isso, enunciados textuais incomodam. As regras de experiência bem o demonstram: se o incômodo adveio do texto legal, diz-se que é inconstitucional. Se proveio de texto legal válido, fala-se em derrotabilidade. Quando oriundo da própria Constituição,

³⁵⁹ Nesse sentido, tecendo comentários sobre o sistema português, Novais (2003, p. 577) é categórico: “O legislador constituinte pode considerar mais adequado fazer, ele próprio, desde logo, todas as ponderações [...] e, nessa medida, retirar aos poderes constituídos qualquer possibilidade de alterarem a opção que, em função dessas ponderações, ele decidiu tomar”.

³⁶⁰ No constitucionalismo nacional, essa percepção ainda é incipiente, mas nem por isso inexistente. Corretamente, já foi enfatizado que “o próprio Constituinte, quando tratou de direitos e garantias [...] decidiu, na maior parte dos casos, fazer uma ponderação pré-legislativa [...]” (Ávila, 2009, p. 4). Outro exemplo de percepção desse fenômeno pode ser encontrado em um trabalho mais antigo de Daniel Hachem. Referindo-se ao mínimo existencial definitivo, o Professor da UFPR descreve que o próprio constituinte realizou uma ponderação: “Não se trata, na verdade, de efetiva blindagem contra qualquer ponderação: o que se entende é que esta já foi previamente realizada pelo constituinte — tornando-o, assim, um direito definitivo e não mais *prima facie*.” (Hachem, 2013, p. 223).

³⁶¹ Não por falta de tentativa. Parte da doutrina alemã já sustentou a possibilidade de inconstitucionalidade de normas originárias, não apenas de emendas (Bachof, 2008, p. 48). A tese de Otto Bachof chegou ao STF sob os mais constrangedores argumentos, tendo sido expressamente repelida na ADI 815, rel. Min. Moreira Alves, j. em 28/03/1996.

³⁶² Embora não haja previsão no ordenamento jurídico, o tema da derrotabilidade foi tratado com muita naturalidade pela Ministra Rosa Weber, no voto vogal proferido na ADI 6524/DF, que descreveu ser uma prática aceita pelo STF quando diante de eventos anômalos e circunstâncias imprevistas.

³⁶³ O expediente do controle de moralidade das normas constitucionais originárias foi objeto de estudo em um trabalho à parte (Fonteles, 2021, pp. 415-416).

tribunais se socorrem da mutação ³⁶⁴ e, para o que mais interessa neste capítulo, da ponderação ³⁶⁵.

Se o próprio Constituinte já transformou um direito em definitivo, não é dado a um tribunal retrocedê-lo à fase anterior, de direito *prima facie*, para, em seguida, assujeitá-lo a uma ponderação de 2º grau. Tal equivaleria a constituir o que fora constituído, mas só constitui quem é Constituinte e o Supremo Tribunal Federal é poder constituído. O constitucionalmente ponderado é judicialmente imponderável.

A prática, contudo, já se sabe ser desvirtuada. No Brasil, naturalizou-se um **empilhamento de ponderações**. Sobre a ponderação constituinte, legisladores apresentam a sua própria ponderação sintetizada em lei. Sobre a ponderação legislativa, juízes utilizam a proporcionalidade e acrescentam uma terceira camada de ponderações ³⁶⁶. Para tornar esse cenário ainda mais complexo, assim como os congressistas, magistrados também ponderam as ponderações constituintes: tal se verifica quando princípios constitucionais se chocam, sem o intermédio de lei, rendendo ensejo a um sopesamento.

O emaranhado de ponderações sobre o conteúdo comunicativo do texto provoca um estado de coisas alarmante. O risco de sucessivas ponderações judiciais sobre ponderações constituintes pode ser verificado no exemplo a seguir.

Uma das mais perigosas ponderações foi efetuada pelos próprios Constituintes, quando estabeleceram que somente haveria pena de morte em caso de guerra (art. 5º, XLVII, “a”, CF/88). Moralmente, melhor seria não terem escolhido a pena capital, mas o fato é que, goste-se ou não, assim entenderam de fazer.

Mesmo após incisivas investidas de Constituintes como Amaral Neto, defensor ostensivo da inclusão da pena de morte para criminosos ³⁶⁷, a Assembleia Nacional escolheu

³⁶⁴ Que coincidência é encontrar, nas palavras de Hsü Dau-Lin — um corifeu das mutações constitucionais —, uma passagem irônica contra textos jurídicos. O publicista descrevia um “*derecho constitucional [...] vivo, ante los muros férreos de los parágrafos, artículos, escritos [...]*” (Dau-Lin, 1998, p. 25).

³⁶⁵ Não por acaso, já se disse que o *balancing test* ignora a linguagem empregada pela Primeira Emenda (Black, 1968, p. 51). Como se verá nos exemplos fornecidos neste tópico, a desconsideração dos limites do texto é uma atividade recorrente na ponderação efetuada pela jurisdição constitucional brasileira.

³⁶⁶ Exemplo disso veio a ocorrer com a Lei Geral da Copa. O legislador ponderou a liberdade de manifestação e a segurança, em um dispositivo (art. 28) que veio a ser impugnado no STF. Lá, o Ministro Gilmar Mendes ponderou judicialmente a ponderação legislativa, para testar sua validade (ADI 5136 MC/DF, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1/7/2014). Sucede que há boas razões para acreditar que o próprio Constituinte já havia ponderado a temática, antes do legislador e do Ministro, ao asseverar que essa liberdade não sofreria “qualquer restrição”, desde que observado o disposto na Constituição (art. 220).

³⁶⁷ A propósito, com um sofismo sensacionalista que soa bastante familiar. “A pena de morte no Brasil já é uma regra. Tem-se nas mãos a pena de morte, sem júri, sem justiça, sem saber se a pessoa é inocente ou não. Um

rejeitar a pena capital e sintetizar a seguinte ponderação: no Brasil, não se adotará a pena de morte em tempos de paz; excepcionalmente, em guerras, será possível fazê-lo.

Esta não foi uma ponderação qualquer. Como se vê, operou-se uma ponderação **constituente**. A questão que se nos afigura é quão duradouro ou resistente seria esse resultado consensualmente alcançado pelos Redatores.

A partir da crescente tendência de ponderar direitos fundamentais, relativizando textos cuja linguagem não acomoda relativizações, já não será inteiramente seguro dizer que, no Brasil, somente haverá penas de morte em caso de guerra (art. 5º, XLVII, “a”, CF/88). Assumindo-se princípios como normas que expressam direitos *prima facie* e acolhendo-se a premissa de que “quase todos os direitos fundamentais têm estrutura de princípios” (Silva, 2003, p. 620), este palpite se torna arriscado demais. Afinal, o amanhã é um novo dia. Na melhor das hipóteses, será possível dizer que “**em princípio**, somente haverá penas de morte em caso de guerra”. E isto é bem diferente.

Talvez fosse possível resistir a esse argumento, por meio da objeção de que a linguagem do texto, quando veda a pena de morte, é clara demais. Mas dizer isso não soa convincente. Basta lembrar que a linguagem da inviolabilidade epistolar também era suficientemente clara (“salvo, no último caso”) e nem por isso tribunais deixaram de ponderá-la. O dispositivo que proclamou a inviolabilidade de domicílio perante ordens judiciais noturnas era dos mais límpidos (“durante o dia, por determinação judicial”), mas tal não inibiu os juízes que optaram por desconsiderá-lo. Verdade seja dita, magistrados preferiram ponderar essas normas porque, **em um fatídico dia, finalmente encontraram razões que consideraram mais importantes**.

Logo, é como se uma perigosa *cláusula invisível* estivesse alojada na norma constitucional brasileira. Se abandonasse esse estado de invisibilidade, a cláusula seria exteriorizada com o seguinte teor: “Não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra **ou de outra razão, ainda não antevista e hoje imprevisível, que, no futuro, se apresente aos juízes como mais relevante que a ponderação aqui efetuada**”.

Agora, admita-se que, em um futuro hipotético, facções de narcotraficantes “declarem guerra” contra as Instituições do Estado de Direito. Toques de recolhimento, bombas, incêndios,

bandido, ao matar uma menina, é o juiz, o réu, o júri e o executor. Tem na sua mão a pena de morte o Esquadrão da Morte, que é contratado por um homem, como me referi agora, que tem dinheiro para contratá-lo. E o pobre que não tem nem como contratar? O pobre tem que entregar a filha - eu conheço os dramas da favela - entregar a mulher. Ele não entrega, assiste àquilo e não tem a quem se queixar, porque não confia em nada” (Suplemento ao n.º 81, Ano I, 20 de Junho de 1987, p. 12). Primeiro, diz-se que um mal “já é uma realidade”. Em seguida, diz-se que “ricos já praticam esse mal”, que só não está à disposição das pessoas mais pobres. Por fim, reivindica-se a extensão do gesto maldoso, em apreço a uma pretensa isonomia.

tiros nos prédios públicos, sequestros de autoridades e milhares de assassinatos. Nesse contexto beligerante e de grave comoção intestina, operações policiais reagem de maneira letal, **mesmo em casos manifestamente alheios à legítima defesa pessoal e de terceiros**. Com base no exemplo fornecido, se tribunais ponderassem o mandamento constitucional que proíbe a pena de morte, ao argumento de que uma norma princípio deve ser otimizada no caso concreto, diante de circunstâncias fáticas e jurídicas, o que se teria é uma **desobediência constitucional**. Nada — frise-se: coisa alguma — permitiria que se ponderasse a norma constitucional que proíbe a pena de morte em caso de paz. Cuida-se de uma norma infensa a ponderações. Nem mesmo “mutações constitucionais” sobre o conceito de “guerra” poderiam justificar um ponderação judicial, porque esta é uma **ponderação constituinte** e, por conseguinte, definitiva. Redatores *selaram* uma proteção à dignidade humana.

Possivelmente, como um último recurso argumentativo para não aceitar a ponderação da proibição da pena de morte, adeptos da Teoria dos Princípios à Alexy sustentariam que *esta* norma constitucional tem estrutura de **regra**.

E então voltamos à estaca zero.

O Constituinte pode prever direitos fundamentais em normas regras? Se a resposta for sim, não teria isso sido feito na inviolabilidade epistolar? Aliás, não teria sido esta a opção para muitos outros dispositivos desta tese? O que dizer, por exemplo, da vedação à adoção de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII)? Não seriam estas proibições expressas em **regras infensas à ponderação**?

Pode parecer confortável dizer que sim, somente para estes casos. Mas a verdade é que uma teoria consistente, dotada de coesão interna, não resistiria à tentativa de trabalhar com direitos fundamentais sediados em princípios ponderáveis e direitos fundamentais sediados em princípios imponderáveis. A menos que se diga que existem direitos cuja fundamentalização foi “mais especial” que a de outros.

De fato, a proibição da pena de morte é mesmo uma regra. A propósito, não apenas esta cláusula jusfundamental, como inúmeras outras constituem **regramentos**. Portanto, é precipitado concluir de maneira apriorística que todos os direitos fundamentais estão invariavelmente sediados naquilo que Alexy chama de princípios. Pelo menos três combinações sistêmicas são possíveis a esse respeito: **a)** um sistema puro de regras; **b)** um sistema puro de princípios e **c)** um modelo híbrido.

Nesse elenco de alternativas, o Constituinte faz o que lhe apraz.

Em boa verdade, todos os exemplos estudados representam uma **falsa** ponderação de princípios. O que está a ocorrer na jurisdição constitucional brasileira é algo um pouco mais sério. Simula-se a ponderação de princípios; dissimula-se a derrotabilidade (*defeasibility*) de regras constitucionais³⁶⁸. **A pretexto de que princípios são otimizáveis**, doutrina partilhada por alguns professores alemães (Alexy, 2017, p. 90; Bäcker, 2011, p. 71), o precioso catálogo brasileiro de direitos fundamentais foi infestado por razões que punham dúvidas sobre a sua incidência no suporte fático.

Uma **viragem originalista na interpretação constitucional brasileira** simplesmente tenderia a acatar ponderações constituintes. Em vez de ponderar o imponderável, juízes passariam a **aceitar** que, bem ou mal, o texto já equacionou muitos dos valores em jogo.

8.2.1.3 Vulnerabilidades da Teoria dos Princípios (Robert Alexy) e o fracasso da proporcionalidade como instrumento de otimização

Talvez o passo mais importante na metodologia de Robert Alexy seja discernir se a norma interpretada cumpre uma função lógico-estrutural de regra ou princípio. Porém, a própria decisão sobre a natureza de uma norma constitucional, se regra ou princípio — pressuposto fundamental para todas as análises e inferências subsequentes —, pode ser objeto de acirradas disputas e incertezas³⁶⁹. Alexy (2017, p. 143) reconhece que uma mesma norma poderá, a um só tempo, classificar-se em **ambas** as categorias.

Superada a etapa anterior, muitos obstáculos serão encontrados no interior da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Quando dois experientes Ministros do STF tentaram fazer uso da proporcionalidade, em um mesmo

³⁶⁸ E isso, substancialmente, é cancelar a derrotabilidade das normas jusfundamentais presentes na Constituição de 1988. Como já foi observado pelo alemão Carsten Bäcker (2011, p. 60), “derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções”. Isso porque, na dição do Professor da Universidade de Kiel, “circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas” e, portanto, justificam novas exceções (Bäcker, 2011, p. 60). Segundo Bäcker (2011, p. 72), princípios não são derrotáveis, tampouco excepcionáveis, na medida em que as exceções já fazem parte do procedimento de otimização.

³⁶⁹ O tamanho desse desafio já foi enfatizado pelo constitucionalista português Jorge Novais, “determinar se uma norma de direito fundamental tem a natureza de **regra ou de princípio** é um trabalho [...] que, em grande parte dos casos, não se pode bastar com a análise simplista do enunciado normativo, exigindo [...] um labor de investigação complexa [...]” (Novais, 2003, p. 633).

caso submetido, ambos alcançaram resultados diametralmente opostos³⁷⁰. A primeira reação dos defensores dessa abordagem foi — e tem sido — culpar o ser humano, não a ferramenta. Ainda tem sido comum dizerem, por exemplo, que não é a proporcionalidade que constitui um problema, mas sim o **mau uso** da proporcionalidade. Mas a verdade é que até mesmo **os seus melhores usuários** têm enfrentado problemas sérios com essa metodologia, **em todas as etapas**. A esse respeito (Fonteles, 2022, p. 139):

Não se trata de criticar o **mau uso** da proporcionalidade, porque até mesmo o **adequado uso** dessa metodologia é problemático. Isso se percebe nas confissões de Virgílio Afonso da Silva, quando reconhece que “[...] não é tarefa simples decidir, na maioria dos casos importantes, se o grau de realização de um direito D1 justifica o grau de restrição de um direito D2 [...]” (Silva, 2011, p. 175). Ora, se o próprio autor admite que, “na maioria dos casos importantes”, a proporcionalidade em sentido estrito é de difícil valoração, significa que quase sempre será problemático fazer uso da terceira máxima parcial. Para tentar corrigir essa imprecisão, Robert Alexy remodelou seu empreendimento teórico e, no posfácio da sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, sugeriu uma fórmula matemática que “complementa a lei de colisão e do sopesamento”, que batizou de “fórmula do peso” (Alexy, 2011, p. 604). Ao final de muitas e extensas equações matemáticas, Alexy se rende a uma concessão: “de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário” (Alexy, 2011, p. 611). Mas engana-se quem pensa que o problema estaria apenas na terceira etapa da metodologia proposta. Não fosse bastante todas as problemáticas narradas, Virgílio também confessa a dificuldade de operacionalização da segunda máxima: “[...] há casos em que o exame da necessidade pode ser **muito mais complexo e exigir mais valorações do juiz que o exame da proporcionalidade em sentido estrito**” (Silva, 2011, p. 178). Em suma, a segunda etapa pode ser ainda pior.

Em termos bastante diretos, poucos juristas no planeta estariam tão credenciados à utilização dessa engrenagem quanto Robert Alexy e seu discípulo, Virgílio Afonso da Silva. Mas ambos reconhecem o desafio do empreendimento que propõem.

Sem dúvidas, a etapa mais vulnerável a críticas tem sido a ponderação, ou seja, a terceira fase. É possível encontrar objeções a esta metodologia em votos isolados do STF³⁷¹, na

³⁷⁰ Este foi o caso dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, quando utilizaram o construto de Alexy. No HC 82.424/RS, ambos trilharam os mesmos passos — adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito —, mas seus destinos não se encontraram. Na ADPF 101/DF (importação de pneus), o Ministro Eros Grau sublinhou não haver critérios para definir os pesos de cada princípio, o que acaba sendo decidido “**no quadro de determinadas ideologias**”, em uma espécie de “**voo cego**”. Seu raciocínio, que enfatiza a ideia de incomensurabilidade, se aproxima da crítica apresentada pelo Justice Antonin Scalia.

³⁷¹ Em voto-vista proferido na ADPF 101/DF (importação de pneus), o Ministro Eros Grau expôs uma crítica contundente e isolada no Tribunal: “...a ponderação entre princípios é operada discricionariamente, à margem da interpretação/aplicação do direito, e conduz à incerteza jurídica. [...] Daí que os juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. [...] Apenas valores podem ser submetidos a essa

literatura jurídica nacional mais crítica e até mesmo entre professores que fazem uso desse instrumental: uns descrevem como “algo que não deu certo” (Streck, 2016, p. 67); outros apontam “riscos” e “efeitos colaterais” (Barcellos, 2005, p. 68). À maneira como hoje concebida, a ponderação desfruta de pouca credibilidade (Ávila, 2009, p. 12; Grau, 2017, p. 117)³⁷².

Mas o fato é que, para além da ponderação, todas as etapas da proporcionalidade, em maior ou menor grau, apresentam debilidades. E com um instrumento otimizador disfuncional e sem calibragem, o chamado núcleo essencial será acessado com todas as debilidades da própria via de acesso. Como já foi registrado em outro trabalho, “[s]em a proporcionalidade, portanto, o sustentáculo de um castelo é implodido, arruinando quase todo o empreendimento teórico” (Fonteles, 2011, p. 139).

8.2.1.3.1 *Do beco sem saída na literatura jurídica nacional sobre ponderações e a alternativa proposta pelo Originalismo como revisão de literatura*

Por que, então, diante de debilidades tão manifestas, professores brasileiros **insistem** em uma ferramenta duvidosa na interpretação constitucional? A resposta é claustrofóbica. Porque eles e elas se acham diante de um **beco sem saída**. Simplesmente, não conseguem imaginar uma alternativa válida a esse cenário. O impasse faz parte do **congelamento** no estado da arte em que se encontra a interpretação constitucional.

Um exemplo prático demonstra o que se diz.

O discurso de ódio está amparado pela liberdade de expressão? No Originalismo, a resposta a essa pergunta exigiria um exame acurado do texto, inclusive em uma perspectiva sistemática, suplementado por investigação empírica que coletasse evidências histórico-linguísticas nas fontes originais. Suponhamos que, após confrontar dados favoráveis e

operação [...] A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam normas jurídicas, não são normas jurídicas”.

372 Sem a observância de requisitos específicos, “a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que explica tudo, mas não orienta nada. E, nessa acepção, ela não representa nada mais de que uma “caixa preta” legitimadora de um “decisionismo” e formalizadora de um “intuicionismo moral”. Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento.” (Ávila, 2009, p. 12).

desfavoráveis, de maneira fundamentada, conclua-se que não. Simplesmente, não haverá colisões entre direitos fundamentais, porque o Originalismo cauteriza essa hidra. Colisões são abortadas *ab initio*, por meio de um **refinamento** do suporte fático³⁷³. Na abordagem originalista, o discurso de ódio está, de antemão, excluído do âmbito de proteção da norma jusfundamental.

Agora examinemos o outro lado. Que caminho trilharia um juiz adepto da Teoria dos Princípios? O de incluir, hipoteticamente, o discurso de ódio como uma conduta protegida por um princípio, na forma a seguir: “O discurso de ódio está, *prima facie*, protegido pela norma constitucional que consagra a liberdade de expressão”. Se esta proteção inicial será confirmada como um direito definitivo, somente a ponderação dirá. E, como se viu, a ponderação não tem se revelado uma boa conselheira³⁷⁴.

Uma abordagem à Alexy partiria de um suporte fático amplo, para, em caráter *prima facie*, responder que sim. Somente após uma **ponderação**, seria possível concluir, não se sabe com que acurácia, que a norma constitucional da liberdade de expressão não expressa esse direito definitivo. Esta concepção não tem respaldo histórico, porque não encontra apoio nas fontes originais. Ponderações e sopesamentos, na prática, só elevam a subjetividade.

É fácil notar que **o modelo do suporte fático amplo agrega uma gordura artificial que será injustamente queimada na ponderação**. Esta só deveria sacrificar o direito real, não uma camada de gordura que é colocada como um metal de sacrifício³⁷⁵. Um suporte fático

³⁷³ Determinadas decisões proferidas pelo *Justice* Thomas demonstram claramente um Originalismo de suporte fático restrito. A questão consistia em saber se uma lei do Estado da Califórnia, que restringiu a venda ou locação de vídeo-games violentos para menores, violava a Primeira Emenda. Antonin Scalia redigiu a decisão da Suprema Corte que considerou o diploma inconstitucional. Thomas divergiu: “*As originally understood, the First Amendment’s protection against laws ‘abridging the freedom of speech’ did not extend to all speech. There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem.*” *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568, 571-572 (1942); *see also United States v. Stevens*, 559 U. S. ___, ___ (2010) (*slip op.*, at 5-6). ***Laws regulating such speech do not ‘abridg[e] the freedom of speech’ because such speech is understood to fall outside ‘the freedom of speech.’*** *See Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U. S. 234, 245-246 (2002) (grifo próprio). *Brown v. Entertainment Merchants Association* 564 US___ (2011). Como se vê, Thomas defende que determinadas leis simplesmente são alheias ao âmbito de proteção e ao suporte fático, mesmo que disciplinem o tema versado na norma jusfundamental. Tal jamais seria uma premissa admitida por autores como Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, ou seja, por juristas do suporte fático amplo.

³⁷⁴ Uma segunda abordagem propõe entender que a liberdade de expressão tem um caráter preferencial (ADPF 130), atraindo um ônus argumentativo mais robusto para afastá-la na colisão com outros direitos. O passo seguinte seria repetir o mantra de que não há direitos absolutos, para em seguida recortar — ou mutilar — o direito relativo, sabe-se como e em que extensão. O que se tem, aqui, é pura intuição. Não há elementos no ordenamento jurídico brasileiro que permitam estabelecer preferência, predileção ou primazia entre normas constitucionais, eis que todas estão no mesmo patamar hierárquico.

³⁷⁵ Na Química, metais de sacrifício são amplamente conhecidos. Por exemplo, o metal de sacrifício é colocado em navios para que, em contato com a água do mar, perca elétrons no lugar das peças da embarcação. Isso permite

amplo hipertrofia indevidamente direitos, agigantando-os para que alcancem um tamanho incompatível com o seu conteúdo real, que é fixado originalmente. A proposta de inchar direitos com base em princípios como normas *prima facie* decorre da ingênua expectativa de que juízes saberão devolvê-los ao seu tamanho real, como se a proporcionalidade fosse um caminho seguro e objetivo a ser percorrido. Ora, se o núcleo essencial de direitos fundamentais passa a ser aquilo que **resta** após o sopesamento, parece muito claro que, quanto mais se acrescenta no início, maior poderá ser o resto no fim. Em suma, o suporte fático amplo, artificialmente inflado, agigantado ou hipertrofiado, é como uma norma blindada de metal de sacrifício.

Por que um caminho tão inseguro é escolhido para tratar de assuntos práticos tão sérios? Bem, Robert Alexy descreve que, em tese, a debilidade de uma proposta rival seria a não-fundamentação da exclusão definitiva de bens jurídicos, que são subtraídos da proteção do direito sem que exista um transparente sopesamento de razões e contra-razões (Alexy, 2017, p. 321). Ou seja, acredita-se que ponderações constituem a única maneira de enfrentar problemas de forma honesta, transparente e fundamentada.

Foi esta crença, precisamente, que passou a ser cultivada no Brasil. Em sentido bastante semelhante, por exemplo, Virgílio Afonso da Silva desenvolve a defesa do modelo baseado em princípios e suporte fático amplo³⁷⁶. Também é pela mesma razão que Ana Paula Barcellos chega mesmo a sugerir ser **impossível** abster-se de ponderar valores ou opções políticas em tensão (Barcellos, 2005, p. 68). Na sua concepção, bastante representativa do pensamento dominante, qualquer tentativa de esquivar-se de uma ponderação confessa traduziria uma ponderação velada (Barcellos, 2005, p. 71). Jane Reis aponta que a maior vulnerabilidade da teoria interna seria o fato de que ela colocaria escamas em considerações de ordem moral, “inviabilizando o controle das verdadeiras razões da decisão”, pelo que conclui que “a grande virtude da ponderação consiste na transparência” (Pereira, 2018, pp. 201 e 426). Em termos

uma conservação do navio, poupando-lhe da oxidação. Processo muito similar ocorre com um suporte fático amplo de direitos fundamentais, artificialmente inflacionado para que a ponderação oxide a porção mais agigantada desses direitos. No Originalismo, trabalha-se com a dimensão real, vale dizer, tal como dimensionada pelos Constituintes.

³⁷⁶ “A **explicitação** da restringibilidade dos direitos fundamentais é acompanhada, no modelo aqui defendido, de uma **exigência de fundamentação constitucional**, para qualquer caso de restrição, **que não está presente em outras teorias**. O que aqui se defende, portanto, é a tese de que a diminuição da proteção não está na abertura das possibilidades de restrição, já que elas impõem um **ônus argumentativo** ao legislador e ao juiz; uma diminuição na proteção aos direitos fundamentais ocorre, na verdade, naquelas teorias que recorrem a figuras pouco claras como **limites imanescentes, conteúdos absolutos, especificidade**, ou a outras formas de restrição ao suporte fático dos direitos fundamentais. Nessas teorias **a restrição ocorre de forma disfarçada**, com base em uma exclusão *a priori* de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção. Como ficou claro ao longo do trabalho, essas teorias, ao excluir de antemão essa proteção, **liberam o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo**” (Silva, 2003, p. 253).

práticos, na interpretação constitucional brasileira, o intérprete pondera, finge que não pondera ou ignora que está a ponderar.

Nessa perspectiva, a ponderação afigura-se como uma espécie de mau necessário, não havendo alternativas possíveis que permitam abdicar desse expediente (Barcellos, 2005, p. 68). Limites imanes, conceptualismo e hierarquização, saídas identificadas pela constitucionalista da UERJ, teriam fracassado nesse empreendimento (Barcellos, 2005, pp. 58-68). E se assim o é, restaria aceitar as coisas como elas são e aprimorar a técnica da ponderação. É a síntese do seu pensamento. Em resumo, o *ethos* dessa crítica pode ser sintetizado na máxima segundo a qual "é melhor saber o que se passa de ruim do que inutilmente esperar por algo bom".

Este é o **beco sem saída** na literatura jurídica produzida pelos Professores Titulares das mais renomadas universidades brasileiras. Segundo eles e elas, o enigma ainda não decifrado é: **como abdicar da ponderação, sem que se sacrifique a fundamentação substantiva?**

Pois bem. A mesma resposta pode ser apresentada a todos esses juristas e é o que se passa a fazer.

Na verdade, sopesar pode ser muito mais conveniente que delimitar. Em vez de uma pesquisa de fôlego para discernir o significado original de um texto, o que cauterizaria muitas colisões futuras, o sopesamento exige um esforço menor: **sem a necessidade de coletar evidências histórico-linguísticas que convirjam para significados**, simplesmente se diz que dois princípios estão em conflito. A partir de então, tudo se torna uma questão de desenvolver uma longa argumentação — não raro, apoiada em intuições — sobre o grau de não-satisfação de um princípio e da importância de satisfação de outro.

Fontes importam.

Quem se empenha em discorrer sobre o sopesamento de princípios, mas não apresenta fontes ou dados que indicam o tamanho adequado do âmbito de proteção da norma jusfundamental, age como um pesquisador opinioso que não se faz acompanhar da literatura científica e dos achados que embasam suas hipóteses.

É um erro supor que somente o inflacionamento do suporte fático atrai ônus argumentativos. Fosse dessa maneira, Müller não se empenharia com tanto afincamento no

refinamento do âmbito de proteção da norma, conseguindo, com isso, o abortamento de colisões futuras³⁷⁷.

Enquanto Virgílio Afonso da Silva sustenta a importância da fundamentação ao **restringir**, o Originalismo requer uma árdua fundamentação ao **não incluir**. Em suma, a resposta para as objeções componentes do beco sem saída é: por meio da coleta de evidência histórico-linguísticas. Uma investigação empírica promove um refinamento no suporte fático.

8.3 REPRISTINANDO OS MÉTODOS ORIGINAIS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Conclui-se, com base em tudo o que foi visto acima, que é temerário que estrangeiros guiem juízes brasileiros sobre como interpretar um documento que eles, os estrangeiros, nunca vieram a conhecer. Ainda mais problemática é a deturpação accidental das teorias ou a combinação irracional de metodologias. Até então, essa tem sido a tônica na “moderna interpretação constitucional brasileira”.

Definitivamente, se foi mesmo essa a hermenêutica “alemã” que pretensamente superou os “velhos” elementos de Savigny, não parece ter sido uma troca vantajosa. Se o significado original de princípios constitucionais brasileiros foi permutado por aquele indicado pela Teoria dos Princípios do Professor de Kiel, não houve benefícios.

E, como foi visto, não havia tantos motivos assim para trocar.

8.3.1 O regresso ao estado de coisas anterior à colonização operada pela Hermenêutica “alemã”

Como foi visto, ao contrário do que ocorre no Brasil, a Escola pela qual a interpretação constitucional não se diferencia metodologicamente da interpretação das leis é majoritária na

³⁷⁷ Este ponto é reconhecido por Virgílio, quando se refere à “árdua tarefa” desempenhada por Müller (Silva, 2007, p. 137).

prática das Cortes Constitucionais (Grote, 2019, p. 3). Aliás, essa tendência, amplamente difundida, se verifica tanto em países de *Civil Law* — v.g Conselho Constitucional da França, que emprega a metodologia desenvolvida por advogados civilistas — como em países de *Common Law* — v.g magistratura indiana (Grote, 2019, p. 3).

Originalistas norte-americanos lidam com muita naturalidade com esse tratamento que equaliza a interpretação das diferentes fontes jurídicas. Stephen Markman, Justice da Suprema Corte de Michigan, descreveu levar a sério a tarefa de interpretar o significado razoável da linguagem empregada pelos redatores de constituições, leis, contratos e escrituras (Markman, 2011, p. 111). Randy Barnett agrupou contratos, textos legais e disposições constitucionais na categoria dos *authoritative writings* (2011, p. 66). Em um trabalho mais recente, este autor voltou a sustentar que a investigação do significado do texto constitucional pode ser efetuada com a mesma objetividade que aquela empregada em uma pesquisa sobre o sentido objetivo ou razoável das cláusulas de um contrato quando da sua celebração (Barnett, 2017, p. 413).

Isso porque, assim como nos demais documentos, autores de um texto constitucional também se empenham para comunicar algum conteúdo aos futuros leitores (Solum, 2017, p. 272). A comunicação constitucional "é contínua com outras formas de comunicação humana linguisticamente mediada" (Solum, 2017, pp. 272-273). Isso reforça a ideia de que, do ponto de vista comunicativo e linguístico, há fundadas razões para compreender a interpretação de cláusulas testamentárias, contratuais e legais à maneira como dispositivos constitucionais são interpretados, embora este ponto de vista ainda seja incomum no Brasil de hoje. É nesse sentido que Lawrence Solum (2017, p. 273) estabelece: "*Written constitutions are like other texts, using the resources of a natural language to convey communicative content to readers*".

Se essa aproximação poderia ser mais controversa nos Estados Unidos, onde a constituição é mais concisa e não se exige bacharelado em Direito para a investidura na Suprema Corte, o argumento se torna sobremodo mais convincente no Brasil, país com uma linguagem constitucional típica das leis e cuja Suprema Corte só recebe em seus assentos pessoas notabilizadas pelo seu saber jurídico.

Em boa verdade, ao que tudo indica, a premissa de uma interpretação distinta para a Constituição Brasileira tem sido sustentada para viabilizar uma abertura metodológica que amplia a moldura dentro da qual juízes podem escolher os resultados para os casos submetidos.

Como demonstrado no item anterior, os chamados métodos e princípios "modernos" da "nova hermenêutica constitucional", a rigor, não se justificam no Brasil. Em grande medida,

parte dessa conclusão já havia sido alcançada por Virgílio Afonso da Silva — ainda que os fundamentos e a extensão para esse desfecho não tenham sido exatamente os mesmos —, quando chegou a propor o **descarte** desse rol de instrumentos (Silva, 2007, p. 142)³⁷⁸. Segundo o Professor da USP, melhor seria “se desvencilhar” dos princípios de Hesse e dos métodos descritos por Böckenförde, que estariam “superados” (Silva, 2007, p. 142).

Agora, é necessário dar **mais um passo** e talvez este seja o mais importante após a queda do muro epistemológico que só ruiu pela atuação disruptiva de Virgílio Afonso da Silva. Uma vez desconstruída a indevida influência de juristas da Alemanha, resta saber **o que será colocado no espaço da interpretação constitucional brasileira até então colonizado**. Entretanto, esta última e importante indagação, que traria um desfecho para o problema identificado, não foi solucionada pelo exímio Professor da USP. Sua contribuição, inestimável, encerrou-se sem que essa questão viesse a ser respondida. E ele próprio teve a grandeza de reconhecer: “Estou ciente de que, com o exposto neste trabalho, não ofereci soluções aos problemas apresentados” (Silva, 2007, pp. 141).

Após fornecer pistas valiosas sobre como desenvolver uma pesquisa com aptidão para apresentar alternativas, inclusive encorajando que uma maior atenção fosse dispensada para “discussões muito mais férteis sobre interpretação constitucional, como a que é levada a cabo nos Estados Unidos [...]”, Virgílio conclui asseverando que “é necessário, em suma, que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira” (Silva, 2007, pp. 140 e 143).

Em grande medida, esta tese também representa uma resposta ao desafio lançado pelo Professor, quando instigou uma produção científica que viesse a suprir a lacuna que ele mesmo teve o mérito de identificar. Pois bem.

Uma vez higienizada a interpretação constitucional brasileira, que se verá livre dos deturpados princípios, métodos e teorias da Alemanha, a providência natural é voltar a fazer uso daquilo que havia antes, ou seja, promover a **repristinação dos Métodos Originais**. Mais especificamente, repristinam-se os tradicionais elementos gramatical, (teleo)lógico, histórico e

³⁷⁸ A extensão é diferente porque, como foi visto, Virgílio não chega a propor o abandono da Teoria dos Princípios de Robert Alexy, pelo contrário. Parte significativa da sua produção acadêmica acolhe esse construto e não hesita em reivindicar a sua incidência no Brasil, como se percebe quando reivindica uma “correta” aplicação da proporcionalidade e da premissa de que princípios expressam deveres *prima facie*. Diferentemente, nesta tese, entende-se que também essa teoria alemã carece de respaldo histórico documental que permita sua inclusão no rol dos Métodos Originais, além da própria ausência de transplantabilidade — em sentido amplo — de uma teoria radicada no ordenamento jurídico alemão.

sistemático, com o desiderato de alcançar a *mens legis*. A propósito, mesmo nos dias de hoje, há Ministros que nunca abdicaram desses elementos por completo³⁷⁹.

8.3.2 O regresso ao estado de coisas anterior à Teoria dos Princípios do Professor de Kiel

A ponderação de princípios, tal como hoje se lhe (re)conhece, não é uma espécie autóctone do Direito brasileiro. Nas suas principais variantes adotadas, a técnica adveio de sistemas nativos como Alemanha e Estados Unidos, ou seja, trata-se de mais uma importação estrangeira³⁸⁰.

O simples fato de repristinar o significado original de princípios constitucionais brasileiros equivale a abandonar a ideia de normas constitucionais que expressam direitos e deveres *prima facie*. Isto, por sua vez, implica o descarte das vendas casadas já examinadas: (i) direitos fundamentais como categorias invariavelmente ponderáveis; (ii) teoria externa; (iii) proporcionalidade; (iv) doutrina do núcleo essencial e (v) suporte fático amplo.

Ilustra-se.

No Brasil, de um modo geral, não se duvida do fato de que crimes contra a honra não estão protegidos pela liberdade de expressão. O problema nasce quando se busca o **fundamento** para isso. O mais comum é dizer que a lei criminalizou. É claro que isso não basta, afinal, a liberdade de conformação do legislador não é um cheque em branco para que criminalize qualquer discurso. Surge, então, uma doutrina mais sofisticada: leis criminais podem subtrair da proteção da liberdade de expressão tudo aquilo que não constitua violação ao **núcleo essencial** desse Direito. Mas como não se sabe dizer ao certo o que faz parte desse misterioso núcleo essencial, que se confunde com a ideia de proporcionalidade, volta-se à estaca zero.

O acolhimento do Originalismo oferece uma nova proposta de solução prática para problemas assim. Em vez de perquirir se a calúnia está, *prima facie*, contemplada pela ideia de liberdade de expressão — resposta esta que, em um suporte fático amplo, seria afirmativa —,

³⁷⁹ Luís Roberto Barroso continuou a empregá-los: "Nenhum elemento de interpretação — literal, histórico, sistemático ou teleológico — autoriza dar ao art. 142 da Constituição o sentido de que as Forças Armadas teriam uma posição moderadora hegemônica" (MI 7311/DF, rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 15/06/2020).

³⁸⁰ Inusitado seria se juristas brasileiros copiassem institutos jurídicos albaneses ou kosovares. A colonização do pensamento constitucional brasileiro origina-se, quase sempre, de apenas dois países muito conhecidos.

para então percorrer um longo e confuso caminho argumentativo, simplesmente serão pesquisadas evidências históricas dos padrões linguísticos no biênio de 1987-1988. Ao falar em **censura**, na época, a palavra incluía a proibição de crimes contra a honra? Em outra formulação: proibir calúnias era considerado como um ato de censura? Se a resposta for sim, como censuras não são mais admitidas, calúnias serão lícitas. Porém, evidências empíricas demonstram que **não**. Ou seja, Constituintes aceitavam que o Poder Público proibisse crimes contra a honra. Logo, a liberdade de expressão prevista na CF/88, no seu significado original – e genuíno —, não abriga criminosos que atentem contra a honra.

Esta metodologia de trabalho impacta positivamente o trabalho de juízes e tribunais, proporcionando à sociedade ganhos reais em termos de segurança jurídica. O Originalismo representa, portanto, uma forma distinta de solucionar conflitos entre direitos fundamentais, revisando-se a "Teoria dos Princípios", reabilitando-se a teoria interna e rompendo-se o compromisso firmado com a tese do suporte fático amplo. Um giro originalista na interpretação constitucional brasileira é capaz de alterar sensivelmente a maneira de solucionar conflitos entre normas de direitos fundamentais. Os polêmicos sopesamentos, hoje tão banalizados, perdem seu protagonismo.

Talvez ainda seja difícil imaginar, no Brasil, como seria possível abrir mão dessa ferramenta. Em grande medida, o Textualismo de Hugo Black, tal como descrito, constitui um exemplo.

Mas é possível fornecer mais um exemplo prático dessa nova forma de trabalho na jurisdição constitucional, por meio de um estudo de caso. No final dos anos 80, a Suprema Corte dos EUA foi instada a decidir se uma dada lei de Ohio impunha, ou não, um ônus inadmissível sobre empresas não localizadas nesse estado, devendo manifestar-se sobre eventual violação à *Commerce Clause*. A norma estadual havia ampliado o prazo prescricional (*tolling statute*) para favorecer pretensões judiciais exercidas em face de empresas não sediadas em Ohio e que não houvessem designado prepostos, conteúdo este cuja razoabilidade passou a ser escrutinada pelos juízes.

O Tribunal, então, avaliou os interesses contrapostos e escolheu qual era mais importante no caso concreto. Embora, na espécie, não se tenha trabalhado com a específica categoria dos direitos fundamentais, a abordagem foi típica de uma colisão de princípios induzida pela lei estadual. “Aplicando-se princípios constitucionais bem estabelecidos”, entendeu-se que a imposição sobre empresas de outros estados da federação era desmedida, não sendo possível justificá-la com base na proteção dos cidadãos de Ohio. Asseverou-se que a

medida comprometeria o comércio interestadual. Por conseguinte, ela representaria um indevido e “significativo” ônus à *Commerce Clause*³⁸¹.

Após classificar esse processo como ponderação (*balancing*), Antonin Scalia fez uma observação que soaria incomum aos ouvidos de muitos juízes brasileiros. Para ele, a analogia com a balança seria inadequada, uma vez que os interesses em conflito seriam incomensuráveis. Simplesmente, não havia como medi-los e compará-los. “*It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy*”, ou seja, fazê-lo seria como julgar se uma linha é mais comprida do que uma rocha é pesada³⁸². O Justice acrescentou que, diante das incertezas que envolviam a aferição dos valores em disputa, seria perfeitamente possível redigir uma decisão igualmente persuasiva em sentido contrário àquele que veio a ser decidido. Feitas essas considerações, Scalia avisou aos seus pares que, dali em diante, pretendia **abandonar** a ponderação nas causas que envolviam a *Commerce Clause*³⁸³, ressaltando que sua iniciativa não comprometeria a doutrina do *stare decisis*. Primeiro, porque os casos já decididos permaneceriam ilesos. Segundo, porque os casos pendentes, até então resolvidos consoante a metodologia da ponderação que vinha sendo aplicada pela Corte, tinham resultados... imprevisíveis.

A antipatia pela ponderação não era exatamente uma excentricidade teórica pessoal de Antonin Scalia. Outros adeptos do Originalismo também tinham e têm reservas em relação a abordagens dessa natureza. Um renomado originalista da Universidade de San Diego, no estado da Califórnia, explicou ser muito frequente o pensamento segundo o qual a análise da proporcionalidade e o Originalismo representariam abordagens mutuamente inconsistentes ou até mesmo opostas (Rappaport, 2017, p. 1)³⁸⁴.

No Brasil, como se viu, o *status quo* doutrinário e jurisprudencial é completamente diferente. Aqui, raciocínios que envolvem ponderações têm sido amplamente aceitos e há tempo suficiente para se dizer que a prática já se incorporou à cultura jurídica brasileira. Em

³⁸¹ *Bendix Autolite v. Midwesco Enterprises*, 486 U.S. 888 (1988).

³⁸² *Bendix Autolite v. Midwesco Enterprises*, 486 U.S. 888 (1988). Embora o *Justice* pareça reconhecer, nesse mesmo julgamento, que outras ponderações efetuadas pela Corte, porque circunscritas a temáticas típicas do departamento judicial, seriam toleráveis. Este seria o caso das ponderações que envolviam a incursão do Estado nas liberdades individuais. Para um exemplar representativo desta categoria tolerada: *Boos v. Barry*, 485 U. S. 312, 485 U. S. 324 (1988).

³⁸³ No voto de Scalia em *Bendix Autolite v. Midwesco Enterprises*, 486 U.S. 888 (1988), consta que essa ponderação passou a ser explicitada pela Suprema Corte em *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U. S. 137, 397 U. S. 142 (1970).

³⁸⁴ Ao longo do texto, Rappaport demonstra que, embora isso seja o mais comum, nada impede que o próprio texto constitucional imponha ou permita a proporcionalidade, circunstância que promoverá uma conciliação com o Originalismo.

quantidade e qualidade, a maioria dos constitucionalistas brasileiros não hesita em defender, cada qual à sua maneira, ponderações (Ávila, 2015, p. 46; Barroso, 2015, p. 373; Bonavides, 2005, pp. 279-280; Mendes, 1999, p. 72; Sarmiento, 2003, p. 198; Barcellos, 2005, p. 68; Pereira, 2018, p. 420; Magalhães Filho, 2011, p. 14). Naturalmente, essa defesa fez um eco consistente nos tribunais do país³⁸⁵.

Na década de 60, em dois trabalhos distintos, Hugo Black (1968, p. 50) classificou o *balancing test* como “o mais perigoso”, principalmente porque, em momentos de perigo, a ponderação judicial confere ao Estado o poder de fazer tudo aquilo que julgar necessário para defender a si mesmo, independentemente de direitos individuais (Black, 1960, p. 878)³⁸⁶. Trata-se de uma lição antiga, mas bastante atual.

Se algo pode ser aprendido, também pode ser desaprendido. O constitucionalmente ponderado é judicialmente imponderável.

Pois bem.

Demolir a metódica alemã, resgatar os elementos de Savigny e o *status quo* anterior à Teoria dos Princípios são medidas que, juntas, implantam uma **interpretação constitucional originalmente orientada** (ICOR) no Brasil. Isso tem **inúmeras consequências**, que já foram e continuarão a ser demonstradas a tempo e a modo.

Contudo, existe um fenômeno jurídico, um tanto quanto obscuro, que tem a capacidade de desconstruir tudo o que foi dito até aqui. A admissão das chamadas mutações constitucionais, em termos práticos, inverteria a orientação descrita na interpretação constitucional brasileira. Por outro lado, se a ICOR vier a ser adotada em um sistema jurídico que consistentemente rejeita mutações constitucionais, atinge-se um estado de coisas tipicamente originalista³⁸⁷. Esta última análise, que se ocupa das mutações, é realizada no capítulo seguinte.

³⁸⁵ Como observa Luís Roberto Barroso, da autoridade do seu lugar de fala como Ministro do STF, “o emprego da ponderação tornou-se corriqueiro na argumentação do Supremo Tribunal Federal” (2015, p. 373). Segundo ele, a técnica incorporou-se à “rotina” dos pronunciamentos da Corte (Barroso, 2015, p. 373). A propósito, a ponderação foi contemplada com uma expressa previsão no Código de Processo Civil: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (art. 489, § 2º, CPC).

³⁸⁶ E, com isso, juízes receberiam mais poderes que aqueles reconhecidos aos Constituintes (Black, 1960, p. 878).

³⁸⁷ Não se confunda mutações constitucionais com a incidência do significado original sobre hipóteses futuras não antevistas pelos Constituintes, conforme mencionado no início desta tese.

9 MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: UMA NEGAÇÃO AO ORIGINALISMO

Nos capítulos anteriores, concluiu-se que o sistema jurídico brasileiro possui uma interface compatível com o Originalismo, vale dizer, o ordenamento jurídico nacional não impede que a abordagem originalista seja havida como uma alternativa válida de interpretação constitucional à disposição dos magistrados brasileiros. Não por acaso, essa específica forma de interação com a Constituição de 1988 já foi utilizada em julgados do Supremo Tribunal Federal.

Viu-se também que documentos históricos e evidências linguísticas convergem para a plausibilidade da hipótese segundo a qual, na Era Constituinte (1987-1988), já havia florescido uma **doutrina brasileira do significado original**. Juntos, esses elementos sugerem que há razões convincentes para uma interpretação jurídica com base na *mens legis*, à luz dos elementos de Savigny, não na hermenêutica “alemã”. Em outras palavras, uma interpretação constitucional originalmente orientada (ICOR). Pois bem.

Não seria seguro interromper a investigação nesse estágio de desenvolvimento. Apesar dos indicativos de viabilidade encontrados nos dois capítulos precedentes, um estado de coisas originalista só se perfectibiliza diante da ausência ou rejeição consistente de doutrinas concorrentes mutuamente exclusivas³⁸⁸.

Resta analisar, então, a acoplagem no sistema brasileiro de uma categoria que representa a própria negação ao Originalismo: “mutações constitucionais”. À semelhança de um *double check*, tão importante quanto se certificar de que a metodologia originalista pode ser transplantada para o Brasil é averiguar se as “mutações constitucionais”, **que já estão entre nós**, não derivaram de uma importação teórica indevida³⁸⁹. O desenvolvimento dessa investigação pode levar a descobertas constrangedoras sobre essa categoria, que passou a ser suscitada por juristas estrangeiros específicos, em um país específico, em um momento

³⁸⁸ Na Lógica, eventos que não podem ocorrer ao mesmo tempo são considerados mutuamente exclusivos (Copi, 1978, p. 434). Irving M. Copi fornece um exemplo didático: ao ser lançada em direção ao solo, uma moeda não produzirá dois resultados simultâneos (cara e coroa), mas apenas um deles (cara ou coroa). Esta é a relação entre mutações constitucionais e significado original.

³⁸⁹ A crítica de que o emprego do Originalismo na interpretação constitucional brasileira se traduziria em um deslumbramento servil, pela maneira dócil com a qual assimila a colonização cultural do constitucionalismo norte-americano, certa ou errada, talvez encontre razões muito similares para justificar a negação do significado original. Isso porque a rejeição do Originalismo consiste no acolhimento das mutações constitucionais, categoria alemã. E se alguém apresentar a objeção de que seria um comportamento instintivo ler cláusulas constitucionais com os olhos do presente, não do passado, o outro lado pode dizer o mesmo: é próprio da comunicação humana basear-se no conteúdo imprimido, sem deturpá-lo. Assim, volta-se à estaca zero.

específico e por razões muito específicas. E caso se conclua que a importação foi efetuada de maneira irracional e de forma inconsistente com o sistema jurídico brasileiro, restará abandonar esse construto³⁹⁰. Neste caso, a simples ausência de mutações constitucionais já se traduzirá em um estado de coisas similar àquele defendido pelo Originalismo.

Um texto constitucional mutante é tudo e exatamente aquilo que um originalista não admitiria. Isto claramente se percebe, por exemplo, nos dizeres de Jamal Greene (2009, p. 9), para quem o ato de dizer-se originalista é mais do que proclamar fidelidade à Constituição: “[...] *but to privilege the original understanding of the document as against organic alterations to that understanding brought about through social change and judicial innovation.*”. Em sentido semelhante ao Professor da Columbia Law School, já se disse que a afirmação pela qual “*the meaning of the written Constitution should remain the same until it is properly changed*” não passa de uma fórmula sintética do Originalismo (Barnett, 2013, p. 5). Mutações constitucionais são, por excelência, a mais genuína negação à corrente originalista.

Diante disso, quem chegou primeiro no Brasil: mutações ou a crença positivista de que significados permanecem até que textos venham a ser formalmente alterados? A resposta a essa indagação poderá revelar quem, de fato, foi “transplantado”.

É importante duvidar daquilo que já não se duvida. A “mutação constitucional” é uma categoria compatível com a Constituição de 1988? Processos informais de mudança, baseados em uma metamorfose linguística, eram considerados como uma prática aceita na Era Constituinte (1987-1988)? Quando o Brasil assimilou essa doutrina, como e por quê? Agora, o objetivo é examinar a qualidade e fidelidade da importação teórica que trasladou as mutações constitucionais, bem assim a sua utilização no Direito Brasileiro.

Metodologicamente, este capítulo é beneficiado, em grande medida, pela História do Direito.

9.1 ORIGINALISTAS SABEM QUE O TEMPO DESLOCA SIGNIFICANTES E

³⁹⁰ A doutrina estrangeira das mutações constitucionais foi assimilada de maneira dócil pelos juristas brasileiros, beirando a unanimidade (Ferraz, 1986, p. 253; Rocha, 1993, p. 163; Bulos, 1997, p. 53; Mendes, 2004, p. 165; Bonavides, 2005, p. 459; Coelho, 2010, p. 345; Dias, 2013, p. 9338; Zavascki, 2014, p. 151; Barroso, 2015, p. 160; Sampaio, 2018, p. 26). Difícil é apontar, no Brasil, quem rejeita essa categoria.

SIGNIFICADOS

No início desta tese, muitas versões caricatas do Originalismo foram apresentadas. Por razões didáticas, uma das mais importantes foi omitida para que viesse a ser enfrentada neste tópico. Dizem que originalistas pensam que palavras não mudam de significado. Como se verá, esta é uma caricatura desinformada.

Ísis já foi um prenome comum para mulheres brasileiras, mas, alguns anos depois, a palavra passou a ser associada ao Estado Islâmico. No início do século XX, o linguista suíço Ferdinand Saussure (2005, p. 83) já havia percebido que “[u]ma língua é radicalmente impotente para se defender dos fatores que deslocam, de instante a instante, a relação entre o significado e o significante.”³⁹¹. Algumas décadas se passaram e Rudolf Carnap (2016, p. 97), expoente do Círculo de Viena, sustentou que “[o]riginalmente, toda palavra [...] tem um significado. No curso do desenvolvimento histórico, uma palavra muda frequentemente de significado”³⁹². Quase cem anos depois, a literatura científica continuava a corroborar essa ideia, inclusive, mediante pesquisas computacionais (Lightfoot, 1999)³⁹³. Já no século XXI, sociolinguistas continuaram a afirmar que línguas **sempre** se alteram (Levinson, 2014, p. 318). Portanto, seria demasiadamente pretensioso fazer desta tese uma oportunidade para refutar essa hipótese que, de fato, é verdadeira e empiricamente verificável.

O tempo altera, sim, as línguas e também os seus correlatos significados. É cientificamente ignorante desconhecer isso e é também emocionalmente ingênuo não acreditar nisso. “Essa evolução é fatal; não há exemplo de uma língua que lhe resista”, afirmou corretamente Saussure (2005, p. 84), acrescentando que a alteração no tempo representa um

³⁹¹ A primeira edição desta obra foi publicada no ano de 1916, de maneira póstuma. Portanto, quando se atribuem as palavras acima a Saussure, tal se deve ao fato de que seus alunos organizaram, após a sua morte, um caderno com aulas e lições que veio a se tornar uma das obras mais importantes de Linguística do mundo. Originalmente concebido em francês, o referido trabalho foi vertido para o japonês, russo, alemão, espanhol, português, inglês, húngaro, polonês, italiano *etc.* Nesta tese, opta-se pela versão idiomática autêntica — sem traduções —, mas republicada no ano de 2005, assim como uma versão em língua portuguesa, esta do ano de 2006. No original: “*Une langue est radicalement impuissante à se défendre contre les facteurs qui déplacent d’instant en instant le rapport du signifié et du signifiant.*”.

³⁹² Esta é uma versão em língua portuguesa de um trabalho concebido originalmente em alemão, *Erkenntnis*, 2. Band, 1931, pp. 219-241, autorizada pela editora Oxford. Carnap (2016, p. 97) chegou a dizer que uma palavra pode inclusive perder seu antigo significado, sem que ganhe um novo.

³⁹³ Por exemplo, uma publicação do Massachusetts Institute of Technology (MIT): “*The speech of no two people is identical, so it follows that if one takes manuscripts from two eras, one will be able to identify differences and so point to language ‘change.’*” (Lightfoot, 1999). O trabalho menciona modelos distintos para explicar esse fenômeno, inclusive, estudos computacionais com a população genética para a análise da difusão de novas gramáticas.

princípio da Semiologia que se verifica até mesmo em línguas artificiais. Se as línguas se conservassem no tempo como originalmente foram concebidas, brasileiros falaria indo-europeu³⁹⁴.

Na História do Direito, importantes exemplos de **descontinuidades histórico-linguísticas** são fornecidos por Hespanha. Segundo o jurista europeu, em conceitos como “família”, “obrigação”, “liberdade”, “Estado” e “propriedade”, “[...] por baixo da superfície da sua continuidade terminológica, existem ruturas decisivas no seu significado semântico” (Hespanha, 2012, pp. 17-19).

Originalistas sabem que palavras podem mudar de significado ao longo do tempo. A maior prova disso, um tanto quanto irônica, é o fato de que eles e elas reconhecem que a própria palavra Originalismo já mudou de significado³⁹⁵. Juristas originalistas estão familiarizados com o fenômeno do *linguistic drift* ou *semantic shift* (Solum, 2019, p. 1252; Barclay, Earley & Boone, 2019, p. 528). Isto é trivial. A questão importante a ser respondida, porém, é **se há documentos com autoridade para proibir que novos significados, embora existentes, venham a ser intrusivamente considerados na comunicação estabelecida.**

A resposta é afirmativa. Vejamo-los.

9.1.1 Documentos com aptidão jurídica para impedir a intrusão de novos significados

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, hoje parte integrante da Constituição Brasileira³⁹⁶ — e esse aspecto em muito interessa para estas digressões —, fixou “definições” e seus respectivos significados. “Para os propósitos desta Convenção”, assevera o artigo 2º, “[...] ‘Discriminação por motivo de deficiência’ **significa** [...]” (grifo próprio). O mesmo artigo também estabelece aquilo que “‘Adaptação razoável’

³⁹⁴ O indo-europeu é um tronco ancestral comum de onde se ramificaram línguas tão variadas como as germânicas, celtas, itálicas, eslavas, bálticas, iranianas e tantas outras. Na prática, o latim, grego, sânscrito, inglês, francês, português e quase todos os demais idiomas do mundo advieram do indo-europeu.

³⁹⁵ “We might think that Professor Brest’s original definition of the word ‘originalism’ should be binding today. But that does not seem quite right. When someone introduces a new theoretical term, they do not acquire ownership rights. A newly coined word can acquire a life of its own-changing meaning over time” (Solum, 2019, p. 1252).

³⁹⁶ A Convenção foi assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, e promulgada pelo Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. A promulgação conferiu o *status* de norma constitucional.

significa [...]” e que “‘Desenho universal’ significa. [...]”. Estas são **fórmulas textuais conceitualmente estabilizadoras**.

Por meio das fórmulas conceitualmente estabilizadoras, já não importa o significado exógeno ao sistema: para os fins do documento interpretado, trabalha-se com o conceito endógeno, porque fornecido pelo próprio sistema. Logo, é **nele** que se pesquisam as definições e correlatos significados a serem empregados.

Poderia o tempo transformar esses significados? Sim, a Linguística Diacrônica não infirmaria essa possibilidade, mas, apesar disso, juízes e tribunais estão obrigados a observarem o sentido **fixado** no documento internacional que integra a Constituição Brasileira. Isso porque, mesmo que tais palavras se alterem ao longo dos séculos, “para os propósitos da presente Convenção”, os significados a serem considerados são aqueles cuidadosamente descritos no tratado que hoje integra o bloco de constitucionalidade.

A Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância³⁹⁷, que também é parte componente da Constituição Brasileira, estabeleceu “definições” para “Discriminação racial”, “Discriminação racial indireta”, “Discriminação múltipla ou agravada”, “Racismo”, “Intolerância” *etc.* (Artigo 1).

O decurso do tempo é capaz de modificar o significado das palavras empregadas pelo tratado internacional. Contudo, mesmo que, hipoteticamente, o significado de racismo venha a atrofiar-se no futuro, o próprio documento, com a autoridade normativa que lhe é inerente, cuidou de impedir que esses novos sentidos venham a adulterar a comunicação estabelecida.

Portanto, nos dois exemplos mencionados, magistrados **não poderão substituir** o conceito fornecido e **fixado** pelo próprio sistema. Eles e elas estão obrigados, vinculados ou submetidos às definições e aos significados imprimidos pelo texto convencional.

Bem analisadas as coisas, percebe-se que a linguagem adotada pelas duas Convenções implica duas ideias com as quais originalistas estão bem familiarizados: a adoção da tese da fixação e do princípio da constrição. O *core* do Originalismo está embutido na preservação semântica dos dispositivos mencionados e na sua observância.

Disso se segue que, pelo menos nos dois exemplos fornecidos, até mesmo juristas não-originalistas provavelmente reconhecerão que tais significados estão imunes à ação corrosiva do tempo. Obviamente, não por razões linguístico-sociais, mas pelo simples fato de que o

³⁹⁷ A Convenção foi assinada na Guatemala, em 5 de junho de 2013, tendo sido promulgada pelo Decreto presidencial 10.932, em 10 de janeiro de 2022, após o que foi absorvida como parte da Constituição Brasileira.

próprio Direito Constitucional Brasileiro explicitamente cuidou de estabelecer, fixar e proteger o significado dessas disposições em um sistema comunicativo próprio (“para os fins desta convenção”). Trata-se de uma razão positivista e sistêmica, no sentido de que decorre do Direito Positivo de um dado sistema jurídico. O sistema jurídico brasileiro proibiu mutações nesse contexto.

A utilização de fórmulas conceitualmente estabilizadoras é uma faculdade à disposição dos Redatores de uma Constituição. Utilizam-na, se lhes aprouver. Se assim entenderem de fazer, o conceito estará fixado até que venha a ser formalmente alterado. Constituições possuem força normativa para impedir que novos significados, embora existentes no corpo social, venham a ser considerados na comunicação constitucional estabelecida.

Por outro lado, como já foi mencionado nesta tese, nada impede que uma constituição venha a estabelecer o contrário, ou seja, determine que suas cláusulas sejam lidas de maneira evolutiva. Neste último caso, a abordagem originalista se traduziria exatamente na interpretação evolutiva, o que não representa um oxímoro. Trata-se, portanto, de examinar como o Direito Positivo se posiciona sobre metamorfoses linguísticas. Este é o argumento positivista.

Uma vez que o primeiro documento protetivo do significado original foi encontrado, agora é apenas uma questão de achar os demais. E há muitos deles.

Segundo o artigo 112 do Código Civil Brasileiro, “[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. A intenção original foi considerada pelo próprio legislador como um guia prioritário da interpretação da vontade expressa nos negócios jurídicos celebrados³⁹⁸.

No Brasil, não importa há quanto anos foi redigido o testamento, ele não expira pelo decurso do tempo. Se alguém redige um testamento aos dezoito anos de idade, mas só vem a falecer aos noventa e oito, sem que o haja revogado, oitenta anos se passaram desde que a mensagem foi expressa no documento. Oito décadas podem ser suficientes para identificar mudanças nos elementos componentes do signo linguístico.

Todavia, uma vez aberta a sucessão testamentária, o juiz será desafiado a interpretar as cláusulas tais como compreendidas quando foram escritas, projetando-se ao passado para acessar a genuína pretensão do estipulante. Se as palavras forem inequívocas, tanto melhor. Havendo ambiguidades ou obscuridades, restará ao magistrado um esforço para elucidar a

³⁹⁸ Nada impede que as partes pactuem outras regras interpretativas para negócios jurídicos (art. 113, § 2º, CC/02).

pretensão original do redator. A esse respeito, o Código Civil brasileiro estabelece que “[q]uando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância **da vontade do testador**” (art. 1899). Em outras palavras, no Brasil, testamentos não podem ser ressignificados por mudanças sociais operadas na linguagem. O Direito Civil brasileiro os fossiliza do ponto de vista linguístico. Assim também na Suíça, país onde o Código Civil estabelece que o erro manifesto nas cláusulas do testamento, que designam pessoas e coisas, pode vir ser corrigido para adequá-las à vontade real do testador, desde que essa vontade possa ser discernida com certeza³⁹⁹.

A tendência do Direito de atribuir um peso decisivo à vontade do testador radica-se na premissa de que é ele o autor do documento interpretado. Contrariar a sua vontade equivale a indevidamente **substituí-la**. Todo aquele que contraria o significado original de um documento a que se pretende dar cumprimento usurpa — porque deturpa — a própria autoria desse registro escrito.

Respondendo à primeira pergunta formulada, há, sim, inúmeros documentos dotados de autoridade para proibir que novos significados, embora existentes, venham a ser considerados no contexto da comunicação por eles estabelecida. Essa autoridade, a propósito, nem sempre será jurídica⁴⁰⁰.

Pois bem. O argumento do Direito Positivo esclarece a contento a maneira de interpretar cláusulas constitucionais quando há expressa orientação do Constituinte, a exemplo das fórmulas conceitualmente estabilizadoras, mas esclarece muito pouco sobre como interpretar as demais disposições constitucionais. No silêncio dos Constituintes, assumem relevo os argumentos que trabalham com a comunicação humana, linguística, caráter escrito de uma constituição *etc.*

³⁹⁹ Art. 469, 3: “*En cas d’erreur manifeste dans la désignation de personnes ou de choses, les dispositions erronées sont rectifiées d’après la volonté réelle de leur auteur, si cette volonté peut être constatée avec certitude.*”.

⁴⁰⁰ Mesmo em países seculares, uma autoridade moral pode justificar o significado original da mensagem contida no Alcorão ou na Torá, livros sagrados para judeus e muçulmanos. Por sua vez, documentos históricos, por razões epistemológicas, são acessados por historiadores que se empenham para reconstruir o passado. Se um professor perde a avaliação escrita de um aluno, antes de corrigi-la, mas vem a encontrá-la tempos depois, é direito do estudante ter a sua prova corrigida pelo significado imprimido por ocasião do preenchimento do documento, não da correção. E assim por diante.

9.1.2 Quando a intrusão de novos significados é impedida pela comunicação humana

Para além do argumento de natureza positivista, poderá haver razões de índole **comunicativa** para o bloqueio de significados substitutivos. Esse aspecto é importante e merece ser explorado. Determinados documentos não chegam a exercer autoridade jurídica ou moral sobre seus leitores, para a imposição do significado original, mas a compreensão do conteúdo comunicativo só se realiza quando a leitura descarta significados modernos. Este é o caso dos clássicos romances literários.

Em 1881, o mundo conheceu *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, romance concebido por Machado de Assis. Em um dado momento da obra, o eu-lírico cadáver descreve uma mulher de cinquenta e quatro anos chamada Virgília: “Era uma ruína [...]. [...] com a gravidade que lhe davam as roupas e os anos [...]”, alguém que “[...] tinha a beleza da velhice” (Assis, 1881, pp. 6-7). Ao contrário da percepção social de 1881, mulheres no século XXI não são percebidas como velhas aos cinquenta e quatro anos. Essa pretensa atualização levada a efeito pelo intérprete deste milênio, contudo, deturparia o significado da obra. Tal representaria uma análise **anacrônica**, tão repudiada na Historiografia⁴⁰¹.

O exemplo fornecido pode ser aplicado ao texto constitucional. A redação original da Constituição Brasileira exigia menos de sessenta e cinco anos para a indicação a um assento no Supremo Tribunal Federal (art. 101, *caput*), idade próxima ao limite da longevidade esperada para a média das pessoas da época. Da década de 80 do século XX para o início do século XXI, a esperança de vida, ao nascer, foi elevada em 8 (oito) anos⁴⁰². Nem por isso se alterou a interpretação constitucional, de maneira a se permitir que houvesse indicações de pessoas com mais de — e inclusive — sessenta e cinco anos. Em 2019, a expectativa já era de 76 (setenta e seis) anos, portanto, aproximadamente uma década a mais do que a esperança de vida contemporânea à promulgação da Constituição.

⁴⁰¹ De maneira crítica sobre a imposição dos olhos hodiernos sobre fatos pretéritos, já se disse que “Isto leva a uma perspectiva deformada do campo histórico, em que os objetos e as questões são recortados a partir do modo de ver e conceber o direito nos dias de hoje. Assim, o presente é imposto ao passado; mas, para além disso, o passado é lido a partir (e tornado prisioneiro) das categorias, problemáticas e angústias do presente, perdendo a sua própria espessura e especificidade, a sua maneira de imaginar a sociedade, de arrumar os temas, de pôr as questões e de as resolver” (Hespanha, 2012, p. 20).

⁴⁰² A esperança de vida ao nascer era de 62,5 anos para brasileiros de ambos os sexos no ano de 1980, elevando-se para 66,9 no ano de 1991. Em 2000, a idade passou a ser 70,4 (Albuquerque, 2005, pp. 28-30).

Ao contrário de muitas pretensas e controversas "mudanças sociais", esta foi uma mudança verdadeira, indisputável, com impactos econômicos e sociais. Mesmo diante de uma alteração inegável da realidade, o significado do texto jamais foi atualizado pela via interpretativa para que acompanhasse a evolução da sociedade⁴⁰³. Em vez disso, editou-se a Emenda Constitucional n.º 122/2022, que elevou para 70 (setenta) anos a idade máxima para a escolha e nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Como se vê, a transformação da realidade subjacente foi **descartada** por ocasião da interpretação do texto constitucional.

Ora, se “mutações constitucionais” realmente acontecem da maneira como alguns juristas descrevem, a referida emenda seria mesmo necessária? Não bastaria ler setenta anos onde estava escrito sessenta e cinco? Se sexagenários do século XXI não são como aqueles do século XX — e, ao que tudo indica, esta é uma premissa assumida à unanimidade — por que, então, alterar o texto constitucional? A resposta é exatamente esta: altera-se o texto constitucional porque sexagenários do século XXI não são como aqueles do século XX. Novos tempos exigem novas leis.

Quando a palavra *punk* era empregada em escritos literários britânicos do século XVII, o padrão de uso linguístico da época atribuía ao vocábulo o significado de "prostituta" (Williams, 1994, p. 1113). Se, hoje, intérpretes se empenham para compreender um trabalho literário com esse recorte contextual e imaginam uma mulher de moicano, anarquista, é seguro afirmar que o significado do conteúdo comunicativo foi deturpado pela mutação linguística. Mais uma vez, a única maneira de acessá-lo corretamente é por meio do significado original.

Assim também em relação a metáforas. Consoante os padrões de uso linguístico para o vocábulo *gash*, na literatura do período de Shakespeare ou Stuart, a palavra significava "vagina" (Williams, 1994, p. 585). Hoje, o significado imediato seria “corte”. Daí porque há obras especificamente concebidas para o empreendimento de “assistir o leitor de textos do século XVI e XVII a identificar metáforas e elucidar significados” (Williams, 1994, p. vii)⁴⁰⁴. Assim como o século XXI tem *memes* e gírias cifradas, os séculos anteriores também tinham suas figuras de linguagem e é essa circunstância que exige do especialista um aprofundamento nos textos que escolheu interpretar profissionalmente, inclusive por meio de uma imersão. Em princípio, não há razões muito convincentes para acreditar que juízes podem ter um empenho

⁴⁰³ Não custa lembrar que, na proposta teórica de Friedrich Müller, a norma jurídica é — também — fruto da realidade, ou seja, do “âmbito normativo” (Müller, 2013, p. 207).

⁴⁰⁴ “[...] designed to assist the reader of sixteenth- and seventeenth-century texts to identify metaphor and elucidate meanings” (Williams, 1994, p. vii). A numeração está em algarismo romano porque consta da introdução do primeiro volume.

menor, na investigação do significado das palavras utilizadas pela lei, do que linguistas quando pesquisam o significado de textos literários. O notável saber jurídico também se vislumbra nessa habilidade e nessa cultura jurídica⁴⁰⁵.

Os exemplos são inúmeros. Quando se lê a palavra “*gay*” em um romance britânico do século XIX, o vocábulo há de ser compreendido como uma referência a um indivíduo alegre, não sendo possível fazer uma releitura para que o personagem venha a ser hoje considerado como uma pessoa homossexual, mesmo sabendo-se que o significado da palavra sofreu, sim, uma evolução semântica (Cross, 2013, p. 6).

Por fim, na Filosofia da Tecnologia, Hans Jonas (2006, p. 35) descreveu que a Ética tradicional se ocupava “do relacionamento direto de homem com homem”. Lido com os olhos de hoje, o conteúdo comunicativo poderia ser interpretado como uma possível alusão à homossexualidade, mas **originalmente** a palavra homem foi empregada pelo filósofo alemão como alusiva à **humanidade**. Isso porque, diferentemente dos dias atuais, em que palavras como *mankind* vieram a ser substituídas por *humankind*, o significado público original de Homem era também o de “raça humana”. Portanto, o significado original da passagem, que permanece como tal, é de uma Ética **antropocêntrica**.

A sociedade muda. Palavras mudam. Originalistas bem sabem. Alguns já reconheceram explicitamente a possibilidade da evolução de palavras, por exemplo, ao longo de um século e meio (Phillips, Ortner & Lee, 2016, p. 21). Outros, em apenas 40 (quarenta) anos (Barclay, Earley & Boone, 2019, p. 528).

Não obstante, o Direito tem autoridade para bloquear a intrusão de novos significados na interpretação de documentos jurídicos, embora eles permaneçam livres no seio social. Da mesma forma, razões de comunicação humana sugerem que a assunção de um significado substituto pode deturpar o conteúdo a ser transmitido. Neste caso, o descarte do novo

⁴⁰⁵ Por exemplo, na ADI 5526, o Ministro Alexandre de Moraes, redator para o acórdão, escolheu analisar o significado das imunidades parlamentares à luz das constituições brasileiras pretéritas. Com um objetivo tão específico, era de se esperar que Moraes se servisse dos **comentaristas brasileiros da época**, não dos atuais. Apesar disso, no universo de 40 (quarenta) citações efetuadas, pelo menos 31 (trinta e uma) foram fontes estrangeiras — 4 (quatro) delas com erros de ortografia e outros equívocos materiais (v.g data e nomenclatura). Aliás, mesmo nas poucas referências nacionais, 2 (duas) eram trabalhos de brasileiros que analisavam sistemas estrangeiros e citavam autores estrangeiros. Mais de 75% das referências, portanto, foram fontes estrangeiras. Ao analisar a Constituição de 1824, os escritos de Pimenta Bueno não foram examinados. Na interpretação da Constituição de 1891, João Barbalho não veio a ser consultado. Ao pesquisar a Constituição de 1934, João Mangabeira foi ignorado. A passagem pela Constituição de 1937 ignorou as obras de Francisco Campos. Assim também nas de 1946 e 1967(69), quanto a Pontes de Miranda. Verifica-se um apego excessivo a materiais jurídicos estrangeiros e uma indiferença pelas fontes nacionais da época (Metodologia da contagem: computam-se repetições de doutrina, mas não dispositivos de lei).

significado na interpretação literária, histórica, jurídica e nas comunicações humanas pode ser apenas uma maneira honesta de tentar compreender a mensagem remetida no passado, que continuará intacta se — e enquanto — subsistir o significado original.

A esta altura, já é possível perceber que a ideia de trabalhar com significados substitutos e substituídos não é tão inofensiva quanto pode aparentar. E, à medida que esse tema é objeto de aprofundamento, muitos outros problemas surgirão. Alguns desafios estruturais são apresentados ao diante.

9.2 DESAFIOS ESTRUTURAIS À ACOPLAGEM DAS “MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS”

Os dois primeiros obstáculos estruturais à categoria das “mutações constitucionais” estão representados pelos degraus do “se” e do “quando”. Tanto a ocorrência desse fenômeno (se) quanto o momento em que teria ocorrido (quando) podem representar pontos de elevada disputa. Sequer se esclarece na literatura se mutações têm natureza constitutiva ou declaratória, ou seja, se são reconhecidas porque ocorreram ou se são invocadas porque precisariam ocorrer.

Por fim, e para o que mais importa, é preciso investigar se mutações são síncronas com mudanças linguísticas ou se pode haver uma independência entre esses fenômenos. As duas alternativas apresentam problemas graves.

9.2.1 A disputa sobre se “mutações” ocorreram

Diante da invocação do argumento de uma pretensa “mutação constitucional”, dificilmente haverá espaço para, nos estreitos limites de cognição de um processo judicial, sondar com segurança a presença ou ausência de alterações no espírito da sociedade. Resta, então, quando muito, confrontar a hipótese da metamorfose com os limites do texto. Mas como adeptos dessa doutrina sustentam que o próprio texto continua o mesmo e acomoda outro significado, a “mutação constitucional” se eleva a um dogma de fé, contra o qual não é possível apresentar uma prova negativa.

Exatamente porque não escritas, "a afirmação, sempre possível, da existência de uma mutação constitucional não se pode provar ou refutar" (Hesse, 2009, pp. 150-151). Um exemplo é a categoria do chamado **mínimo existencial**, cuja origem é proveniente da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (Bacellar Filho & Hachem, 2013, p. 209).

A literatura aponta que o mínimo existencial radica-se na dignidade humana (Bitencourt Neto, 2010, p. 99) e tem natureza de "direito fundamental implícito no tecido constitucional" (Bacellar Filho & Hachem, 2013, p. 212). Após a defesa da presença invisível do instituto alemão no ordenamento brasileiro, países que não se avizinham, diz-se que tem prevalecido a concepção pela qual o mínimo existencial é cambiante, ou seja, **varia em função do tempo e do espaço** (Bitencourt Neto, 2010, p. 119). Segundo a doutrina, não se poderia dizer, nesse sentido, que o seu significado é idêntico em todos os períodos históricos (Bacellar Filho & Hachem, 2013, p. 213).

Essas são posições que não podem ser afirmadas ou infirmadas, porque descrevem que um dado invisível, cujo conteúdo é amorfo, se transforma em um espaço de tempo desconhecido para assumir significados obscuros. Talvez por isso, quase tudo o que envolve uma pretensa "mutação constitucional", no Brasil, é objeto de acirrada divergência nos tribunais. Um breve estudo de caso bem o demonstra.

Ao disciplinar as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o artigo 57, § 4º, CF, estipula ser "vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente"⁴⁰⁶. Como é consabido, práticas parlamentares desafiavam a autoridade do texto constitucional. Apesar da proibição textual, o Ministro Nunes Marques, em voto vogal, asseverou que "após o advento da EC 16/97 e as sucessivas reeleições **praticadas ao arrepio do texto da Constituição**, tornou-se progressivamente suscetível de releitura pelo próprio Congresso Nacional" (ênfase acrescida)⁴⁰⁷. Um olhar mais crítico certamente perceberá que, em boa verdade, é como se a força normativa da Constituição se debilitasse pela sistemática violência sofrida no plano dos fatos. Como se verá ao longo deste capítulo, trata-se de uma abordagem à Jellinek, porque à sua maneira, que remonta às práticas imperiais inconstitucionais do século XIX, na Alemanha.

⁴⁰⁶ Art. 57, § 4º. Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

⁴⁰⁷ ADI 6524, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15/12/2020.

No mesmo voto vogal, Nunes Marques esclarece **onde** se baseia para aferir a (in)constitucionalidade da prática parlamentar: no “**espírito**” da Constituição de 1988. Segundo ele, “cabe ao Supremo Tribunal Federal, em casos assim, velar pela integridade da Constituição, admitindo as transformações que não agridam o seu espírito, **a despeito de contrariarem o texto.**” (grifo próprio). Originalistas têm alertado para os perigos de argumentações baseadas no pretense “espírito” da lei, de forma a ignorar o texto legal, por exemplo em célebres casos como *Church of The Holy Trinity* (Scalia, 1997, pp. 18-20). Quando o “espírito” da lei está respaldado pela linguagem empregada no texto, a prática é razoável. Mas falar em “espírito”, em um sentido que destoa do enunciado linguístico, é recorrer a fontes extratextuais obscuras para a interpretação de uma constituição escrita.

Pois bem. É curioso perceber que, **no mesmo caso submetido ao Supremo Tribunal Federal**, as “mutações constitucionais” enxergadas por Nunes Marques eram imperceptíveis aos olhos de Ministros como Marco Aurélio, Carmen Lúcia e Rosa Weber.

Marco Aurélio alertou para os perigos de uma abordagem que, de maneira lenta e gradual, cria um **sistema paralelo** àquele consagrado pelo Constituinte (grifo próprio)⁴⁰⁸:

Indaga-se: o § 4º do artigo 57 da Lei Maior enseja interpretações diversas? Não. É categórico. [...]
O vocábulo tem sentido único: o de inviabilizar que aquele [...] que esteve na Mesa Diretora, concorra ao subsequente. [...]"
Onde o legislador, principalmente o constituinte, não distingue, descabe ao intérprete, como que criando critério de plantão, fazê-lo. Não se pode fugir a esses parâmetros.
Pouco a pouco vai sendo construído terceiro sistema, por meio da mesclagem de institutos, expressões, vocábulos.

Carmen Lúcia também não enxergou a roupa invisível do Rei. Segundo a Ministra, “em norma jurídica — mais ainda, em dispositivo da Constituição da República —, onde tenha o constituinte se utilizado do verbo vedar, vedado está”. De maneira semelhante à advertência registrada por Marco Aurélio, Carmen também alertou: “[...] nos últimos tempos, [...] parece se pretender revirar o sentido da língua pátria, confundir o significado das palavras e retirar a negativa constitucional onde negado pelo constituinte está”. Por fim, a Ministra Rosa Weber, em voto vogal, corroborou este entendimento: “o texto do § 4º do art. 57 da Constituição Federal de 1988 possui conteúdo normativo de clareza manifesta”. Para Weber, “A mera leitura do dispositivo constitucional evidencia inequívoco seu teor normativo [...]”. Diante disso,

⁴⁰⁸ ADI 6524, Pleno, rel. Min, Gilmar Mendes, j. em 15/12/2020.

corretamente conclui ser "de todo inviável, diante da literalidade do texto transcrito, compreender “permitido” onde a Constituição consigna “vedado”. Não há alternativa [...]”⁴⁰⁹.

Por que a própria existência de mutação constitucional polarizou Ministros da mais Alta Corte? Porque fontes distintas foram usadas pelos magistrados. Este o porquê. Enquanto Nunes Marques pesquisava respostas no “espírito”, fonte extratextual — e que beira o transcendental —, os demais recorreram ao texto. Em canais distintos, a comunicação foi estabelecida com interfaces incompatíveis. Assim como cartas psicografadas não têm sido admitidas como prova em um processo judicial, dada a dificuldade de contraditá-las, argumentos baseados no espírito que diverge do texto tendem a dificultar a relação dialética a ser amadurecida na deliberação do tribunal.

A invocação casuística de mutações constitucionais estará sempre à disposição de governantes que pretendem se desvencilhar dos mandamentos constitucionais. A esse respeito, Konrad Hesse (2009, pp. 150-151) foi lúcido (grifo próprio):

Se, no contexto de uma polarização mais acentuada entre maioria governamental e oposição, não se alcança uma maioria qualificada para reformas constitucionais polêmicas, o recurso à afirmação de uma mutação constitucional não ficará distante. Não sucede outra coisa quando a constitucionalidade das leis ou de outros dos poderes públicos torna-se polêmica tão logo são promulgados. Se se apela ao tribunal constitucional, este decidirá de forma vinculante. **O tribunal**, entretanto, encontra-se submetido à Constituição, pelo que **necessita de parâmetros os mais claros possíveis que permitam responder se houve uma mudança da Constituição**, o que não se deve admitir quando se estabelecem limites para essa mudança e os mesmos foram ultrapassados. **Quando faltam tais parâmetros, então já não cabe distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais, porque a afirmação, sempre possível, da existência de uma mutação constitucional não se pode provar nem refutar.**

Com um posicionamento raramente assumido no Brasil, onde vigora uma aceitação hegemônica das "mutações constitucionais", o jurista alemão conclui que “[...] esta existência cinzenta da mutação constitucional não tem porque perdurar.” (Hesse, 2009, p. 150).

Mas é um engano achar que a disputa envolve apenas o controvertido fato sobre se “mutações constitucionais” ocorreram. Por vezes, a divergência será até mesmo se elas

⁴⁰⁹ Todas as manifestações aqui citadas se deram na ADI 6524, Pleno, rel. Min, Gilmar Mendes, j. em 15/12/2020.

ocorrerão. Em outras palavras, sequer se sabe se as metamorfoses são um dado do passado ou uma necessidade do futuro. O tema é examinado no tópico a seguir.

9.2.2 A impossibilidade de precisar quando mutações teriam ocorrido

Porque obrigam a conduta de cidadãos e, portanto, subtraem parcela da liberdade humana, leis são objeto de publicação. Esta solenidade cumpre duas exigências sociais: **a)** cientificar os destinatários do comando jurídico; **b)** fixar o momento inicial a partir do qual a lei é exigível.

Segundo H.L.A Hart (2001, p. 53), “a promulgação de uma lei, tal como a emissão de uma ordem, é um acto deliberado que se pode datar”. Nas “mutações”, promulgam-se **emendas constitucionais** invisíveis, sem que se possa datá-las. E não sendo possível estabelecer um marco temporal, a obediência civil, a coesão interna do ordenamento jurídico — com milhares de normas cuja validade está fundamentada na Constituição informalmente alterada —, a jurisdição constitucional e a própria segurança jurídica periclitam.

É crucial saber — a partir de — quando uma norma constitucional entrou em vigor. Disso depende, inclusive, os efeitos de uma decisão proferida no controle de constitucionalidade.

Do pouco que se sabe, “mutações constitucionais” representam um processo sociológico que teve início no passado e que, um dia, veio a ser percebido⁴¹⁰. Em tese, portanto, o provimento jurisdicional limita-se a **reconhecê-la**, não a constituí-la. Juízes declaram que isto ocorrer, o que é muito diferente de dizer que decretam que ocorrerá.

Analisando-se o voto vogal proferido pelo Ministro Nunes Marques no já apresentado estudo de caso sobre a reeleição de membros das mesas do Legislativo, extrai-se uma interessante passagem sobre essa questão: “[...] a mutação constitucional é constatada pelo Supremo, não criada por ele. A mutação constitucional tem sempre efeito *ex tunc*”⁴¹¹.

⁴¹⁰ Nesse sentido é a tese de doutorado de Anna Candida da Cunha Ferraz (1986). A professora descreve alterações que “[...], em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas” (Ferraz, 1986, p. 9).

⁴¹¹ ADI 6524, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15/12/2020.

Uma pesquisa mais atenta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entretanto, demonstra a inconsistência dessa premissa. Por exemplo, há alguns anos, o STF se viu diante de inúmeros processos criminais oriundos de ações penais originárias. Em 2017, um estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas indicou que apenas 5,44% dessas ações penais envolviam pelo menos um delito que preenchesse, simultaneamente, duas condições: 1) ter sido cometido em razão do cargo e 2) ter sido cometido após a investidura no cargo que garante o foro no STF (Falcão, 2017, p. 9). Logo se percebeu que, aproximadamente, 95% das ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal desapareceriam com a simples adoção desse filtro bastante específico. No ano seguinte à publicação do referido estudo, o STF fixou a seguinte tese: “[o] foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas” (na AP 937 QO), sustentando — frise-se — a “**necessidade** de uma mutação constitucional” (Fonteles, 2022, p. 43). Como era de se esperar, com efeitos **imediatos** para todos os casos **pendentes**. Ora, afirmar a “necessidade de uma mutação constitucional”, “denota que a Constituição 'precisa mudar', o que é bem diferente de dizer que ela mudou” (Fonteles, 2022, p. 43)⁴¹². Aqui, tem-se uma “mutação constitucional constituída” (*ex nunc*).

Só por isso já se percebe mais uma deturpação da categoria.

9.2.3 Do fato gerador das mutações constitucionais

No início deste capítulo, demonstrou-se o consenso na literatura sobre mudanças linguísticas. Esta é uma certeza: toda língua sofrerá alterações ao longo do tempo. Não se sabe, porém, que palavra virá a ser atingida no futuro. Dito isto, pergunta-se: há uma relação mecanicista entre mudanças na língua e mutações constitucionais? Em outras palavras, operando-se a mudança linguística, disso se segue que, automaticamente, também será alterado o significado do texto constitucional que emprega a palavra modificada — como eventos síncronos?

⁴¹² Embora nem sempre com uma abordagem crítica sobre a **indução** de “mutações constitucionais” pelo STF, artigos acadêmicos apontam a sua existência: “No Brasil, embora seja grande o número de emenda constitucional e relativamente pouco o tempo de vida da Constituição, também são registrados alguns exemplos de mutações constitucionais, especialmente **provocadas** pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (Sampaio, 2018, p. 26) – original sem destaques.

O Originalismo fixaria o significado original até o advento de uma mudança formal. Já na doutrina da “mutação constitucional”, restam duas alternativas:

a) Quando a língua muda, "mutações constitucionais" necessariamente acontecem. Este seria um **mecanismo** indisponível aos juízes. Nesta concepção, mutações linguísticas seriam o **fato gerador** de "mutações constitucionais”.

b) Mesmo quando a língua muda, "mutações constitucionais” podem ou não acontecer. Magistrados têm liberdade para avaliar se a mudança operada na língua impactou o texto constitucional ao ponto de alterá-lo.

Ambas são examinadas a seguir.

9.2.3.1 Mutações linguísticas e mutações constitucionais como eventos síncronos, em uma relação mecanicista

Uma primeira alternativa é entender que existe uma relação de implicação. Alterando-se o significado de uma palavra na sociedade, o Juiz estaria obrigado a tomar em consideração essa ressignificação no momento da interpretação constitucional. Estas seriam "mutações constitucionais declaradas", na medida em que magistrados se limitam a reconhecer um fenômeno que já ocorreu. Por exemplo, originalmente, “racismo” significa um crime para a Constituição de 1988 (significado original). Hoje, "racismo" é compreendido por parte da sociedade como um sistema de opressão (significado substitutivo). Certa feita, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) afirmou que “somos todos racistas”, a denotar que todos da sociedade, em alguma medida, precisam se desconstruir para enfraquecer esse sistema de opressão. Em momento algum a ANPR pretendeu afirmar que seus membros eram criminosos. No exemplo fornecido, sabendo-se que a palavra racismo não foi originalmente empregada nesse sentido, a mudança superveniente forçaria juízes a considerarem o novo significado. Neste caso, o significado substitutivo seria encaixado de uma maneira que dificilmente seria acomodada pelos predicados “inafiançável”, “imprescritível” e “punido com reclusão”.

Embora esta opção exerça um controle sobre os juízes, que não podem escolher decidir sobre a ocorrência da “mutação constitucional declarada”, a medida representaria uma interpretação constitucional aleatória. Se a constituição muda sempre que a língua muda, toda a legislação se torna refém de uma roleta russa. Uma ilustração bem humorada pode ser extraída de Jamal Greene⁴¹³. Segundo o Professor da Columbia Law School, *"If, by fortuity, the word 'Senator' comes in a later age to mean 'sandwich,' each state is not thereby entitled to two free lunches. Unless, that is, we are not interested in constitutional fidelity"* (Greene, 2009, pp. 8-9)".

Uma norma constitucional tem força normativa para fulminar as leis. Logo, cada mutação linguística na constituição seria como um relâmpago, que não se sabe ao certo onde tocaria e o que destruiria. Juízes não escolhem que palavras mudam e em que medida mudam. Mutações são randômicas, aleatórias e acidentais. Sequer se sabe aquilo que mudará na língua nos próximos cinquenta anos, não sendo possível emprestar a força normativa mais elevada e fulminante do ordenamento jurídico ao **desconhecido**. Nem todas as bombas cairão no mar ou no alvo desejado.

Esta concepção é francamente incompatível com a segurança jurídica, além de irracional.

9.2.3.2 Mutações linguísticas e mutações constitucionais como eventos independentes

A segunda alternativa é entender que, havendo ou não mudanças linguísticas que atinjam o significado de palavras empregadas no texto constitucional, ainda assim juízes poderão avaliar a formação de uma "mutação constitucional". Isso porque o fenômeno adviria de outros fatos geradores, tais como interpretações do Direito infraconstitucional ou mudanças na realidade subjacente.

Mais recentemente, a palavra “cancelamento” recebeu um significado oriundo da chamada *cancel culture*, quando frações sociais orquestram o abandono e o desprezo de uma dada pessoa cuja conduta foi tida como socialmente inaceitável. Dificilmente juízes

⁴¹³ Greene não pretendia investigar a relação mecanicista e síncrona entre mutações e alterações linguísticas, mas sua ilustração acaba por demonstrar esse fenômeno.

incorporariam esse novo significado no texto constitucional, ou seja, haveria uma discricionariedade para repudiá-la. Mas também para admiti-la, se isto se afigurasse apropriado.

A doutrina parece sustentar que mutações constitucionais ocorrerão diante de mudanças muito mais amplas e vagas do que alterações na língua.

9.2.3.2.1 *Mutações constitucionais advindas de mudanças na realidade: ameaça à força normativa e aos limites intergeracionais*

Nesse contexto, diz-se que mutações ocorrem diante de alterações políticas, econômicas ou sociais (Grote, 2019, p. 8): "*as political, social, and economic realities change so does the meaning of words*". Juízes, então, passarão a dizer que o texto constitucional, tal como documentado, mudou porque, por exemplo, a Economia foi alterada. Ou que o significado da constituição foi substituído em virtude de circunstâncias políticas que já não são as mesmas. Em vez de uma Constituição que altera a realidade, é a realidade quem altera a Constituição.

Em suma, nesse paradigma, juízes e suas inclinações se empenham para interpretar a realidade e extrair dessa fonte extratextual uma conclusão sobre o significado da Constituição. Parece intuitivo que dificilmente haverá consenso quando uma tarefa tão subjetiva é operada.

Aparentemente, este modelo de compreensão — que dissocia mutações linguísticas e constitucionais — é mais racional que o anterior. Somente por meio dele não se tem uma roleta russa que alteraria, sabe-se onde, o texto constitucional. Por outro lado, é também o modelo mais perigoso no que concerne à subjetividade dos juízes, ao desprestígio do documento constitucional perante a opinião pública e à esterilização dos limites intergeracionais de uma constituição.

Esta versão entrega ao Poder Judiciário um cheque em branco para que magistrados livremente decidam sobre mutações à vista de pretensas mudanças sociais, econômicas, políticas, costumeiras *etc.* Ou seja, já não é exatamente que o texto constitucional tenha mudado de significado. Na verdade, é uma alteração da realidade que ditaria um novo conteúdo da Constituição, norma jurídica que se curvaria aos próprios fatos que normatiza.

Nesta concepção, mutações constitucionais não se confundem com mutações na língua, mas sim com mutações **sociais**, vale dizer, **sem que haja uma corresponde mutação**

idiomática. Na hipótese anterior, o texto era o mesmo, mas dizia-se que o significado havia sido alterado. Como havia uma simetria entre a linguagem extraconstitucional (significado substitutivo) e o resultado alcançado na jurisdição constitucional (significado substitutivo), o fenômeno seria, em tese, mais perceptível. Todos ou quase todos concordariam que o significado mudou e foi adotado em conformidade com a expectativa social. Em síntese, o significado substituto é encontrado nas ruas ou tribunais.

Diferentemente, agora, o texto permanece como era **e até mesmo o significado se mantém constante** na linguagem técnica ou comum, mas, apesar disso, alegadas circunstâncias fáticas induziriam uma aplicação da norma que pode vir a divergir desses dois componentes. O risco de desprestígio da Constituição se eleva exponencialmente, dada a assimetria entre a linguagem extraconstitucional (significado original ou substituído) e o desfecho na jurisdição constitucional (significado substituto). Esta inocula um corpo estranho, que sequer é compartilhado pela linguagem social.

Por fim, constituições são limites intergeracionais. A Constituição Brasileira é um documento redigido por pais e mães de *baby boomers*, além dos próprios *boomers*, para estabelecer limites jurídicos que disciplinem a vida de integrantes da geração X, Y (*millennials*), Z e seus descendentes⁴¹⁴.

Uma pesquisa nos Jornais da Constituinte demonstra que eles e elas, os autores da Constituição, tinham consciência disso. O Constituinte Inocêncio de Oliveira, na época, asseverou: "Precisamos fazer uma Constituição não só para a nossa geração, mas, também, para as gerações futuras"⁴¹⁵. E assim foi feita.

A Constituição de 1988 é uma só e a todos submete, mas cada camada geracional tem disputado a prevalência de uma interpretação própria dos seus dispositivos. Nesse sentido, é possível falar em uma interpretação constitucional Z, uma interpretação constitucional *millennial* e, em breve, uma interpretação constitucional *Alpha*.

⁴¹⁴ A longevidade da Constituição de 1988 atravessou os Millennials e já alcançou a geração Z. Evidentemente, ainda é possível dizer que os representantes de cada geração ainda coexistem. Estas são, como bem lembrou um dado linguista suíço no início do século passado, "[...] gerações que, longe de se sobrepor umas às outras, como as gavetas de um móvel, se mesclam e interpenetram e contém cada uma indivíduos de todas as idades" (Saussure, 2006, p. 86).

⁴¹⁵ Jornal da Constituinte, n.º 15, Brasília, 7 a 13 de Setembro, 1987, p. 2. A consciência da Constituição como documento intergeracional também já foi manifestada pelo Constituinte Nelson Jobim: "[...] neste momento Constituinte, [...] Com o instrumento e a norma jurídica visa-se a estabelecer regras e diretrizes que possam prever o trânsito social futuro nas relações interindividuais e coletivas." (DANC n.º 137, Ano I, 1987, p. 5051). A noção de transcendência, que decorre da ideia de constituição como documento intergeracional, era claramente manifestada quando, por exemplo, o referido Constituinte concitava seus pares a definirem "um conceito de justo que possa perpassar a história dessa Constituição" (DANC n.º 137, Ano I, 1987, p. 5051).

Porém, uma constituição escrita é aquilo que significa. Mesmo diante de profundas diferenças sociais, econômicas, políticas e histórico-culturais, não há uma Constituição Federal Paulista e uma Constituição Federal Acreana⁴¹⁶. E como se sabe, também não há tantas constituições quantas são as gerações, pelo contrário: constituições são limites intergeracionais. Um dos principais desideratos de uma constituição é proteger, no futuro, a sociedade de si mesma. Previne-se a sociedade dos seus próprios instintos de brutalidade, de perseguir grupos vulneráveis, de negar direitos e toda sorte de impulsos sociais mais primitivos. Em 1788, no Federalista n.º 51, já se dizia que "*If men were angels, no government would be necessary*"⁴¹⁷. Como homens não são anjos, a vida civilizada reclama freios inibitórios.

O Constituinte, então, se antecipa para criar direitos fundamentais indisponíveis ao legislador. Ou seja, se apressa em tipificar um elenco de direitos tão seletivo que sequer seria permitido ao Poder Legislativo decidir **se é oportuno e se convém** reconhecê-los. Por fim, muitas constituições também estabelecem que esses direitos são inaboliáveis, exatamente porque *desconfia* das gerações vindouras. Assim como um pai grava um bem doado ao filho pródigo com a cláusula de inalienabilidade, o Constituinte transmite direitos irrevogáveis para os seus descendentes. Às vezes, filhos, netos e bisnetos se aventuram em retrocessos civilizatórios que colocam em risco a democracia ou a própria dignidade humana. Se alguém ainda duvida disto, basta consultar a vasta literatura mais recente sobre retrocesso democrático e erosão constitucional. A democracia não é representada por "uma ascensão firme até um pico distante" (Dahl, 2001, p. 17). Se a história da democracia fosse ilustrada matematicamente, não seria ela uma linha ascendente, típica das funções de 1º grau ($ax + b$). Graficamente, a democracia mais se pareceria com um senoide, ou seja, com altos e baixos ao longo da humanidade.

Portanto, esta é a lição mais primeva do constitucionalismo: constituições são limites intergeracionais. Daí o perigo de deixar gerações vindouras inteiramente livres para que interpretem, à luz dos seus futuros e desconhecidos valores, as cláusulas cuidadosamente redigidas no passado. Quando tribunais preferem valores constitucionais mutantes a valores constitucionais permanentes, direitos fundamentais periclitam.

⁴¹⁶ Assim como o STF já considerou temerário permitir que cada Estado-membro da federação, a despeito das suas profundas diferenças histórico-culturais, imprimisse a sua própria interpretação sobre normas da Constituição Federal de reprodução obrigatória, uniformizando o significado constitucional por meio do conhecimento e julgamento de recursos extraordinários. Constituições são concebidas exatamente para que governem — e equalizem — diferenças. O constitucionalismo é uma técnica de governo de comunidades plurais, não de comunidades totais.

⁴¹⁷ O ensaio foi subscrito pelo pseudônimo Publius. A autoria é atribuída a Hamilton ou Madison.

Equivoca-se quem pensa que uma “constituição viva” implica sempre a **aquisição** de novos direitos. Uma análise mais atenta demonstra que a *living constitution* pode revelar uma habitual propensão para a **supressão de direitos** (Scalia, 1997, p. 43). No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes registrou uma preocupação manifesta com aquilo que chamou de “Ditadura do Politicamente Correto” e o risco à “liberdade de pensamento”⁴¹⁸:

Vivemos a ditadura do politicamente correto. E não sou apenas eu quem diz isso. 'Vivemos uma ditadura do politicamente correto, que é pior do que todas as ditaduras', afirmou o cineasta espanhol Pedro Almodóvar no Festival de Cannes de 2017 [...]. No início de 2017, discentes da Universidade de Estudos Orientais e Africanos (Londres) propuseram a retirada de Platão, Descartes e Immanuel Kant do currículo de ensino por eles serem 'filósofos brancos'. Em agosto de 2017, o teatro Orfeu, em Memphis, nos Estados Unidos, deixou de exhibir, após trinta e quatro anos, o filme 'E o vento levou', de 1939 – indicado a treze categorias do Oscar, logrando vencer em dez –, devido ao fato de retratar o ambiente sulista-agrícola-escravocrata durante a Guerra Civil estadunidense. No mês de setembro desse mesmo ano, em Porto Alegre/RS, a exposição 'Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte' foi cancelada pela instituição patrocinadora devido à onda de protestos nas redes sociais, por supostamente desrespeitar crenças, símbolos e pessoas. [...]

Há certo consenso dos estudiosos de que a utilização de tal expediente de controle social se daria no discurso da luta contra o “discurso do ódio”, “da intolerância” e da “discriminação” [...].

Todavia, o preço civilizatório pago é demasiadamente alto frente à liberdade do pensamento [...].

Estas são manifestações de controle social, não de censura, mas indicam a transformação da sociedade e revelam como as novas gerações estão dispostas a imprimir um novo significado à liberdade de expressão que substitua o original. Trata-se de uma **atrofia de direitos fundamentais**.

Talvez uma liberdade de expressão significativamente mais restrita agrade a sociedade brasileira do século XXI. De repente, a atrofia dessa liberdade evitará o seu exercício leviano do passado. Possivelmente, a sociedade de hoje não pretende conviver com a liberdade dos anos 90 para exprimir a Arte, tampouco aceitar que qualquer música seja gravada ou que qualquer livro seja publicado. Mas se este for o caso, não é necessário fingir, como diria Antonin Scalia (1997, p. 43), que não se configura uma **redução de direitos** promovida pela concepção de “constituição viva”.

⁴¹⁸ Voto proferido na ADI .4439/DF, j. em 27/09/2017.

A mutação constitucional baseada na mudança dos costumes é um fenômeno com aptidão para esterilizar os limites intergeracionais impostos por uma constituição escrita. Por ora, é o quanto basta dizer.

Como se vê, as duas alternativas apresentadas oferecem perigos. Se a mutação linguística é fato gerador da mutação constitucional, isto é irracional e perigoso. E se magistrados não estão submetidos às mutações da língua para verificarem mutações constitucionais, isto é muito perigoso. Não existe alternativa segura. Caso se curvem a acidentes linguísticos aleatórios, relâmpagos atingem diplomas normativos e liberdades públicas, sem que se possa antecipá-los. Quando já não dependem do fenômeno linguístico, a discricionariedade atinge níveis perigosos, o corpo social não reconhece o desfecho judicial como uma conclusão respaldada pelo documento que a todos governa e a função intergeracional resta comprometida.

No mais, alteração alguma na constituição será pontual, porque o texto constitucional não se lê em tiras. Uma emenda é sempre cuidadosamente deliberada quantos aos seus impactos no sistema como um todo, porque congressistas sabem que juízes fazem uso da interpretação sistemática. Nas mutações, também esse aspecto se torna bastante complexo.

Até aqui, apenas problemas estruturais foram examinados. Estes representam desafios em qualquer sistema de constituição escrita que pretenda acomodar a doutrina das mutações constitucionais.

Doravante, a investigação se volta para a viabilidade da recepção das mutações constitucionais no específico contexto da ordem inaugurada pela Constituição Brasileira de 1988. As interfaces são compatíveis? Como se verá, problemas ainda mais graves podem se apresentar.

9.2.3.2.2 Mutações constitucionais oriundas de interpretações do Direito infraconstitucional

Dizem que mudanças na legislação podem impactar o próprio significado de um constituição. Esta não é uma hipótese inofensiva.

Em um sistema de constituição rígida, a alteração do texto constitucional é mais difícil que a alteração das leis. Ora, bem analisadas as coisas, a mutação constitucional é, na verdade,

a aceitação de uma alteração na Constituição **por meio de** norma infraconstitucional. Na prática, uma lei que confronta a Constituição é impugnada. Ao ser questionada, o Supremo Tribunal Federal se pronuncia: a lei contrária ao texto constitucional não o vulnerou, porque ocorreu uma mudança — informal — no texto. A lei, então, é considerada constitucional. Mas a verdade é que, substancialmente, essa lei **fez as vezes** de uma emenda constitucional. Basta perceber que foi ela, exatamente ela, que causou a proclamação da mudança de significado no texto. A alteração semântica declarada pelo STF ocorre **a partir da lei e em razão da lei**. Nem sempre o nexos etiológico estará evidenciado por uma causação pura ou exclusiva. Muitas vezes, a lei infraconstitucional alteradora da Constituição será apontada como uma **concausa**.

Convém ilustrar o que se diz. Tradicionalmente, entendia-se que a proteção constitucional expressa no artigo 5º, XII, CF/88 não alcançava dados **registrados**, mas somente **comunicações** realizadas⁴¹⁹. Em outras palavras, o significado do dispositivo constitucional, na visão clássica, era o de que o **fluxo** de informações estaria protegido, mas não os informes considerados em si mesmos. Certos ou errados quanto ao significado original da Constituição de 1988 — admita-se que esta era a convicção do Tribunal sobre o sentido do texto constitucional —, o fato é que operou-se uma mudança na visão da Corte. Quais foram os agentes de transformação? Ei-los:

Creio, contudo, que a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, **a promulgação de leis posteriores** e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos *smart phones* leva, nos dias atuais, à solução distinta.

Ou seja, penso que se está diante de típico caso de **mutação constitucional**⁴²⁰.

Dois passos muito simples foram adotados na construção argumentativa dessa decisão: **(i)** primeiro, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que a Lei do Marco Civil consagrou uma proteção à privacidade e à intimidade **ainda mais forte** que aquela conferida pelo sentido da cláusula constitucional que vinha sendo considerado pelo STF; **(ii)** em seguida, declarou que esse “avanço” legislativo infraconstitucional deveria ser considerado na interpretação do

⁴¹⁹ Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (STF, HC 91.867, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 24/04/2012). Os negritos constam do original, mas os demais elementos também haviam sido negritados, ou seja, em apreço à didática da exposição nesta tese, somente o realce da expressão “a promulgação de leis posteriores” foi mantido.

⁴²⁰ STF, HC 168052, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20/10/2020.

alcance do significado do dispositivo constitucional — ultrapassado pela lei! —, ou seja, haveria um processo de acúmulo ou reforço por lei ordinária. Estas as suas palavras⁴²¹:

Percebe-se, portanto, que a legislação infraconstitucional avançou para possibilitar a proteção dos dados armazenados em comunicações privadas, os quais só podem ser acessados mediante prévia decisão judicial – matéria submetida à reserva de jurisdição.

Entendo que o avanço normativo nesse importante tema da proteção do direito à intimidade e à vida privada deve ser considerado na interpretação do alcance das normas do art. 5º, X e XII, CF.

Na prática, leis ordinárias estão **ampliando** cláusulas pétreas. Sempre que o alcance de sentido de uma norma jusfundamental é ampliado, a proteção também o é. Neste caso, tem-se uma menor liberdade de conformação do legislador, a quem já não é dado editar emendas que abulam o significado expandido mais recente. Mais do que alterar a Constituição, leis infraconstitucionais estão expandindo cláusulas pétreas, vale dizer, subtraindo das gerações presentes e vindouras o autogoverno quanto à temática petrificada.

Com uma naturalidade intrigante, agora leis infraconstitucionais são apontadas como **concausas** que concorrem para a modificação informal do texto constitucional, cuja alteração requer, como se sabe, todas as solenidades da promulgação de uma emenda. **Parece claro que, em um sistema de constituição rígida, não se pode franquear à lei esse poder.** Mas tudo isso é muito constrangedor. Em vez de admitir que a lei mudou o texto, diz-se que o texto mudou de significado sozinho. A mutação constitucional é uma saída honrosa para uma constituição cuja força normativa foi derrotada por uma norma inferior a ela que, em vez de ser modificada, a modificou⁴²².

A mutação constitucional com base nessa vertente, portanto, é difícilíssima de ser acoplada em um sistema de constituição rígida. A menos, é claro, que a categoria da lei inconstitucional venha a ser substituída pela hipótese da constituição ilegal.

9.3 DA DIFÍCIL ACOMODAÇÃO DA DOCTRINA DAS MUTAÇÕES

⁴²¹ STF, HC 91.867, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 24/04/2012.

⁴²² Em um momento excepcional, o Supremo teve a franqueza de usar o indisfarçável rótulo “mutação constitucional pela via legislativa” (ADI 5105, rel. Min. Luiz Fux, *DJE* de 16/03/2016). O *slogan* é emblemático.

CONSTITUCIONAIS NA ORDEM INAUGURADA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de avaliar a compatibilidade de mutações constitucionais no sistema receptor (Brasil), é crucial saber onde estavam radicadas. Saber a origem dessa categoria permite elucidar de onde juristas brasileiros promoveram essa extração, se houve deturpações nessa jornada e se havia algo de essencial no sistema nativo que por acaso não se verifique no destino final.

9.3.1 A origem suspeita das "mutações constitucionais": dos publicistas alemães do século XIX à metáfora da *living constitution* no século XX

A categoria da “mutação constitucional” foi desenvolvida por publicistas alemães do século XIX, a exemplo de Laband e Jellinek, em um contexto de defesa dos atos imperiais que infringiam a Constituição de 1871 (Hesse, 2009, p. 151; Dau-Lin, 1998, p. 24). Em vez de conformar a realidade à constituição, e com isto assegurar a sua força normativa, esses juristas escolhiam justificar a conformação da própria constituição à realidade. Isso porque, na época em que o debate foi estabelecido, a ideia de força normativa, tal como assegurada por um sistema de jurisdição constitucional, ainda era estranha e desconhecida pelo povo alemão (Dias, 2003, p. 9340). Portanto, neste lugar e neste período, o conceito de mutações constitucionais compreendia práticas parlamentares, da Administração, da Jurisdição e costumes inconstitucionais de um modo geral (Jellinek, 1991, pp. 15-16).

O mecanismo descrito era de uma simplicidade perigosa. Segundo expunha um desses publicistas, quando uma lei infringia a constituição, aquilo que parecia inconstitucional viria a emergir, mais tarde, como constitucional, razão pela qual essa constituição sofreria, mediante câmbio na sua interpretação, uma mutação (Jellinek, 1991, p. 16). Pior do que isso: o mesmo fenômeno estaria à disposição para ser operado pela prática governamental, administrativa ou dos tribunais (Jellinek, 1991, p. 16). Em um dado momento, sem qualquer cerimônia, chegou-se mesmo a dizer que necessidades políticas poderiam brotar do curso normal da história para “*transmutar la organización estatal contra la letra de la Constitución*” (Jellinek, 1991, p. 29). Frise-se: contra a letra da Constituição.

Para sustentar essa doutrina, Jellinek se valeu de uma expressão francesa bastante retórica: *fait accompli*, ou seja, **fato consumado**. Para ele, o *fait accompli* é um "*fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al cual toda oposición de las teorías legitimistas es, en principio, impotente*" (Jellinek, 1991, p. 29). A ideia de mutação como fenômeno de incongruência entre norma e realidade, preferindo-se esta àquela, é também encontrada nos escritos de outros publicistas da época, que defendiam mutações mediante práticas estatais **que contradiziam a constituição** (Dau-Lin, 1998, p. 31).

Mutações esterilizavam a força normativa da constituição.

Foi essa doutrina escalafobética que chegou ao Brasil, um século depois, tendo sido assimilada com muita doçura pelos acadêmicos, após o que foi logo disseminada, acriticamente, pelos tribunais. Convém ser bastante claro: aquilo que publicistas alemães do século XIX descreviam como mutações **constitucionais** equivalem àquilo que hoje chamamos de mutações **inconstitucionais**.

Mas convém examinar esse percurso por inteiro.

No ano de 1895, Laband publicou a obra *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*, primeiro trabalho a empregar a expressão “mutações constitucionais” (Dias, 2013, p. 9332; Dau-Lin, 1998, p. 24)⁴²³. Nele, mutações eram indicadas como um processo de alteração informal do texto violado pelos atos imperiais. Os exemplos fornecidos incluíam, por exemplo, mudanças na Administração e na Justiça que se impuseram **de fato** (Hesse, 2009, p. 155). As mutações de Laband em muito se assemelham àquilo que, ilustrativamente, passou a ocorrer com os chamados municípios putativos no Brasil. Para a criação de municípios, a CF/88 exige estudo de viabilidade municipal, plebiscito e lei estadual editada em prazo fixado por lei complementar federal (art. 18, § 4º). Como este diploma nunca foi elaborado pelo Congresso Nacional, Estados-membros foram esterilizados. Portanto, após a EC 15/1996, nenhum Município poderia ser criado validamente. Apesar disso, alguns nasceram à revelia da Constituição⁴²⁴. Nesse cenário, diferentemente do que talvez fizesse Laband, o Supremo Tribunal Federal não se agarrou ao argumento mais cômodo das "mutações constitucionais".

⁴²³ Enquanto Laband tenha sido o primeiro a tratar do assunto, Jellinek foi o primeiro a abordá-lo com uma feição teórica (Dau-Lin, 1998, p. 24).

⁴²⁴ Em um estudo sobre a Teoria da Realidade Inconstitucional, o tema foi abordado: “[...] voltamos à observação de Georges Ripert: 'Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito'. À revelia da Constituição, o Estado da Bahia editou uma lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. Na referida municipalidade, registros de nascimentos foram lavrados; certidões de óbito foram assentadas; casamentos foram celebrados; linhas telefônicas foram instaladas; vereadores e prefeitos foram sufragados em eleições realizadas pela Justiça Eleitoral. Tributos municipais foram cobrados, e até mesmo a receita do Fundo de Participação dos Municípios foi recebida” (Fonteles, 2018, p. 3).

Em vez disso, declarou inconstitucional a lei estadual, sem pronúncia de nulidade, pelo prazo de 24 meses, para que o Congresso Nacional regularizasse a situação de fato, convolvendo-a em uma situação de direito⁴²⁵. Finalmente, a realidade inconstitucional foi pretensamente debelada pela emenda à Constituição n.º 57/2008, que convalidou todas as municipalidades surgidas até dezembro de 2006. Com isto, o que se percebe é que, pelo menos do ponto de vista formal, os fatos não se impuseram sobre a Constituição. A resposta do Judiciário e do Legislativo foi uma atuação conjunta para que o texto constitucional viesse a ser **formalmente** modificado⁴²⁶. Em suma, o construto de Laband se aproxima da ideia de "teoria do fato consumado", mas com a diferença de que o próprio significado constitucional é atingido por essas práticas.

As mutações constitucionais descritas por Jellinek incluem costumes *contra legem* operados por instituições que se equivocam quanto à interpretação constitucional (Hesse, 2009, pp. 155-156). Nesse sentido, práticas institucionalizadas dos Poderes, quando sedimentadas ao longo do tempo e sem uma oposição consistente, acabam por mutacionar normas constitucionais.

No Brasil, é incorreto dizer que a Constituição de 1988 exige que presidentes da República se atenham à lista tríplice, tal como elaborada por entidade associativa, para a indicação do procurador-geral da República. Todavia, durante algum tempo, Chefes do Executivo prestigiaram a sugestão apresentada por membros do Ministério Público da União. Foi o suficiente para que parte da comunidade jurídica defendesse a formação de um **costume constitucional**, mesmo sem respaldo na linguagem empregada pelo texto da Constituição⁴²⁷. Conquanto a “casca textual” do argumento se apresente como “costume constitucional”, o que se tem no âmago é uma pretensa mutação constitucional advinda de uma prática consuetudinária que contraria o texto — ao estabelecer uma obrigatoriedade inexistente. Este seria um típico exemplo de mutação constitucional na concepção de Jellinek.

Muitas outras experiências do constitucionalismo brasileiro ilustrariam as mutações à Jellinek. Basta lembrar que, para o juiz alemão, práticas parlamentares poderiam modificar a

⁴²⁵ STF, Pleno, ADI 2.240, rel. Min. Eros Grau, j. em 09/05/2007.

⁴²⁶ Mas não sejamos ingênuos. A decisão fomentou uma prática duvidosa — a constitucionalidade superveniente —, bem como modulou a teoria da nulidade. Na prática, mesmo sem admiti-lo expressamente, a Corte atuou para que a Constituição se curvasse aos fatos.

⁴²⁷ "Em relação à obrigatoriedade de o presidente seguir a lista, cumpre ressaltar que, embora a Constituição não tenha estabelecido referida normatização, a tradição histórica alusiva à sua observância (desde 2003) praticamente já consolidou aquilo que a doutrina intitulou 'costume constitucional', o qual se constitui na reiteração de comportamentos por parte órgãos soberanos, criando uma legítima expectativa de que não será rompida determinada tradição ou uso, inexistindo, ainda, um parâmetro mínimo de tempo para sua configuração" (Nunes, 2021).

própria Constituição (Hesse, 2009, pp. 155-156), ou seja, os **usos** dos poderes constituídos teriam aptidão para reformar a obra documentada pelo poder constituinte. No Brasil, esta foi a essência do expediente que passou a ser conhecido como Doutrina Temer (Nascimento, 2023, p. 325), construção desenvolvida para estabelecer a interpretação constitucional — **frise-se: do próprio Parlamento** — a ser conferida ao artigo 62, § 6º, da Constituição⁴²⁸. O texto constitucional estabelece que, havendo inércia da apreciação de medida provisória, no prazo assinalado, **todas** as deliberações ficam sobrestadas pelo regime de urgência na tramitação. Goste-se ou não, o texto constitucional contemplou **todas**. Porém, o ex-Constituinte Michel Temer, à época Presidente da Câmara dos Deputados, interpretou a norma constitucional para dela extrair que somente matérias passíveis de serem disciplinadas por medida provisória seriam sobrestadas⁴²⁹. O propósito era assegurar o poder de agenda do Parlamento perante a edição abusiva de medidas provisórias pelo Poder Executivo. Pois bem. O Supremo Tribunal Federal submeteu a Constituição a essa realidade inconstitucional, cancelando a chamada Doutrina Temer⁴³⁰. Uma mutação à Jellinek.

Em Laband e Jellinek, bem analisadas as coisas, “não há limites para a mutação constitucional e é impossível traçá-lo” (Hesse, 2009, p. 154). As hipóteses desenvolvidas pelos publicistas alemães do século XIX, na verdade, se traduziam em práticas inconstitucionais. Esse ponto é crucial, porque, no Brasil, operou-se uma deturpação da terminologia adotada na tese de doutorado de Anna Candida da Cunha Ferraz, que disseminou o tema entre nós. A Professora classificava mutações contrárias ao texto como “**mutações inconstitucionais**”, **repudiando-as** (Ferraz, 1986, p. 9). No curso desse transplante, entretanto, o STF passou a referenciar a tese de Anna Candida, mas rebatizou mutações labandianas ou à Jellinek com a rubrica de mutações constitucionais, **invertendo o sinal de invalidade**.

Um rótulo bastante simbólico.

⁴²⁸ Art. 62, § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

⁴²⁹ Na prática, excluíram-se do bloqueio procedimental as propostas de emenda à Constituição, projetos de lei complementar, de decreto legislativo, de resolução e projetos de lei ordinária que versavam sobre assunto cuja abordagem é constitucionalmente proibida por medidas provisórias. Em entrevista concedida ao Podcast Onze Supremos, a Professora Roberta Simões, embora tenha se posicionado como favorável à razoabilidade da construção interpretativa, classificou a Doutrina Temer como “um costume *contra constitutionem*” (Nascimento, 2022). Logo, o que se tem é uma mutação à Jellinek.

⁴³⁰ STF, Plenário, MS 27.931, rel. Min. Celso de Mello, j. em 29/06/2017. Anos depois, o Ministro Gilmar Mendes qualificou a iniciativa da Doutrina Temer como “bom exemplo de aperfeiçoamento do direito constitucional pelo mecanismo da **derrotabilidade**” (ADI 6524, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15/12/2020).

Pois bem. Contemplado o desenvolvimento da categoria pelos publicistas alemães do século XIX, é necessário avançar. Alguns anos se passaram e o fenômeno já era percebido em outros continentes.

No Direito Constitucional canadense do início do século XX, consagrou-se a Doutrina da Árvore Viva, tal como invocada no caso *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] AC 124. Segundo esse construto, a constituição não deve ser vista como um fóssil imutável. Ao contrário, trata-se de um organismo vivo que, tal como uma árvore, cresce e se expande para alcançar novos valores sociais. Asseverou-se que a Constituição do Canadá deveria ser vista "*as a living tree capable of growth and expansion within its natural limits*". Como se vê, é uma questão importante demarcar com segurança jurídica as fronteiras desses "limites naturais". Ou, na contundente indagação apresentada pela Baronesa Hale de Richmond, "que estatura pode uma árvore viva atingir?" (Hale, 2011, p. 13).

A pergunta nunca foi respondida.

Acredita-se que o *leading case* do constitucionalismo canadense tenha influenciado a própria concepção de "documento vivo" que mais tarde se popularizaria nos Estados Unidos. Em *Tyrer v. the United Kingdom* (1978), a Corte Europeia de Direitos Humanos estabeleceu que a Convenção era um *living instrument*. Na análise da Baronesa Hale de Richmond, *Justice* da Suprema Corte do Reino Unido, "esse foi um eco, consciente ou não [...] das palavras de Lord Sankey em *Edwards v. Attorney General for Canada*" (Hale, 2011, p. 12).

Por fim, nos Estados Unidos, embora em um contexto diferente, a *ratio* subjacente a este debate foi travada por meio da metáfora da *living constitution*, concepção que acomoda alterações informais de significado no texto escrito. A ideia foi suscitada no século XX, tendo ganhado corpo na década de 60, quando senadores escrutinavam os indicados pela Presidência para um assento na Suprema Corte (Rehnquist, 1976, pp. 693 e 694).

É curioso perceber a velocidade com a qual a metáfora da *living constitution* disseminou-se no Brasil. Antes mesmo que "ganhasse corpo" nos EUA, o brasileiro Nelson de Sousa Sampaio, na obra "O Poder de Reforma Constitucional" (1954), já a empregava com entusiasmo⁴³¹. Anos depois, era possível encontrar o trabalho do constitucionalista português Marcelo Caetano (1987, p. 11), que, em obra vocacionada ao exame do Direito Constitucional

⁴³¹ Trata-se de uma obra rara, cujo achado foi apontado pela Professora Doutora Carolina Nobre Castello Branco, a quem registramos a gratidão por franquear o acesso ao teor do livro que guarnece o seu acervo pessoal.

Brasileiro, publicada no Brasil, defendeu uma interpretação "atualista" para que constituições permanecessem "vivas"⁴³².

Nos anos 90, em artigo específico sobre mutações constitucionais, a então Professora Titular da PUC, Carmen Lúcia, que anos depois notabilizou-se como Ministra do STF, escreveu que a recém-promulgada Constituição de 1988 não poderia ser uma norma "estática e sem vida" (Rocha, 1993, p. 162). Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 72), em monografia sobre mutações, classificou o documento como "um organismo vivo". Já no século XXI, a Ministra Rosa Weber, exprimindo-se como Presidente do STF — e, portanto, como porta-voz do Tribunal —, registrou as seguintes palavras na Apresentação da edição comemorativa de trinta e quatro anos da Constituição Brasileira (Brasil, 2022, pp. 5-6):

Como todo documento constitucional, a nossa Carta Política de 1988 tem dimensão histórica, servindo de testemunho da sociedade brasileira ao tempo de sua Assembleia Constituinte. De igual modo, *trata-se de documento vivo*, provando, a cada dia, sua adaptabilidade às transformações sociais, culturais e econômicas vivenciadas sob sua égide.

Os exemplos acima foram muito provavelmente inspirados na metáfora norte-americana da *living constitution*. Mas, é bom que se diga, uma pesquisa na História Constitucional Brasileira demonstra achados metafóricos do século XIX, mais precisamente nos discursos parlamentares de Joaquim Nabuco: "A nossa Constituição [...] é um organismo vivo que caminha e adapta-se às funções diversas que em cada época tem necessariamente que produzir"⁴³³. Como se vê, trata-se da mesma metáfora, empregada em um período anterior à popularização da expressão nos Estados Unidos e à própria Doutrina da Árvore Viva, razão pela qual o achado assume relevância.

Pois bem. Esses foram os possíveis campos de extração, de onde mutações foram trasladadas para o constitucionalismo do Brasil, ou seja, a mutação constitucional não é uma categoria autóctone no sistema jurídico brasileiro. Para além da metáfora, cumpre agora investigar sua introdução e disseminação em território nacional.

⁴³² Tudo indica que a passagem já constava da primeira edição da obra, publicada nos anos 70. A propósito, o autor, que foi primeiro-ministro de Portugal, faleceu no ano de 1980. Segundo ele, "a determinação no sentido das normas constitucionais não deve, por princípio, ficar agarrada à preocupação de fixar as intenções com que foram originariamente concebidas [...]" (Caetano, 1987, p. 12).

⁴³³ Discurso parlamentar proferido na Sessão de 29 de abril de 1879.

9.3.2 A chegada da Doutrina das Mutações Constitucionais no Brasil

O Vocabulário Jurídico de Augusto Teixeira de Freitas Senior (1882, pp. 202 e 206), publicado alguns anos antes da obra seminal de Laband, no século XIX, naturalmente não contemplava a exata expressão "mutações constitucionais". Mas chama atenção o fato de que, enquanto alguns trechos sugerem abordagens originalistas mais primitivas, fragmentos evidenciam ideias contrapostas ao significado original e favoráveis aos costumes:

A dispart a da *Lêi* é privativa do Soberano (hoje do Poder Legislativo), e aos Magistrados compete somente a **Interpretação Doutrinal** — Ab. de 12 de Maio de 1769, e Carta Regia de 6 de Setembro de 1816 :

As Leis devem-se accommodar aos costumes, para que são feitas e no que fôr justo e honesto — Alv. de 7 de Junho de 1755:

Não é da intenção do Legislador a pratica, e intelligencia d'ellas, muito onerosa ás Partes.— Alv. de 15 de Julho de 1755:

[...]

N'ellas é inadmissível a contradicção. — Lêi de 3 de Agosto de 1770 § 11, e amplial-as, ou limitial-ás, só pertence ao Summo Imperante. — Lêi de 20 de Outubro de 1763, e de 12 de Maio, e 4 de Dezembro, de 1769, etc.

[...]

Somente são admissíveis as interpretações das *Lôie*, que se-deduzirem do espirito d'ellas, **tomadas em seu genuíno e natural sentido**; e as que, por identidade de razão, e por força de compreensão se acharem dentro do seu espirito — Ord. Liv. 3.º Tit. 64 § 2.º, e Lei de 18 de Agosto de 1769 § 11 (grifo próprio)

[...]

Nas **Leis**, e **Decretos**, não ha palavra, que se-julgue inútil, e que não opere seu effeito.—Ass. de 22 de Outubro de 1778; não se pôde hesitar contra sua expressa disposição — Ass. de 20 de Dezembro de 1770, e de sua inviolável observância depende a sustentação das Monarchias — Alv. de 16 Novembro de 1771, etc.

No século XX, Carlos Maximiliano (2011, p. 227) se posicionou como adepto de uma interpretação evolutiva e, **substancialmente**, chegou a defender mutações constitucionais, embora sem usar essa terminologia. Mesmo assim, duas coisas precisam ser ressaltadas: (i) primeiro, a elevada deferência pelos limites impostos pelo texto. Esta era uma mutação inofensiva, porque incapaz de contrariar a própria redação⁴³⁴. Na prática, portanto, o próprio teor da linguagem estava sendo aplicado; (ii) o tema das mudanças informais não era consensual

⁴³⁴ Para se ter ideia, há teses de doutorado que chegam a identificar uma “Abordagem originalista em Carlos Maximiliano” (Morales, 2011, p. 121).

e tampouco disseminado na prática forense, mas sim uma sutileza acadêmico-doutrinária a ser apontada por juristas.

Há razões sérias para acreditar que, no final do século XX, Constituintes desconheciam a tese das mutações constitucionais quando elaboraram a Constituição de 1988. Em outras palavras, trata-se de um instituto concebido no exterior, cuja disseminação substancial só veio a ser efetuada após a promulgação da Constituição da República.

9.3.2.1 "Mutações constitucionais" representam uma categoria não autóctone, desconhecida pelos Constituintes e inexpressiva na Era Constituinte

Hoje, é tão natural falar em mutações constitucionais no Brasil que quase ninguém se pergunta se esta é mesmo a maneira correta de lidar com uma constituição escrita e rígida. Todos parecem acostumados com a presença de metamorfoses no texto constitucional e já não se questiona como tudo isso começou.

A mutação constitucional não é uma categoria autóctone no sistema jurídico brasileiro e há fundadas razões para acreditar que Constituintes desconheciam essa proposta quando elaboraram a Constituição de 1988. O Constituinte Nilson Gibson, durante os trabalhos na Assembleia Nacional, foi claro a esse respeito: "Teremos duas maneiras de modificar a Constituição: pela revisão e pela emenda"⁴³⁵. Estas eram as alternativas.

Em 28 de abril de 1987, chamado a se pronunciar como expositor nos trabalhos da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas, o constitucionalista José Afonso da Silva foi preciso a esse respeito: "Em primeiro lugar, quanto à reforma, a doutrina tem dito que ela é gênero, comportaria os dois tipos — a emenda e revisão"⁴³⁶.

A razão é simples. A obra em língua portuguesa que disseminou mutações constitucionais no Brasil, de autoria da Professora Anna Candida da Cunha Ferraz, só foi publicado no ano de 1986, ou seja, na véspera dos trabalhos constituintes⁴³⁷. Em se tratando de uma tese de doutorado concebida na USP, era esperado que as ideias abordadas fossem

⁴³⁵ DANC, Suplemento ao n.º 114, p. 98.

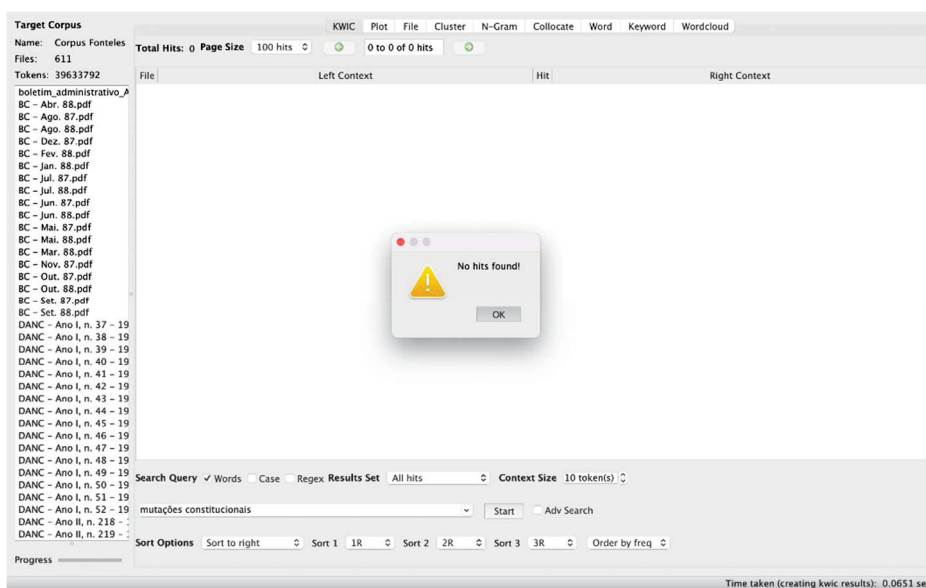
⁴³⁶ DANC, Suplemento ao n.º 114, p. 101.

⁴³⁷ Trata-se da obra "Ferraz, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986".

pretensamente inéditas e inovadoras⁴³⁸. Sem o auxílio da rede mundial de computadores, não houve tempo hábil para difundir essas novas ideias ao ponto de influenciar a Assembleia Nacional a acolher a tese de vanguarda.

Uma pesquisa no Corpus Fonteles demonstra quão influente foi essa doutrina na Era Constituinte (1987-1988). Com o auxílio de um *software*, efetuou-se uma leitura sobre uma base de dados com aproximadamente quarenta milhões de palavras expressas em documentos históricos da época. Simplesmente, a pesquisa empírica demonstra que a expressão “mutações constitucionais” não recebeu a atenção de quaisquer desses documentos.

Ilustração 4: Captura de tela do resultado da pesquisa realizada sobre o Corpus Fonteles — *software* AntConc



Fonte: *software* AntConc

Este é um resultado bastante relevante se considerado o **volume** hercúleo de dados pesquisados, que abrangem uma diversidade muito rica de fontes escritas e orais advindas de Constituintes, agentes políticos, professores acadêmicos, doutrinadores, magistrados e advogados. Dezenas de milhões de palavras foram vasculhadas.

⁴³⁸ Na introdução da reedição publicada em 2015, agora pela Editora Universitária do Centro Universitário FIEO, a Professora fornece uma pista histórica importante: sua tese de doutorado "trouxe à discussão tema bastante novo, pouco versado no Brasil e mesmo na doutrina estrangeira" (Ferraz, 2015, introdução).

Porém, o Corpus Fonteles identificou um único achado para a pesquisa no singular. A expressão “mutação constitucional” foi mencionada em um trabalho assinado por Carlos Roberto Pellegrino, intitulado “Compromisso Constituinte”, que veio a ser publicado na Revista de Informação Legislativa no último trimestre de 1987. Nele, o Professor da UnB veio a abordar a eficiência das constituições em função do fator tempo e sustentou a correta premissa de que “mutável é a sociedade” (Pellegrino, 1987, p. 38). Após colacionar um precedente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o articulista descreve, então, o à época nebuloso fenômeno da “mutação constitucional”, por força da qual “[...] normas constitucionais vão se modificando lentamente, embora as palavras, os conceitos lançados formalmente permaneçam inalterados” (Pellegrino, 1987, p. 39). Chama atenção o fato de que, em uma das duas modalidades de mutações constitucionais expostas pelo docente da Universidade de Brasília, “produz-se uma *praxis* que se contrapõe com o texto” (Pellegrino, 1987, p. 39). Este aspecto é importante de ser percebido. A realidade passa a destoar do texto constitucional e, em vez de ser conformada pela sua força normativa, conforma-o.

Pois bem. Ainda no referido artigo, único — que, por ora, se tem conhecimento — produzido na Era Constituinte, Pellegrino demonstra contato com autores que realmente desenvolveram a doutrina das mutações constitucionais: Jellinek e Hsü Dau-Lin (1987, pp. 35 e 40), mas **em momento algum o trabalho pioneiro de Anna Candida da Cunha Ferraz, publicado no ano anterior, veio a ser mencionado**. Isso sugere a influência ainda inexpressiva exercida sobre a comunidade acadêmica, o que veio a se alterar poucos anos depois.

A primeira vez que o Supremo Tribunal Federal menciona o estudo de Anna Candida da Cunha Ferraz, do que se conhece, é no MI 107-3-DF, no ano de 1989, quando já concluídos os trabalhos constituintes. Assim, nem mesmo o referencial da jurisprudência do STF estava disponível quando o assunto eram as pretensas “mutações constitucionais”. Não havia registros do assunto na mais Alta Corte⁴³⁹.

⁴³⁹ Atualmente, pesquisando-se a expressão “mutação constitucional” na base de dados intitulada Vocabulário Jurídico Tesouro, tal como disponibilizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, consta: “(...) denominam-se mutações constitucionais, expressão que Anna Cândida [sic] da Cunha Ferraz utiliza para os processos informais que, sem contrariar a Constituição, alterem ou modifiquem o sentido, o significado ou o alcance das suas normas, rotulando como inconstitucionais os procedimentos que ultrapassem os limites da interpretação e produzam resultados hermenêuticos incompatíveis com os princípios estruturais da lei fundamental. (Coelho, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22).”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesouro/pesquisa.asp>. Consulta em: 28/09/2023, 23:35. A propósito, a passagem enuncia um interessante paradoxo: o curioso caso em que, a um só tempo, modifica-se a Constituição sem contrariá-la.

Seria demasiadamente ingênuo ignorar que o fenômeno das mutações poderia ser conhecido na Era Constituinte por meio de outras palavras ou expressões. Mas o exame da tese de doutorado de Anna Candida permite identificar as mais disseminadas: “processos oblíquos, processos não formais, processos de fato, revisão informal, mudança material, são alguns dos rótulos usados [...]” (Ferraz, 1986, p. 12). Por uma questão de cuidado, optou-se por incluir nesse rol um brocardo latino⁴⁴⁰, a metáfora da *living constitution* e sua correlata tradução “constituição viva”, assim como variações na grafia de expressões já apontadas (v.g processos informais).

Vasculhando-se nas quase 40.000.000 de palavras registradas nos documentos históricos do Biênio Fundante (1987-1988), do rol de sinônimos e variações terminológicas para mutações, somente “constituição viva” foi a expressão identificada. Mesmo assim, curiosamente, como uma refutação à hipótese das mudanças informais. O primeiro achado, que consta de um exemplar do Diário da Assembleia Nacional Constituinte, para dizer que aquele incumbido de vivificá-la seria... o próprio Congresso Nacional. Neste caso, a renovação da constituição viva se daria por meio de “emendas supressivas, modificativas ou aditivas”, não por outro meio⁴⁴¹.

Ilustração 5: Fragmento do Diário da Assembleia Nacional Constituinte

E aquele Congresso dotou esta Assembléia de poderes expressamente constituintes, livres e soberanos, para dotar o País de uma nova Carta constitucional. Somente para isto, sem nenhuma outra atribuição que não fosse esta, porque soberano mesmo será o Congresso que, depois de passada a Constituinte, guardará para si o poder de reformar a Constituição.

Aliás, Rui Barbosa, afirmou, reiteradas vezes, que o Congresso é a Constituição viva, que se renova no todo ou em parte por emendas supressivas, modificativas ou aditivas, a cada instante.

A declaração — frise-se: “constituição viva, que se renova [...] por emendas” — foi proferida pelo Constituinte Cardoso Alves, também advogado, e abriga uma *ratio* que se sagrou vitoriosa na versão final do texto promulgado: à maneira como concebida, toda emenda à

⁴⁴⁰ O Dicionário Jurídico Brasileiro de Washington dos Santos (2001, p. 303), publicado no ano de 2001 pela Editora Del Rey, não contempla a expressão mutação constitucional. Indica, porém, o brocardo “Mutationes facti, jus mutatur – [...] Mudanças no fato, direito mudado ou muda-se o direito, mudando-se o fato”.

⁴⁴¹ DANC n.º 7, Ano I, 1987, p. 180.

Constituição de 1988 requer a vontade isolada ou conjugada do Parlamento (Fonteles, 2022, p. 43). Emendas são propostas pelo Parlamento ou, quando oriundas da Presidência da República, são aprovadas pelo Parlamento⁴⁴². Nota-se que, para alterar o texto constitucional, parlamentares são sempre chamados para que se pronunciem a este respeito, afinal, são mandatários do povo brasileiro. A tese da mutação contraria esse específico *design* constitucional consagrado no texto final, cujo prenúncio já poderia ser verificado nas palavras do Constituinte Cardoso Alves.

Mas há outro aspecto indissociável desse raciocínio. Tal como aprovado, o texto constitucional exige também a participação dos Estados-membros, o que se concretiza no Senado Federal⁴⁴³. Analisando-se as fontes documentais, colhe-se que os Constituintes deliberadamente escolheram dar aos entes federativos a voz e a vez, como é próprio na aliança do Federalismo. É o que se verifica no fragmento do parecer abaixo⁴⁴⁴:

Ilustração 6: Fragmento do parecer da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, Relatórios e Pareceres aos Anteprojetos das Subcomissões

A participação das Assembleias Legislativas dos Estados, além de democratizar o processo de alteração à Lei Maior, visa, sobretudo, a conferir às alterações maior legitimidade, uma vez que, membros da União, devem eles ter direito de participação no processo que objetive modificar as regras dessa "União indissolúvel", como expresso em todas as Constituições republicanas. Ressalva o parecer, ainda, que, quanto à iniciativa, o Anteprojeto restaura a tradição democrática das Constituições de 1981, 1934 e 1946, que conferiram às Assembleias Legislativas competência para a iniciativa de modificação da Lei Maior. Entendeu, contudo, a Subcomissão, que não bastava garantir-lhes o, direito de iniciativa; era necessário, também, dar-lhes voz na discussão e aprovação da proposta de modificação.

Uma vez conhecido o teor do documento ilustrado, que demonstra a importância de participação das ordens parciais na formação da vontade constitucional nacional, ainda é

⁴⁴² A regra acima funciona inclusive quando as propostas são apresentadas por mais da metade das Assembleias (art. 60, III, CF/88), porquanto estas representam os Parlamentos estaduais.

⁴⁴³ Ou na propositura, na medida em que, conforme se vê na nota anterior, mais da metade das Assembleias estão legitimadas para fazê-lo (art. 60, III, CF/88).

⁴⁴⁴ Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, Relatórios e Pareceres aos Anteprojetos das Subcomissões, Junho de 1987, p. 35.

possível sustentar, no Brasil, que magistrados federais reconheçam mutações constitucionais, *incidenter tantum*, nas sentenças prolatadas em ação civil pública? Se a resposta for sim, um(a) magistrado(a) de uma única unidade federativa (União), na prática, estará a emendar o texto constitucional à revelia dos Estados-membros. Neste caso, os efeitos transindividuais da decisão submeterão os brasileiros a uma "constituição" bastante peculiar e talvez pessoal. À medida em que o tema é aprofundado, mais problemas complexos se apresentam no que concerne à acoplagem dessa doutrina⁴⁴⁵.

Esclarecida essa incompatibilidade, convém progredir na análise dos achados. No segundo achado, localizado em uma edição do Boletim da Constituinte⁴⁴⁶, o Constituinte Egídio Ferreira Lima classifica o texto constitucional iminente como “fascinantemente vivo”, mas não porque permeável a mutações.

Ilustração 7: Fragmento do Boletim da Constituinte

CONSTITUIÇÃO VIVA - A Constituição, prestes a ser promulgada, é, para o deputado Egídio Ferreira Lima (PMDB-PE), moderna, inovadora e viva. Pela opinião expressa do parlamentar, o texto constitucional chega a ser fascinantemente vivo, porque traduz os anseios do povo e tem nas suas entranhas as veias e o sangue da sofrida sociedade brasileira.

A nova Constituição, reconhece o representante pernambucano, apresenta largas falhas, mas possui, em contrapartida, grandes virtudes. Os defeitos, na sua ótica, serão paulatinamente corrigidos pelo processo de emendas na revisão do texto, prevista para 1993.

⁴⁴⁵ Se juízes de Direito podem reconhecer mutações constitucionais no controle difuso, e prevalece que sim, tal contribui para um estado de coisas onde, de repente, a mesma Constituição será invisivelmente emendada em apenas uma de duas comarcas contíguas. Na mesma Vara, poucos anos depois, a emenda invisível pode vir a ser alterada por mais uma emenda invisível, ou seja, por uma segunda mutação constitucional. Por fim, em tese, a última poderá ou não respristinar o significado original. Dificilmente tamanha informalidade se compadeceria com a segurança jurídica. Os problemas práticos provenientes da hipótese que coloca mudanças informais do texto constitucional à disposição de juízes e membros do Ministério Público são inúmeros, razão pela qual somente dois serão fornecidos. Figure-se que um promotor de justiça resida fora da comarca onde atua, violando expressa norma constitucional (art. 129, § 2º). Contudo, perante o órgão correicional, o membro argumenta que a base fática que fundamentava o significado original foi sensivelmente alterada, afinal, hoje, ao contrário de 1988, audiências são virtuais, computadores permitem a prática dos atos da atividade-fim e a disseminação de celulares viabiliza o contato por meio de canais oficiais. Restará à Corregedoria mergulhar no universo pantanoso de quem se aventura em afirmar ou infirmar mutações constitucionais. Ou ainda: eleições em uma dada comarca já não aconteceram no primeiro domingo de outubro, como reza a Constituição (art. 29, II). Porque não debelada a pandemia (SARS-CoV-2), entendeu-se que mudanças no contexto fático teriam imprimido uma mutação, a permiti o adiamento em algumas semanas. Dificilmente seria possível refutar que as mudanças fáticas descritas efetivamente ocorreram e de maneira radical. Nem por isso se tem entendido que o texto foi impactado.

⁴⁴⁶ Boletim da Constituinte n.º 294, 23/09/1988.

Pelo contrário, a expressão “constituição viva”, tal como veio a ser publicada e que consta do fragmento do Boletim acima, denota que o texto “vivo” deveria ser aprimorado e corrigido pelo “processo de emendas”. Para além de Rui Barbosa, esse padrão linguístico já foi empregado, no passado, pelo *Justice* Hugo Black. Ao referir-se à constituição dos EUA como “documento vivo”, Black (1968, p. 21) descreveu que ela deveria mesmo ser alterada para acompanhar novas demandas sociais, mas isto deveria ser feito por meio do processo de emendas. Disso se seguiria que os jurisdicionados não seriam governados pelos mortos; em vez disso, todos seriam governados por uma Constituição (Black, 1968, p. 21). Portanto, o caráter vivo da constituição era preservado por emendas atualizadoras, não por outra coisa. Portanto, a figura de linguagem empregada pelo Constituinte brasileiro não exprimia a ideia de um documento vulnerável à informalidade ou desvencilhado da forma prescrita.

A metáfora da “constituição viva” na referida fonte original não compartilhou uma identidade semântica com a mesma metáfora no contexto mais recendo do constitucionalismo norte-americano. Neste segundo caso, a figura de linguagem passou a ser estrategicamente utilizada para amoldar-se aos impulsos humanos. Com isso, mesmo baseada em premissas enganosas, a retórica se torna convidativa. Quem preferiria o que está morto àquilo que está vivo? Em célebre artigo, Rehnquist chegou a dizer que, aparentemente, é como se apenas um necrófilo pudesse discordar da ideia de que uma constituição viva é superior a uma morta (1976, p. 693). A maioria dos seres humanos cultiva um instinto primitivo quase invencível de optar pela vida, não pela morte. Sucede que constituições não estão vivas ou mortas, porque não são e nunca foram seres vivos. Uma constituição escrita é um documento e o valor de um documento está na fidedignidade das informações documentadas. Se se pode dizer que uma Constituição é um ser, trata-se de um ser **inanimado**. Fosse mesmo um organismo vivo, hoje seria possível encontrar na Constituição de 1988 palavras como “antirracista”, “antimanicomial”, “aporofobia”, “capacitismo”, “empoderamento”, “etarismo”, “feminicídio”, “gentrificação”, “gerontofobia”, “gordofobia”, “necropolítica”, “negacionismo”, “ressignificar”, “sororidade” *etc*⁴⁴⁷. Nenhum destes vocábulos mais recentes consta do texto constitucional. Talvez seja possível vislumbrar o significado de alguns deles nas entrelinhas, porque razoavelmente derivam da linguagem empregada pelo Constituinte (v.g repúdio ao racismo e

⁴⁴⁷ O rol foi extraído da Academia Brasileira de Letras (ABL), que periodicamente divulga novas palavras na sessão Nossa Língua. Disponível em: <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/sobre-novas-palavras>. Acesso em 04/10/2023. Segundo a ABL, palavras ou expressões se tornam de uso corrente na língua portuguesa em virtude de neologismos, empréstimos linguísticos ou vocábulos que, embora já existentes há algum tempo, são agora utilizados com mais frequência ou com um novo significado.

antirracista), mas nem todos podem ser acomodados porque nem sempre haverá respaldo com base em evidências histórico-linguísticas. Neste caso, não é dado a um magistrado contrabandear palavras para inoculá-las no texto documentado. Para isso, existem as emendas.

Portanto, vivas são as **pessoas** que interpretam a Constituição. É preciso ter cuidado com metáforas que confundem realidade e ficção, sobretudo quando exercem uma influência teórica subliminar.

Apresentado esse adendo crítico, volta-se à apresentação dos dados sobre mutações. Todas as demais expressões identificadas como variações terminológicas, repita-se, não constam da base de dados. Tal reforça a hipótese de que essa doutrina não era tida como admissível pelos Constituintes, com a qual sequer tinham familiaridade.

A hipótese de que mutações eram desconhecidas é corroborada por meio de uma entrevista com o Constituinte Michel Temer⁴⁴⁸. Mesmo sendo Professor de Direito Constitucional e tendo demonstrado uma cultura jurídica incomum, Temer não se mostrou familiarizado com a expressão “mutação constitucional”⁴⁴⁹. A constatação levou a uma pesquisa mais detalhada sobre os seus escritos acadêmicos, mais especificamente a sua clássica obra “Elementos de Direito Constitucional”, publicada originalmente no ano de 1982. Consultando-se a 22ª edição, tal como publicada no ano de 2008, vê-se que nada se diz a respeito das mutações constitucionais — mesmo quando havia oportunidade para fazê-lo, a exemplo de tópicos como “Os limites da competência de reforma constitucional” (TEMER, 2008, p. 37) e “A revisão constitucional” (Temer, 2008, p. 39). Outra omissão relevante foi o silêncio de Celso Ribeiro Bastos sobre a categoria das mutações. Seu curso chegou a ser referenciado nos próprios documentos exarados por Comissões da ANC⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ A entrevista foi feita exclusivamente para esta tese de doutorado, no dia 10/05/2021, tendo sido documentada mediante gravação.

⁴⁴⁹ Embora o referido Constituinte **não** tenha discordado do fenômeno durante a entrevista. Após ser apresentado a esta categoria, Temer disse concordar com essa perspectiva e relacionou “isso que você chama de mutação constitucional” a decisões do Supremo Tribunal Federal que confirmariam, a seu juízo, o acerto da assimilação dessa ideia. Dentre elas, pesquisas com células tronco-embrionárias e abortamento de fetos anencéfalos. Apesar disso, não se sabe se por cortesia, diplomacia ou franqueza, Michel Temer ressaltou, por mais de uma vez, o elevado grau de complexidade das perguntas formuladas. De fato, não se trata de uma questão simples, mesmo para Constituintes experimentados no Direito.

⁴⁵⁰ Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, Relatórios e Pareceres aos Anteprojetos das Subcomissões, Junho de 1987, p. 33. Mesmo edições posteriores à promulgação da CF/88 ainda não mencionavam a expressão mutação constitucional, isto é, não se tratava de um assunto indispensável nos conteúdos programáticos da disciplina. Um olhar mais cuidadoso, entretanto, permite identificar esse fenômeno em pelo menos uma passagem sobre competências dos Municípios: “A imprecisão do conceito de interesse local

De maneira semelhante, em entrevista concedida para esta pesquisa, o Constituinte Irapuan Costa Júnior foi bastante incisivo quanto às mutações constitucionais: “eu acho que esse entendimento não prevalece nos lugares onde as constituições são mais sólidas e mais respeitadas.”. E concluiu: “isso [mudanças informais no texto, com aptidão para alterar significados ao longo do tempo] é abrir as portas para uma instabilidade institucional”⁴⁵¹.

Um aprofundamento nas pesquisas sobre documentos históricos da Assembleia Nacional Constituinte permitiu identificar o Anteprojeto do Relator da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas (Fase A). No documento, o Constituinte Nelson Friedrich, que o subscreveu, repudiou o reconhecimento de qualquer força jurídica a modificações informais, conforme se verifica na segunda parte do artigo 1º:

Ilustração 8: Fragmento do Anteprojeto do Relator da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas (Fase A)

TÍTULO

DAS GARANTIAS DA CONSTITUIÇÃO

CAPÍTULO I

DA INVIOABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Art.10.- A Constituição não perderá sua vigência se deixar de ser observada por ato de força ou se for modificada por meio diverso do previsto em seu próprio texto.

Parágrafo Único - Na hipótese de ato de força ou de modificação não autorizada, todo cidadão, investido ou não de autoridade, terá o dever de colaborar para o restabelecimento da plena e efetiva vigência da Constituição.

[...] oferece uma elasticidade que permite uma evolução da compreensão do Texto Constitucional, diante da mutação por que passam certas atividades e serviços.” (Bastos, 1990, p. 277). Como se vê, já havia, na subcomunidade linguística dos constitucionalistas, a assimilação do fenômeno como uma sutileza hermenêutica.

⁴⁵¹ A entrevista foi feita exclusivamente para esta pesquisa, em 06 de maio de 2021, e veio a ser documentada no Portal Migalhas, em Coluna Olhar Constitucional: <https://www.migalhas.com.br/coluna/olhar-constitucional/352802/conversando-com-o-constituente-originario-irapuan-costa-junior>. Esta foi a pergunta formulada na ocasião: “O senhor sabe, Senador, que, para alterar a Constituição de 1988, é necessário aprovar uma emenda, por 3/5, em dois turnos, nas duas casas. Há Professores de Direito sustentando que a Constituição poderia mudar, também, por uma maneira informal. Ou seja, o texto continua o mesmo - não há emenda constitucional -, mas, ao longo dos anos, o significado das palavras mudaria. Posso exemplificar: aproximadamente 15 anos depois de promulgada a Constituição de 1988, o Ministro Gilmar Mendes escreveu um artigo defendendo que a competência do Senado prevista no art. 52, X (suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF) havia mudado. O senhor acredita que uma Constituição possa mudar de significado sem emenda à Constituição?”.

Mais do que isso, a norma estabelecia um **dever fundamental** de repúdio contra qualquer “modificação não autorizada” que viesse a ser operada sobre a Constituição iminente. Todos os cidadãos brasileiros deveriam, portanto, se rebelar contra iniciativas dessa natureza.

O dispositivo ilustrado do anteprojeto do Relator sobreviveu ao filtro dos debates e emendas, permanecendo intacto no Anteprojeto da Subcomissão (Fase C). Evidências históricas indicam que este documento, por sua vez, “resultou [...] de um consenso entre seus membros, e de resto, entre todos os Constituintes, como o assevera o inexpressivo número de emendas apresentadas”⁴⁵². Tal demonstra o elevado consenso sobre o seu conteúdo entre Constituintes especificamente incumbidos de velar pela inviolabilidade da Constituição, vale dizer, pela disciplina das reformas e emendas.

Entretanto, nos Relatórios e Pareceres aos Anteprojetos das Subcomissões (Fase F), a Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições manifestou-se desfavoravelmente à manutenção do dispositivo⁴⁵³. No Substitutivo apresentado por este órgão, o enunciado que estabelecia um dever fundamental de repúdio às mudanças informais da Constituição havia sido removido.

Importa saber o porquê. Nas razões declinadas para a recusa, colhe-se que a Comissão classificou a iniciativa como “irrealista”, mesmo inspirada por um “elevado propósito”. Registrou-se que a constituição dos EUA seria a mais longa do mundo, mas nem por isso havia nela um dispositivo que proibisse a sua violação, exatamente porque “não existe ninguém que acredite ser possível fazê-lo impunemente”. Evocando a “observação irônica de Georges Burdeau” sobre os mecanismos de defesa da constituição austríaca, a Comissão insinuou que de nada adiantaria a previsão de normas como essa quando diante de rupturas manifestas: “funcionam como sismógrafos, que registram pequenos abalos, pois quando estes são grandes destroem o próprio aparelho destinado a registrá-los”⁴⁵⁴. A inserção dessa obviedade no anteprojeto, “contraditoriamente, ao invés de enaltecer a estabilidade da Constituição”, acabaria por “ressaltar a possibilidade normativa de que ela venha a ser agredida”⁴⁵⁵. Asseverou-se que

⁴⁵² página 32.

⁴⁵³ Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, Relatórios e Pareceres aos Anteprojetos das Subcomissões, Junho de 1987, p. 36.

⁴⁵⁴ Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, Relatórios e Pareceres aos Anteprojetos das Subcomissões, Junho de 1987, p. 36.

⁴⁵⁵ Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, Relatórios e Pareceres aos Anteprojetos das Subcomissões, Junho de 1987, p. 36.

o prestígio de uma Constituição não decorre do documento em si mesmo que ordena seja respeitado, mas de fatores externos.

Como se percebe, não foi a ideia de que o texto constitucional somente poderia ser alterado pela forma prevista que veio a ser refutada na Comissão. Esse aspecto não foi exatamente contestado. Pelo contrário, o argumento central até foi recebido com naturalidade, mas o simples fato de afirmar a inviolabilidade da Constituição causou uma estranheza pragmática. Constituições longevas nunca precisaram de autoafirmações como essas, razão pela qual entendeu-se que seria mais sábio não assumir a violação constitucional como uma possibilidade a ser reprimida.

Evidências históricas convergem para a hipótese de que mutações constitucionais, hoje tão naturalizadas, não representavam um fenômeno minimamente conhecido na Era Constituinte (1987-1988), tampouco consensual. Em outras palavras, os dados apontam que a categoria não era aceita como uma via legítima no Biênio fundante e, por conseguinte, não exerceu influência nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Tudo indica que somente a reforma e a revisão foram consideradas como vias positivadas, porque postas à disposição dos poderes constituídos.

Esta é a última conclusão possível a ser alcançada pela História do Direito, ramo do saber cuja natureza **não é prescritiva**. Logo, a partir de então, considerações sobre se mutações constitucionais *devem* ser descartadas já não pertencem aos domínios dessa abordagem. Em virtude disso, a partir de uma leitura originalista que prestigia os Métodos Originais (*Original Methods*), é possível avançar para concluir pela rejeição da doutrina das mutações constitucionais, na medida em que não representavam o estado da arte na Era Constituinte.

9.3.2.1.1 *A solução encontrada pelos Constituintes para lidar com o fenômeno das mutações sociais, políticas e econômicas: utilização de cláusulas vagas*

A esta altura do raciocínio, talvez fosse levantada a hipótese de que, absorvidos por um hercúleo trabalho técnico, Constituintes brasileiros não estavam em condições propícias para ruminar sobre questões filosóficas, sociológicas e antropológicas. Logo, eles jamais trabalhariam com a pressuposição de um fenômeno tão refinado como o das mutações sociais.

Sucedde que também esta hipótese é infirmada por documentos históricos. É o que se verifica na Emenda 400236-9:

Ilustração 9: Emenda 400236-9

AUTOR		EMENDA 400236-9
NELTON FREDIRCH		
PLENARIO/COMISSÃO/SUBCOMISSÃO		
COMISSÃO da Organização Eleitoral, Partidária e Garantias das Instituições.		
TEXTO/JUSTIFICAÇÃO		
00 Art. 8º passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 8º. O mandato dos senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores é de quatro anos. JUSTIFICAÇÃO: a) Face as mutações sociais, políticas e econômicas, existentes entre nós, são fundamentais constantes avaliações sobre o desempenho dos representantes do povo; b) é preciso, também, criar oportunidades de novas opções ao eleitor; c) afinal, o oxigênio da democracia são eleições.		

O documento é bastante claro quando se refere às “**mutações sociais**, políticas e econômicas, **existentes entre nós**” (grifo próprio). É historicamente incorreto subestimar Constituintes, porque eles e elas conheciam, sim, o fenômeno das mutações sociais e assumiam a facticidade dessa circunstância como uma realidade sociológica contemporânea à Era Constituinte. Nem por isso, entretanto, se pode dizer que trabalhavam com a vanguardista hipótese acadêmica das mudanças informais operadas sobre o texto que redigiam.

Mas é possível ir além. Evidências histórico-linguísticas demonstram que Constituintes brasileiros tinham ciência de que o significado original das palavras se alterava com o tempo, inclusive ao longo das constituições que se sucediam. Por isso, alguns deles e delas se empenhavam para alcançar esses novos significados por meio do iminente texto constitucional, o que consideravam como algo desejável.

Por exemplo, segundo a Constituição de 1988, “[n]a ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras” (art. 178, parágrafo único). Nas palavras do Constituinte Lael Varella, ao propor a emenda 6B0003-6, “[c]reio que esta redação

é bem mais ampla e permite melhor **aplicação futura** do texto constitucional. A expressão navegação de cabotagem **sofreu uma longa evolução com o decorrer do tempo**, pois vem desde a Constituição Republicana de 1891 [...]", esclareceu. Em virtude disso, concluiu Varella: "[...] o texto proposto é mais abrangente e contempla **situações que, nesses anos todos, alargaram o sentido original de cabotagem**" (grifo próprio). O trecho demonstra cabalmente que sentidos originais de palavras constitucionais podem ser alargados e alguns Constituintes deram sinais muito claros de que sabiam disso.

Nem por isso, como se vê, Constituintes pressupunham ou assumiam mudanças informais. A menos, é claro, que houvesse um pacto secreto para não abordar esse assunto. Não seria produtivo enveredar para elucubrações dessa natureza. No plano real, em vez de mutações constitucionais, eles e elas optaram por empregar cláusulas dúcteis, deliberadamente mais vagas, com o manifesto propósito de acomodar as mudanças operadas pelo tempo. Em outras palavras, a **linguagem constitucional** já era calibrada para permitir a acomodação de situação futuras, imprevistas, à semelhança de quem adquire um imóvel com mais cômodos do que a necessidade imediata, porque não é possível antecipar as contingências do destino. Com isso, empregava-se uma **linguagem de precaução**. O texto constitucional era, de antemão, originalmente concebido com o propósito de que gerações futuras tivessem uma maior liberdade de conformação para vivenciar cláusulas mais vagas.

Por exemplo, há pelo menos uma evidência histórica de que a Ordem Econômica, que hoje está alocada no Título VII do texto promulgado da Constituição de 1988, foi concebida com base em expectativas que se aproximam de um *Framework Originalism*⁴⁵⁶. Estas as palavras do Constituinte Virgildásio de Senna:

As propostas que visam a imobilizar futuras gerações, através de disposições constitucionais rígidas, no que tange ao seu direito de decidir sobre essas questões na conformidade de sua experiência histórica e da correlação das forças sociais e políticas que emergirão na sociedade, **o Anteprojeto [...] persegue** oferecer soluções a nossa presente crise institucional e econômica e **legar** àqueles que serão, **institutos constitucionais flexíveis, ágeis e capazes de resolver, no tempo futuro, as questões que lhes forem colocados** (grifo próprio).

⁴⁵⁶ Introdução ao Anteprojeto da Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime de Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica. Suplemento ao n.º 103, 24 de julho de 1987, p. 116.

Alguns membros da ANC pareciam nutrir até mesmo expectativas de que significados evoluíssem, o que se infere dos dizeres do Constituinte Arthur da Távola⁴⁵⁷:

Quando relator da Comissão respectiva, fui o autor – e derrotado nesse mister, como devo ser derrotado novamente nesta posição agora – da idéia de que, no capítulo da educação, a abertura formule apenas a norma geral que preside a educação no País, não a definição de seu conteúdo. Em primeiro lugar, **pelo caráter extremamente mutante dos conteúdos dentro da dinâmica social; [...] Ao formular, desta forma, o princípio geral constitucional, estamos deixando a Nação livre [...]. Uma definição filosófica do conteúdo da educação brasileira, por melhor que seja, ela de alguma forma cristaliza, paralisa, congela a realidade, que naquele instante constituinte foi realidade para os elaboradores da Lei Maior. Porém, dentro da dinâmica social [...] ficaria sobrando, porque adstringiria o processo educativo e toda a orientação do processo educativo ou aquele particular.** Não acredita V. Ex.^a que o ideal de uma sociedade é gestado por ela, sociedade, na sua dinâmica diária? **As sociedades podem, inclusive, descobrir no seu trabalho permanente, valores novos que, muitas vezes, escapam ao texto constitucional por melhor que ele seja.** A minha colocação não analisa a essência da matéria; ela talvez seja até superficial, de sistemática constitucional, ou seja, a **Constituição como algo que propicia à sociedade possibilidade de existir, variar, resolver-se** na sua diversidade e não como propriamente algo com que tutelar-se a sociedade na sua dinâmica e no seu desenvolvimento, ainda que essa tutela viesse através dos mais elevados princípios eternos e permanentes do desenvolvimento humano (grifo próprio).

A preocupação externada por Arthur da Távola era exatamente a de convencer seus pares na feitura de um texto adstrito às diretrizes, sem incursionar na minudência dos conceitos. Assim, entendia o Constituinte, a sociedade teria um documento maleável para acomodar a futura descoberta de novos valores⁴⁵⁸.

Muitos originalistas admitem que, em tese, os *Founders* podem mesmo delegar para legisladores futuros uma parcela de discricionariedade para a tomada de decisões (Whittington, 2004, p. 611; Wurman, 2017, p. 5; Balkin, 2011, p. 6). Na específica visão de Balkin, por exemplo, como já foi vista do início desta tese, o método do texto e princípio exige do intérprete uma atenção especial ao tipo de linguagem constitucional. O Constituinte emprega regras

⁴⁵⁷ Constituinte Arthur da Távola, Suplemento “B” ao n.º 171, 1988, pp. 487-488.

⁴⁵⁸ No mesmo sentido, Nelson Jobim: “[...] não obstante possamos estabelecer e criar uma regra constitucional que formalmente seja adiantada, que formalmente represente a visão de um horizonte histórico futuro, que não importe na cristalização dos nossos padrões valorativos de hoje e que não importe na reprodução e no engessamento da sociedade através dos critérios que temos hoje, é que poderemos, então, fixar uma regra futura **que possa ser plástica, porque suportará a evolução e as mudanças dos usos das palavras e dos conceitos** e fundamentalmente das categorias jurídicas.” (DANC n.º 137, Ano I, 1987, p. 5051). A ênfase, que não consta do original, esclarece bastante: assim como há regras **que podem ser** plásticas, existem também aquelas **que não conseguem essa plasticidade**. Algumas linguagens **suportam**. Outras, não. Ao fim e ao cabo, é o próprio Constituinte quem assinala, por meio da linguagem, se um dispositivo pode ou não cristalizar os valores da época.

quando pretende reduzir a discricionariiedade, ao passo que *standards* e princípios são empregados exatamente para canalizar políticas por meio de conceitos-chaves cujo significado será delegado às gerações vindouras (Balkin, 2011, pp. 6-7)⁴⁵⁹.

Cuida-se de uma premissa razoável que, à vista dos documentos históricos apresentados, se torna convincente na interpretação de alguns dispositivos constitucionais no Brasil. Em outras palavras, em contextos específicos do constitucionalismo brasileiro, é possível construir o conceito de uma **discricionariiedade geracional** constitucionalmente limitada, advinda do próprio **propósito original**. Em alguma medida, os Poderes constituídos e o povo brasileiro receberam da Constituição de 1988 uma valiosa liberdade de conformação. Observá-la não deixa de representar uma observância daquilo que originalmente se concebeu. Por outro lado, a radicalização e banalização dessa ideia, por exemplo, para estendê-la às cláusulas pétreas, pode acabar por aniquilar os limites intergeracionais impostos pelo documento.

É incorreto confundir um texto maleável, cuja linguagem foi cuidadosamente escolhida de antemão pelos próprios Constituintes, com mutações constitucionais, estas no campo clandestino da informalidade. A distinção, embora sutil, já foi percebida por alguns juristas mais refinados: “[...] essas mudanças [...] não devem ser explicadas simplesmente como mutações constitucionais; têm lugar antes no marco de uma ordem constitucional concebida *ab initio* como algo aberto e flexível, suscetível de adaptar-se a circunstâncias diversas e cambiantes” (Hesse, 2009, p. 149). Aqui reside, certamente, a fronteira cinzenta entre Originalismo e *Living Constitution*.

9.3.3 Da acoplagem da categoria das "mutações constitucionais" na ordem constitucional de 1988: uma importação acrítica

Embora seja hoje minoritária na Suprema Corte dos EUA, a ideia segundo a qual um mesmo texto constitucional pode adquirir novos significados, em um processo informal de mudança, tornou-se bastante influente entre acadêmicos norte-americanos. Para essa gama de

⁴⁵⁹ No Direito Constitucional Comparado, também é possível encontrar trabalhos que assumem a premissa segundo a qual os Constituintes mundo afora conferem maior ou menor liberdade às gerações vindouras, a depender da linguagem constitucional utilizada: regras sugerem uma menor liberdade de conformação, ao passo que *standards* e princípios atuam como um permissivo mais generoso para essa autodeterminação futura (Tew, 2017, p. 725-726).

professores, três grandes razões justificam a acomodação dessa doutrina: **(i)** a constituição norte-americana foi redigida em 1787 e entrou em vigor em 1789, ou seja, há muito se pode dizer que os *Founders* estão mortos; **(ii)** hoje, é quase impossível formalizar uma emenda à Constituição desse país, que, em mais de dois séculos, só foi reformada 27 (vinte e sete) vezes⁴⁶⁰; **(iii)** um documento conciso, lacônico, é mais permeável a um desenvolvimento pela jurisprudência.

Corroborando o nexó etiológico entre esse *design* constitucional e as mutações, trabalhos acadêmicos têm asseverado que “[h]á uma relação direta entre tempo, extensão e dificuldade de emenda da Constituição e essas mudanças (Lutz, 1994)” (Sampaio, 2018, p. 24). Segundo José Adércio, “[n]os Estados Unidos, a longevidade, a natureza sintética do texto e um processo complicado de emenda se somam na viabilização do fenômeno” (Sampaio, 2018, p. 24)⁴⁶¹.

Tamanha a longevidade do documento, diz-se, criticamente, que conservar o significado do século XVIII equivaleria a fazer dos vivos pessoas governadas por ancestrais mortos (*dead hand problem*). Nesse cenário complexo, a literatura constitucionalista passou a defender uma válvula de escape na interpretação.

Diferentemente, no Brasil, as razões apontadas deixam de ser convincentes. A Constituição brasileira foi promulgada em 1988 e tem sido emendada de maneira rotineira. Sobre a abundância de emendas e metamorfoses no texto, já se asseverou que “[...] a prática de freqüentes reformas constitucionais [...]. [...] permitiu prescindir-se em boa medida da admissão de mutações constitucionais (Hesse, 2009, p. 150).

Por sua vez, muitos Constituintes estão vivos e ocupam posições de destaque no governo do país. Luís Inácio Lula da Silva, hoje presidente da República, foi membro da Assembleia Nacional Constituinte. Assim também Michel Temer, Aécio Neves, Geraldo Alckimin e Nelson Jobim. Embora seja próprio do Direito que leis elaboradas por pessoas mortas vigorem em uma sociedade de pessoas vivas, no Brasil, o caráter recente da Constituição de 1988 permite que vivos ainda estejam sendo governados por vivos.

⁴⁶⁰ Uma emenda exige a concordância de pelo menos 3/4 dos estados da federação, que se manifestam por meio dos seus parlamentos ou por outras maneiras previstas nas cartas estaduais, além de um consenso de 2/3 dos congressistas. Dito isto, é de se ressaltar que não há sequer consenso sobre a válida ratificação da Vigésima Sétima Emenda, principalmente pelo tempo decorrido até a aprovação pelo estado de Michigan (Tribe, 2008. p. 3).

⁴⁶¹ A associação entre mutações e o grau de dificuldade para emendar uma constituição é lugar comum na literatura (Bulos, 1997, p. 84; Dias, 2013, p. 9338), embora esses autores admitam o fenômeno em todas as constituições escritas.

9.3.3.1 Da relação entre mutações constitucionais e o tempo de uma constituição

O Originalismo é uma proposta de interpretação constitucional que se submete a oposições persistentes por parte dos seus críticos. É interessante perceber, entretanto, que muitos deles estão dispostos a uma concessão. Em se tratando de constituições recentes, mesmo os opositores do significado original admitem que a abordagem pode se tornar uma alternativa racional. Nesse contexto, alguns chegam muito perto de prescrevê-lo.

“Se estivéssemos lidando com constituições mais recentes ou dispositivos constitucionais recém-promulgados, o originalismo seria mais defensável” (Strauss, 2011, p. 138)⁴⁶². Estas palavras foram proferidas por David Strauss, um oponente do Originalismo na literatura mais recente. Na visão do Professor de Chicago, o tempo seria uma variável relevante em função da qual a jusfilosofia seria mais ou menos digna de ser defendida. Quando Strauss se posicionou sobre ser defensável buscar o significado original em constituições mais recentes, ele estava a criticar esse empreendimento em uma constituição que havia sido escrita há aproximadamente 224 (duzentos e vinte e quatro) anos.

No Brasil, a mesma percepção também já foi registrada por professores críticos da abordagem originalista. Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto já assinalaram: “...não é democrático que, pouco tempo depois da elaboração de um texto constitucional ou derivado, ele seja interpretado sem atenção ao que foi decidido na ocasião pelos representantes do povo” (Souza Neto; Sarmiento, 2012, p. 338). Para eles, há uma correlação entre o tempo e o significado original, conforme se verifica nesta passagem: “Pode-se dizer que a relevância do elemento histórico é inversamente proporcional ao tempo decorrido desde a edição da norma constitucional” (Souza Neto; Sarmiento, 2012, p. 338)⁴⁶³.

O que se entende por “constituições mais recentes” ou “pouco tempo depois da elaboração de um texto constitucional” são aspectos não esclarecidos pelos autores. A despeito disso, não é persuasivo sustentar que o significado imprimido por um povo à sua constituição escrita, com a pretensão de normatizar as gerações futuras, tenha expirado em apenas dez, quinze ou vinte anos. Sobretudo quando o procedimento de reforma do texto é simples o

⁴⁶² No original: “*If we were dealing with newer constitutions, or newly enacted constitutional provisions, originalism would be more defensible*” (Strauss, 2011, p. 138).

⁴⁶³ Em sentido contrário, é possível encontrar opinião respeitável segundo a qual mutações não exigem um lapso de tempo mais ou menos longo (Hesse, 2009, p. 152).

suficiente para que frequentemente aconteça. Admitir o contrário depõe contra o caráter duradouro do documento.

Apesar disso, no Brasil, uma pesquisa bibliográfica revela professores passaram a falar em "anacronismo" do significado constitucional original apenas 20 (vinte) anos depois de promulgado o texto. Por exemplo, Virgílio Afonso da Silva, titular da Cátedra de Direito Constitucional da USP (2011, p. 96).

Superando essa marca, bastaram 15 (quinze) anos da promulgação da Constituição de 1988 para que mutações à Jellinek fossem defendidas: contrariando evidências histórico-documentais deixadas pela Assembleia Nacional Constituinte, Gilmar Mendes sustentou o que lhe parecia, “sem qualquer exagero”, ser um “caso clássico de mutação constitucional” nas competências de um dos Poderes da República (Mendes, 2004, p. 165)⁴⁶⁴. A propósito, antes mesmo que qualquer prática consuetudinária se formasse.

De maneira inovadora, já não caberia ao Senado atuar conforme o figurino constitucional. Descaberia suspender, no todo ou em parte, uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, CF/88). Segundo Mendes, mesmo no âmbito do controle difuso, o atual papel a ser desempenhado pela Câmara Alta se limitaria a **publicizar** a decisão proferida pelo STF, à semelhança de um Diário Oficial da Justiça. Esperava-se que a tese fosse contraditada pelos senadores, mas, de maneira inusitada, o trabalho do Professor do IDP veio a ser disseminado na própria Revista de Informação Legislativa, ou seja, no periódico da Instituição cuja competência constitucional estava a ser amputada pela ideia ali defendida.

Uma pesquisa demonstra que não há respaldo histórico e documental para corroborar essa hipótese. Sobre o tema, é imprescindível examinar as palavras do Constituinte Michel Temer, por ocasião da 7ª Reunião Extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, em 28/4/1987, registradas nos fragmentos abaixo⁴⁶⁵:

Ilustração 10: Fragmento do Suplemento ao DANC

⁴⁶⁴ É o que se extrai do artigo "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional", assinado por Gilmar Ferreira Mendes em abril de 2004.

⁴⁶⁵ Suplemento ao n.º 81, Ano I, 20 de junho de 1987, p. 93.

Durante muito tempo, meditei sobre o papel do Senado no controle da constitucionalidade das leis. Aparentemente, este papel é inútil. Mas, verificando as competências na atual Constituição — faço essa pergunta, porque vai ser importante para a nova Constituição —, constatei que é competência privativa do Senado a suspensão da execução da lei, assim declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Mas V. Ex^a diz: Ora, bastaria o Supremo, na sua função de Corte constitucional, no instante em que exercita essa função, dizer que é inconstitucional, que não se aplica mais. O efeito seria *erga omnes*, em relação a todos os interessados. Entretanto, quando vejo essa disposição da Constituição atual, que espero ver reproduzida na próxima Carta Magna, verifico que, ao conferir essa competência ao Senado, talvez se tenha tido em vista exatamente aqueles instantes em que o Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, decide uma determinada matéria e, ao decidir concretamente, portanto exercendo a atividade nitidamente jurisdicional, em que há um litígio a ser solucionado pelo Judiciário, soluciona o caso concreto mediante a declaração de inconstitucionalidade da lei, assim trabalhada no caso concreto. Acho até, Sr. Ministro, que não é preciso nem a comunicação do Supremo Tribunal Federal ao Senado Federal. Basta que o Senado tome conhecimento

— e daí a soberania do Poder Legislativo e a competência privativa do Senado Federal, neste particular — de que num caso concreto se decidiu declarando a inconstitucionalidade, para que ele, imediatamente, no exercício sobranceiro de seu poder, suspenda a executoriedade daquela lei. O constituinte foi muito sábio quando disse “suspender a execução”, porque executar é dar, administrar. Portanto, no momento em que o Senado suspende a execução, aquela lei não pode mais ser dada, seu conteúdo não pode mais ser administrado aos jurisdicionados.

Nesse sentido, Sr. Ministro, pergunto: Cria-se ou não a Corte constitucional?

Confere-se ao Supremo Tribunal Federal, na sua composição atual, ou em uma composição ampliada, quem sabe, com membros vitalícios e também temporários — não sabemos o que a Constituinte vai decidir. Não é o caso de se manter essa competência do Poder Legislativo, por meio do Senado Federal? Até porque, quando

se confere ao Poder Legislativo essa competência, parece-me que é fruto de uma homenagem que o constituinte sempre faz à teoria da tripartição do Poder, ao inter-relacionamento dos Poderes. Veja V. Ex^a que a representação nasce do Executivo, é julgada pelo Judiciário, mas a suspensão da execução se dá pelo Legislativo. A missão é tão grande, neste sentido, Sr. Ministro, penso eu, tão grandiosa, que os três Poderes se entrelaçam para cumprir a finalidade de suspender a execução da lei.

Sustentou-se, com entusiasmo, a manutenção da competência do Senado, exatamente para prestigiá-lo como instituição e em apreço à separação dos Poderes. O interlocutor, a quem se dirigia o Constituinte Michel Temer, era um Ministro do STF convidado para pluralizar o debate na Subcomissão: Paulo Brossard.

Brossard foi muito além da proposta de Michel Temer. Não apenas assimilou o modelo sugerido pelo Constituinte, segundo o qual a decisão do STF operaria efeitos *inter partes* — porquanto dependente da atuação do Senado para que a lei fosse suspensa —, mas avançou para acrescentar que essa Casa legislativa deveria ter a discricionariedade para decidir se e quando suspender a norma declarada inconstitucional pela Corte. Para Brossard, a competência do Senado se traduziria em uma faculdade, não em uma imposição. Nesse sentido⁴⁶⁶:

⁴⁶⁶ Suplemento ao n.º 81, Ano I, 20 de junho de 1987, p. 94.

Ilustração 11: Fragmento do Suplemento ao DANC

Quando o Supremo Tribunal Federal julga uma questão, reputa inconstitucional uma lei num determinado caso, às vezes ele o decide por maioria de um voto — isso não é incomum. Cabe politicamente indagar se convém suspender a execução de uma lei que o Supremo Tribunal Federal dividiu ao meio e por diferença de um voto apenas inclinou-se pela inconstitucionalidade, pois amanhã, pode mudar a composição do Tribunal, um Ministro se aposentar, outro de orientação diferente assumir e decidir o contrário, também por um voto.

Obviamente, não seria conveniente que se suspendesse a execução da lei com base num julgado, até por que um julgado pode ser objeto da crítica pertinaz séria, científica e, amanhã, o próprio Tribunal dirá: Não, a decisão não estava correta, não é inconstitucional. Parece-me claríssimo que o Senado tenha discricionariedade para suspender a decisão ou não, segundo o seu critério, o seu juízo. Não teria sentido se essa atribuição fosse dada ao Senado em caráter quase que congente.

Recordo ter ouvido, certa vez, uma frase de Pontes de Miranda que diz: "O Senado não é cartório do Supremo Tribunal Federal". Não está nos livros. Outra vez, em conversa com o Mestre Baleeiro, S. Ex.^a disse-me não saber disso. Porém, no seu livro S. Ex.^a afirma mais ou menos isso: "O Senado não é o porteiro dos auditórios..." É uma velha expressão do foro.

Tenho como evidente que o Senado, discricionariamente, suspende a execução ou não. Pode suspender sem que o Supremo Tribunal Federal lhe faça comunicação. Mas, hoje, é de regra, creio até que é regimental. Penso que para que haja boas relações, se o Tribunal julgar a lei inconstitucional, comunicará a decisão ao Senado, para que este tome as providências quando e se lhe aprouver.

Disso se percebe o abismo existente entre os debates registrados nos documentos históricos e a proposta de "mutação constitucional" alegada por Gilmar Mendes, 15 (quinze) anos após a promulgação da Constituição Federal. Vê-se que a preocupação na Assembleia Nacional Constituinte era a volatilidade dos entendimentos do STF, que poderiam flutuar, ao longo do tempo, de uma maneira que colocasse em risco a própria segurança jurídica. Ponderou-se que poderia ser temerário precipitar-se na suspensão de uma lei declarada inconstitucional por uma maioria circunstancial, de modo imediato e irrefletido.

Como é do conhecimento de todos, a competência do Senado para suspender a norma declarada inconstitucional pelo STF se sagrou vitoriosa na Assembleia Nacional Constituinte e consta, hoje, do texto promulgado (art. 52, X). Apesar das evidências apontadas, 15 (quinze) anos depois, na opinião do professor Gilmar Mendes, a Constituição teria mudado sem que o seu texto tenha mudado. A hipótese acadêmica levantada, como se percebe, não pode ser confirmada ou infirmada, porque mutações são invisíveis.

Analisando-se os votos de Ministros do STF, o *record* de Gilmar Mendes na defesa precoce de mutações é superado. Luís Roberto Barroso chegou a considerar que 10 (dez) anos seriam suficientes para que mudanças na realidade tenham operado uma mutação constitucional.

Uma obsolescência semântica tão breve, como se percebe, esteriliza o caráter duradouro do documento⁴⁶⁷.

É implausível que uma mutação constitucional seja invocada para sustentar a atrofia das competências do órgão em nome do qual atua o intérprete. É de todo improvável que mutações sejam apontadas quando trazem ônus, não bônus. Coincidentemente, "mutações constitucionais" costumam elevar os poderes de quem as proclama. A propósito, Mark Tushnet (1999, p. 7) já advertira: *"it would not be surprising to find judges supporting judicial supremacy; it makes their job more important and interesting"*.

9.3.3.1.1 *Mutações constitucionais bloqueiam o trânsito em julgado das decisões do STF em controle de constitucionalidade*

O acolhimento da doutrina das mutações constitucionais implica uma consequência muito específica e pouco dimensionada: em termos práticos, opera-se um bloqueio na formação da coisa julgada que qualificaria muitas das decisões do STF proferidas no controle de constitucionalidade. Afinal, como foi dito pelo Ministro Luís Roberto Barroso, "[...] hoje, a lei pode ser constitucional e, amanhã, não"⁴⁶⁸. É intrigante perceber que a frase do Juiz Brasileiro foi proferida somente no ano de 2022, mas já havia sido profetizada, nos anos 90, por um *Justice* da Suprema Corte norte-americana que não o conhecia⁴⁶⁹. Antonin Scalia antecipou as palavras de Barroso com muita precisão: *"for the evolutionist, [...] every question is an open question, every day a new day"* (Scalia, 1997, p. 46). Em outras palavras, não se sabe o dia de amanhã.

Portanto, assumindo-se a volátil premissa de que "[...] hoje, a lei pode ser constitucional e, amanhã, não", todos os provimentos da mais Alta Corte, inclusive as chamadas "decisões definitivas de mérito" (art. 102, § 2º), já não representam um ponto final: trata-se apenas da fotografia de um filme mais longo cujo desfecho se desconhece. Paradoxalmente, a decisão definitiva não define.

⁴⁶⁷ STF, ADI 6630, Plenário, redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, j. em 09/03/2022.

⁴⁶⁸ Aditamento ao voto proferido na ADI 6630, Plenário, redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, j. em 09/03/2022.

⁴⁶⁹ Pelo menos, não ainda. No ano de 2009, Luís Roberto Barroso e Antonin Scalia debateram nos átrios da Universidade de Brasília (UnB). Do que se sabe, ambos não se conheciam nos anos 90.

Por exemplo, no ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é constitucional o tratamento juridicamente diferenciado que a Lei Maria da Penha estabeleceu entre homens e mulheres⁴⁷⁰. A prevalecer o entendimento da metamorfose semântica, esse importante diploma poderá ter a sua constitucionalidade atacada, pelo menos, uma vez por década.

Quando uma lei é declarada inválida em sede de ADI ou ADC, a norma é expungida do ordenamento jurídico. O desfecho é permanente. A lei extirpada não volta, a menos que reeditada pelo Legislativo. Por outro lado, se essa mesma norma vier a ser declarada válida, isto é, constitucional, jamais se saberá dizer até quando ainda permanecerá considerada como tal. Isso porque mutações constitucionais estabelecem uma ponte de trânsito entre dois mundos que, sem elas, eram incomunicáveis: a constitucionalidade e a inconstitucionalidade.

Esse fenômeno não é exatamente novo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas durante muito tempo não foi objeto de um aprofundamento mais cuidadoso. O mais comum era lidar com ele no “piloto automático”. Agora, suas consequências já começam a ser percebidas, colocando a Corte diante de dilemas constrangedores.

Tradicionalmente, a Corte rejeitava o percurso trilhado da constitucionalidade para a inconstitucionalidade, repelindo, ao contrário do constitucionalismo português, a tese da inconstitucionalidade superveniente. Em tese, esta concepção ainda é assumida como regra.

De fato, a inconstitucionalidade é um vício congênito. Uma norma não **se torna** inconstitucional. Ela nasce como tal e assim o será, enquanto subsistir. Uma emenda não tem poderes para inconstitucionalizar uma lei. Aliás, do mesmo modo, uma emenda não constitucionaliza uma lei inconstitucional, porque a mácula é irremovível.

Ainda nessa concepção clássica, a decisão do STF que afirmava a constitucionalidade de uma lei transformava uma presunção *juris tantum* em *jure et de jure*, isto é, o provimento jurisdicional transitava em julgado e a lei era definitivamente havida como constitucional. Na prática, já não seria possível voltar a impugnar esse diploma no futuro, para repisar, rediscutir, enfim, exumar uma querela sobre a qual, no passado, a mais Alta Corte já havia se posicionado. Esta era a lógica de um sistema coeso com a segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade e calculabilidade.

Mas tudo aquilo que é mutável é, também, potencialmente instável. Com o tempo, as premissas acima, embora racionais, foram debilitadas pela ideia entrópica da mutação

⁴⁷⁰ STF, Pleno, ADC 19, rel. Min. Marco Aurélio, 09/02/2012.

constitucional. Aos poucos, o STF passou a trabalhar com categorias intermediárias, a exemplo da chamada **lei ainda constitucional**⁴⁷¹. Aparentemente, ainda não se tinha, neste momento, dimensão do problema que estava por vir.

Ao longo desse processo disruptivo, chegou-se a afirmar que o Supremo poderia, em um “**balançar de olhos**” — metáfora de Karl Engisch — diante de alterações na conjuntura econômica, política ou social, reavaliar o seu próprio posicionamento sobre a validade de uma lei. Por exemplo, no âmbito das reclamações, classe processual mais permeável a essa valoração cambiante, onde seria propício efetuar “a reinterpretação e, portanto, a redefinição do conteúdo e do alcance da decisão apontada como violada (decisão-parâmetro ou decisão-paradigma)”⁴⁷². Convém transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Relator, Gilmar Ferreira Mendes (grifo próprio):

A reclamação [...] constitui o locus de apreciação, pela Corte Suprema, dos **processos de mutação constitucional e de inconstitucionalização de normas** (des Prozess des Verfassungswidrigwerdens), que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão. Como é sabido, **a evolução interpretativa no âmbito do controle de constitucionalidade pode resultar na declaração de inconstitucionalidade de lei anteriormente declarada constitucional.**

Por meio de um “balançar de olhos”, a lei outrora chancelada *se torna* inconstitucional. Da concepção de um vício congênito, migra-se para a compreensão de que, às vezes, poderá operar-se uma **invalidade adquirida**. Não há demérito em refletir e mudar de opinião, mas também é legítima a expectativa segundo a qual a mais Alta Corte guardará posicionamentos **amadurecidos** sobre o significado da Constituição.

Mas o fato é que, mesmo após esse momento, ainda não se parecia ter uma noção mais precisa da extensão dos problemas que adviriam dessa premissa. Reclamações estavam sendo

⁴⁷¹ RE 196.857-SP AgRg; RE 208.798-SP; RE 213.514-SP; RE 229.810-SP; RE 295.740-SP; RE 147.776-SP. A lei ainda inconstitucional é uma norma que, por ora, é tida como válida, mas que aos poucos caminha para o mundo da invalidade. O melhor exemplo é a ação civil *ex delicto* proposta pelo Ministério Público. Sabe-se que crimes também rendem ensejo a uma pretensão reparatória por danos morais. Se o titular do direito à reparação (vítima) for pobre, o Ministério Público providenciará a propositura de ação civil *ex delicto* (art. 68, CPP). Porém, a função de assistência jurídica dos economicamente desvalidos incumbe à Defensoria Pública (art. 5º, LXXIV c/c 134, CF). Como inúmeras comarcas ainda não são contempladas com uma sede estruturada da Defensoria Pública, esse monopólio faria com que vítimas pobres fossem **revitimizadas**. Isso levou o STF a entender que, enquanto não sobrevier a estruturação da Defensoria nos rincões deste país, os vácuos podem ser preenchidos por promotores de justiça. E quando a estruturação ocorrer, nacionalmente, o art. 68 do CPP terá atingido o seu destino já conhecido: a inconstitucionalidade.

⁴⁷² STF, RCL 4374/PE, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 18/04/2013.

utilizadas como um instrumento **a favor do poder de agenda** da Corte, permitindo a reavaliação de precedentes paradigmas cuja autoridade estaria a ser desafiada.

Em poucos anos, a abrangência dessa ideia já era perceptível em um raciocínio *a contrario sensu*: “[é] de se negar seguimento à ação direta de inconstitucionalidade em que se impugne norma cuja constitucionalidade já tiver sido reconhecida pela Corte sem que haja quaisquer alterações fáticas ou jurídicas relevantes que justifiquem a rediscussão de tema já pacificado”⁴⁷³.

No ano de 2021, aquilo que antes se inferia pelo avesso passou a ser exprimido de maneira bastante direta: “[s]omente diante de relevante modificação no quadro fático-normativo revela-se possível a revisão do conteúdo das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade”⁴⁷⁴. Segundo o STF, “[a] jurisprudência da Corte sempre comporta evolução, pois a vida é dinâmica, a sociedade avança e o patamar civilizatório se eleva”⁴⁷⁵.

Em todos esses precedentes, repita-se, os impactos dessa escolha não eram dimensionados. Muito menos era sabido se a reapreciação da constitucionalidade de leis declaradas constitucionais seria uma operação a ser efetuada mediante incursão meritória ou preliminarmente.

Invocar mutações sempre foi um expediente cômodo, porque não se arcava com o ônus dessa pressuposição. Quais os **custos** da adoção dessa doutrina nos processos julgados pelo STF no controle concentrado?

Primeiro, mutações implicam a fluidez da autoridade do que restou “definido” pela Corte, cuja decisão estaria sempre submetida à cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁷⁶. Como decorrência disso, o risco de colapso do sistema, em virtude do impacto no acervo, na medida em que todas as questões decididas há alguns anos agora têm aptidão para que retornem exumadas. A prática contraproducente de análise daquilo que já havia sido pacificado se torna

⁴⁷³ ADI 5180 AgR, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 27/04/2018. O receio era trancar uma porta que deveria permanecer disponível para, se necessário, ser aberta para escapar da própria jurisprudência do Tribunal: “Não se está aqui a afirmar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é imutável ou que a Corte se vincula eternamente a seus próprios julgados”, disse o Ministro Toffoli. A cognição sobre o tema não foi além disso.

⁴⁷⁴ ADI 5383, Pleno, rel. Min. Rosa Weber, j. em 16/11/2021.

⁴⁷⁵ ADI 5383, Pleno, rel. Min. Rosa Weber, j. em 16/11/2021. A propósito, nota-se uma influência iluminista sobre o teor da fundamentação tecida pela Ministra Rosa, esteja ou não consciente disso — o que, aliás, tem sido perceptível nos trabalhos e decisões do Ministro Luís Roberto Barroso. Como já foi dito por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 163), o **progresso** é uma das ideias-força do iluminismo. Um “[...] progresso constante, irreversível, para um mundo sempre melhor” (Ferreira Filho, 2009, p. 163).

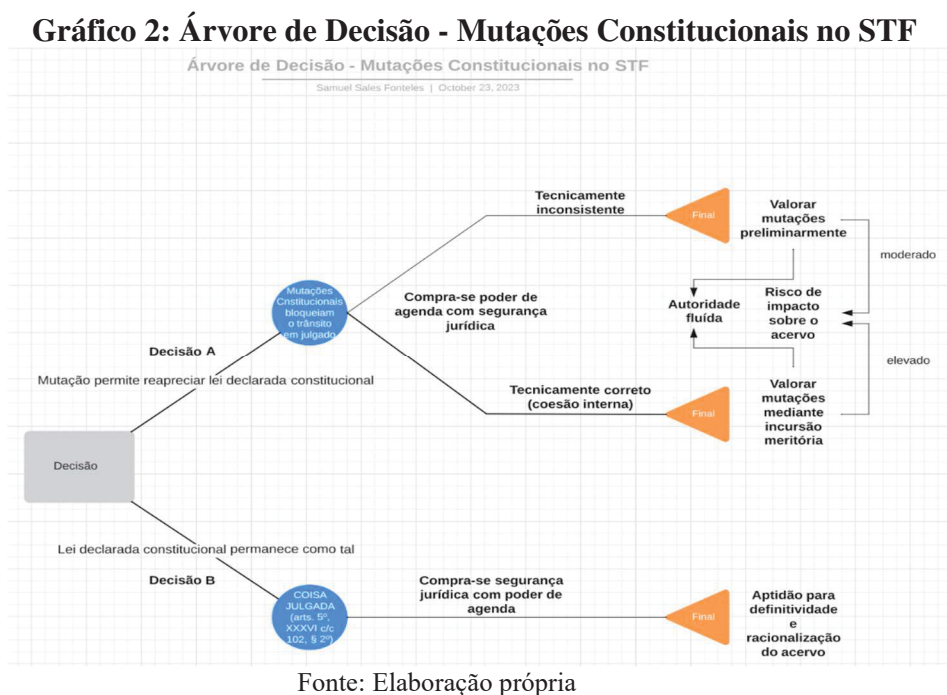
⁴⁷⁶ A ideia pode ser expressamente encontrada em trabalhos acadêmicos produzidos por alguns Ministros da Corte (Zavaski, 2014, p. 151).

ainda mais disfuncional quando assumida a correta premissa de que, tecnicamente, mutações exigem incursão meritória.

Parece muito claro que valorar mudanças sociais, políticas, econômicas, culturais, linguísticas exige uma cognição típica do exame de mérito, não havendo espaço para aquilatar esses aspectos nos estreitos limites de um juízo de delibação preliminar. Portanto, buscando-se **coesão interna**, a assunção da premissa das mutações necessariamente exige que o Tribunal **conheça** da ação, para somente então posicionar-se sobre a presença ou ausência de mutações. Estes são os custos, ou seja, o preço a ser pago em nome de um maior poder de agenda do STF. O sacrifício, em tese, permitiria à Corte decidir o que viria a decidir.

Por outro lado, rejeitando-se a doutrina das mutações, estabiliza-se a autoridade da decisão do STF. Além disso, ganha-se segurança jurídica e opera-se uma alocação racional de recursos escassos. O preço a ser pago é a redução do poder de agenda, uma vez que só se permitiria ao Tribunal revisitar a temática diante de uma eventual reação legislativa do Congresso Nacional⁴⁷⁷.

É possível demonstrá-lo por meio de uma **árvore de decisão**⁴⁷⁸.



⁴⁷⁷ Ou de uma reação executiva da Presidência da República, via medida provisória.

⁴⁷⁸ Uma árvore de decisão organiza resultados correlatos que derivam de cada alternativa a ser escolhida, permitindo a comparação de custos e benefícios. Na árvore apresentada, probabilidades não foram consideradas.

A decisão “A”, sobretudo quando mutações são valoradas preliminarmente, é uma alternativa entrópica. Não guarda coesão com as premissas teóricas assumidas, renunciando a toda racionalidade jurídica. Em apertada síntese, esta corrente se nega a subtrair do poder de agenda do STF a liberdade de reapreciação do que foi escolhido no passado. A assunção desse compromisso consigo mesmo, que envolve coerência e integridade, nem sempre é convidativa para juízes.

Pois bem. Foi na ADI 6630 que o Supremo Tribunal Federal veio a ser confrontado com a realidade e suas consequências. Cumpre efetuar um breve estudo de caso sobre esta ação direta.

Tamanho o rigor no regime de inelegibilidades estabelecido pela chamada Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010), com efeitos operados antes do trânsito em julgado da condenação e que subsistem por anos após o próprio cumprimento da pena, sua validade veio a ser questionada perante o STF. No ano de 2012, a Corte chancelou a constitucionalidade do diploma⁴⁷⁹. Aproximadamente dez anos depois, em 2022, a Lei da Ficha Limpa voltou a ser impugnada perante o Tribunal⁴⁸⁰. Foi exatamente nessa segunda oportunidade que o debate sobre coisa julgada e mutações constitucionais veio à tona com uma ampla cognição.

Afinal, a autoridade da decisão proferida na primeira decisão — ADCs 29, 30 e ADI 4578 —, onde se concluiu pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, representaria um obstáculo ao conhecimento da ADI 6630? A questão estava circunscrita a dirimir este aspecto.

Não houve consenso entre os Ministros sobre a identidade de objeto entre as ações julgadas em 2012 e a ação direta proposta no ano de 2022. Em princípio, somente interessaria raciocinar sobre mutações se se entendesse que os objetos impugnados eram idênticos. Apenas nesta hipótese faria sentido dizer que, apesar de já contemplado nas ações anteriores, o mesmo dispositivo poderia ser revalorado diante da superveniência de mudanças semânticas. Por outro lado, entendendo-se que não, o novo julgamento ocorreria simplesmente porque o objeto não era o mesmo.

Porém, oportunizou-se que a questão de direito fosse analisada *em tese*, *ad argumentandum*. Ou seja, Ministros ficaram livres para trilhar o seguinte caminho argumentativo: (i) não vislumbro identidade de objeto; (ii) contudo, **ainda que se entendesse que os objetos eram idênticos**, eventuais **mutações permitiriam, sim, a reavaliação**. Por

⁴⁷⁹ ADCs 29, 30 e ADI 4578, DJe 29/06/2012.

⁴⁸⁰ ADI 6630, Plenário, redator p/ acórdão: Min. Alexandre de Moraes, j. em 09/03/2022.

fim, tamanha a abstração do debate, parte desses Ministros chegou a concluir, ao final, que não havia mutações no caso submetido à análise⁴⁸¹.

Nunes Marques, Relator, entendeu que, embora houvesse uma sobreposição formal de objetos, não havia coincidência exata quanto àquilo que havia sido discutido no passado. O Ministro avançou para registrar o que mais interessa examinar neste tópico, ou seja, defendeu a premissa pela qual "A proclamação de constitucionalidade [...] deve sempre ser compreendida *modus in rebus*, e não como uma imunização completa do texto de toda impugnação *pro futuro*". Segundo ele, "não é possível antever todas as vicissitudes e futuros desdobramentos possíveis da norma em contato com os fatos", em uma clara alusão à possibilidade de mutações. Por fim, apontou ter "passado substancial período de tempo". Preliminarmente, Nunes Marques votou pelo conhecimento da ação. Esta posição foi acompanhada por Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e André Mendonça⁴⁸².

Em **voto-vista, na condição de redator do acórdão**, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou uma refutação bastante consistente da tese pela qual seria sempre possível rediscutir leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo. Para ele, o tema já havia, sim, sido decidido. Logo, uma vez julgada constitucional em ADC — ou pela improcedência da pretensão deduzida em ADI —, a questão estaria preclusa para o STF. Portanto, já não caberia ADI, nem ADPF, tampouco ADC. Os argumentos apresentados podem ser resumidos a seguir:

- **caráter dúplice ou ambivalente** estabelecido pelo art. 23 da Lei n.º 9.868/99⁴⁸³.

- **causa de pedir aberta**. O STF já esgota a cognição argumentativa: tudo aquilo que poderia ter sido alegado, mas não foi, é presumidamente — e ficticiamente — analisado. Cuida-se de uma presunção absoluta. Se a Corte não reputou inconstitucional, é porque não o é. A ação vindoura estaria, portanto, suscitando um "novo" argumento implicitamente já enfrentado pelo STF, em uma "clarividência ficta";

⁴⁸¹ O que demonstra a cada vez mais forte tendência de trabalhar a dimensão fática nas ações do controle concentrado, onde, teoricamente, a análise deveria ser feita **em tese**.

⁴⁸² Mendes, Barroso e Mendonça apresentaram argumentos de que "não houve discussão específica" ou que a cognição havia sido incompleta, relativizando a doutrina da causa *petendi* aberta. Os dois primeiros explicitaram o debate sobre mutações, ao contrário do último deles.

⁴⁸³ Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

- **não cabe ação rescisória** da decisão que declara a (in)constitucionalidade das leis⁴⁸⁴. Uma nova ADI seria, na essência, uma rescisória escamoteada;

- **quanto à indesejada limitação do poder de agenda do STF, bastaria uma reação legislativa.** Nesse sentido: "Ah, mas nunca mais o Supremo Tribunal Federal vai poder discutir esse assunto? Sim, [...] as decisões não vinculam o Congresso Nacional. Basta o Congresso regulamentar a matéria de outra forma, ou da mesma forma, isso volta para poder ser discutido"⁴⁸⁵;

Ao final da sua incisiva argumentação, Moraes concluiu: “[...] devendo, portanto, **NÃO SER CONHECIDA**, sob pena, de passarmos a permitir o ajuizamento de inúmeras novas ações diretas de temas já analisados definitivamente por essa CORTE [...]”. Este detalhe é fundamental. Segundo a rica fundamentação exposta no voto-vista, não foi a ausência de mutações constitucionais que impediu o conhecimento da ação. O impedimento formou-se pela coisa julgada formada pelo caráter dúplice ou ambivalente das ações julgadas em 2012.

Quanto a este ponto em específico, Moraes assumiu um posicionamento que não foi acompanhado pelos outros Ministros que votaram. Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Edson Fachin entenderam que: **a)** havia identidade de objetos (assim como Moraes); **b)** que, em tese, mutações permitiriam a reapreciação da causa; **c)** que mutações não tinham ocorrido.

Diferentemente desses Ministros, em momento algum do voto-vista, na condição de Redator do acórdão, Moraes se referiu às mutações constitucionais. Não há, no documento formalizado, alusão a esse fenômeno que deixe uma porta aberta para que futuras ADIs impugnem leis já declaradas constitucionais.

A única referência a esse fenômeno social se deu informalmente, *en passant*, na **antecipação ao voto**⁴⁸⁶. Entretanto, por ocasião da juntada do voto, a referência foi suprimida.

⁴⁸⁴ Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecurível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

⁴⁸⁵ O trecho constou da antecipação ao voto.

⁴⁸⁶ “...nós estamos discutindo o que já foi discutido. Isso é possível? Entendo que não, porque não houve alteração da lei, não houve alteração de paradigmas constitucionais, **não me parece que tenha havido alteração fática para uma mutação constitucional**, uma vez que os crimes graves que geram a inelegibilidade não diminuiram,

A expectativa de compromisso teórico com aquilo que apressada e irrefletidamente se diz em um debate nem de longe equivale àquilo que se documenta por escrito. Moraes escolheu abster-se de uma argumentação com base em mutações e chegou mesmo a contestar as opiniões de Gilmar Mendes a esse respeito. Este insistia ser possível, ao que Alexandre de Moraes respondia que admiti-lo geraria insegurança jurídica e eliminaria o caráter dúplice da ADI e ADC.

O Ministro Luiz Fux, que presidia a sessão, entendeu perfeitamente o posicionamento manifestado por Moraes. A porta não poderia ficar aberta. Em caráter de **observação**, estas as suas palavras: "Eu acho importante esse destaque que o Ministro Alexandre fez, porque [...]. A partir do momento que o Supremo [...] define, em controle abstrato, a conformidade da lei à Constituição [...] essa matéria fica solucionada". De fato, essa foi a mensagem registrada, enunciada e enfatizada no voto-vista de Moraes. Hierarquizando-se a importância da sua argumentação, é o *ethos* que se extrai. Mais adiante, Fux asseverou: "se esse precedente for acolhido, nós vamos ter que rever uma série de declarações de inconstitucionalidade, às vezes até por conveniência."

Ambos perceberam que a doutrina das mutações deixaria uma questão indefinida, *ad eternum*. Reforçando a posição assumida por Alexandre de Moraes, Fux acrescentou uma roupagem processual (grifo próprio):

[...] a palavra do Supremo Tribunal Federal, em dado momento, tem de ser imutável e indiscutível. É o preço que se paga para ter segurança jurídica. Se é justo ou injusto, se é certo ou errado, a coisa julgada não tem compromisso com isso. A coisa julgada tem compromisso com a segurança jurídica e a estabilidade social.

Como desfecho, o STF acabou rejeitando conhecer da ação, mas somente esse aprofundamento revela por quê. No extrato de ata, consta que "[...] por maioria, o Tribunal não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade, **nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes**, Redator para o acórdão". Como se vê, não foi exatamente isso que ocorreu. Se é verdade que o redator do acórdão e a maioria convergiram quanto ao desconhecimento da

infelizmente. Então, nós estamos rediscutindo e vamos abrir a possibilidade de inúmeras outras 'ações rescisórias' travestidas de ações diretas, ações declaratórias" (grifo próprio).

ação⁴⁸⁷, também é verdade que divergiram profundamente quanto às razões que impediam conhecê-la.

A doutrina das mutações tem um preço a ser pago. Cedo ou tarde, o Tribunal será cobrado.

Mutações constitucionais são zonas do texto constitucional só perceptíveis aos olhares dos técnicos e peritos do Direito, ou seja, um fenômeno que produz regiões secretas no documento constitucional. Mesmo em uma perspectiva de sociedade aberta dos intérpretes, produz-se uma constituição invisível aos olhos dos cidadãos que também interpretam suas cláusulas. Como a obediência a normas constitucionais mutantes também se exige das pessoas comuns, não apenas dos letrados no Direito, instaura-se um sistema irracional.

O mutável é potencialmente instável. Uma constituição mutável é um documento que não estabiliza aquilo que pretendeu documentar, permanecendo como um eterno arquivo editável e sem consolidação.

A esta altura, já não traduz uma excentricidade teórica rejeitar essa doutrina estrangeira há tanto tempo arraigada no sistema brasileiro. Ora, resgatando-se a tradição brasileira da *mens legis* e posicionando-se contra a colonização estrangeira operada pela doutrina das mutações constitucionais, alcança-se uma interpretação constitucional originalmente orientada (ICOR).

Nos capítulos seguintes, apontam-se os impactos que esse giro interpretativo promoverá no sistema.

⁴⁸⁷ Registre-se o posicionamento elogiável de Barroso, a alertar que a presença ou ausência de mutações era uma questão a ser dirimida no mérito, não preliminarmente. Uma vez admitida essa categoria, é a coisa certa a ser feita.

10 O DESBLOQUEIO DAS FONTES ORIGINAIS

10.1 DO ESTADO DA ARTE NA TEORIA DAS FONTES AO DESBLOQUEIO DAS FONTES ORIGINAIS

No século passado, antes da vigência da Constituição de 1988, o constitucionalista português Marcelo Caetano (1987, p. 2) asseverou que “[o] Direito Constitucional Brasileiro tem de ser estudado nas suas fontes”. Ao longo dos anos, porém, tornou-se cada vez mais raro encontrar constitucionalistas dispostos à incursão teórica nessa temática. O tema das fontes jurídicas é mesmo de suma importância no estudo do Direito Constitucional, mas, no Brasil, esse aspecto passou a ser ignorado no contexto específico dessa disciplina. Se ainda é comum examiná-lo nos domínios do Direito Civil, à luz da Teoria do Direito, constitucionalistas contemporâneos têm negligenciado — e subestimado — essa abordagem⁴⁸⁸.

Antes de avançar, é imprescindível efetuar algumas distinções sem as quais muitos problemas de comunicação podem acontecer. No uso corrente da literatura jurídica, a expressão “fontes jurídicas” tem sido empregada para se referir a situações substancialmente diferentes, às vezes sem maiores rigores.

Fontes do Direito Constitucional, fontes das normas constitucionais e fontes de interpretação constitucional são ideias relacionais, mas, rigorosamente, nem sempre haverá uma sobreposição perfeita entre essas categorias. Vejamo-las.

Reputa-se **fonte de Direito Constitucional** tudo aquilo que contempla o objeto de estudo da disciplina como ramo do saber, ou seja, o que quer que venha a armazenar dados e informações estudadas neste ramo do Direito Público. Nesse sentido, a Lei n.º 9.882/99 (ADPF) é fonte de Direito Constitucional, embora não seja fonte das normas constitucionais⁴⁸⁹. Se, de

⁴⁸⁸ Um dos poucos que dedicam um capítulo ao estudo do tema no Direito Constitucional é André Ramos Tavares. Mesmo assim, o próprio autor reconhece tratar-se de assunto “[...] comumente inserido no âmbito privado”, assinalando ainda que “Constituições não têm feito referências ao tema das fontes [...]” (Tavares, 2020, local. 96). Por outro lado, romanistas alocam a teoria das fontes como um instrumento à disposição da dogmática jurídica contemporânea, mas é consabido que o Direito Romano usualmente delimita a pesquisa do seu objeto de estudo de forma a contextualizá-lo no Direito Privado (Guandalini Junior, 2021, pp. 27-28).

⁴⁸⁹ Alguns professores classificam leis e até mesmo atos administrativos de conteúdo constitucional como “fontes de Direito Constitucional” (Tavares, 2021, local. 182). Ora, parece muito claro que a Constituição propriamente dita não emana das leis e regulamentos infralegais. Na verdade, o que se quer dizer com isso é que o **objeto do ramo do saber** — que se conhece como Direito Constitucional —, dotado de **autonomia didática**, pode ser encontrado nas espécies normativas infraconstitucionais. É preciso solucionar essa torre de Babel.

alguma maneira, poderão as fontes de Direito Constitucional ser também fontes de **interpretação** constitucional, esta é uma questão cuja resposta varia em função do caso examinado.

Por sua vez, **fontes das normas constitucionais** são aquelas que criam ou exteriorizam as regras e princípios consagrados em uma Constituição. De maneira ilustrativa, quando uma revolução origina uma nova ordem constitucional, tem-se uma fonte produtora bem delimitada: o ato revolucionário. Aqui, a análise é eminentemente sociológica. Este é o domínio das comumente denominadas **fontes materiais**.

Mas existe também um ato extrínseco, qual seja, o próprio documento que exterioriza a norma jurídica. A **exteriorização** do Direito, até então invisível, é operada por meio de espécies normativas que veiculam o seu teor, ou seja, por meio de documentos que o formalizam, vale dizer, que lhe dão forma. Estes são considerados pela doutrina como **fontes formais**. No Direito como um todo, mormente no Direito Privado, as fontes formais têm sido classificadas em estatais (espécies normativas primárias, tratados internacionais e jurisprudência) e não estatais (costumes, doutrina e negócios jurídicos). Em apertada síntese, esta é a sistematização realizada na Teoria do Direito brasileira (Diniz, 2017, pp. 2-4)⁴⁹⁰.

No âmbito do Direito Constitucional, a dimensão formal das fontes jurídicas se torna mais restrita. Basicamente, diz-se que o texto da Constituição é uma fonte primária escrita, nele incluídas as suas respectivas emendas e naturalmente os tratados com esta envergadura (art. 5º, § 3º, CF). Em princípio, é tudo o que se tem. Pelo menos, na superfície. Em uma segunda camada, é possível mencionar decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal e verbetes com essa natureza (súmulas vinculantes⁴⁹¹). Idealmente, fontes pretorianas — porque derivadas

⁴⁹⁰ A rigor, embora **apresente** a dicotomia binária entre fontes materiais e formais, Maria Helena Diniz se associa à Teoria Ecológica que propõe a eliminação dessa distinção compartimentalizada. Juristas deste marco teórico preferem trabalhar e falar em “fonte formal-material”, supostamente porque toda fonte formal já traria consigo, de maneira implícita, a correlata fonte material (Diniz, 2017, p. 3). No positivismo inglês de H.L.A Hart, também é possível encontrar raciocínios avessos à compartimentalização. O Professor de Oxford discordava da concepção pela qual “As leis são fontes de direito, não parte do próprio direito”, considerando esta proposição paradoxal (Hart, 2001, pp. 8 e 18).

⁴⁹¹ Súmulas vinculantes são uma espécie em extinção. O Supremo Tribunal Federal tem desvirtuado a fixação de teses, abusando desse expediente para agregar efeitos vinculantes a classes processuais despidas dessa qualidade. Pior ainda: pretende dotar de efeitos vinculantes, mas não aceita julgar as reclamações vindouras. Um mundo de bônus sem ônus. Para toda decisão com efeitos vinculantes, há uma correlata reclamação em potencial. O mais é ilusão. Convém lembrar que o Código de Processo Civil somente previu a fixação de teses nos recursos repetitivos (art. 927, §§ 2º e 4º), no incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 979, § 2º), nas súmulas vinculantes, nas decisões do controle concentrado de constitucionalidade e nos incidentes de assunção de competência (art. 988, incisos III e IV, e § 4º), mas hoje um simples *habeas corpus* pode ser tratado como uma “oportunidade de litigância estratégica” no contexto de um “processo estrutural” para fixar teses vinculantes. Que coincidência, vejam só. De repente, súmulas vinculantes, com todas as solenidades para a sua edição, desapareceram. E foi muito

da atividade jurisdicional — **revelariam** normas constitucionais. Na prática deturpada, não é incomum que venham a criá-las e, a partir de então, sejam intrusivamente consideradas como componentes do bloco de constitucionalidade, elevando um poder constituído ao *status* de poder constituinte. Seja como for, juntas, Constituição e jurisprudência constituem as duas camadas de materiais **autoritativos**. Juízes atualmente buscam nesse manancial textual as respostas para as querelas constitucionais.

Para ir além dessas fronteiras textuais, para muitos um tanto quanto monótonas, é necessário se socorrer de alguns artifícios mais engenhosos. Juristas brasileiros às vezes defendem que o referido material componente das fontes primárias escritas se sujeitaria também a uma **leitura moral**, tal como proposta por Ronald Dworkin (1996, p. 2), o que colocaria a interpretação constitucional em contato com novos elementos de cognição — assim como em um terreno mais vulnerável à insegurança jurídica. Por fim, enveredando-se para um domínio mais polêmico, alguns estudos acadêmicos brasileiros incursionam na controversa categoria das **fontes-fato**, de modo a defender que algumas modalidades específicas de costumes podem ser conciliadas com uma constituição escrita (Caetano, 1987, pp. 35-37; Mendes & Branco, 2019; Tavares, 2020, local. 182).

Pois bem. É importante perceber o risco de **tautologia** quando somente se trabalha com duas camadas. Qual o significado da Constituição? Aquele expresso no texto. Mas o que significa o texto? Aquilo que os Tribunais dizem⁴⁹². E o que dizem os Tribunais? Aquilo que está no texto (camada 1) ou aquilo que, no passado, disseram sobre esse texto (camada 2). Não é necessário ir muito longe para notar o caráter **circular** de uma jurisdição constitucional pautada apenas nos dois primeiros níveis. Somente um aprofundamento que atinja uma **terceira camada** permite romper o vício de um raciocínio autorreferente, para finalmente incursionar nas **fontes da Fonte**. E é precisamente isto que levará à última acepção de fontes jurídicas aqui apresentada.

Finalmente, **fontes de interpretação constitucional** colaboram na determinação do conteúdo do Direito, mas não criam e tampouco exteriorizam normas constitucionais⁴⁹³.

difícil, quem tem memória sabe, assimilar que eram constitucionais — o que se dirá das súmulas vinculantes escamoteadas.

⁴⁹² O Ministro Teori Zavascki, por exemplo, asseverou: “[...] o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo aquele que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão-somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é” (EResp 644.736/PE, Corte Especial, DJ 27/08/2007).

⁴⁹³ Trata-se da mesma acepção utilizada pela Corte Internacional de Justiça, no artigo 38.1, “d”, do seu Estatuto, quando reconhece, por exemplo, “[...] *judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists*

Magistrados devem consultar esses materiais para **discernir** o Direito posto, mas não para **encontrar** fragmentos do ordenamento constitucional. Por exemplo, quando documentos históricos demonstram como era empregada e compreendida, no Biênio Fundante (1987-1988), a palavra “cidadão”, estes informes podem ser invocados para dar sustentáculo a uma interpretação constitucional sobre a latitude da legitimidade em uma ação popular. É como se um elo perdido do texto constitucional viesse a ser encontrado em evidências histórico-linguísticas. Para os fins deste artigo, importa esta última acepção apresentada, isto é, fontes que, embora não produzam o Direito e nem veiculem normas jurídicas, **auxiliam no esclarecimento do seu teor**⁴⁹⁴. Eventualmente, pela riqueza daquilo que informam, poderão as fontes de interpretação constitucional atuar como fontes de Direito Constitucional, mas isto é contingente.

Feita essa distinção crucial, este trabalho empregará a expressão “fontes jurídicas” pela sua consagração no uso corrente da linguagem técnica, mas o sentido pretendido será, salvo expresso aviso em sentido contrário, o de fonte de interpretação constitucional. E uma vez adotado esse sentido, quais são as fontes à disposição da jurisdição constitucional brasileira?

A literatura jurídica brasileira tem se contentado em meramente apontar **fontes das normas constitucionais** (camada 1), sem incursionar na desafiadora tarefa de inventariar as fontes **de interpretação constitucional** (camada 3). Faz parte do senso comum afirmar que a Constituição de 1988 é fonte primária escrita. De fato, ela o é. Isto é insofismável, inclusive para alunos neófitos. Mas é demasiadamente ingênuo ignorar que a própria fonte primária escrita também exige a pesquisa em múltiplas fontes que auxiliam a discernir o seu conteúdo e este desenvolvimento não tem sido levado adiante. Afinal, que elenco de documentos tem potencial epistêmico para fornecer dados semânticos sobre o texto constitucional?⁴⁹⁵

of the various nations” como “*subsidiary means for the determination of rules of law*”. Ao contrário das convenções internacionais, tais fontes não produzem o Direito Internacional. Contudo, como “meios subsidiários”, estão aptas a determiná-lo. Na literatura constitucionalista mais clássica, também é possível encontrar essa acepção. Ilustrativamente, o jurista português Marcelo Caetano classifica as fontes em **principais e secundárias**. Aquelas designam as normas constitucionais; estas **elucidam o sentido e a aplicação das normas constitucionais** (Caetano, 1987, p. 2).

⁴⁹⁴ Um exemplo bastante didático é o recurso às **tradições judaicas** para interpretações bíblicas, a exemplo dos Targumim aramaicos. A Pontifícia Comissão Bíblica da Igreja Católica já considerou que a literatura judaica extracanônica constitui uma importante fonte interpretativa do Novo Testamento. Nesse específico ramo da Hermenêutica, examina-se o Targum (expressão no singular) para compreender passagens bíblicas, mas são camadas de fontes distintas.

⁴⁹⁵ Após a indicação de Flávio Dino para um assento no STF, na véspera da sua sabatina no Senado Federal, o Instituto Millenium entrevistou alguns professores para saber o que eles e elas perguntariam ao indicado se porventura tivessem essa oportunidade. A pergunta formulada pelo autor desta tese de doutorado ilustra o tema em exposição: “**Quando um Ministro do STF julga um caso importante, o texto constitucional é a principal fonte de interpretação. Mas onde Vossa Excelência estaria disposto a pesquisar o significado do texto?**”.

A resposta é **depende**. A inventariança dessas fontes equivale a responder **onde** pode ser realizada uma pesquisa sobre interpretação constitucional, mas, para isso, é necessário primeiro esclarecer **o que** se procura. Sem o acolhimento consistente e apriorístico de uma teoria constitucional, o objeto de pesquisa pode flutuar ao sabor dos ventos. Pragmatistas, Originalistas e Neoconstitucionalistas, por exemplo, possivelmente investigariam diferentes objetos, de maneiras distintas e em locais distintos.

Afinal, **como** acessar o conteúdo comunicativo textual? Trabalhos acadêmicos simplesmente silenciam. Paira sobre a comunidade jurídica um consenso velado — e às vezes ostensivo — de que isto, dizer o Direito, é tarefa a ser vocalizada pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, mesmo que essa afirmação seja verdadeira, é preciso dar mais um passo à frente: que fontes epistêmicas auxiliam validamente um Ministro a desvelar o próprio conteúdo textual da Constituição? Onde encontrar e como pesquisar as **fontes da Fonte**?⁴⁹⁶ A Academia não tem se empenhado em responder a essa questão fundamental.

Mas o **desinteresse** pelas fontes que elucidam o significado do texto é hoje o estado de coisas que se estabeleceu na própria jurisdição constitucional brasileira⁴⁹⁷. Em um cenário marcado por incertezas empíricas, a contribuição de audiências públicas, perícias e estudos técnicos tem se voltado mais ao esclarecimento das **consequências** da interpretação constitucional, vale dizer, os debates e reflexões são protagonizados pelo problema prático que decorre dos fatos envolvidos. Ademais, o usual é que tais mecanismos forneçam informações técnicas sobre a temática versada **em um diploma normativo**, isto é, que elucidem o conteúdo do **objeto** impugnado no controle de constitucionalidade.

Os exemplos são fartos, mas parece ser suficiente ilustrar com um deles. No ano de 2023, o Supremo Tribunal Federal convocou audiência pública com o objetivo de pluralizar o debate sobre se, e em que medida, provedores de aplicativos ou de ferramentas de *internet* deveriam ser responsabilizados pelo conteúdo gerado pelos usuários. A audiência também foi

⁴⁹⁶ Para ser bem compreendida, a expressão "fontes da Fonte" jamais poderá ser associada ao sentido kelseniano, como se tais fontes fundamentassem de validade a Constituição. Absolutamente. A norma hipotética fundamental de Kelsen, também entendida como constituição em sentido lógico-jurídico, em nada se confunde com os documentos históricos aqui estudados. Estes são fontes epistêmicas do significado original do texto.

⁴⁹⁷ Tal não significa que a terceira camada jamais tenha sido acessada por juízes. De quando em vez, magistrados se aventuram na tarefa de examinar fontes que de alguma maneira podem esclarecer o significado da Constituição, a exemplo do recurso a dicionários e da consulta a obras doutrinárias. Entretanto, um exame mais atento demonstra que essas incursões não se fazem acompanhar de uma metodologia rigorosa. A título de ilustração, confira-se o uso equivocado de dicionários por Ministros do STF, assunto que será abordado ainda neste capítulo. É possível dizer que, sem um desenvolvimento teórico rigoroso sobre a terceira camada das fontes jurídicas, juízes não terão tido desenvoltura e tampouco incentivo para esse aprofundamento. Às vezes, magistrados sequer estão conscientes daquilo que exatamente investigam, o que se dirá sobre como e onde deveriam investigar.

designada para aprofundar a discussão sobre a possibilidade de remoção de conteúdos que ofendessem direitos da personalidade, incitassem ódio ou difundissem notícias falsas a partir de notificação extrajudicial⁴⁹⁸.

O referido evento, cuja importância é manifesta, não tinha como objetivo esclarecer o significado do **texto** constitucional. Mesmo diante da implicação direta de dispositivos da Constituição, para que se possa aferir a constitucionalidade de regra do Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014), o enfoque não era o significado do parâmetro. Aliás, prevalece na comunidade jurídica a concepção pela qual Ministros do Supremo Tribunal Federal, notabilizados que são pelo saber jurídico, simplesmente já conhecem — e dizem — o significado da Constituição, afinal, não é possível guardar o desconhecido⁴⁹⁹.

As chamadas prognoses alimentam a cognição de juízes com estimativas sobre o **futuro**. Não se trata, portanto, de uma atividade vocacionada a indicar o conteúdo comunicativo **do Constituinte**. O recorte deste trabalho, diferentemente, são as fontes que revelam o conteúdo **das próprias normas constitucionais**, ou seja, do **parâmetro** no controle de constitucionalidade, remetendo-se ao **passado**. É precisamente nesse aspecto que se pretende incursionar. Cuida-se de uma proposta complementar, não substitutiva. Ambas as abordagens têm a sua relevância, mas somente uma delas, não se sabe exatamente o porquê, tem sido negligenciada.

Tudo isso se altera quando juízes se empenham em discernir o significado original do texto constitucional. Adotando-se uma **interpretação constitucional originalmente orientada** (ICOr) quanto ao significado da Constituição Brasileira, opera-se uma abertura na jurisdição constitucional capaz de desbloquear uma coleção muito rica de documentos que terão, sim, aptidão para revelar o significado do texto promulgado em Outubro de 1988 — e, portanto, estarão também aptos para serem havidos como fontes jurídicas em sentido amplo.

Por exemplo, uma fotografia histórica pode ser utilizada por Ministros do Supremo Tribunal Federal como fonte legítima para a interpretação da Constituição, fornecendo, por conseguinte, a resposta adequada sobre a validade de uma lei. De maneira unânime, o Plenário

⁴⁹⁸ Tal se deu no âmbito do RE n.º 1.037.396/SP e do RE n.º 1.057.258/MG. A decisão que convocou a audiência pública foi bastante clara quanto às expectativas depositadas sobre os participantes: “Espera-se [...] que os expositores apresentem argumentação [...] amparada em dados da realidade e em evidências científicas colhidas com metodologia rigorosa [...]” (STF, RE n.º 1.037.396/SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 21/03/2023).

⁴⁹⁹ Nos Estados Unidos, é comum que historiadores e linguistas apresentem memoriais ou sejam ouvidos nos tribunais, de modo a fornecer elementos que esclareçam o próprio texto constitucional. O constitucionalismo brasileiro, mais enraizado na ficção jurídica conhecida como *iura novit curia*, ainda não é permeável a iniciativas como estas que, verdadeiramente, consagrariam uma sociedade aberta de intérpretes. Se é certo que a humildade judicial aproxima a sociedade da sua constituição, também é certo que o ego a repele.

Virtual do STF reconheceu a existência de repercussão geral quanto a saber se há compatibilidade entre duas coisas que, para muitos, se repelem: “[p]ermanência de símbolos religiosos em órgãos públicos e laicidade do Estado” (Tema n.º 1086). A questão posta envolve o significado original do texto expresso no art. 19, I, da Constituição Brasileira⁵⁰⁰, dispositivo análogo à *Establishment Clause* da Constituição dos EUA.

Embora isso pareça inusitado na atual concepção que vigora sobre fontes jurídicas, qualquer opinião responsável sobre o Tema 1086, necessariamente, deve abordar a imagem histórica capturada pelo fotógrafo Lula Marques, que retratou de maneira indelével o momento decisivo em que Ulysses Guimarães ergueu a nova Constituição. A fonte original demonstra que, quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, era costumeiro ostentar um crucifixo nos átrios do Congresso Nacional. Por ocasião dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, havia usualmente crucifixos ornamentando as paredes do Parlamento. Disso não se segue que esse dado se revista de valor absoluto. Seu peso epistêmico é relativo, mas trata-se de um elemento que **necessariamente** deve ser contemplado na construção argumentativa. Somente a partir da correta premissa de um costume contemporâneo ao nascedouro da norma constitucional, **tal como ilustrado por uma fonte original**, Ministros devem incursionar nas etapas seguintes sobre a (in)validade dessa prática social — o que pode variar em função da jusfilosofia e da teoria constitucional metodologicamente adotada.

⁵⁰⁰ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Ilustração 12: Ulysses Guimarães e a Constituição de 1988



Foto pertencente ao Arquivo da Agência Brasil⁵⁰¹

Pela mesma razão, discursos presidenciais de José Sarney, proferidos na Era Constituinte, podem densificar cláusulas constitucionais sobre Poder Executivo e a extensão do poder de indulto conferido ao Presidente da República⁵⁰²; um jornal do século passado e um antigo dicionário podem ser havidos como fontes no que concerne ao significado da palavra “censura”; uma ilustração do cartunista Henfil (1944-1988) pode fornecer parâmetros importantes sobre os limites jurídicos do humor no Brasil⁵⁰³; em casos bastante específicos, uma epístola subscrita por Ulysses Guimarães e endereçada à entrevistadora Marília Gabriela pode ter relevância na elucidação de antinomias; leis infraconstitucionais podem fornecer evidências sobre como interpretar corretamente a Constituição em matéria tributária; parte do significado do texto constitucional sobre incapacidade civil absoluta pode ser encontrado em leis revogadas; mesmo em uma constituição escrita, práticas consuetudinárias de atores institucionais relevantes podem ser havidas como indicadores de interpretação constitucional; romances literários específicos podem ter aptidão para eliminar ambiguidades; uma obra de

⁵⁰¹ Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/sites/default/files/thumbnails/image/abr00047604foto0003.jpg>. Consulta em 09/02/2024.

⁵⁰² Assim também os vetos **jurídicos** de José Sarney a projetos de lei submetidos durante a Era Constituinte (1987-1988).

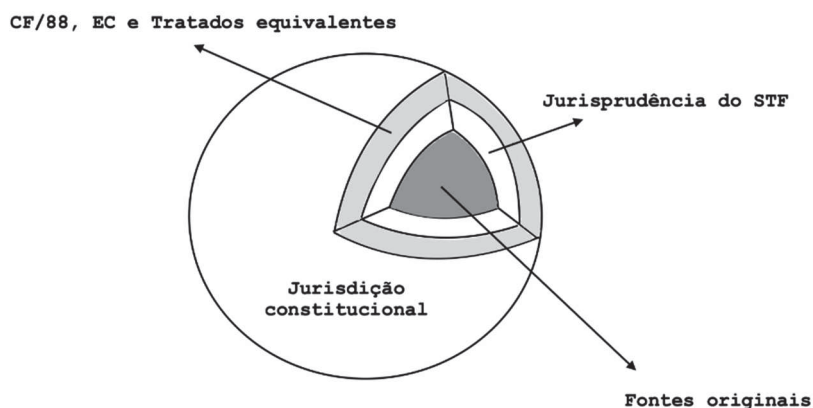
⁵⁰³ O Constituinte José Elias Murad se referiu ao artista como “[...] um dos maiores cartunistas do nosso tempo” (DANC, n.º 164, Ano II, p. 6318). Sua morte ocorreu durante os trabalhos da ANC e causou comoção entre os Constituintes, sobretudo porque atribuída à omissão do Poder Público. Uma pesquisa nos jornais da época demonstra a percepção social sobre o seu trabalho: “Podem achar o seu humor agressivo - mas o país em que viveu não merecia outra coisa. E Henfil não podia dar-se ao luxo de ser leve.” (Jornal do Brasil, 05/01/1988, Um Exercício de Liberdade). Temas como sufrágio, poder popular e censura eram retratados nas suas ilustrações.

Antropologia tem idoneidade jurídica para esclarecer signos linguísticos empregados pelos Constituintes quanto ao significado de comunidades quilombolas; escritos do dramaturgo Nelson Rodrigues podem auxiliá-los a esclarecer aspectos da liberdade de expressão, inclusive, quanto ao significado do humor⁵⁰⁴.

Proposições desse tipo estão longe de ser consensualmente aceitas no Brasil, onde a questão ainda permanece em aberto e subdesenvolvida. Até então, a visão mais tradicional tem trabalhado com um rol de fontes jurídicas bastante restrito, que não está à altura dos problemas práticos e interpretativos contemporâneos.

Com o desbloqueio operado pela ICOr, os documentos integrantes desse acervo adquirem o *status* de **fontes originais**, o que não apenas se traduz em uma revisão de literatura⁵⁰⁵ como também produz outras revisões sobre algumas premissas do Direito Constitucional no Brasil.

Gráfico 3: Fontes e suas camadas



Fonte: Elaboração própria

O gráfico exige uma interpretação. Uma jurisdição constitucional baseada na própria jurisprudência é uma investigação que vai além do texto normativo, mas que recai sobre si

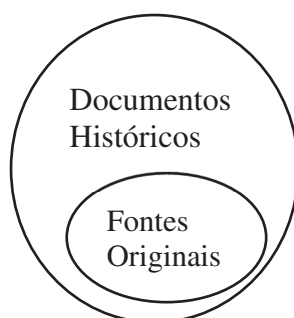
⁵⁰⁴ Falecido na década de 80, o escritor exerceu uma poderosa influência sobre os Constituintes, que às vezes se baseavam na sua produção literária para trabalhar com os limites éticos do humor. Nesse sentido: Constituinte Roberto Campos, DANC n.º 257, Ano II, p. 11078.

⁵⁰⁵ A propósito, a tradicional teoria das fontes veio a ser apontada pela doutrina italiana como uma reminiscência do passado que urge ser revisada (Grossi, 2005, p. 39). No mesmo sentido, no Brasil, Limongi França (2014, p. 158) já descrevia que a bibliografia nacional sobre fontes era “simplesmente paupérrima” e reclamava uma revisão.

mesma, daí porque representada pela mesma cor (abordagem autocentrada). A coloração se altera quando a pesquisa incide sobre o texto escrito (alteridade), mas só atinge a camada mais profunda quando faz uso das fontes originais, que trazem elos perdidos da comunicação constitucional.

Reputa-se fonte original todo documento histórico que registra vestígios ou fornece pistas relevantes para a elucidação do significado primitivo de uma norma constitucional, assim entendido aquele contemporâneo à promulgação da Constituição. A relação estabelecida é de **continente e conteúdo**, a saber:

Gráfico 4: Relação de continente e conteúdo



Fonte: Elaboração própria

Tais fontes não **produzem** o Direito, mas determinam o seu conteúdo⁵⁰⁶. Portanto, fontes originais são fontes de interpretação constitucional e podem eventualmente ser fontes de Direito Constitucional, mas não são fontes das normas constitucionais.

No constitucionalismo boliviano, por exemplo, a interpretação constitucional deve ser efetuada com o auxílio de "documentos, atas e resoluções" que permitam discernir “a vontade do constituinte”, assim como em atenção ao “teor literal do texto” (Grote, 2022, p. 4). Trata-se de expressa exigência estabelecida no artigo 196, § 2º, da Constituição boliviana (2009). Em outras palavras, o Tribunal Constitucional da Bolívia **deve** efetuar um diálogo com as fontes originais.

⁵⁰⁶ A não ser quando inspiram a produção de normas individuais, por exemplo, quando o STF se baseia nessas fontes para proferir um acórdão. Neste caso, uma fonte original atuou diretamente na produção do Direito, à semelhança da doutrina.

Na Indonésia, a ideologia fundante *Pancasila*, tal como consagrada no preâmbulo da Constituição, é considerada como “a fonte de todas as fontes” do Direito que emana do Estado (artigo 2º, Lei n.º 12/2011), inclusive do Direito Constitucional. Percebe-se, mais uma vez, que alguns arranjos institucionais **determinam** que magistrados se aprofundem nas camadas das fontes epistêmicas de interpretação constitucional.

No Brasil, as fontes originais são inúmeras. Para uma dimensão mais precisa, estima-se que o processo constituinte tenha contemplado mais de 60.000 (sessenta mil) emendas, 330 (trezentos e trinta) sessões onde centenas de propostas foram apresentadas, 182 (cento e oitenta e duas) audiências públicas, além de 24.000 (vinte e quatro mil) horas de discursos e debates. Para além dos trabalhos constituintes propriamente ditos, milhares de páginas oriundas de publicações oficiais foram veiculadas pela Assembleia Nacional nos diários, semanários e boletins.

Todo esse rico material compõe uma parte importante do acervo de fontes originais passíveis de exame metódico, cognição e **diálogo** para a construção argumentativa das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁰⁷. E, conforme apontado, há muitas outras. Tudo aquilo que tiver idoneidade para indicar o significado original de uma norma constitucional pode ter o *status* de fonte original e, por conseguinte, de fonte jurídica.

Essa abertura metodológica fornece ao intérprete possibilidades muito ricas quanto aos meios, mas também restritas e precisas quanto aos fins. Adotando-se uma concepção mais moderna sobre as fontes à disposição da jurisdição constitucional, o STF haverá de estabelecer um diálogo com as fontes originais na sua construção argumentativa, o que equivale a transformar o Supremo Tribunal em **caixa de ressonância da Assembleia Constituinte** e, em virtude disso, **do povo brasileiro**.

1. Porém, a maneira de trabalhar com essas fontes é completamente diferente da corrente na prática forense. Primeiro, nesta nova concepção, fontes tradicionais se despem da sua característica essencial para serem **historicizadas**, ou seja, para que se convertam em **documentos históricos**. Por exemplo, na concepção tradicional, princípios gerais do Direito atuam no banco de reserva, ou seja, podem ser utilizados quando da omissão do legislador (art.

⁵⁰⁷ A esse respeito: "Os números que registram a tarefa constitucional são impressionantes. Como exemplos podem ser citados os mais de 212 mil registros eletrônicos relativos a emendas, projetos e destaques, espalhados em mais de uma dezena de bases de dados passíveis de serem acessadas por mais de 150 instituições públicas e privadas do País; as mais de 2 mil caixas com documentos originais da Assembléia; os 308 exemplares do Diário da Assembléia Nacional Constituinte, reunidos em uma coleção sintética de 16 e em outra expandida de 39 volumes; as 215 fitas de videocassete, as 1.270 fotos e as 2.865 fitas sonoras de gravação dos trabalhos constituintes; e uma extensa coleção de documentos catalogados pelas bibliotecas" (Oliveira, 1993, p. 9).

4º, LINDB). Por sua vez, adotando-se o modelo aqui proposto, princípios gerais do Direito invocados por juristas nas audiências públicas da ANC assumem o *status* de documento histórico. Por que isso é relevante? Precisamente porque nova proposta **supera a perspectiva de hierarquia das fontes**: ao contrário dos princípios gerais catalogados na doutrina, cuja incidência é subsidiária, documentos históricos não precisam de lacunas para que sejam utilizados. Esta proposta **equaliza** fontes jurídicas **até então hierarquizadas**, na medida em que todas são vistas como pistas sobre o significado do texto constitucional.

E há outros exemplos a serem revisados. No modelo tradicional, tecnicamente, tem-se entendido que a Exposição de Motivos (v.g Código Penal) tem natureza de **doutrina**. Contudo, adotando-se um caminho distinto do trilhado pela teoria clássica das fontes, a historicização desse documento eleva o seu valor epistêmico: para além da mera opinião de Doutores no Direito, uma Exposição de Motivos agora se traduz em uma evidência histórico-documental de significados originais.

Mas é possível ir além. Em casos específicos, uma lei ordinária passa a ter a força persuasiva que teria um **elo perdido** da Constituição, quando contiver uma definição apropriada pelo Constituinte ou quando advinda dos próprios Constituintes. Na verdade, esta proposta **equaliza** fontes jurídicas **até então hierarquizadas**, na medida em que todas são vistas como pistas sobre o significado do texto constitucional.

Segundo, o **gênero literário** da Constituição Federal geralmente será distinto daquele predominante nas fontes originais. Isto exerce um impacto sobre a análise textual. Por exemplo, um documento histórico que colaciona discursos constituintes aconselha o emprego da **análise retórica**, dada a natureza estrategicamente persuasiva de alguns pronunciamentos. Já um documento que registra relatos e testemunhos de convidados da Assembleia Nacional Constituinte, muito comum nas audiências públicas, recomenda o uso da **análise narrativa**. Enquanto fontes originais enfatizam um **raciocínio diacrônico**, o estudo do texto constitucional propriamente dito pode fazer prevalecer o **elemento sincrônico**⁵⁰⁸. Em casos específicos, portanto, a interpretação de um dado capítulo da Constituição de 1988 poderia eventualmente atrair uma **análise semiótica**, que é tipicamente sincrônica. Como se percebe, a própria

⁵⁰⁸ Como bem assinalado por uma comissão de peritos designada pelo Vaticano para estabelecer a interpretação da Bíblia pela Igreja Católica (Pontifícia Comissão Bíblica), a abordagem sincrônica concentra-se no estudo do texto "tal como ele se apresenta ao leitor no seu estado final" (2021, p. 54). Na diacronia, o enfoque é a "evolução histórica dos textos ou das tradições através do tempo", bem assim "o sentido expresso pelos autores e redatores" (2011, pp. 33 e 45). Embora o *original intent* não seja um fim colimado em si mesmo, mas sim evidência histórico-linguística do *original public meaning*, fontes originais estão mais bem situadas na dimensão diacrônica.

manipulação das fontes — no melhor sentido do termo — pode ser convidativa de abordagens interpretativas distintas.

Pois bem. Embora o rol de fontes originais seja virtualmente impossível de exaurir, na medida em que novos documentos históricos são acessados ou descobertos, há fontes que, pela sua importância, merecem uma menção particular. São elas:

- a) Diários da Assembleia Nacional Constituinte (DANC);
- b) Suplementos;
- c) Boletins Administrativos da ANC;
- d) Jornal da Constituinte;
- e) Boletins da Constituinte;
- f) Relatórios ao Anteprojeto do Relator e da Subcomissão - Fases "A" e "C"
- g) Segunda Edição do Dicionário Aurélio (1987);
- h) Leis aprovadas durante a Legislatura n.º 48 (1987-1988);
- i) Mensagens de Veto de José Sarney (1987-1988).

Em comum, todas as espécies de fontes originais apontadas representam uma parcela muito seleta de um universo maior: as **fontes históricas**. Como se vê, o âmago desta pesquisa **não** está nas chamadas fontes das normas constitucionais. O cerne consiste em analisar as fontes jurídicas auxiliaadoras da tarefa de determinação do conteúdo do Direito — fontes de interpretação constitucional. Mais especificamente, pretende-se investigar se e como documentos históricos podem ser pesquisados para que forneçam evidências sobre o significado da Constituição, examinando, ao final, os mais relevantes.

O primeiro desafio, portanto, será compreender a cognição de documentos históricos. **Com que olhar** e, sobretudo, **com quais cautelas** um juiz deve examinar um Diário da Assembleia Nacional Constituinte? Haverá nele uma “verdade” a ser desvelada sobre o significado da Constituição de 1988? São questões fundamentais a serem problematizadas. Esse aspecto é verticalizado a seguir.

10.2 DO SIGNIFICADO DOS DOCUMENTOS HISTÓRICOS E DA COMPREENSÃO DE SOCIEDADES ANCESTRAIS

Qualquer documento escrito, por si só, já suscita controvérsias sobre a correta maneira de interpretá-lo. Tenham ou não conteúdo histórico, a maneira adequada de compreender textos e linguagens é um tema que polariza muitas escolas acadêmicas. Uma primeira opção é adotar uma concepção mais aristotélica, tomista, pautada na Filosofia da Consciência ou aproximada da Teoria da Correspondência, onde cada palavra indexaria os verdadeiros e correlatos significados das coisas no mundo real. Assim, quando se diz “árvore”, o vocábulo estaria a evocar uma coisa cuja essência corresponderia à palavra expressada.

Uma pesquisa nos documentos históricos produzidos pela Assembleia Nacional revela que essa concepção correspondia à tradição e ao pensamento majoritário na Era Constituinte, mas alguns Constituintes se opuseram, explicitamente, defendendo que o paradigma deveria ser objeto de renúncia⁵⁰⁹.

Em se tratando de documentos escritos **históricos**, acrescentam-se mais camadas de complexidade. Sérias dificuldades metodológicas e epistemológicas se afiguram quando um intérprete chama para si a tarefa de interpretar fontes históricas.

Convém expô-las.

A disputa acadêmica sobre o significado de documentos históricos tem como base as seguintes questões de alta indagação: (i) primeiro, parte dos historiadores e filósofos sustenta que sequer existe uma verdade objetivamente cognoscível sobre o passado. Argumenta-se, por exemplo, que novas interpretações podem revisar fatos pretéritos. Diz-se também que jamais seria possível uma cognição impoluta do passado sem uma deformação operada pelas lentes do presente. (ii) Segundo, mesmo que vencida a etapa anterior, concluindo-se que existiria, sim, um dado acessível a ser descoberto, muitos argumentam que descontinuidades impediriam a

⁵⁰⁹ Constituinte Nelson Jobim, DANC n.º 137, Ano I, p. 5051. Segundo ele, a herança cultural aristotélico-tomista e a estruturação da língua portuguesa, tão enraizados na educação brasileira, levariam à ideia de que o significado das palavras vem do mundo e dos próprios objetos referidos. Os demais Constituintes, sustentou Jobim, deveriam se desvencilhar dessa concepção, para apegar-se aos estudos “modernos” da Escola de Oxford. Mas a verdade é que o próprio Constituinte Nelson Jobim, que concitava seus pares a se desvencilharem essa forma de raciocínio, acabava entrando em contradição ao longo de outras sessões de trabalho da ANC. É fácil demonstrar essa inconsistência: ao disciplinar as limitações ao poder de tributar, a Constituição de 1988 menciona a palavra **remissão** (art. 150, § 6º). Analisando-se os debates constituintes, vê-se que este foi um conceito que despertou dúvidas quanto à sua extensão. A anistia estaria abrangida na ideia de remissão? Nelson Jobim defendia que sim. Após alguma perplexidade de Bernardo Cabral, Jobim foi bastante prático: “Também achei estranho, mas realmente é este. Há um conceito no Direito Tributário. Fui pesquisar e encontrei que o Código Tributário [...]” (Suplemento “B” ao DANC 307, p. 105, 23/09/1988). Ao tentar convencer seus pares sobre qual era o conceito pretensamente real de remissão – “realmente é esse” –, Nelson Jobim invocou o que lhe pareceria ser um argumento decisivo, vale dizer, com aptidão para dirimir a dúvida. E este argumento era o fato de que o Direito infraconstitucional já trabalhava com esse conceito, ou seja, para Jobim, os Constituintes não ressignificariam a definição já consagrada. Mesmo anos depois, parte da literatura jurídica mais crítica descreve — e não prescreve! — que o modelo aristotélico-tomista tem sido mesmo o mais recorrente no “senso comum teórico dos juristas” no Brasil. É o que se extrai da célebre e disruptiva obra “Hermenêutica Jurídica e(m) Crise” (Streck, 2014, p. 119).

subsistência de antigas verdades nos dias atuais. Em outras palavras, aquilo que foi já não o é. Não há verdades transcendentais. (iii) Terceiro, tem sido comum apontar que bacharéis em Direito carecem de treinamento técnico para essa atividade intelectual típica de historiadores, objeção esta que, nos Estados Unidos, ficou mais conhecida como a crítica do *law office history*.

As duas primeiras objeções serão analisadas conjuntamente, porque afins, reservando-se à última delas um estudo à parte.

10.2.1 É possível falar em uma verdade sobre o passado e efetuar uma cognição impoluta de fontes históricas?

Tradicionalmente, entendia-se que a investigação histórica racional permitiria, sim, chegar a um conhecimento autêntico do passado. Anos depois, nos anos 70 do século XX, essa assunção passou a ser drasticamente refutada por historiadores franceses e norte-americanos, durante o chamado giro linguístico (Aurell, 2004, p. 4). Mas engana-se quem supõe que o assunto havia sido sepultado.

Embora o *linguistic turn* tenha alcançado algum consenso síncrono entre cientistas sociais, a controvérsia sobre metodologias históricas permaneceu acirrada e, a propósito, ainda mais do que antes (Fisher III, 1997, p. 1067). Na História Intelectual, ramo que se ocupa dos pensamentos e crenças de um povo — na maioria das vezes por meio de inferências extraídas dos seus escritos —, pelo menos quatro grupos bem definidos travaram uma batalha acadêmica sobre esses aspectos: a) estruturalistas; b) contextualistas; c) pós-modernistas e d) neo-historicistas (Fisher III, 1997, pp. 1065-1070).

Não é propósito deste capítulo se ocupar de cada uma dessas correntes, mas é importante demonstrar que a interpretação de documentos históricos pode ser uma questão de alta indagação. Contextualistas, por exemplo, acreditavam que o significado de documentos dependia radicalmente do sistema de palavras e conceitos dentro do qual o autor estava inserido quando os escreveu, daí porque a tarefa central da História Intelectual seria uma reconstrução para interpretar o texto à luz do contexto singular do passado (Fisher III, 1997, p. 1068). Nota-se que o empreendimento se baseia em algumas premissas partilhadas pela abordagem originalista.

Diferentemente, pós-modernistas defendiam que cada documento produz múltiplos significados (Fisher III, 1997, p. 1069) e que o texto escapa tanto dos seus próprios redatores quanto dos historiadores intelectuais que se empenham em acessá-lo, isto é, o resgate do significado original ou do contexto original seria um empreendimento impossível (Fisher III, 1997, p. 1069). Originalistas não negam a eventual multiplicidade de significados em um texto ancestral, mas concebem que, de um modo geral, é possível discerni-lo⁵¹⁰.

E assim por diante.

A esta altura, já se percebe a existência de uma intensa disputa em torno da interpretação de documentos históricos, aspecto que não poderia ser simplesmente omitido em uma tese de doutorado que não se pretende apologética. Trata-se de uma circunstância que desafia todos os ramos do saber, inclusive a Teologia⁵¹¹.

Importa saber que, devida ou indevidamente, o *linguistic turn* passou a ser associado ao relativismo da História (Aurell, 2004, p. 5). Sem dúvidas, a relativização do passado afigura-se como um obstáculo a uma interpretação voltada para resgatá-lo. Daí porque o tema merece um exame mais cuidadoso.

Originalistas descrevem que a incredulidade em uma verdade histórica objetiva está usualmente radicada em duas concepções filosóficas dos séculos XIX e XX, quais sejam, Historicismo e Relativismo (Wurman, 2017, p. 102).

Na sua variante mais radical, o Historicismo sustenta que é impossível acessar a verdade sem deformá-la com as pré-compreensões do próprio intérprete (Wurman, 2017, p. 103). É como se os ídolos da caverna impedissem uma cognição impoluta, vale dizer, despida das inevitáveis influências deformantes do presente e vicissitudes do olhar pessoal daquele que analisa fatos históricos. Nesta concepção, indivíduos só conseguiriam conferir um **significado atual** a fatos passados, problema epistemológico geralmente referido como *translation* (Wurman, 2017, pp. 103-104). Nesse contexto, a *translation* é a deturpação involuntária e

⁵¹⁰ Ilan Wurman (2017, p. 106) reconhece que, em algumas situações, as evidências históricas podem mesmo ser verdadeiramente indeterminadas. Nestes casos específicos, que serão escassos, originalistas admitem que algo mais venha a estabelecer o desfecho, a exemplo da presunção de constitucionalidade que milita em favor das leis.

⁵¹¹ Já houve desacordo sobre se, por exemplo, o Saltério — assim entendido o conjunto bíblico de Salmos que, uma vez unido ao pentateuco, compõe a *torá* — deveria ser interpretado no seu contexto histórico, posicionamento vulnerabilizado pelo fato de que nem todos os Salmos contêm informações históricas e pela circunstância de que alguns dados são discutíveis (Sproul, 2021, p. 829). No final do século XIX, uma escola de hermenêutica bíblica sustentou que o Saltério se submeteria a uma interpretação que tomasse em consideração o contexto de outros salmos do mesmo gênero, não o contexto histórico (Sproul, 2021, p. 829). Nas últimas décadas do século XX, ganhou força a corrente pela qual os Salmos haviam sido organizados **intencionalmente** e, portanto, cada um haveria de ser estudado também de forma dialética com aqueles que se lhe avizinham (Sproul, 2021, p. 829).

inafastável de significados pretéritos. Portanto, parte da literatura historiográfica afirma ser a **tradução** uma atividade que, mesmo quando efetuada por um tradutor competente e cuidadoso, usualmente sacrifica parte do conteúdo original (Fonseca, 2020, pp. 355-358).

Todas as questões levantadas têm uma relação direta com a interpretação constitucional originalista. Segundo Antonin Scalia, o Originalismo pode ser uma tarefa que às vezes melhor se amolda às habilidades do historiador que do advogado (1989, p. 857). Richard Posner (1998, pp. 6-7) já sustentou que o “originalismo de Scalia” é uma abordagem que exige dos juízes um trabalho essencialmente de historiadores, na medida em que precisarão reconstruir o significado original de documentos de séculos atrás. De fato, trata-se de uma metodologia típica de um exercício histórico intelectual. No Originalismo, o intérprete haverá de examinar o texto à luz do contexto histórico que o originou, fazendo-o, tanto quanto “humanamente possível”, com o “olhar objetivo de um linguista ou historiador”, sem contaminar-se por políticas modernas ou inclinações para resultados específicos (McConnell, 2020, p. 14)⁵¹².

Logo, a proximidade estabelecida entre Originalismo e Historiografia atrai as mesmas objeções apresentadas contra o trabalho dos historiadores, tal como examinadas neste capítulo. Dentre elas, o desafio de que a abordagem originalista requer a imersão do intérprete em uma atmosfera política e intelectual de uma época distinta da sua, exigindo que se desvencilhe de conhecimentos que estavam indisponíveis naquele quadrante histórico, para assumir crenças, posturas, filosofias e pré-julgamentos que não são hoje cultivados (Scalia, 1989, pp. 856-857). Esta seria, precisamente, a porção da teoria originalista atacada pela objeção da Filosofia de Gadamer, para quem o empreendimento do intérprete de projetar a si mesmo no túnel do tempo seria impossível. Isso porque, segundo ele, a **distância histórica** representa uma “diferença insuperável entre o intérprete e o autor”, pelo que “cada época tem de entender um texto transmitido de uma maneira peculiar” (Gadamer, 1999, p. 443)⁵¹³. A propósito, assim também tem sido a compreensão de parte da doutrina constitucionalista alemã (Hesse, 1998, p. 61).

⁵¹² Para uma crítica a essa concepção, convém examinar os trabalhos de Chaïm Perelman. O jurista belga — embora nascido na Polônia — recusa a assimilação do trabalho de magistrados como um ofício típico de historiadores ou detetives que se esforçam para reconstituir o passado tal como efetivamente ocorreu (Perelman, 2004, p. 35). Para ele, essa é uma ideia frequente entre leigos, porque ignorariam que o raciocínio do Juiz se submete às regras de processo, ao passo que o raciocínio dos pesquisadores é cientificamente voltado para o estabelecimento da “verdade objetiva” (Perelman, 2004, p. 35). É importante esclarecer, todavia, que, nesta passagem, Perelman estava a se referir aos “*atos dos quais depende a solução de um processo*”, não a significados de textos (Perelman, 2004, p. 35).

⁵¹³ Se este é um ceticismo temporal, é interessante perceber que a mesma premissa teórica tem dado lugar a um ceticismo espacial. Acadêmicos inspirados na filosofia de Gadamer tem rejeitado a possibilidade de transplantes entre países distintos (aspecto espacial). Na Universidade de Sorbonne (França), Legrand (1997, p. 114) refuta

É preciso compreender isto.

Na Hermenêutica Filosófica gadameriana, “[a] primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão” (Gadamer, 1999, p. 300). Este é o ponto de partida. Por sua vez, “[a] lente da subjetividade é um espelho deformante” (Gadamer, 1999, p. 282). Por fim, “os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica do seu ser” (Gadamer, 1999, p. 282).

Segundo Gadamer (1999, p. 311), os preconceitos que o intérprete traz consigo formam o horizonte do presente. Disso não se segue, porém, que se deva tentar desvencilhar-se desses preconceitos, em uma busca implacável pela alteridade do passado. “O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado” (Gadamer, 1999, p. 311). Sequer seria possível, segundo o seu pensamento, falar em um horizonte do presente isoladamente, assim como não existiriam “horizontes históricos a serem ganhos” (Gadamer, 1999, p. 311). “Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos” (Gadamer, 1999, p. 311).

Extraí-se que, em Gadamer, não há uma cognição impoluta do passado. Este é sempre contaminado pelo presente que, a seu turno, é moldado pelo passado. Daí porque ambos, passado e presente, estão amalgamados na interpretação.

Embora menos disseminado entre juristas dos Estados Unidos da América⁵¹⁴, as ideias e terminologias de Gadamer foram incorporadas entre constitucionalistas brasileiros com uma naturalidade que causa perplexidade (Coelho, 2010, p. 141; Streck, 2016, pp. 86-87; Grau, 2017, p. 28)⁵¹⁵.

esta visão e se associa à concepção de Gadamer, pontuando que a atividade interpretativa agrega significado e se traduz em um fenômeno que deriva das pré-compreensões do intérprete. Simone Glanert, seguindo os passos dessa compreensão, adverte que qualquer compreensão sofre, na hermenêutica filosófica gadameriana, a influência determinista da consciência historicamente efetivada. Em suma, compreensões são moldadas por tradições históricas (Glanert, 2012, p. 74). Gadamer enfatiza a eficácia (e influência) da História **contemporânea ao intérprete**, mas a abordagem originalista percorre um caminho distinto: perquire o **contexto histórico dos redatores**. Se isto não fosse uma pretensão possível, a própria atividade dos historiadores estaria ameaçada ou tomada pelo anacronismo.

⁵¹⁴ Pode ser chocante descrever isso, mas, ao solicitar obras de Gadamer para um bibliotecário do Departamento de Filosofia na Universidade de Stanford, durante o período de *visiting scholar*, a primeira resposta obtida foi a de que esse autor era um ilustre desconhecido.

⁵¹⁵ Para se ter ideia, ao redigir a apresentação de obra institucional vocacionada ao resgate histórico da memória jurisprudencial do Ministro Victor Nunes, o ex-Ministro e ex-Constituinte Nelson Jobim asseverou (Almeida, 2006, p. 10): “O sentido da Constituição, em seus múltiplos significados, se renova e é constantemente redescoberto em processo de diálogo entre o momento do intérprete e de sua pré-compreensão e o tempo do texto constitucional. É a espiral hermenêutica de HANS GEORG GADAMER”.

Pois bem. Apresentadas as críticas mais relevantes à interpretação de documentos históricos e reconhecida a plausibilidade desses questionamentos, inclusive quando endereçados ao Originalismo, chegou a hora de enfrentá-los.

Em primeiro lugar, é necessário duvidar daquilo que já não se duvida: a premissa da **Fusão Horizôntica** de Gadamer, tão propalada no Brasil, é uma hipótese verificável? Como provar que a interpretação constitucional é uma “fusão de horizontes”? E como demonstrar que não o é? Tal pode ser tão verdadeiro quanto a Psicanálise de Freud⁵¹⁶. Simplesmente, aspectos como o círculo hermenêutico de Gadamer, “tradição”⁵¹⁷ e “horizonte” não são dotados de *acuidade* suficiente para que sejam testados.

Não há como provar o acerto ou desacerto de **metáforas**. E quando essas figuras de linguagem têm a ambição de explicar um mecanismo tão misterioso como é a compreensão humana, circunscrita ao claustro psíquico, a proposição de que o passado não pode ser acessado é um palpite tão seguro quanto dizer que o futuro não pode ser conhecido.

A Filosofia do pensador alemão não é, em virtude disso, menos digna de valor. Apenas não se saberá como colocá-la à prova diante do escrutínio científico, dada a sua ambição onisciente: Gadamer empenhou-se para decifrar a mente humana em uma cognição profunda e subjetiva demais. Sondou o insondável.

No que diz respeito às suas hipóteses, não há como falsificá-las, razão pela qual não se admitirá prova em contrário — tampouco a favor. Cientificamente, é impossível afirmar ou infirmar se o intérprete realmente funde horizontes na linha do tempo, assim como hoje é impossível averiguar se, por exemplo, o horizonte do presente não se forma à margem do passado.

⁵¹⁶ Para Fred Nichols Kerlinger (1964, p. 20), uma hipótese é uma proposição conjectural que estabelece uma relação entre duas ou mais variáveis. Ilustrativamente, se “A”, então “B” (Kerlinger, 1964, p. 22). Assumindo-se essa premissa, é muito difícil reconhecer *status* científico às ideias de Sigmund Freud. A testagem da sua Teoria da Ansiedade, por exemplo, exigiria a formulação de hipóteses que incluíssem a noção de repressão e de inconsciente — palavras-chave nesse empreendimento teórico freudiano —, de forma a medi-las (Kerlinger, 1964, p. 24). Porém, diante da elevada dificuldade de definir com acurácia esses elementos, o Professor Kerlinger considera que mensurá-los se tornaria uma tarefa de extrema dificuldade, sublinhando que, até aquele momento da história, ainda não havia sido cumprida com êxito (Kerlinger, 1964, p. 24). De maneira semelhante, em outro trecho da sua obra, Kerlinger (1964, p. 295) aponta que as ideias de Freud sobre comportamento neurótico até podem ser brilhantes, mas não podem ser havidas como “cientificamente estabelecidas”.

⁵¹⁷ Na porção central da obra, Gadamer apresenta a tradição como condição para a compreensão. A concepção de tradição, para ele, não significa o conhecimento histórico, mas sim aquilo que faz **parte do ser** de um indivíduo (Bernasconi, 1999, p. 338). Na lição deixada pela Pontifícia Comissão Bíblica (2021, p. 88-89), a tradição de Gadamer “consiste em um conjunto de dados históricos e culturais, que constituem nosso contexto vital, nosso horizonte de compreensão.”.

Diante desse cenário, duvidar já não é temerário. Apesar disso, repita-se, a facilidade com a qual professores brasileiros compraram essa ideia é intrigante.

Mas há outras questões sérias a serem examinadas.

A objeção de que o significado de textos ancestrais é impossível de ser discernido apresenta pelo menos dois grandes problemas: **(i)** um problema cívico; **(ii)** um problema de ordem cultural, com impactos educacionais.

A dimensão cívica consiste no fato de que muitas leis ancestrais ainda vigoram e espera-se, sinceramente, que cidadãos consigam compreendê-las e observá-las, mesmo que sejam muito antigas e que provenham de pessoas que morreram em um passado remoto. Seria demasiadamente ingênuo imaginar que o ordenamento jurídico é constituído apenas por leis redigidas nos dias hodiernos. É próprio do Direito ser regido por leis escritas por pessoas vivas ou mortas, do presente ou do passado. A chamada **persistência** da lei, para muito além do desaparecimento do seu autor e daqueles que habitualmente lhe obedeciam, já havia sido identificada no positivismo inglês do século XX (Hart, 2001, p. 59). Por exemplo, H.L.A Hart (2001, p. 71) menciona a vigência da Lei de Bruxaria, que veio a ser promulgada no século XVIII, na Inglaterra, mas muitos outros casos semelhantes poderiam ser apontados. Ilustrativamente, inúmeras das leis que hoje se classificam como *sedition laws*, *sodomy laws* e *blasphemy laws*⁵¹⁸ nasceram da produção legislativa operada na era colonial (Kanna, 2020, p. 420).

Portanto, afirmar que cidadãos não conseguem compreender as mesmas leis que devem obedecer é mais do que subestimá-los: trata-se de **incapacitá-los** para o exercício da vida civil, infantilizando-os. Não se obedece àquilo que se desconhece e que não se pode vir a conhecer. Resta, então, dizer que, diante de uma mesma lei, a obediência do passado era diferente da obediência do presente. E, assim, aos poucos, é necessário construir hipóteses cada vez mais criativas e também perigosas.

Aqui, é absolutamente relevante fazer um adendo. A reflexão de Hart, a um só tempo, desconstrói duas grandes objeções comumente apresentadas ao Originalismo como alternativa de abordagem na interpretação constitucional. Embora o assunto em pauta seja o argumento de que as gerações de hoje não conseguiriam decifrar significados imprimidos no passado, os

⁵¹⁸ Aproximadamente 70 (setenta) países, inclusive democracias (EUA e países europeus), contemplam algum tipo de lei que pune infrações contra o sentimento religioso. O Brasil é um deles, embora a sanção da legislação brasileira seja menos severa que aquela adotada por países como Irã e Paquistão (pena de morte), Sudão (castigos corporais) e Rússia (trabalhos forçados) (Fiss & Kestenbaum, 2017, p. 25).

exemplos de Hart também têm aptidão para serem canalizados para o célebre dilema conhecido como *dead hand problem*, que é uma objeção de **legitimidade**. "Por que uma geração, que há muito faleceu e já se foi, teria o direito de governar outra?", indagou Thomas Jefferon Wurman, em 1789, em uma epístola endereçada a James Madison (Wurman, 2017, p. 1). De maneira consciente ou não, o Professor de Oxford deixa uma pista valiosa para a chave desse enigma tão lembrado no constitucionalismo norte-americano (Hart, 2001, pp. 71 e 73): como se pode assimilar que uma lei produzida por pessoas mortas, há tanto tempo, ainda persista como tal perante uma sociedade que já não tem por hábito obedecer aos que já se foram? Simplesmente, leis produzidas por pessoas mortas **ainda** são leis, porque editadas por quem de direito e em observância ao Direito. Mas é possível apresentar um argumento positivista: a prova de que os mortos podem governar os vivos é o fato de que, no Brasil, emendas constitucionais podem ser declaradas inconstitucionais. É o quanto basta dizer.

Cumpra analisar o segundo problema mencionado (ii), isto é, aquele de índole cultural. Ora, se textos antigos não permitem que seu significado seja desvelado, haveria poucas razões para ler, por exemplo, as cartas escritas por Manuel da Nóbrega (1955, pp. 48-49) no século XVI, preciosos registros históricos do Brasil Colonial. Em uma delas, o jesuíta assevera:

Se matam algum na guerra, trazem-no em pedaços e põem-no ao fumo e depois o comem com a mesma solenidade e festa; e tudo isto pelo ódio entranhável que têm uns aos outros. E nestas duas coisas, scilicet, em ter muitas mulheres e matar os seus contrários, consiste toda a sua honra e esta é a sua felicidade e desejo [...] ⁵¹⁹.

Este é o trecho de uma epístola subscrita no ano de 1549, que pode ser linguisticamente intuída no século XXI: trata ela de antropofagia e práticas promíscuas no Brasil colonial. Ou ainda (Nóbrega, 1955, p. 114):

Já que escrevi a V. A. ha falta que nesta terra há de molheres com que os homens casem e vivão em serviço de N. Senhor apartados dos peccados em que agora vivem, mande V. A. muitas órfãs e, se não ouver muitas, venhão de mestura dellas, e

⁵¹⁹ A propósito, na Introdução Geral, Serafim Leite reconheceu ao jesuíta uma “cultura jurídica” (Nóbrega, 1955, p. 29).

quaisquer porque são tão desejadas as molheres brancas quá, que quaisquer farão quá muito bem à terra, e ellas se ganharão e os homens de quá apartar-se-ão do pecado.

Este trecho também foi redigido por Manuel da Nóbrega, agora em 1552. Trata-se de uma epístola endereçada ao Rei Dom João, solicitando que mulheres fossem enviadas ao Brasil. Mais uma vez, a compreensão do significado imprimido no documento está ao dispor dos indivíduos do século XXI. A menos, é claro, que pessoas adultas e capazes sejam subestimadas.

Se porventura estudiosos vierem a advertir que alguma das palavras acima foi objeto de uma descontinuidade linguística, leitores deverão empenhar-se na pesquisa do significado original. Afinal, o anacronismo é uma deturpação semântica a ser coibida.

No Brasil, a objeção da *translation* perde muito da sua persuasão. Dado que muitos Constituintes brasileiros estão vivos e convivem com a própria geração destinatária do documento, interpretar a Constituição de 1988 não é exatamente uma jornada entre eras históricas distintas. Se é possível falar em outra era, a viagem para alcançá-la é consideravelmente mais curta que aquela realizada pela Suprema Corte dos EUA. No máximo, o passageiro brasileiro desce do vagão uma única estação depois de entrar no metrô.

Na Linguística da língua portuguesa, sabe-se, de maneira aproximada, que o idioma empregado durante parte da Idade Média (séculos XIII e XIV) já foi o trovadoresco ou galego-português. Em seguida, o desenvolvimento idiomático alcançou o período **arcaico médio** (séculos XV e XVI), o **português moderno** (séculos XVI e XVII) e finalmente atingiu a maturidade com o chamado **português contemporâneo** (século XVIII). Embora a língua seja cambiante, intérpretes da Constituição de 1988 não se defrontam com um português arcaico, a exigir **traduções** (*translation*) mais sofisticadas. Por ora, trata-se do vernáculo contemporâneo à idade adulta, juventude ou infância da maioria dos juízes brasileiros.

Dessa maneira, Ministros do Supremo Tribunal Federal não traduzem exatamente fatos pretéritos em significados contemporâneos, mas sim acessam fatos do passado relativos a uma época que **testemunharam** e **vivenciaram**. Quando um Tribunal se reporta à Era Constituinte (1987-1988), a distância de acesso é semelhante à memória resgatada por um bombeiro adulto que vivenciou o 11 de Setembro em 2001 e hoje descreve sua experiência. E, em alguns anos, será como o relato de sobreviventes do nazismo ou do comunismo na Tchecoslováquia, que continuam sabendo interpretar e significar os fatos que viveram.

Para completar o exame das duas primeiras objeções afins, resta lembrar que, na Filosofia da História, **uma variante mais moderada da Escola do Historicismo propugna que não há verdades transcendentais** (Wurman, 2017, pp. 102-103), isto é, todas as verdades e valores estão confinados no tempo e no espaço de origem. Mesmo assumindo-se esta versão do Historicismo como correta, Wurman (2017, p. 103) descreve que o Originalismo seria capaz de vencê-la porque só interessa aos originalistas a verdade histórica de um tempo e lugar: a América de 1787 a 1789. Em suma, dado que somente a Era Constituinte tem relevância para a análise de verdades históricas, é indiferente que elas — as verdades históricas — já não mais sejam verdadeiras nos dias atuais. No Brasil, as fontes originais a serem estudadas somente interessam porque forneceriam elementos para elucidar a verdade contemporânea ao Biênio Fundante (1987-1988).

Nesta fase de desenvolvimento das digressões, é possível dizer que o “historicismo relativista” pode ser infirmado por pelo menos três principais razões. Primeiro, há fatos indisputáveis e incontrovertidos, pelo menos, em uma zona mínima de certeza sobre eles. Por exemplo, o fato de que a *Establishment Clause*, qualquer que seja o significado que se lhe atribua, pelo menos significa que não poderá haver igrejas oficiais ou tributação de religiões (Wurman, 2017, p. 104). No Brasil, um fato incontrovertido seria que o Supremo Tribunal Federal é a mais Alta Corte do país ou que a Emenda da Vaquejada foi uma reação a um entendimento firmado pelo STF.

Segundo, o Historicismo traz consigo uma contradição. A partir das reflexões de Leo Strauss, o próprio Historicismo seria tão perecível quanto as demais ideias humanas que afirma perecer (Wurman, 2017, pp. 104-105). Ora, sendo um construto humano, também ele — o Historicismo — estaria sujeito às limitações históricas que o fariam expirar enquanto verdade, vale dizer, acreditar nele é duvidar dele. Este o paradoxo que se nos afigura. Tem-se, então, o seguinte oxímoro: se a proposição de que não existe verdade absoluta for verdadeira, ela necessariamente precisa ser falsa. A esse respeito, Ilan Wurman é incisivo: ou o Historicismo é uma inverdade histórica ou ele representa uma exceção à própria regra que enuncia — e, portanto, seria apenas o caso de encontrar novas exceções que configurem hipóteses de verdades históricas (Wurman, 2017, p. 105).

Terceiro, mesmo havendo diferentes pontos de vista observacionais e experiências biográficas distintas, seres humanos se comunicam a contento. O conhecimento humano pode ser, e provavelmente é, possível como fato objetivamente cognoscível (Wurman, 2017, p. 105). Afirmar que o conhecimento histórico é impossível de ser acessado equivaleria a dizer que os

demais conhecimentos que integram outros ramos do saber também o são, o que comprometeria qualquer outra alternativa rival de interpretação constitucional, considerando que também se fundaria em um conhecimento subjetivo (Wurman, 2017, pp. 105-106).

Por todas as razões apresentadas até aqui, correntes céticas segundo as quais documentos jamais terão significados objetivamente cognoscíveis ou consoante as quais nunca existirá uma verdade factual historicamente acessível são rejeitadas neste trabalho. Tal não equivale a dizer, é de bom aviso ressaltar, que a verdade invariavelmente será acessível, tampouco que as evidências históricas sempre fornecerão uma única resposta⁵²⁰.

O Holocausto ocorreu e este fato é indisputável⁵²¹. No século XXI, marcado por desinformações e conspirações, a humanidade parece ter percebido a importância de assentar uma certeza mínima sobre fatos incontroversos, sem que com isso seja necessariamente exumado o positivismo oitocentista.

De maneira bastante precisa, o historiador francês Marc Bloch pontuou aquilo que, no fundo, é consabido: “*Le passé est, par définition, un donné que rien ne modifiera plus*” (Bloch, 1952, p. 36), ou seja, o passado é algo que mais nada poderá modificar. O ontem é intangível. Simplesmente, o ser humano é incapaz de alterar o que já foi. Trata-se de um **dado fixo**, não dinâmico⁵²². Contudo, **o conhecimento** sobre o passado é cambiante, na medida em que evolui para uma aproximação cada vez mais precisa da realidade pretérita. É nesse sentido que Marc Bloch (1952, p. 36) complementa suas palavras, ponderando: “*Mais la connaissance du passé est une chose en progrès, qui sans cesse se transforme et se perfectionne*”, isto é, o conhecimento do passado é algo em transformação constante, vale dizer, que se aprimora ao longo do tempo.

⁵²⁰ Wurman (2017, p. 99) desconstrói um mito recorrente ao explicar que “originalists rarely claim that there will be one right historical answer for every legal question requiring historical analysis”. Este é um senso comum atribuído à abordagem, mas que, após um levantamento bibliográfico atual, não encontra respaldo. Não é usual que originalistas reivindiquem isto. Wurman prossegue para esclarecer que “[w]hat they do claim is that some legal questions to which originalism is relevant admit of only one answer, and that many others admit of a circumscribed range of possible answers” (Wurman, 2017, p. 99). Assim, embora o Originalismo nem sempre possa oferecer uma única resposta histórica claramente correta, ele ainda é capaz de infirmar — provar o erro de — interpretações não-originalistas majoritárias sobre determinados dispositivos constitucionais (Wurman, 2017, p. 99). Em suma: o Originalismo tem a utilidade de eliminar vias interpretativas, fornecendo pelo menos uma certeza negativa. Nem sempre prova o que algo é, mas consegue provar aquilo que não é e nem poderia ser.

⁵²¹ A propósito, em 13/01/2022, a Assembleia Geral da ONU adotou uma resolução que insta os Estados membros a “rejeitarem sem reservas, hesitações ou distorções do Holocausto como evento histórico, de maneira total ou parcial, ou qualquer atividade para esse fim” (tradução livre).

⁵²² Como já foi dito pela célebre atriz Mary Pickford, “o passado não pode ser mudado. O futuro ainda está ao seu alcance” (tradução livre).

Não se pode reescrever o passado, mas é possível reescrever **sobre** o passado. Mesmo assim, sob condições muito especiais. Pode-se, sim, promover uma revisão de literatura ou adotar uma nova compreensão sobre eventos pretéritos, “...se novos documentos ou vestígios forem encontrados e se novas perguntas — a partir de novas preocupações do tempo presente — forem feitas às fontes históricas” (Luca, 2020, p. 9).

Em um raciocínio *a contrario sensu*, mantidas as circunstâncias, mudanças não são esperadas. Se o acervo documental permanece o mesmo e se as perguntas são idênticas, a menos que sobrevenha uma descoberta científica sobre os objetos já pesquisados, as respostas também se manterão constantes.

Em síntese, embora o passado seja imutável, a compreensão sobre ele é cambiante. Nesse sentido, “a interpretação e os sentidos que lhe são atribuídos não são fixos e imutáveis, pelo contrário, alteram-se significativamente ao longo das gerações” (Luca, 2020, p. 9). Não é o documento que se altera, mas a **sua interpretação** que se aprimora **para melhor conhecê-lo**. A História está em permanente aperfeiçoamento como ramo do saber, na medida em que historiadores estão em constante evolução acadêmica quanto às suas pesquisas que revisitam fatos pretéritos.

Muitos profissionais da Ciência aceitam e enfrentam o desafio de promover a reconstrução do passado, cada qual com metodologias e objetos de trabalho distintos. Geólogos acessam o passado do planeta por meio de camadas rochosas, astrônomos investigam a origem do universo por meio da radiação cósmica e paleontólogos reconstroem animais extintos por meio de fósseis (Luca, 2020, p. 8). É próprio do ser humano reconstruir o passado para, com maior ou menor acurácia, interpretá-lo. Neste caso, o propósito é **aproximar-se da verdade factual**.

A investigação operada pela História da Arte bem o ilustra. Nela, a reconstrução do passado tem sido um empreendimento exitoso. Em 1919, Johan Huizinga pretendeu fazer uma leitura da sociedade na Idade Média e para isso se valeu de uma análise das obras de arte dos irmãos Van Eyck (Aurell, 2004, p. 2). Em 1999, mesmo após o giro linguístico (*linguistic turn*) e fazendo uso de uma escrita diferenciada, o historiador britânico Simon Schama analisou a sociedade holandesa do século XVII por meio dos retratos do pintor flamenco Rembrandt (Aurell, 2004, p. 1).

Em comum, ambos os esforços demonstram que intérpretes buscam apoio em documentos históricos para compreender sociedades pretéritas, abstraindo-se, tanto quanto

possível, do seu lugar observacional. Se essa tarefa fosse mesmo impossível, muitas áreas do conhecimento humano seriam comprometidas e uma gama de empreendimentos acadêmico-culturais estariam fadados ao fracasso.

O historiador, assim como muitos outros profissionais que acessam o passado, “trabalha por inferências com base em documentos que sobreviveram ao tempo” (Luca, 2020, p. 8). Ora, a Constituição que vigora em um país representa com exatidão a ideia de “documento que sobreviveu ao tempo”. Em casos excepcionais, é possível encontrar constituições com uma longevidade de séculos, cuja durabilidade se preserva — e se perpetua — por gerações.

Constituições são documentos estabelecidos para sobreviverem à ação corrosiva do tempo, vale dizer, que se pretendem minimamente longevos. Em geral, sabe-se quando começam, mas não se sabe quando terminam⁵²³. Uma pequena parte da Magna Carta do Rei João Sem Terra, concebida na Idade Média (1215), **continua em vigor** nos dias atuais. A Constituição de San Marino foi escrita no século XVII (1600), enquanto a norte-americana é proveniente do século XVIII (1789). No universo das constituições mais antigas do mundo e que ainda vigoram, muitas foram redigidas ao longo do século XIX: Noruega (1814), Holanda (1815), Bélgica (1831), Nova Zelândia (1852), Argentina (1853), Canadá (1867), Luxemburgo (1868) e Tonga (1875)⁵²⁴.

É fácil perceber que as próprias constituições são representações perfeitas do conceito de fontes históricas. Isso porque uma constituição contém os vestígios da sociedade que a elaborou (Barros, 2019), fornecendo pistas sobre o *modus vivendi* dos seus Redatores.

Quando isoladamente considerados, documentos históricos não são suficientes para fornecer a compreensão integral das sociedades que os produziram, mas fornecem importantes pistas sobre essas sociedades (Luca, 2020, p. 8). Assim é uma Constituição. Sua análise revela pistas essenciais sobre a sociedade brasileira do final do século XX, quando ainda não havia *drones*, *smartphones*, redes sociais, *internet*, *reality shows*, marcha da maconha, casamento gay, exame de DNA *etc.* Estudar a Constituição é também conhecer essa sociedade oitentista.

Dito isto, nesta tese, propõe-se uma inversão. A correta hipótese de que o exame de uma constituição, como documento histórico, fornecerá pistas sobre a sociedade, aqui será **espelhada**. Colocando-se um espelho, o enunciado hipotético será invertido da maneira a

⁵²³ Raríssimas exceções podem ser encontradas no Leste Europeu, a exemplo da Constituição da Bulgária. A Constituição búlgara disciplinou o seu próprio sepultamento, estabelecendo as solenidades para que seja elaborada uma nova constituição (Capítulo IX).

⁵²⁴ Fonte: *Comparative Constitution Project*. Disponível em: www.comparativeconstitutionsproject.org.

seguir: o exame de uma sociedade, por meio dos seus documentos históricos, fornecerá importantes pistas sobre a constituição. É precisamente esse aspecto que deve interessar aos juristas: conhecer a sociedade constituinte para, com isso, melhor conhecer o texto constitucional.

Portanto, para os propósitos destas digressões, que se voltam à elucidação do significado do conteúdo comunicativo das normas constitucionais, é importante perceber a seguinte inversão: **documentos históricos referentes à sociedade que concebeu uma constituição também fornecem pistas cruciais sobre o texto constitucional**. Se é verdade que constituições dizem algo sobre quem as criou, em uma via de mão dupla, a investigação sobre quem as criou⁵²⁵ também diz muito sobre constituições. Mais do que isso, alguns **costumes constituintes**, assim entendidos aqueles **contemporâneos** à elaboração da Constituição (Era Constituinte) e provenientes de práticas sedimentadas por atores constitucionalmente relevantes, podem qualificar-se como fonte idônea do Direito Constitucional⁵²⁶.

É precisamente essa premissa que fornece uma abertura na jurisdição constitucional, desbloqueando as aqui chamadas fontes originais. Antes de estudá-las, porém, ainda é necessário incursionar na última das principais objeções apresentadas contra a cognição de documentos históricos (iii): a *Law Office History*.

10.2.2 A crítica do *Law Office History*

Há quem diga que bacharéis em Direito não possuiriam as habilidades específicas dos historiadores, razão pela qual não seriam exitosos na tarefa originalista de projetar-se para a Era Constituinte. Dito de outra maneira, juízes não estariam tecnicamente habilitados a fazer História e a raciocinar como historiadores.

⁵²⁵ Por “investigação sobre quem as criou”, inclua-se a ambiência histórica na qual os Constituintes estavam imergidos. Afinal, na célebre frase de Ortega y Gasset (2016, p. 24), “*Yo soy yo y mi circunstancia [...]*”, ou seja, “Eu sou eu e minha circunstância [...]”. Daí a importância de investigar as circunstâncias da Era Constituinte para compreender os próprios Constituintes.

⁵²⁶ O **costume constituinte** não se confunde com o costume *praeter legem* tradicionalmente estudado pela Teoria do Direito e que está previsto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Este depende de uma lacuna e do fracasso das analogias para sair do banco de reserva. Nada disso se exige para que práticas sociais da Era Constituinte sejam invocadas no Originalismo como evidências histórico-linguísticas de significado. Por exemplo, a presenças de crucifixos no STF, durante o século XX, como um costume indicativo do significado do art. 19, I, da CF/88.

Da maneira como formulada, a crítica poderia ser apresentada em face de qualquer ferramenta utilizada por operadores do Direito para solucionar questões jurídicas, não apenas a História: juízes não são historiadores, assim como não são linguistas, nem sociólogos, tampouco filósofos ou economistas (Wurman, 2017, p. 101; Phillips, Ortner & Lee, 2016, p. 30), mas o *non liquet* e a riqueza das causas que lhes são submetidas por vezes demandam que incursionem em temas interdisciplinares, fazendo uso de ferramentas de outras ciências. Não há razão para crer que a História é uma ferramenta mais difícil para magistrados que a Linguística ou a Economia, por exemplo (Wurman, 2017, p. 101)⁵²⁷.

Para o linguista Saussure, “[...] questões linguistas interessam a todos — historiadores, filólogos *etc.* — que tenham de manejar textos” (2006, p. 14), dada a importância da língua em uma sociedade. “Seria inadmissível”, prossegue o suíço, “que seu estudo se tornasse exclusivo de alguns especialistas” (Saussure, 2006, p. 14). É indisputável que a judicatura demanda, de maneira consciente ou inconsciente, uma gama de habilidades típicas dos linguistas e da Linguística. Nem por isso, como se sabe, se lhes exige bacharelado nesse ramo do saber.

Mas é importante lembrar que a História não representa um desafio exclusivo dos juízes. Até mesmo historiadores enfrentam obstáculos epistemológicos relevantes. Histórias de opressão, violência e trauma compõem um gênero que hoje é tecnicamente conhecido pela literatura especializada como **História Difícil** (Rose, 2016, p. 25). Em sentido amplo, é possível definir História Difícil exatamente da maneira como descrita linhas acima: “histórias de opressão, violência e trauma” (Rose, 2016, p. 28). Por exemplo, genocídio, escravidão, guerra, tragédias, sofrimentos, injustiças, doenças, racismo, sexismo, assassinatos em massa *etc* (Rose, 2016, pp. 7, 25 e 28).

Como explica Julia Rose, Diretora do Museu de West Baton Rouge, quando pessoas se defrontam com a chamada História Difícil, elas usualmente também se deparam com ceticismo, questionamentos, negações e resistência emocional, experiência esta que pode elevar tensões políticas (Rose, 2016, p. 26). A dificuldade de interpretação da História Difícil reside no fato de que essa tarefa está associada a alguns “riscos” pessoais e políticos (Rose, 2016, p. 34). Dentre outros, o ímpeto de resistir aos fatos, efeitos traumatizantes, choque, sentimentos de culpa ou humilhação e o próprio caráter controverso que obscurece esse gênero (Rose, 2016,

⁵²⁷ Paulo Bonavides já descreveu com muita naturalidade a importância de uma erudição holística na interpretação constitucional. Segundo ele, “a interpretação da Constituição [...] não é tarefa só do jurista”, devendo aliar-se a esta qualidade “o descortino do cientista político” (Bonavides, 2005, p. 463). O constitucionalista da Universidade Federal do Ceará classifica como “indispensáveis” as disciplinas de “história do direito, direito comparado, política e história política”, como “meios auxiliares na interpretação das normas constitucionais” (Bonavides, 2005, p. 463).

pp. 34- 42). Desacordos sobre o que a História **significa** e como deveria ser **melhor representada** são problemas comuns que envolvem a História Difícil (Rose, 2016, p. 42).

Até mesmo museólogos e historiadores se deparam com a dificuldade pessoal de estudar a História Difícil, porque, em se tratando de um gênero “que toca o presente”, tais profissionais “resistem a olhar para uma história dolorosa” e “expressam ceticismo ou incredulidade” (Rose, 2016, p. 28). Em outras palavras, **a própria aceitação da realidade se torna difícil de ser assimilada.**

Não por acaso, Wurman (2017, pp. 101-102) aponta que a literatura especializada já identificou incontáveis erros e falácias de historiadores quando do seu ofício, inclusive apresentados em memoriais para a Suprema Corte dos EUA, e nem por isso se lhes exige que se abstenham de fazer história, mas sim que aprimorem sua maneira de fazê-lo.

O Professor vislumbra uma íntima semelhança entre a atividade do magistrado em processos judiciais e aquela desempenhada pelo historiador, na medida em que juízes aferem a credibilidade de testemunhos e depoimentos que se referem a fatos pretéritos, às vezes documentados nos autos, de maneira a reconstruir a verdade do passado (Wurman, 2017, p. 102).

No Brasil, desembargadores apreciam o acervo probatório de delitos praticados décadas atrás, examinando um material que pode ser tecnicamente classificado como documento histórico. Aliás, em uma ação judicial aforada em 1895 pela Princesa Isabel, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir se o Palácio da Guanabara pertencia à União ou à antiga família real, decisão esta proferida após aproximadamente 125 (cento e vinte e cinco) anos⁵²⁸. Ao longo da peregrinação recursal, foi necessário que o Poder Judiciário brasileiro avaliasse fatos históricos de elevada complexidade, a saber:

- a) a circunstância de que o Palácio foi adquirido com recursos do Tesouro Nacional, a título de dote, com fundamento na legislação do século XIX;
- b) sua destinação exclusiva para a habitação do Conde e da Condessa d'Eu, por força de obrigação legal do Estado vinculada à monarquia e ao alto decoro do trono nacional e da família imperial;

⁵²⁸ STF, 1ª Turma, ARE 1250467 AGR/RJ, rel. Min. Rosa Weber, j. 29/06/2020.

c) eventuais impactos da proclamação da República sobre os privilégios de nascimento, foros de nobreza, ordens honoríficas, regalias e títulos nobiliárquicos, vale dizer, se a legislação do século XIX havia sido revogada pela nova ordem republicana, do que dependeria o desfecho possessório.

Parece claro que a causa apontada demanda, sim, que magistrados brasileiros interpretem documentos históricos. Em suma, diante da crítica persistente de que o Originalismo exigiria de bacharéis em Direito uma habilidade que só é aprendida nos Departamentos de História, originalistas sustentam que advogados podem e devem seguir em frente com o uso do elemento histórico na interpretação constitucional (Wurman, 2017, p. 7). Por outro lado, apesar disso, a objeção conhecida como *Law Office History* ainda tem sido considerada como persuasiva ou pelo menos "um forte desafio ao empreendimento originalista" pelos mais críticos da interpretação guiada pelo significado original (Segall, 2018, 67).

É o quanto basta esclarecer. Com isto, restou inteiramente desobstruído o caminho para o estudo em espécie das fontes originais na interpretação constitucional brasileira.

Como foi dito, não é o propósito primordial deste capítulo examinar o historicismo, relativismo ou a controversa categoria da verdade histórica — embora isto tenha sido feito, em razoável medida, para indicar a posição aqui defendida. Ao contrário, assumindo-se o Originalismo como uma premissa viável, pretende-se investigar como trabalhar com as fontes originais desbloqueadas.

10.3 ESPÉCIES DE FONTES ORIGINAIS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

10.3.1 Diário da Assembleia Nacional Constituinte — DANC

Os Diários da Assembleia Nacional Constituinte podem ser conceituados como **publicações oficiais** que consignam os trabalhos das Subcomissões, Comissões e Plenário,

durante toda a Era Constituinte, com o propósito de documentá-los. Sem dúvidas, esta é a fonte de mais elevado valor epistêmico no universo de fontes originais.

Por exemplo, assuntos atuais como a obrigatoriedade de que pais vacinem seus filhos foram debatidos pelos constituintes e estão documentados nos Diários, embora poucos tenham ciência disso. É possível encontrar nesses registros de debates que elucidam o significado de palavras enigmáticas como “humano”, que, por exemplo, qualifica a dignidade humana⁵²⁹. Outros exemplares revelam pistas muito importantes sobre o significado que os Constituintes tinham sobre Justiça⁵³⁰. Ademais, o DANC é instruído com aquilo que aqui será denominado de **documentos referidos**, ou seja, documentos que foram referenciados pelo orador e, por esta razão, foram posteriormente colacionados⁵³¹. Na prática, isso amplia consideravelmente o potencial epistêmico dessa fonte, que se transmuda em quase qualquer outra.

Desconsiderando-se a correlata suplementação de alguns diários, há 308 (trezentos e oito) fascículos. De início, os diários foram reunidos “[...] em uma coleção sintética de 16 e em outra expandida de 39 volumes [...]” (Oliveira, 1993, p. 9), mas hoje o inteiro teor dos exemplares foi objeto de digitalização e está à disposição da sociedade⁵³².

Para fins didáticos, é possível estabelecer uma analogia. Os Diários da Assembleia Nacional Constituinte estão para a interpretação constitucional brasileira como os registros da elaboração do texto na Convenção Constitucional e de ratificação estão para a interpretação constitucional norte-americana. Em outras palavras, o DANC cumpre uma função muito semelhante àquela desempenhada em *Farrand’s The Records of The Federal Convention of 1787*, que enfatizou as anotações de James Madison, e nos chamados *Elliot’s Debates*.

Ora, ao contrário do que sucedeu no processo constituinte norte-americano, em que as etapas de redação e ratificação foram operadas por entidades distintas, a ANC congregou isoladamente as tarefas de redigir e promulgar. Logo, o DANC acaba por abranger, do ponto

⁵²⁹ DANC, n.º 61, Ano I, 1987, p. 372.

⁵³⁰ DANC n.º 137, Ano I, 1987, p. 5051.

⁵³¹ Por exemplo, o DANC n.º 170, Ano II, que colaciona inúmeros textos jornalísticos da época.

⁵³² Ainda nos anos 90, a coleção era descrita como “[c]omposta de 308 números do Diário da Assembléia Nacional Constituinte, reunidos em 16 volumes, preparada pela Comissão Diretora do Senado Federal, desvinculada dos Anais da ANC e incorporada ao Arquivo da Câmara dos Deputados. Integra, ainda, o acervo da biblioteca do Senado Federal, tendo sido distribuída a todos os parlamentares, estando, assim, amplamente disponível. Embora a ANC tenha se encerrado em outubro de 1988, curiosamente a apresentação é de junho de 1987, época de encerramento dos trabalhos de comissões.” (Oliveira, 1993, p. 9).

de vista funcional, grande parte do objeto documentado nas célebres obras editadas por Max Farrand e Jonathan Elliot⁵³³.

Contudo, a despeito da analogia, há diferenças **fundamentais** a serem apontadas. Primeiro, no que concerne à integridade e fidedignidade das informações documentadas.

Pesquisas apontam a **incompletude dos registros** de elaboração no texto da Convenção Constitucional — estima-se que cerca de 10% do conteúdo total tenha sido objeto de registro —, bem como as anotações sem acurácia, inexatas, incorretas e até tendenciosas de James Madison (Cross, 2013, p. 58). Como arrematou Frank Cross (2013, p. 58), “*Madison was human, and his notes were surely biased*”⁵³⁴.

A mesma dúvida é levantada quanto aos registros de ratificação, sobre os quais paira uma suspeição pela incompletude material. Frank Cross (2013, p. 52) descreve que não há qualquer registro sobre os debates em pelo menos cinco estados; em outros, os registros disponíveis são parciais. Por fim, há extensos registros da Convenção de Massachusetts, New York, Pennsylvania e Virginia. Em suma, a escassez de dados é manifesta, somente havendo disponibilidade em relação à minoria do conteúdo dos debates de ratificação (Cross, 2013, p. 52).

Argumenta-se ainda que os registros teriam sido realizados por pessoas sem habilidade taquigráfica, que indevidamente teriam resumido e mutilado informações, mas também há relatos de incidentes de adulteração maliciosa de conteúdo eventualmente indesejado (Cross, 2013, p. 52).

No Brasil, essas não são objeções convincentes. Três razões, tanto quantitativas quanto qualitativas, dão suporte a essa premissa: **(i)** o DANC é uma **transcrição integral e completa** dos trabalhos, não parcial (aspecto quantitativo); **(ii)** o DANC foi documentado com uma técnica e tecnologia mais elevadas, fruto do trabalho de taquígrafos que tinham gravações à sua disposição para dirimir dúvidas (aspecto qualitativo); **(iii)** a natureza dos registros é

⁵³³ Uma leitura atenta desta tese de doutorado, em uma perspectiva holística, demonstra que parte dessa informação já havia sido antecipada no capítulo da Metodologia Originalista. Naquela ocasião, foi dito que “o correspondente brasileiro análogo” aos registros da elaboração do texto constitucional seriam “as Atas das Subcomissões e das Comissões, porque anteriores à votação em Plenário, representando um estágio germinativo similar”. Ocorre que as referidas Atas são publicadas nos suplementos do DANC. Logo, os Diários assumem essa correspondência análoga. Neste capítulo, acrescentou-se mais um dado: o DANC também equivale aos registros de ratificação.

⁵³⁴ A propósito, durante os debates do *Bill of Rights*, as declarações de Madison foram registradas nos **Anais do Congresso**. Na década de 60, Hugo Black descreveu que dúvidas também foram lançadas sobre a acurácia dos Anais, embora o Justice não duvidasse da sua fidedignidade (Black, 1960, p. 865).

essencialmente diferente. Impressões pessoais não são objeto de consignação no DANC (aspecto qualitativo).

Por último, a segunda distinção essencial consiste no fato de que, como as anotações de Madison permaneceram secretas durante as ratificações, muitos infirmam sua validade como *original public meaning* (Cross, 2013, p. 59). O DANC, diferentemente, foi publicizado de forma ampla.

Portanto, a persuasão das mais contundentes objeções que opositores do Originalismo apresentam ao uso dos registros históricos simplesmente se dissipa no Brasil. Comparativamente, Ministros do STF estão muito mais seguros ao se debruçarem sobre os Diários da Assembleia Nacional Constituinte que os Justices da Suprema Corte dos EUA quando pesquisam os registros de elaboração do texto na Convenção Constitucional e de ratificação. De uma maneira mais direta: a quantidade e qualidade do DANC como fonte epistêmica é muito mais elevada.

Apesar das suas vantagens, a prática de estabelecer um diálogo com os dados fornecidos pelo DANC ainda é escassa na jurisprudência do STF. Ao longo de mais de 15 (quinze) anos, a referência ao Diário foi identificada em menos de uma centena de votos ou decisões monocráticas⁵³⁵. Definitivamente, o Supremo Tribunal Federal não está familiarizado com a terceira camada das fontes jurídicas disponíveis à jurisdição constitucional. As agulhas permanecem ocultas no palheiro.

10.3.2 Suplementos

Suplementos são agregados de conteúdo a exemplares específicos do Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Segundo a literatura especializada, “[à] coleção-padrão do Diário da ANC, a Coordenação de Arquivo do Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados agregou os suplementos do próprio diário [...]” (Oliveira, 1993, p. 40).

⁵³⁵ Mais precisamente, no lapso compreendido entre dezembro de 2005 e maio de 2022. Os dados foram inicialmente prospectados por este autor junto à **Coordenadoria de Difusão da Informação** do Supremo Tribunal Federal, após o que foram revisados para eliminar algumas inconsistências. O Ministro Marco Aurélio se revelou o mais contumaz magistrado a fazer uso dessa fonte epistêmica.

O acréscimo foi importante, porque a suplementação permitiu enriquecer os diários com as atas de trabalho das (sub)comissões, projetos e demais documentos relevantes.

Esta fonte original contempla assuntos relevantes como a criação e extensão dos poderes do Conselho Nacional de Justiça, competência do Presidente da República para conceder graça, união de pessoas do mesmo sexo, aborto, significado de anonimato, anencefalia, significado de liberdade, dentre tantos outros temas controversos e atuais.

Hoje, há um total de 37 (trinta e sete) suplementos a serem examinados⁵³⁶. O último deles limita-se a publicar o texto original da Constituição de 1988 com um índice temático, portanto, em termos práticos, 36 (trinta e seis) devem ser objeto de consulta em investigações empíricas.

A maioria está disponibilizada nos portais do Poder Legislativo (v.g Coleção de Anais da Câmara dos Deputados), mas ainda há arquivos com erros de visualização e outros parcialmente digitalizados. Foi necessária uma interlocução pessoal com servidores para obter os números faltantes, de maneira avulsa, e agregá-los ao Corpus.

10.3.3 Boletim Administrativo da Assembleia Nacional Constituinte – B. Adm. (ANC)

Para não desvirtuar o Diário da Assembleia Nacional Constituinte e o Diário Oficial com a inconveniente publicação de assuntos meramente *interna corporis*, não havendo a necessidade de conhecimento público, a Mesa da Assembleia Nacional Constituinte instituiu o Boletim Administrativo da Assembleia Nacional Constituinte (Ato da Mesa n.º 15/1987), cuja responsabilidade ficou aos cuidados da Diretoria-Geral da Câmara dos Deputados.

No plano conceitual, trata-se do veículo oficial para a publicação de todos os atos e fatos relacionados à administração da Assembleia Nacional Constituinte, tendo sido publicado de 27/05/1987 a 28/09/1988, totalizando 43 (quarenta e três) números. Embora tecnicamente tenha sido um periódico, sua periodicidade foi irregular (Oliveira, 1993, p. 61). Cuida-se de um

⁵³⁶ A contagem pode sofrer ligeiras variações, porque alguns exemplares foram desmembrados em volumes. Todavia, um volume único também foi disponibilizado. De modo a evitar o *bis in idem*, apontam-se 37 (trinta e sete). Não se desconhece, entretanto, que parte da literatura tem considerado que “[o]s suplementos formam um conjunto único de 39 volumes [...]” (Oliveira, 1993, p. 40).

documento primário, que integra o acervo arquivístico e bibliográfico da ANC (Oliveira, 1993, p. 27)⁵³⁷.

Estruturalmente, esta fonte contemplava quatro seções distintas e bem definidas: **(i)** Atos das Mesas; **(ii)** Funcionários; **(iii)** Assuntos Gerais e **(iv)** Legislação e Jurisprudência. Juntos, os quatro eixos temáticos compunham o inteiro teor do documento periódico (art. 5º, Ato da Mesa n.º 15/1987).

Todos os atos de índole administrativa que viessem a ser publicados no DANC haveriam de ser objeto de transcrição no Boletim Administrativo, mas não vale a recíproca (art. 3º, Ato da Mesa n.º 15/1987). Portanto, em tese, este documento foi concebido para ser mais completo do que o DANC, em assuntos típicos de gestão e expediente.

Os temas a serem publicados foram descritos no artigo 4º do referido Ato:

Art. 4º - Serão publicados no Boletim Administrativo:
 I - Atos da Mesa, os quais serão igualmente publicados no Diário da Assembléia Nacional Constituinte;
 II - atos normativos e os de provimento ou vacância;
 III - pareceres firmando jurisprudência administrativa;
 IV - assuntos de pessoal que impliquem em anotações nas fichas financeiras e individuais;
 V - decisões das autoridades administrativas e comunicações que, a juízo do Diretor-Geral, possam interessar aos funcionários e órgãos da Assembléia Nacional Constituinte;
 VI - assuntos gerais, a critério do Diretor-Geral.

Nota-se que o Boletim Administrativo tem um potencial epistêmico mais modesto, circunscrito à matéria administrativa. Nem por isso se pode subestimar essa fonte original, seja pela discricionariedade atribuída ao Diretor-Geral para publicar assuntos gerais, seja pelo registro do **Direito Administrativo aplicável** — tema caro ao texto constitucional e à sua interpretação. Assuntos como requisição de servidores públicos, gratificações e dispensa de licitação, por exemplo, eram disciplinados nos atos da Mesa que, por sua vez, eram publicados nos Boletins.

Às vezes, o Boletim Administrativo pode fornecer pistas inusitadas sobre **costumes constituintes**. Por exemplo, a partir de que momento se pode dizer que uma comodidade

⁵³⁷ Os números foram congregados em um volume e custodiados no Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados – CEDI – (Oliveira, 1993, p. 61).

disponibilizada para agentes públicos (v.g veículo oficial) se traduz em um privilégio inconstitucional? Os Boletins documentaram a disciplina de assuntos como transporte de representação, proibindo o uso desses veículos nos sábados, domingos e feriados, salvo em se tratando de missão oficial⁵³⁸. Também dispuseram sobre concessão de passagens aéreas, ligações telefônicas, sempre fornecendo valiosos parâmetros para uma **racionalização de recursos escassos** na prestação do serviço público em uma República. Pesquisas sobre a moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), um conceito que precisa ser densificado com seriedade, não devem ignorar os Boletins Administrativos como fonte epistêmica.

Por fim, e para o que mais importa a este trabalho, o Boletim Administrativo tem aptidão para fornecer **padrões de uso linguísticos**. Ao veicular o inteiro teor dos atos da Mesa, o documento acabava demonstrando como palavras constitucionais eram empregadas pelos autores do texto e pelas pessoas da época. Este é o caso da palavra “cidadão”, que consta do art. 2º, § 2º, Ato da Mesa n.º 1/1987: “o material referido neste artigo será enviado gratuitamente a entidades da sociedade civil e a cidadãos que o solicitarem”⁵³⁹. O dispositivo pode indicar evidências sobre quem era considerado cidadão na Era Constituinte e permitir uma releitura da jurisprudência do STF sobre a propositura de ação popular.

10.3.4 Jornal da Constituinte

Tecnicamente, o Jornal da Constituinte foi um semanário editado sob os auspícios e sob a responsabilidade da Mesa Diretora da Assembleia Nacional Constituinte, com *status* de órgão oficial de divulgação, compreendendo 63 (sessenta e três) exemplares e 1 (um) encarte especial.

A linguagem utilizada no Jornal da Constituinte era tipicamente jornalística, quase sempre ilustrada com fotografias históricas e muitas charges de cartunistas. O conteúdo era veiculado de forma coloquial, contemplando entrevistas, reportagens sobre os trabalhos mais relevantes da ANC e até mesmo cartas de cidadãos endereçados aos Constituintes. As manchetes atraíam a curiosidade da opinião pública, como é próprio do gênero, e muitos dados eram sumarizados em um trabalho de tradução informativa para a sociedade.

⁵³⁸ B. Adm. (ANC) - n.º 1, p. 7, 27 de maio de 1987.

⁵³⁹ B. Adm. (ANC) - n.º 1, p. 3, 27 de maio de 1987.

Como se nota, como fonte epistêmica, o Jornal da Constituinte fornece uma rica base de dados histórico-linguísticos. Trata-se de uma fonte original inexplorada pela jurisdição constitucional.

10.3.5 Boletim da Constituinte

Sem dúvidas, os Boletins da Constituinte constituem hoje a fonte mais rara de pesquisa e há uma razão muito simples para isso. Ao contrário das demais fontes originais, os 299 (duzentos e noventa e nove) boletins, que abrangem o período de 5 de maio de 1987 a 7 de outubro de 1988⁵⁴⁰, ainda não foram franqueados ao público na integralidade.

As tratativas para a disponibilização desses dados foram iniciadas em

Após uma primeira tentativa de acesso a essa fonte, mediante solicitação e especificação deste autor, a Câmara dos Deputados informou que havia inúmeras lacunas na coleção. Simplesmente, o acervo das bibliotecas não estava completo⁵⁴¹. Para dificultar ainda mais esse cenário, as poucas edições disponíveis não haviam sido digitalizadas e nem ocerizadas. Por fim, as invasões de 8 de Janeiro elevaram o risco de perecimento físico dos documentos. Felizmente, após um

em 19 de janeiro de 2023, operou-se o resgate integral deste valiosíssimo material histórico-cultural, quando este autor recebeu da Câmara dos Deputados a íntegra digitalizada de todos os Boletins da Constituinte, após o que foi possível agregá-los ao Corpus Fonteles⁵⁴². Ganha a sociedade.

10.3.6 Relatórios ao Anteprojeto do Relator e da Subcomissão - Fases "A" e "C"

⁵⁴⁰ Um raro caso de fonte original publicada após a Era Constituinte, porque contém dados pretéritos que nela se enquadram.

⁵⁴¹ Na primeira tentativa de obtenção do documento, em 28 de dezembro de 2022, os próprios servidores da Câmara dos Deputados se confundiram e forneceram os Boletins Administrativos. Após uma nova especificação e detalhamento da fonte requerida, a resposta indicou que muitas edições haviam se perdido.

⁵⁴² Registro meus agradecimentos ao empenho e interlocução fundamental do servidor João Lima, a quem também sou grato pelos ricos debates sobre esta pesquisa.

No **processo constituinte**, a fase das Subcomissões é caracterizada por pelo menos três grandes acontecimentos. Primeiro, a disponibilização do Anteprojeto do Relator (Fase “A”), que costuma se fazer acompanhar de um relatório. Segundo, a oportunidade para a apresentação de emendas ao texto do Anteprojeto (Fase “B”). Terceiro, a síntese das etapas anteriores que resulta no Anteprojeto da Subcomissão (Fase “C”), às vezes também antecedido de um novo relatório. Entre estas fases, incidentes podem eventualmente ocorrer, a exemplo de republicações, mas a compreensão panorâmica e linear permite a divisão didática apresentada por esses três grandes marcos.

Neste momento, os documentos mais valiosos para a construção do *corpus* advieram dos **Constituintes relatores**. Logo, sobretudo da Fase “A”, mas, com uma acentuada frequência, também a Fase “C” deixou pistas importantes que igualmente mereceram a sua inclusão na base de dados. Isso porque foi durante essas fases que **relatórios** vieram a ser produzidos com ricas informações e orientações sobre o teor do texto submetido ao escrutínio dos Constituintes. Diferentemente, a Fase “B” se assemelhou a uma “colcha de retalhos”: inúmeros fragmentos de textos, que consubstanciaram propostas avulsas e nem sempre relacionais, foram apresentados com uma justificativa individual do proponente. Por fim, o texto propriamente dito do Anteprojeto da Subcomissão (Fase “C”) em muito pouco contribui para elucidar significados originais das palavras e expressões empregadas no texto aprovado⁵⁴³, assim como consultar uma lei seria uma maneira precária de pesquisar o significado de outras leis. Na verdade, o potencial epistêmico se eleva quando **comentários** ao (ante)projeto são localizados, estes sim esclarecedores de padrões linguísticos e de significações.

Esta fonte é numericamente menos representativa, porque subscrita por poucos Constituintes⁵⁴⁴, mas muito sofisticada quanto ao conteúdo que veicula. Trata-se de uma fonte rica em termos **conceituais**. Por exemplo, nos Relatórios encontram-se os conceitos de “Constituição”, direito à “Livre Busca da Felicidade”, Ordem Pública, Segurança Pública, dentre outras definições relevantes que podem verdadeiros elos perdidos do significado constitucional.

⁵⁴³ A menos que se estabeleça um quadro comparativo de dispositivos rejeitados e aprovados, de modo a discernir o propósito mais amplo dos Constituintes, mas esta abordagem, que tem a sua importância, já não é típica da linguística de *corpus*.

⁵⁴⁴ A despeito da adesão eventual dos demais.

10.3.7 A Segunda Edição do Dicionário Aurélio (1987)

O uso de dicionários pelos tribunais nos Estados Unidos é uma prática comum, mas também controversa. Diz-se, por exemplo, que dicionários não são contextuais, na medida em que palavras e seus correlatos significados são apresentados de maneira isolada (Cross, 2013, p. 56). Isso supostamente prejudicaria a compreensão de palavras polissêmicas ou plurissignificativas, que dependem do contexto para que possam ser entendidas a contento. Para acentuar esse problema, Lawrence Solum esclarece que nenhum dos dicionários usualmente utilizados foi compilado por um time de pesquisadores com acesso a uma base de dados digital (2017, p. 282). A despeito do notável avanço que promoveram, explica o Professor da Virgínia, tais obras representam um esforço individual baseado em um conhecimento intuitivo e em uma amostragem limitada (Solum, 2017, p. 283).

A proposição é verdadeira. Todavia, se bem analisadas as coisas, a objeção não é das mais persuasivas. Dicionários eram, são e continuarão a ser consultados por inúmeros pesquisadores e estudantes, mesmo sabendo-se que a ferramenta não é predominantemente contextual. Se essa circunstância fizesse dos dicionários uma fonte inútil, eles não seriam comercializados e nem guarneceriam bibliotecas. É até ingênuo considerar dicionários como fontes decisivas. Consulentes já estão cientes dessa limitação e nem por isso abdicam do dicionário como mais uma fonte de pesquisa, vale dizer, como mais um elemento útil na formação da convicção. Foi nesse sentido que, certa feita, o Ministro Eros Grau corretamente asseverou: “Não se pode atribuir à palavra qualquer sentido distinto do que ela tem em estado de dicionário, ainda que não baste a consulta aos dicionários, ignorando-se o contexto [...]”⁵⁴⁵. Dicionários dirimem, sim, dúvidas semânticas, inclusive descartando ou acrescentando significados possíveis.

Há boas razões para que Ministros do STF continuem a utilizar essa ferramenta. O trabalho de feitura da Constituição de 1988 foi largamente baseado em dicionários, o que se extrai de uma pesquisa na base de dados do Biênio Fundante (1987-1988). O Constituinte

⁵⁴⁵ STF Pleno, RE 543.974, rel. Min. Eros Grau, j. 26/03/2009. Aliás, em 1950, o Ministro Luiz Gallotti já advertia: “Para a solução dos problemas jurídicos, nem sempre é decisivo o apelo aos dicionários” (STF, Primeira Turma, RE 13.893, rel. Min. Luiz Gallotti). Neste último caso, pode-se dizer que o recorrente **superestimou** a consulta ao dicionário, argumentando que não existiria a diferença entre condições puramente potestativas e simplesmente potestativas pelo singelo fato de que não as encontrou na fonte consultada — como se, na Lógica, cisnes negros não existissem porque ainda não teriam sido vistos. Como bem lembrou o Ministro Luiz Gallotti, dicionários “nem sempre” são “decisivos”. *A contrario sensu*, talvez às vezes eles possam ser.

Nilson Gibson, por exemplo, demonstrou como o significado dos dicionários era um pressuposto para compreender verbos que estabeleciam as competências do Congresso Nacional e a sua relação com o Poder Executivo⁵⁴⁶:

Dentro da competência do Congresso Nacional, no inciso X, temos o *nomem iuris* “fiscalizar”: [...] Pretende-se conferir ao Congresso Nacional a atribuição de exercer o poder de fiscalização sobre a exploração de riquezas minerais em terras indígenas, ao invés da sua autorização. **Fiscalizar, segundo nossos dicionários, significa** assessorar, velar ou verificar — original sem negritos.

O Constituinte Gastone Righi, após esclarecer aos seus pares o conceito de Parlamentarismo misto, arrematou: “qualquer dicionário, qualquer enciclopédia, qualquer doutrinador diz o que é.”⁵⁴⁷. De maneira semelhante, durante uma controvérsia sobre o significado das palavras “substituído” e “afastado”, o Constituinte Marcondes Gadelha utilizou aquilo que lhe parecia ser um **argumento de autoridade**: “Evidente que se for consultado qualquer dicionário há de se ver que substituído significa [...]”⁵⁴⁸.

Como se percebe, os próprios Constituintes brasileiros apontavam dicionários, enciclopédias e doutrinas disponíveis como fontes semânticas, o que corrobora a hipótese de que documentos históricos podem atuar como fonte de Direito Constitucional, ou seja, como elementos epistêmicos que revelam o significado do texto⁵⁴⁹.

Entretanto, não é suficiente saber que dicionários eram utilizados. É preciso avançar para individualizar **quais** dicionários foram empregados e, a partir deste dado, resgatá-los na interpretação constitucional de hoje. Esta é a questão de alta indagação, como será demonstrado nesse tópico.

Pois bem. O dicionário mais correto para ser consultado em uma interpretação constitucional brasileira originalmente orientada é a Segunda Edição do Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, publicado no ano de 1987. Dados demonstram que o trabalho de Aurélio

⁵⁴⁶ DANC, Suplemento “C”, p. 871.

⁵⁴⁷ Suplemento ao n.º 114, 04/08/1987, p. 10.

⁵⁴⁸ Suplemento ao n.º 114, 04/08/1987, p. 180.

⁵⁴⁹ É curioso perceber como, em se tratando de linguagem humana e comunicação, certas coisas se parecem, mesmo em países diferentes. Nos Estados Unidos, Steven G. Calabresi já exprimiu: “*The original meaning of constitutional texts can be discerned from dictionaries, grammar books [...]*”, ou seja, dicionários e gramáticas (Disponível em: <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/white-papers/on-originalism-in-constitutional-interpretation>). Michael Rappaport (2005, p. 1493), da mesma maneira, indicou que dicionários podem ser utilizados para esse desiderato. Nada disso é coincidência. Os juristas norte-americanos (Calabresi e Rappaport) e os Constituintes brasileiros (Gastone Righi e Marcondes Gadelha) provavelmente não se conhecem – não seria temerário apostar nisso –, mas ambos se referiram a uma fonte idêntica e muito específica: dicionários.

Buarque de Holanda Ferreira exerceu uma influência na feitura dos dispositivos constitucionais largamente ignorada pelos constitucionalistas. Durante os trabalhos na ANC, muitos Constituintes chegaram a explicitar que estavam a imprimir no texto significados que constavam dos verbetes contemplados no referido dicionário.

Mais uma vez, de maneira didática, seria possível dizer que a relevância da Segunda Edição do Dicionário Aurélio para a interpretação constitucional brasileira se assemelha àquela reconhecida ao trabalho de Samuel Jhonson — *A Dictionary of the English Language* (1773) — para interpretar a Constituição dos EUA.

Apesar da analogia estabelecida, é preciso apontar distinções estruturais entre as obras que colocam o trabalho do lexicógrafo brasileiro em uma vantagem manifesta. Talvez a maior fragilidade no uso dos dicionários como fonte de cognição para uma abordagem originalista no constitucionalismo estadunidense se deva ao fato de que **não existiam dicionários com um inglês genuinamente norte-americano na época da Constituição dos EUA**⁵⁵⁰. Diante dessa dificuldade, foi necessário fazer um arranjo adaptativo. Suspeita-se que o inglês norte-americano era muito similar àquele falado na Inglaterra do mesmo período, esta sim guarnecida com dicionários em inglês britânico (Cross, 2013, p. 56). Somente depois de promulgada a constituição dos EUA, dicionários genuinamente americanos vieram a surgir (Cross, 2013, p. 56).

De fato, há problemas de recorte temporal com todos os dicionários mais utilizados no constitucionalismo norte-americano. O dicionário de Samuel Johnson reportou o uso de palavras em um período que encerrou-se 32 (trinta e dois) anos **antes** da elaboração textual da Constituição dos EUA (Solum, 2017, p. 283). O dicionário de Noah Webster, por sua vez, inspirou-se no Dicionário britânico de Samuel Johnson e foi publicado 38 (trinta e oito) anos **após** a Convenção da Filadélfia (Solum, 2017, p. 283). Em outras palavras, Lawrence Solum conclui que nenhum deles foi direcionado para coletar os dados mais relevantes: **padrões de uso** nos anos que se seguiram a 1780 (Solum, 2017, p. 283).

No Brasil, nada disso precisaria atormentar os juízes. As dificuldades apontadas são inexistentes. Não é necessário recorrer ao vernáculo luso, tomando de empréstimo os

⁵⁵⁰ Como já foi antecipado no Capítulo sobre a Metodologia Originalista, rigorosamente, os dicionários mais utilizados — Samuel Johnson (*A Dictionary of the English Language*), de 1755; Thomas Sheridan (*A Complete Dictionary of the English Language*), de 1796 e Noah Webster (*An American Dictionary of the English Language*), de 1828 — não incursionaram na ou extravasam a Era Constituinte. O glossário que consta do dicionário de Samuel Johnson, que foi utilizado como base por dicionários norte-americanos, utilizou fontes muito anteriores à época de feitura da Constituição (Phillips, Ortner & Lee, 2016, p. 23).

dicionários de Portugal. O primeiro dicionário em língua portuguesa foi o “Vocabulário Portuguez e Latino”, de autoria do padre Raphael Bluteau, cujos volumes e suplementos foram publicados de 1712 a 1728. No final do século XX, quando promulgada a Constituição de 1988, já havia dicionários brasileiros disponíveis — inclusive, o próprio Aurélio, na sua primeira edição, na década de 70.

10.3.7.1 A prática do *dictionary shopping* na interpretação constitucional

Outra objeção apontada por opositores do Originalismo é que dicionários diferentes conduzem a resultados distintos, o que colocaria o desfecho de um caso submetido a uma possível manipulação semântica. Isso porque magistrados podem ser seletivos quanto ao dicionário utilizado (*dictionary shopping*), exatamente para alcançar resultados pretendidos, expediente que, segundo descrevem alguns professores norte-americanos, teria sido usado pelo Justice Antonin Scalia (Cross, 2013, pp. 56-57). Também haveria, nesse contexto, um fator quase aleatório: a depender da obra disponível para consulta **na biblioteca do tribunal**, um Juiz poderia chegar a diferentes entendimentos sobre o significado de uma expressão empregada no texto. Ilustrativamente, apesar do uso de dicionários por ambos os grupos de juízes da Suprema Corte dos EUA, a maioria e a minoria dos *Justices* teria chegado a conclusões opostas em *Heller* (Cross, 2013, p. 57). Tampouco haveria elementos que comprovassem que os *Founders* estavam cientes sobre o teor de um dado dicionário: “[n]or has it been established that the framers or ratifiers were aware of the content of any particular dictionary” (Cross, 2013, p. 56).

No Brasil, não é necessário adivinhar quais dicionários devem ser selecionados em uma gama de publicações disponíveis. Isso porque **os próprios Constituintes indicavam quais dicionários eram consultados**, conforme revelam pesquisas histórico-documentais⁵⁵¹. As fontes originais evidenciam que os Constituintes faziam, sim, uso de dicionários, inclusive para termos jurídicos e especificavam onde haviam consultado determinadas palavras. Por exemplo, na 22ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, em 14/05/1987, o Constituinte Maguito Vilela⁵⁵² declarou:

⁵⁵¹ Os dados são extraídos do Corpus Fonteles.

⁵⁵² Suplemento ao n.º 82, 1987, p. 39.

Sr. Presidente, a primeira emenda que pretendo apresentar é relativa ao hábeas-data. **Estivemos manuseando o dicionário de Aurélio Buarque e verificamos que a expressão ‘dados’ significa:** ‘Representação convencional de fatos, conceitos ou instruções de forma apropriada para comunicação e processamento por meios automáticos; informação em forma codificada.’ Estamos propondo a alteração da nomenclatura hábeas data por hábeas dados, por entender que esta forma expressa melhor a idéia presente no artigo (grifo próprio).

Trata-se da mesma fonte de consulta evocada na 11ª reunião da Comissão de Sistematização, em 06/08/1987, desta feita pelo Constituinte Oscar Corrêa⁵⁵³:

Gostaria de recorrer, inicialmente, ao Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda como fonte primeira das minhas palavras. Diz o Dicionário Aurélio que plebiscito é uma resolução submetida à apreciação do povo; é o voto do povo através do sim ou do não, sobre uma proposta que lhe é apresentada (grifo próprio).

O trabalho do lexicógrafo Aurélio foi a mesma fonte utilizada pelo Constituinte Fábio Feldmann para explicar o vocábulo “humano”. Após repudiar práticas cruelíssimas aos animais, Feldmann registrou em seu discurso “[...] a expressão ‘humano’ no sentido de bondoso, humanitário, como assinala em seu dicionário o mestre Aurélio”⁵⁵⁴. Aqui tem-se, a propósito, uma pista relevante para densificar o conteúdo às vezes tão misterioso da locução constitucional dignidade da pessoa humana.

Durante audiência pública da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, em 27/04/1987, o escritor José Louzeiro insinuou que as tiragens do “dicionário do Professor Aurélio Buarque de Holanda” poderiam estar sendo adulteradas por uma máfia, em um diálogo sobre direitos autorais com o Constituinte Joaquim Haickel⁵⁵⁵.

Durante a Era Constituinte, alusões ao Dicionário Aurélio como uma possível fonte de elucidação do significado das palavras escritas no ordenamento também eram encontradas nas causas processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal da época⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Suplemento B ao n.º 171, 1988, pp. 275-276.

⁵⁵⁴ DANC, Ano I, n.º 61, 16/05/1987, p. 372.

⁵⁵⁵ Ata de Comissões, p. 61.

⁵⁵⁶ STF, Pleno, Representação 1.034/PR, j. em 03/12/1987.

Todos esses dados coletados convergem para a correta hipótese de que o dicionário Aurélio era indisputavelmente muito difundido na Era Constituinte⁵⁵⁷. O apego específico ao trabalho desse lexicógrafo tinha uma razão de ser. Até o início da Assembleia Nacional Constituinte, no ano de 1987, já haviam sido vendidos mais de um 1.000.000 (um milhão) de exemplares (Módolo, 2021, p. 1349). A segunda edição, por sua vez, foi publicada exatamente no ano de 1987, quando iniciado os trabalhos constituintes.

Conclui-se que dicionários eram largamente utilizados na Era Constituinte e pelos Constituintes, especialmente o Aurélio, e os significados denotativos eram assumidos como pressupostos nas comunicações intersubjetivas (v.g debates na ANC) e também na compreensão intergeracional — destinatários do futuro — do texto a ser promulgado⁵⁵⁸. Constituintes sinceramente esperavam ser compreendidos à vista das palavras que cuidadosamente escolhiam.

10.3.7.2 A (sub)utilização de dicionários pelo STF

Em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal já utilizou dicionários para tentar alcançar o verdadeiro significado do texto constitucional. O empreendimento, contudo, não revelou muita desenvoltura.

Um breve estudo de caso bem o demonstra. A Constituição estabelece que a relação de emprego será protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar (art. 7º, I). Porém, também estabeleceu que, até o momento em que promulgada a lei referida, ficaria vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, “desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.” (art. 10, II, “b” ADCT). A locução “desde a confirmação da gravidez” poderia ser lida como “desde a concepção”?

⁵⁵⁷ Outro título bastante utilizado na época, mas no contexto jurídico, era o notável Vocabulário Jurídico concebido por De Plácido e Silva. Na ANC, Júlio Marcos Germany Gaiger inscreveu-se como orador para falar aos Constituintes sobre a Emenda Popular n.º 39, que versava sobre as nações indígenas. Seu discurso buscou apoio no célebre dicionário: “Valho-me das lições de [...] De Plácido e Silva, no seu ‘Vocabulário Jurídico’, publicado pela Forense, neste ano” (DANC, Suplemento “B”, p. 577, 27/01/1988). O fato é que dicionários contemporâneos à elaboração da Constituição eram largamente utilizados e identificá-los é tarefa relevante para i) auxiliar na interpretação do texto constitucional; ii) evitar casuísmos quanto à prática do *dictionary shopping*.

⁵⁵⁸ Um exemplo, dentre inúmeros, pode ser extraído do Anteprojeto do Relator da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas, constituinte Nelson Friedrich: “Oxalá, intérpretes do nosso tempo e conscientes da rara oportunidade que a História nos oferece, sejamos construtores do avanço, de um novo tempo, de uma nova ordem política, econômica, social e cultural”.

Em um esforço para descobrir o autêntico significado do texto, o Ministro Marco Aurélio chegou a utilizar **dois** dicionários distintos. Ao concluir que a expressão não tinha essa amplitude, disse ele: “Se ao Supremo cabe a guarda do Documento Básico, não é o dono do texto, fazendo ler aquilo que não está escrito” ⁵⁵⁹. Entretanto, **nenhum dos dicionários utilizados como fonte coincidia com aqueles consultados pelos Constituintes**. Percebem-se as boas intenções do Ministro no tocante à ilegitimidade de acrescentar aquilo que não consta do texto — um dos fundamentos originalistas —, mas, como Juiz, Marco Aurélio se valeu de uma metodologia imprecisa para esse desiderato. Um dos dicionários consultados para explicar o significado da linguagem empregada pelos Constituintes simplesmente ainda **não existia** na Era Constituinte⁵⁶⁰! Quanto ao pré-existente, utilizou-se uma edição do século XXI, não uma **contemporânea ao documento interpretado** e que, em razão disso, poderia ter sugestionado os Redatores ou indicar com mais acurácia a linguagem da época — ainda que, no Brasil, estejamos falando de um momento recente na História e portanto que dispensa grandes esforços de tradução.

Os mesmos títulos foram utilizados pelo Ministro Cezar Peluso para elucidar o significado de “quilombos” **segundo o Constituinte**, na ADI 3239, julgada pelo Plenário em 18/04/2012:

Já no que tange ao conceito de quilombos, é de se ter presente que as muitas acepções que o termo admite são condicionadas por alguns fatores, tais quais, época, ponto de vista sociopolítico e a área do conhecimento daqueles que lidam com o tema. Ora, identificados os requisitos temporais acima vistos, é seguro afirmar que, **para os propósitos do art. 68 do ADCT, o constituinte optou pela acepção histórica**, que é conhecida de toda a gente. Dos Dicionários da língua portuguesa, Aurélio Século XXI e Houaiss, retiram-se as seguintes definições [...] (grifo próprio).

O uso de dicionários na interpretação constitucional não é um recurso obrigatório, mas, a partir do momento em que Ministros escolhem fazer uso dessa específica metódica de trabalho — e têm eles escolhido essa abordagem —, a correta instrumentalização das fontes originais reclama a utilização dos **dicionários adequados à pretensão interpretativa**. Daí a importância de uma pesquisa séria capaz de apontar se dicionários eram mesmo utilizados pelos

⁵⁵⁹ RE 629.053, Pleno, j. em 10/10/2018. Foram eles: Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009 e Houaiss, Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

⁵⁶⁰ A primeira edição do Dicionário Houaiss foi publicada somente em 2001.

Constituintes e quais eram essas obras específicas. Neste tese, ambas as respostas foram fornecidas e à vista de dados histórico-documentais.

No primeiro semestre de 2022, um total de 57 (cinquenta e sete) dicionários guarneciam o acervo da Biblioteca do Supremo Tribunal Federal. A má notícia é que a Segunda Edição do Aurélio (1987) ainda não é parte integrante desta coleção à disposição dos Gabinetes dos Ministros⁵⁶¹.

10.3.8 Leis aprovadas durante a legislatura n.º 48 (1987-1991)

Há muito se sustenta, corretamente, que o antagonismo entre entre normas jurídicas de diferentes planos hierárquicos se resolve pela hierarquia. Em um passado recente, o positivista italiano Norberto Bobbio (1995, pp. 92-93) já o dizia, ao teorizar sobre os critérios de solução para antinomias: *lex superior derogat inferiori*⁵⁶². No século XIX, foi esta ideia de supremacia que levou o Justice Marshall a dar primazia à Constituição dos EUA, não ao *Judiciary Act* de 1789, no célebre caso *Marbury v. Madison* (1803). A ideia já constava, inclusive, dos escritos federalistas produzidos no final do século XVIII. Por fim, esta é a razão pela qual, no Brasil, diz-se que o Supremo Tribunal Federal controla a constitucionalidade das leis. Trata-se, em suma, do amplamente conhecido princípio da supremacia da Constituição. Onde quer que ele esteja assegurado, havendo discordância entre a lei e a constituição, tem-se uma lei inconstitucional — não uma constituição ilegal.

Esta é, entretanto, uma verdade contada pela metade.

Cuida-se de uma premissa verdadeira, mas de onde uma inferência costuma ser equivocadamente generalizada. Um exemplo bastante representativo desse mal-entendido se vislumbra nas palavras de Ricardo Lewandowski. A inciativa de “interpretar a Carta Magna à luz do direito ordinário”, segundo o Ministro e Professor, “configuraria prática prosrita segundo os mais elementares princípios de hermenêutica constitucional [...]”⁵⁶³.

⁵⁶¹ Em 5 de maio de 2022, uma consulta perante a Biblioteca do Supremo Tribunal Federal foi formalizada pelo autor desta tese com o desiderato de saber quantos e quais dicionários guarneciam o acervo da Corte. A relação indicada pela Corte não contempla a 2ª edição do Aurélio (1987).

⁵⁶² A obra foi originalmente publicada no ano de 1982, em italiano.

⁵⁶³ Voto proferido na ADI 4277/DF, j. em 05/05/2011.

O primeiro equívoco é ignorar que haverá casos — e não serão excêntricos — em que a redação constitucional tomou de empréstimo palavras técnicas amplamente empregadas pela comunidade jurídica e pelo legislador (*borrowing*). Uma pesquisa no acervo documental legado pela Assembleia Nacional revelará que os próprios Constituintes tinham ciência disso e redigiam o texto constitucional com base nessa premissa⁵⁶⁴.

Este fenômeno permitirá, atendidas circunstâncias especiais, uma excepcionalíssima **interpretação da Constituição conforme a lei**⁵⁶⁵. Aqui reside uma sutileza: a finalidade jamais será a de adaptar a Constituição às leis, mas sim a de descobrir, por meio das leis, o significado da Constituição. Servindo-se da Filosofia da Linguagem Comum, se um General profere ordens por meio de palavras imprecisas, mas que eram de uso corrente pelos soldados do quartel, recorrer aos soldados aquartelados para elucidar o significado da ordem não significa obediência aos subordinados. Neste caso, tem-se uma tentativa de elucidar o conteúdo comunicativo genuíno, que emanou do General.

Os exemplos são fartos⁵⁶⁶. Ministros do STF já utilizaram até mesmo instruções normativas de Ministérios do Poder Executivo para fornecer pistas sobre o significado de

⁵⁶⁴ "De fato, toda expressão, terminologia ou conceito novos, acolhidos numa determinada legislação, submete-se ao risco de as interpretações coincidirem ou não com o espírito, a mente do legislador [...], mas [...] se realmente a expressão se encontrar já consagrada em legislações de outros países, naturalmente o intérprete se fixará nesse conceito anteriormente definido." (Constituinte Antônio Mariz, Suplemento ao n.º 82, Ano I, 24 de Junho de 1987, p. 57).

⁵⁶⁵ Com um sentido diferente do aqui defendido, para Konrad Hesse (1998, p. 75), interpretar uma lei conforme a constituição não deixa de ser, também, uma interpretação da própria constituição. Isso porque a operação intelectual envolve o estabelecimento de dois significados e a afirmação de coesão entre eles. Logo, nessa perspectiva, dizer que uma lei é harmônica com a constituição equivaleria a reconhecer que essa mesma constituição significa aquilo que o legislador concretizou. Logo, nas palavras do professor alemão, "interpretação conforme a Constituição de leis é, por conseguinte, [...] interpretação conforme a lei da Constituição" (Hesse, 1998, p. 75). Finalmente, isso permitiria falar em "um outro [...] princípio de interpretação constitucional pelos tribunais" (Hesse, 1998, p. 75). Contudo, como se nota, trata-se apenas de descrever o mesmo fenômeno — moldar, se necessário, a lei inferior à superior — por um outro ângulo de observação. O significado da constituição não está sendo extraído da lei, mas sim **afirmado pelo tribunal como observado pela lei**. E se a lei está coesa com a constituição (A=B), é porque há coesão entre a constituição e a lei (B=A). Diferentemente da perspectiva de Konrad Hesse, aqui, sustenta-se a utilização das leis (e seus conceitos) como documentos históricos para desvendar o significado da Constituição. Seja como for, o raciocínio trilhado por Hesse em alguma medida corrobora a plausibilidade da ideia de unidade no ordenamento, o que favorece a hipótese defendida neste trabalho.

⁵⁶⁶ Por uma feliz coincidência, o Ministro Luiz Fux utilizou exatamente essa expressão no seguinte julgado: "Ademais, é cediço que a Constituição é carente de conceitos verdadeiramente constitucionais, pelo que **o princípio da interpretação da lei conforme a Constituição pode ganhar cores de uma interpretação da Constituição conforme a lei**. No entanto, a referida assertiva não significa que os conceitos constitucionais são necessariamente aqueles encontrados na lei ordinária. Assim, embora se deva conferir deferência à interpretação adotada pelo legislador ordinário, **reputando-se válida a chamada interpretação da Constituição conforme a lei**, a mesma não se pode conferir caráter absoluto, cessando nas zonas onde não houver certeza quanto ao real alcance do texto constitucional." (Min. Luiz Fux, RE 651.703/PR, j. em 15/06/2016) (grifo próprio). Por igual, acolhendo a existência de um princípio da interpretação da Constituição conforme a lei, confira-se o voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI 4578, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. em 16/02/2012. A diferença foi quanto aos meios para essa conclusão: o Ministro Gilmar baseou-se na premissa de que o legislador interpreta a constituição, não na pressuposição do empréstimo de conceitos. O tema é analisado a seguir.

conceitos empregados pelo texto constitucional (v.g turnos ininterruptos)⁵⁶⁷. A atual ordem constitucional se refere a cargo “técnico ou científico” (art. 37, XVI, “b”, CF/88). O significado talvez mereça uma pesquisa no Decreto 35.956, de 02 de agosto de 1954, que explicava o alcance da expressão. Quando o Constituinte alude ao “direito líquido e certo”, o conteúdo da expressão pode ser pesquisado em leis infraconstitucionais, inclusive, revogadas. E assim por diante.

Mas o raciocínio do Ministro Lewandowski, amplamente difundido na doutrina e na jurisprudência dominantes, padece de um mal maior: está bitolado porque circunscrito à dimensão hierárquica. Dessa maneira, acaba por negligenciar a dimensão **jurídico-historiográfica**. Esta é tão importante quanto a hierárquica, mas ainda não foi desenvolvida de maneira adequada pela literatura jurídica brasileira.

O primeiro passo para compreender a dimensão jurídico-historiográfica é assimilar que **toda lei é, antes de qualquer coisa, um ato de interpretação constitucional**. Ao elaborá-las, legisladores atuam no que consideram ser a sua liberdade de conformação constitucional, inclusive exercendo o controle preventivo de constitucionalidade para que não transbordem dessa moldura. Na doutrina, essa premissa já levou o Professor Luís Roberto Barroso a corretamente defender a existência de uma interpretação da Constituição conforme a lei (2003, p. 195):

Toda atividade legislativa ordinária nada mais é, em última análise, do que um instrumento de atuação da Constituição, de desenvolvimento de suas normas e realização de seus fins. Portanto, e como já assentado, o legislador também interpreta rotineiramente a Constituição. Simétrica à interpretação conforme a Constituição situa-se a interpretação da Constituição conforme a lei. Quando o Judiciário, desprezando outras possibilidades interpretativas, prestigia a que fora escolhida pelo legislador, está, em verdade, endossando a interpretação da Constituição conforme a lei. Mas tal deferência há de cessar onde não seja possível transigir com a vontade cristalina emanada do Texto Constitucional.

De fato, é tecnicamente correta a percepção de que certos atos infraconstitucionais, a exemplo das leis, traduzem atos de interpretação constitucional. Isso porque, como lembra Balkin, embora nem sempre representem a interpretação de um dispositivo constitucional em

⁵⁶⁷ Segundo o Ministro Ilmar Galvão: "Eventual dúvida que houvesse acerca do conceito da expressão 'turnos ininterruptos' foram afastados por S.Exa. que, invocando até mesmo a existência de instrução normativa do Ministério do Trabalho, esclareceu significar ela turnos de trabalho que se sucedem, sem solução de continuidade, na atividade da empresa." (RE 205.815, Pleno, DJ 02/10/98).

concreto, eles traduzem um movimento que se assenta na premissa daquilo que a Constituição exige ou permite (Balkin, 2011, p. 5). Aliás, a ideia de que o legislador interpreta a Constituição por meio de leis infraconstitucionais já estava expressa em obras do século centenárias (Jellinek, 1991, p. 16)⁵⁶⁸.

Porém, é preciso ir além do primeiro passo. Se é verdade que o legislador interpreta a Constituição, o que constitui uma percepção importante, também é verdade que suas leis devem conformidade a esse documento. Logo, o raciocínio apresentado linhas acima não esclarece **quando** o STF poderia basear-se com mais segurança na interpretação constitucional legislativa, afinal, milita em favor das leis uma presunção de validade e todas elas representam, sim, um ponto de vista constitucional a ser pelo menos considerado. No mais, a perspectiva dos congressistas sobre o que é a Constituição pode falhar, devendo-se, neste caso, privilegiar o texto constitucional. E assim retorna-se à estaca zero.

É preciso dar um segundo passo. Na dimensão jurídico-historiográfica apresentada nesta tese, o recorte é mais específico: sustenta-se que a interpretação constitucional **efetuada por legisladores da Era Constituinte** assume uma importância singular. Mais especificamente, atos emanados da legislatura n.º 48 (1987-1991) possuem um potencial epistêmico mais elevado que as demais leis.

No constitucionalismo norte-americano, viu-se que os atos do Primeiro Congresso têm sido utilizados como fontes que auxiliam a desvelar — ou mesmo liquidar — o significado da interpretação constitucional⁵⁶⁹.

O raciocínio ganha força diante das peculiaridades do Brasil, onde o trabalho da Assembleia Nacional Constituinte foi desenvolvido **no e pelo** Congresso Nacional. Logo, a figura dos parlamentares e dos Constituintes se confundia porque as duas atribuições foram encarnadas nas mesmas pessoas.

Leis aprovadas durante a legislatura n.º 48 (1987-1991) foram deliberadas por senadores e deputados que redigiram o texto constitucional⁵⁷⁰. Nesse contexto específico, uma lei federal já não é vista como uma fonte que produz o Direito, mas como um fonte instrumental que auxilia a determinar o significado do Direito — Constitucional. Com base nesse construto

⁵⁶⁸ A obra de Jellinek foi originalmente publicada no ano de 1906.

⁵⁶⁹ Eldred v. Ashcroft 537 U.S 186 (2003).

⁵⁷⁰ Não por acaso, referindo-se à Constituição de 1946, Carlos Maximiliano (2011, p. 249) corretamente sustentou a necessidade de uma maior deferência pela constitucionalidade das leis editadas em uma época contemporânea à promulgação do texto constitucional.

teórico, portanto, uma lei federal pode ser **historicizada**, tornando-se equivalente a um jornal do século XVIII, isto é, a um documento histórico⁵⁷¹.

A constatação de que espécies normativas infraconstitucionais podem ser consideradas como evidências históricas dotadas de valor semântico não refuta a superioridade hierárquica da Constituição. Se até mesmo cartas e fotografias podem qualificar-se como documentos históricos, com mais razão leis do Congresso Nacional.

Pela mesma razão, leis revogadas podem atuar como fontes originais. Veja-se, por exemplo, o artigo 15 da Constituição Brasileira de 1988, segundo o qual “ [é] vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] II – incapacidade civil absoluta”. A definição de incapacidade civil absoluta foi emprestada do Código Civil de 1916, um diploma revogado pelo Código Civil de 2002. Em seguida, as hipóteses de incapacidade civil absoluta enumeradas pelo Código Civil de 2002 foram restringidas pelo Estatuto da Deficiência (Lei n.º 13.146/2015, art. 4º). De uma maneira mais simples, a disposição constitucional foi uma *incorporação* de conceitos usados pelo Direito Privado em vigor ao tempo da sua promulgação, razão pela qual **é no interior do ato revogado** que intérpretes devem buscar o significado original. De outra maneira, o Congresso Nacional estará reformando a Constituição por meio de leis, não de emendas, frustrando a rigidez constitucional. Substancialmente, o Código Civil de 1916 é uma evidência histórica com natureza de fonte original, não uma simples lei revogada. Este é um exemplo do fenômeno da **historicização** das fontes normativas.

Guardadas as devidas proporções, leis aprovadas durante a legislatura n.º 48 (1987-1991) estão para a interpretação constitucional brasileira como atos do Primeiro Congresso (*First Congress*) estão para a interpretação constitucional norte-americana⁵⁷². Não há consenso entre originalistas sobre o peso a ser conferido aos atos legislativos do Primeiro Congresso, mais especificamente no que se refere às leis contemporâneas à Era Constituinte. Parlamentares dessa legislatura estavam intimamente familiarizados com o significado original, tendo alguns deles atuado na redação ou na ratificação do próprio texto constitucional (Cross, 2013, p. 64-65). Em *Printz v. United States* (1997), Antonin Scalia asseverou que os atos do Primeiro Congresso forneciam evidências relevantes sobre o significado original da Constituição (Cross,

⁵⁷¹ Evidentemente, um jornal do século XVIII não produz o Direito, mas revela o seu significado.

⁵⁷² Em uma abordagem tipicamente originalista, atos do Primeiro Congresso foram utilizados como fontes pela Suprema Corte dos EUA, por exemplo, em *Myers v. United States* 272 U.S 52 (1926). Nesse sentido (Scalia, 1989, p. 851).

2013, p. 65). Essa era também a opinião de Madison e Marshall (Cross, 2013, p. 65)⁵⁷³. Na atual composição da Suprema Corte dos EUA, há juízes que já defenderam expressamente a utilização desse material para discernir o *original public meaning* (Barret, 2017, p. 1923).

Em suma: na acepção clássica das fontes, os debates e registros do processo legislativo de uma lei, que concretiza e interpreta a Constituição, até são dados considerados importantes. Entretanto, porque não emanam do mesmo órgão produtor da Constituição, não possuem a estatura de interpretação autêntica (Caetano, 1987, pp. 38-39). Diferentemente, no modelo aqui proposto, leis provenientes da Legislatura n.º 48 (1987-1991) podem, a depender do caso, ser havidas como evidências histórico-linguísticas dos próprios Redatores do texto constitucional.

10.3.9 Mensagens de veto de José Sarney (1987-1988)

As mensagens de veto de José Sarney constituem mais uma fonte original com potencial epistêmico para indicar elos perdidos do significado constitucional, mas esses documentos não têm recebido qualquer atenção na literatura constitucionalista brasileira. Um simples exemplo pode ser extraído da mensagem de veto n.º 141, de 26 de maio de 1987, segundo a qual “a garantia individual ao direito de propriedade projeta-se na esfera patrimonial dos indivíduos, protegendo tudo quanto para ele traduza expressão econômica”. Com essas considerações, a Presidência da República da Era Constituinte considerou que também as instituições do Sistema Financeiro Nacional estariam amparadas por direitos fundamentais.

⁵⁷³ Em sentido contrário, até mesmo originalistas refutam o peso a ser conferido a esses elementos oriundos do Primeiro Congresso. Primeiro, porque parlamentares nem sempre estão familiarizados de maneira técnica com o significado do texto constitucional. Segundo, porque às vezes deliberadamente promulgam leis inválidas, considerando o custo político de não fazê-lo (Cross, 2013, p. 65). Terceiro, a crença pela qual os atos do Primeiro Congresso estavam em consonância com o texto constitucional seria desmentida, por exemplo, por *Marbury v. Madison* — quando uma lei emanada do Primeiro Congresso foi considerada inconstitucional — e pelo *judicial review* de um modo geral (Cross, 2013, p. 65).

10.4 SOBRE COMO ACESSAR AS FONTES ORIGINAIS

As fontes da Fonte são quase infinitas, mas a sua cognição é restrita e bem delimitada. A esta altura, já se sabe que é de todo desaconselhável examinar um volume tão elevado de dados sem recorrer à inteligência artificial. Diante da necessidade de alocar racionalmente recursos escassos, o Corpus Fonteles foi desenvolvido durante o período de pesquisas como *visiting scholar* na Universidade de Stanford (USA) para permitir a cognição das principais fontes originais subutilizadas na jurisdição constitucional brasileira. É do que se ocupa o capítulo seguinte.

11 O CORPUS FONTELES

11.1 A EXPERIÊNCIA FILOSÓFICA DA BIBLIOTECA E A ALEGORIA DA AGULHA NO PALHEIRO

Muitos pesquisadores já experimentaram a angústia de estar em uma biblioteca guarneçada por um acervo superior à capacidade humana de leitura em vida. Até mesmo leitores vorazes já se depararam com o peso da realidade: não importa o quanto se viva, não haverá tempo disponível para conhecer toda a produção bibliográfica que a humanidade já produziu. Ainda que se recorte o objeto de estudo, de modo a delimitar um dado ramo do saber, é improvável que alguém seja capaz de exaurir a literatura científica relevante. Bênção ou maldição, a longevidade estará quase sempre aquém da cognição.

Na interpretação constitucional brasileira, essa dificuldade se eleva ao ponto de atingir a própria qualidade da jurisdição constitucional. Se juízes e tribunais estiverem comprometidos com uma pesquisa séria sobre o significado das palavras empregadas na Constituição de 1988, eles e elas terão um farto material documental com evidências histórico-linguísticas para ser examinado. Como foi estudado no capítulo anterior, são 308 (trezentos e oito) exemplares do Diário da Assembleia Nacional Constituinte, com os seus correlatos 38 (trinta e oito) Suplementos. A propósito, o mais extenso dos Suplementos atinge 1.585 (mil quinhentas e oitenta e cinco) páginas⁵⁷⁴. Mas há também 299 (duzentos e noventa e nove) Boletins da Constituinte, 43 (quarenta e três) Boletins Administrativos e 63 (sessenta e três) fascículos do Jornal da Constituinte, se se pretende citar apenas as fontes primárias mais elementares com potencial epistêmico para fornecer pistas relevantes sobre o significado de expressões nebulosas como “censura”, “privacidade”, “liberdade de expressão”, “faturamento”, “receita bruta” *etc.*

Nem sempre magistrados estarão dispostos a procurar a agulha no palheiro⁵⁷⁵. A consequência da dificuldade é o desestímulo e, naturalmente, uma prestação jurisdicional muito

⁵⁷⁴ Suplemento “C” ao DANC n.º 171.

⁵⁷⁵ Aliás, este é um dos segredos partilhados pelos profissionais das carreiras jurídicas: haverá sempre mais documentos a serem lidos do que permitiria a capacidade humana. Claro, isto é gravíssimo. O acórdão das ADIs contra o Pacote Anticrime, por exemplo, tem mais de 1.200 páginas. O acórdão da AP 470 (mensalão) foi proferido com mais de 8.000 páginas. Este é o mundo dos operadores do Direito: um lugar onde todos fingem que leram o que precisa ser lido.

mais embasada em **intuições pessoais** sobre o conteúdo pretensamente “justo e razoável” do texto que no significado genuíno da Constituição, ou seja, paradoxalmente, magistrados tendem a buscar respostas extrínsecas olhando para si mesmos⁵⁷⁶.

Pelo menos três exemplos ilustram esse fenômeno.

Uma pesquisa documental revela que Constituintes brasileiros se opuseram à Farra do Boi⁵⁷⁷ e se manifestaram favoravelmente ao abortamento de fetos com anencefalia⁵⁷⁸. Anos depois, as duas posições vieram a ser endossadas pelo Supremo Tribunal Federal, mas a análise dos votos proferidos demonstra que esses dados não foram contemplados na construção argumentativa das decisões, vale dizer, Ministros deixaram de buscar apoio nos registros documentais da Assembleia Nacional Constituinte.

Mais recentemente, a comunidade jurídica brasileira tomou conhecimento de um *standard* desenvolvido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: o “binômio liberdade com responsabilidade”, concebido para racionalizar a fruição e o exercício de liberdades públicas. Por exemplo, o **par de termos** foi invocado para fundamentar a possibilidade de responsabilidade civil de veículos de mídia⁵⁷⁹, medida que não foi vista com bons olhos por parte significativa da imprensa e da sociedade civil. A expressão “liberdade com responsabilidade” despertou curiosidade.

Não deveria.

Não há incorreção no seu conteúdo. A ideia, considerada em si mesma, é inatacável. O binômio remonta a uma hermenêutica de equilíbrio das franquias constitucionais. Porém, a ênfase discursiva dos direitos fundamentais, pós-88, costuma realçar direitos, não deveres; liberdades, não responsabilidades. Além disso, o binômio ganhou um protagonismo repentino na jurisprudência, elevando-se ao *status* de **categoria jurídica**. Não demorou para que juristas brasileiros mais críticos apontassem as digitais do Ministro Alexandre de Moraes nesse construto teórico e talvez estivessem, mesmo, corretos a esse respeito. De fato, a expressão consta dos seus votos.

⁵⁷⁶ Nos Estados Unidos, é sempre muito lembrada a célebre frase de Robert Bork: “*The truth is that the judge who looks outside the historic Constitution always looks inside himself and nowhere else*” (Bork, 1990, p. 242), ou seja, a verdade é que o juiz que olha para fora da constituição histórica está sempre a olhar Para dentro de si e não para qualquer outro lugar.

⁵⁷⁷ Constituinte Fábio Feldmann, DANC, Ano I, n.º 61, 16/05/1987, p. 372.

⁵⁷⁸ Constituinte Marcondes Gadelha, DANC, Suplemento C, p. 137.

⁵⁷⁹ STF, RE 1075412, j. em 29/11/2023. Eis o teor da parte inicial da tese fixada: “1. A plena proteção constitucional à liberdade de imprensa é consagrada pelo binômio liberdade com responsabilidade, vedada qualquer espécie de censura prévia. [...]”.

Mas o que o próprio STF parecia não saber ou lembrar é que Constituintes já haviam deixado esse *topos* à disposição. Segundo as fontes originais, “[...] a qualquer liberdade tem que caber responsabilidade”⁵⁸⁰. Ou ainda: “[...] que nenhuma publicação se faça de forma irresponsável [...]”, disse o Constituinte Antônio Britto, referindo-se exatamente às notícias jornalísticas⁵⁸¹.

Ou seja, a mais Alta Corte esteve empenhada em fabricar *slogans* que inflamam a opinião pública, mas ignorava que esse produto impopular já havia sido fabricado por alguém contra quem o povo dificilmente conseguiria se rebelar: ele mesmo.

Em um quadrante histórico marcado por um virulento *backlash* contra a jurisdição constitucional e acirrado por disputas de significado na arena judicial, como tem sido próprio do início do século XXI (Post & Siegel, 2007, pp. 389-390; Fonteles, 2019), abdicar do reforço de legitimidade dos Constituintes se traduz em um desperdício de capital político. Ao que tudo indica, os Ministros sequer tinham ciência de que a posição adotada pelo STF chegou a ser explicitamente defendida por parte dos Redatores da Constituição. E, assim, milhares de decisões da Corte são proferidas sem um posicionamento **informado** que permita reafirmar ou infirmar esses dados históricos.

Afinal, as agulhas continuam perdidas no palheiro.

Este capítulo da tese visa ao preenchimento dessa lacuna, oferecendo uma ferramenta de Linguística Computacional que viabilize uma leitura eficiente de documentos históricos qualificados como fontes originais. Mais especificamente, o invento é fruto de uma pesquisa que desenvolveu um *corpus linguistics* com aproximadamente 40.000.000 (quarenta milhões) de palavras passíveis de serem lidas com o auxílio de *softwares* já disponíveis. Por meio de uma interpretação constitucional auxiliada pela inteligência artificial, a experiência filosófica da biblioteca, tal como descrita nas primeiras linhas, deixa de ser um Golias que desencoraja magistrados a pesquisarem empiricamente os padrões de uso linguístico de palavras constitucionais.

Não custa lembrar, Constituintes brasileiros deliberadamente deixaram à disposição dos juízes um acervo histórico-documental para que o significado constitucional viesse a ser pesquisado: “quem for aplicar o texto, o aplicará com a interpretação dada, com as declarações do Relator e do debate aqui havido”⁵⁸².

⁵⁸⁰ Constituinte Mendes Ribeiro, Suplemento C ao n.º 171, p. 966.

⁵⁸¹ Constituinte Antônio Britto, Suplemento C ao n.º 171, p. 966.

⁵⁸² DANC, ano II, n.º 295, p. 12837.

11.2 A FERRAMENTA DO *CORPUS LINGUISTICS*

Pode-se afirmar que o *corpus*, “em termos linguísticos”, designa “um corpo pesquisável de textos que é utilizado para determinar o significado através do uso da língua” (Phillips, Ortner & Lee, 2016, p. 24). Por meio dele, a prática social passa a ser corretamente assumida como um dado relevante na construção de significados. A esse respeito, a Filosofia da Linguagem já o dizia: “[...] o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem” (Wittgenstein, 2017, p. 42)⁵⁸³. Palavras variam em função dos jogos de linguagem que, por sua vez, reclamam contextos em um dado momento na linha do tempo. Ora, o Originalismo fornece exatamente essa peça contextual, por meio de evidências histórico-linguísticas. Por fim, a Linguística de *corpus* eleva o rigor empírico na coleta desses dados.

Como se viu no início deste trabalho, no *original public meaning*, indaga-se que significado a Constituição assumia para pessoas esclarecidas à época da promulgação (Scalia, 1997, p. 23). Este pode não ser um parâmetro seguro. Além de elitista, a atividade de colher seletivamente um número pequeno de fontes avulsas (*cherry-picking*) não é a melhor maneira de corroborar ou infirmar uma hipótese por meio de uma investigação empírica. Diante disso, o *corpus linguistics* desponta como uma alternativa para aprimorar essa investigação, isto é, para guiá-la — tão avalorativamente quanto possível — a partir de um elevado volume de dados. Tem-se considerado que, em se tratando de um método quantitativo, reduz-se a subjetividade dos magistrados (Solum, 2017, p. 284).

Para além da Linguística, há *corpora* — plural de *corpus* — que congregam sons e imagens, a exemplo dos filmes⁵⁸⁴. Esse conceito mais amplo é encontrado na definição do linguista francês Guillaume Desagulier, Professor da Universidade Paris 8, para quem o *corpus* designa um corpo de **materiais** (textual, gráfico, áudio ou vídeo) sobre os quais se baseiam análises (Desagulier, 2017, p. 3). Esse conjunto de dados pode ser histórico, quando circunscrito a um período específico, ou sem um recorte temporal rígido. É possível que reúna elementos mais especializados, como seria o caso de um *corpus* de debates sobre a promulgação de uma Constituição (Phillips, Ortner & Lee, 2016, p. 25), ou gerais (v.g jornais, revistas e romances

⁵⁸³ A importância contextual para significados também é amplamente reconhecida pela Pragmática. Assim também na História do Direito: O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, o sentido é eminentemente **relacional** ou **local**” (Hespanha, 2012, pp. 17-18).

⁵⁸⁴ Por exemplo, o SOAP é um *corpus* que reúne programas televisivos de 2001 a 2002.

literários). Alguns, a propósito, são híbridos e conjugam diferentes gêneros. Seja como for, no contexto semântico-textual que agora passa a ser útil em pesquisas jurídicas, *corpora* são conjuntos de dados linguísticos pesquisáveis (Solum, 2017, p. 283).

A abordagem **computacional**⁵⁸⁵ da Linguística de *corpus* no Direito ainda é uma tendência bastante recente (Barnett, 2018, p. 33; Barclay, Earley & Boone, 2019, p. 529). Nos Estados Unidos, um dos pioneiros no método do *corpus linguistics* foi Randy Barnett, mas hoje já se pode encontrá-lo nas interpretações infraconstitucionais realizadas em algumas *opinions* da Suprema Corte de Utah (Solum, 2017, pp. 283-284). Neste Tribunal, assume relevo o trabalho desempenhado pelo Justice Thomas Lee que, assessorado por um *clerk* linguista, tem difundido o uso do *corpus linguistics* para eliminar ambiguidades⁵⁸⁶.

A metodologia do *corpus linguistics* investiga questões semânticas por meio de técnicas de *big data* (Solum, 2017, p. 283; Strang, 2017, p. 1181) que podem dirimir dúvidas importantes ou pelo menos eliminar alternativas. Isso porque, como observa Lawrence Solum (2017, p. 279), a prática originalista mais inocente às vezes supõe que significados semânticos convencionais derivam das definições elencadas nos dicionários, mas esta pode ser uma suposição falsa e ingênua. Dicionários limitam-se a reportar os **usos**, mas tais informações podem ser imprecisas diante da necessidade de verificar os **padrões de uso** (Solum, 2017, P. 279; Barclay, Earley & Boone, 2019, p. 528). Desse modo, enquanto intuições linguísticas e dicionários fornecem evidências secundárias, o *corpus linguistics* forneceria **evidências primárias** dos padrões de uso (Solum, 2017, p. 284). É isto que permite, em alguma medida, hierarquizar a acurácia dos métodos originalistas para casos específicos. Todos têm, porém, pontos fracos e fortes e se complementam.

11.3 O CORPUS FONTELES E AS FONTES COMPONENTES DA BASE DE DADOS

Como se viu no Capítulo que se ocupou da Metodologia originalista, pesquisas não são infinitas quanto ao que elucidam e disso resulta a importância de um recorte temporal. Mais

⁵⁸⁵ A ênfase na abordagem computacional se justifica porque, intuitivamente, originalistas já faziam uso dessa metodologia de uma maneira mais precária no passado, pelo que não seria correto dizer que é uma maneira inteiramente nova de pesquisa jurídica.

⁵⁸⁶ A esse respeito, confira-se a entrevista concedida pelo Justice ao *podcast* da Revista de Direito da Universidade de Chicago (USA), *Briefly*, em 18 de março de 2020: *Interpreting the Law through Corpus Linguistics*.

uma vez, repita-se: somente porque constituições escritas são documentos datados, é possível saber quando foram redigidas. Aliás, a possibilidade de **datar** as leis já era já era enfatizada no positivismo inglês do século XX⁵⁸⁷. Pois bem. Datas constituem um dado **decisivo** para investigações empíricas de padrões linguísticos.

Sabendo-se que a Era Constituinte designa o intervalo temporal durante o qual uma constituição escrita foi deliberada, redigida e aprovada, é possível dizer que, no Brasil, a Era Constituinte corresponde ao intervalo temporal compreendido entre — e inclusive — 1 de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988.

O Corpus Fonteles utilizou como matéria-prima uma gama variada de fontes epistêmicas, tanto jurídicas quanto não jurídicas, que foram produzidas na Era Constituinte. Todas as fontes examinadas no Capítulo anterior foram nele incluídas, além de outras. Mais especificamente, a base de dados do Corpus Fonteles é composta de uma coleção de mensagens e discursos proferidos pelo Presidente da República (José Sarney), discursos de Constituintes, Diários da Assembleia Nacional Constituinte (DANC), Suplementos, Relatórios subscritos pelos Constituintes Relatores (Fases “A”, “C”, “F” e “H”), Boletins Administrativos, Boletins da Constituinte, Jornais da Constituinte, decisões do Supremo Tribunal Federal (1987-1988), Jurisprudência Administrativa formada por pareceres históricos da Consultoria-Geral da República (1987-1988), decisões relevantes dos Tribunais de Contas (1987-1988), pareceres de jurisprudência da década de 80, artigos doutrinários publicados em fontes abertas, atos infraconstitucionais específicos e outras fontes históricas dessa natureza.

11.3.1 Da necessidade de reconhecimento óptico dos caracteres (*Optical Character Recognition* – OCR)

Após a curadoria das fontes que integrariam o acervo, todos os arquivos constitutivos do *corpus* deveriam ser ou estar **ocerizados**. É a tecnologia do reconhecimento óptico de caracteres (OCR – *Optical Character Recognition*) que permite à máquina identificar e reconhecer as letras, números e demais símbolos utilizados no texto fotografado, transformando-o em um arquivo textual pesquisável. Em outras palavras, toda a matéria-prima

⁵⁸⁷ "A promulgação de uma lei, tal como a emissão de uma ordem, é um acto deliberado que se pode datar" (Hart, 2001, p. 53).

de um *corpus* se submete a uma prévia *ocerização*, para que se torne perceptível e tenha aptidão para constar dos resultados de busca. Sem o cumprimento desta etapa, simplesmente não se pode prosseguir⁵⁸⁸.

Mas também não basta ocerizar tudo que consta do texto. Em situações concretas, poderá ser necessária a própria extração de dados incorporados no arquivo. O tópico seguinte aborda os elementos que devem ser expungidos.

11.3.2 Remoção de dados que poluem os arquivos: higienizando o *corpus* para aprimorar o *input*

O desenvolvimento do *corpus* exige uma modificação sensível nos documentos originais, para eliminar conteúdos que não devem ser incorporados à base de dados. Por exemplo, foi necessário suprimir de uma revista científica artigos jurídicos publicados em espanhol. Afinal, o idioma não é a maneira mais apropriada para fornecer dados sobre padrões de uso linguístico da língua portuguesa⁵⁸⁹. Mas disso não se pode concluir, por si só, que todos os trabalhos em língua portuguesa foram mantidos. Em casos específicos, foi necessário extirpar até mesmo artigos publicados no vernáculo⁵⁹⁰. O mesmo se diga quanto a um discurso do à época Presidente do STF, Ministro Moreira Alves, que foi localizado em duas diferentes fontes documentais. Para evitar o *bis in idem*, um deles veio a ser removido.

Na versão original do DANC, muitos elementos poluem o *input* do *corpus* e, se não extirpados, deturpam a pesquisa. Foi necessário extrair carimbos, rubricas, mapas, tabelas

⁵⁸⁸ Nem sempre os documentos históricos da Era Constituinte serão localizados em condições ideais de pesquisa. Por exemplo, atualmente, os registros da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro (1987-1988) ainda são documentados de forma precária. Neste caso específico, para além da necessária ocerização, outras medidas foram adotadas: correção da inclinação das páginas, limpeza e remoção de fundo.

⁵⁸⁹ Há *corpora* muito específicos que conjugam mais de um idioma. Este é o caso do Hansard *corpus*, que contém dados linguísticos das sessões do Parlamento canadense (Dawson & Phelan, 2016, p. 1041). Como o Canadá é um país onde o francês e o inglês são amplamente difundidos, o *corpus* contempla dois idiomas. No Corpus Fonteles, importa somente a língua portuguesa e esta foi a razão pela qual documentos escritos em francês foram removidos do Diário da Assembleia Nacional Constituinte.

⁵⁹⁰ Um dado artigo jurídico em língua portuguesa, por exemplo, foi fruto de uma palestra proferida no Auditório Queiroz Filho da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, no dia 06/08/1987. Aparentemente, esta seria uma típica publicação doutrinária da Era Constituinte. Contudo, o trabalho adveio de uma **tradução** operada por Nelson Nery Júnior, à época Promotor de Justiça. Logo, mesmo escrito em português, seu conteúdo fornece evidências histórico-linguísticas de natureza diversa da pesquisa empírica empregada na abordagem originalista. Outros trabalhos foram concebidos originalmente em português, mas parte significativa do conteúdo era composta por jurisprudências de décadas anteriores, razão pela qual o *target* era indevidamente deslocado.

financeiras com números e documentos que haviam sido enxertados porque referidos pelos Constituintes. Ilustrativamente, se um Constituinte fazia menção à questão palestina e à morte de palestinos, o Diário da Assembleia colacionava o documento correlato em língua inglesa. Sucede que o aludido documento não fornece padrões de uso linguístico da Era Constituinte, mas, apesar disso, eleva o número de *tokens* do *corpus*.

Exemplares da Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro (1987-1988), por exemplo, reproduziam, em todos os volumes, a extensa lista de antiguidade dos membros na carreira. Também incluíam a composição dos membros do TJ/RJ, tribunais de alçada, índices, sumários, dentre outros elementos estranhos à pesquisa. Em um dado volume, foi necessário remover 49 (quarenta e nove) páginas. Se não desentranhadas, já não seria acurado dizer que o *corpus* atingiu um determinado número de palavras.

Daí a importância de **higienizar** os dados que alimentam o corpo linguístico.

Foi necessário expungir muitos elementos estranhos à matéria-prima textual, porquanto despidos de valor semântico, elevando a qualidade do *input*. Tanto quanto possível, essa gordura foi removida para que os dados pesquisáveis espelhassem com acurácia os padrões de uso da língua. Basta saber que alguns *corpora* suprimem até mesmo a paginação e o sumário, tudo de modo a evitar o indevido cômputo de palavras.

Estima-se que mais de 1.200 (mil e duzentas) páginas tenham sido descartadas, ao longo do desenvolvimento do Corpus Fonteles. Este foi um trabalho humano, qualitativo e artesanal, que exigiu um exame casuístico de cada caso. Na dúvida sobre o potencial epistêmico e o valor científico dos dados, preferiu-se conservá-los (*in dubio abstine*).

11.3.3 Da extensão do Corpus Fonteles

Não existe uma extensão mínima a ser estabelecida de maneira apriorística para um *corpus*, o que varia em função daquilo que o conjunto de dados pesquisáveis visa a congregar. Entretanto, é importante que seja **suficientemente representativo** das informações que agrupa como base de dados. Este aspecto requer uma dimensão quantitativa e qualitativa. Tanto a quantidade de palavras quanto a diversidade de conteúdo possuem um ponto ótimo, aquém ou além do qual o desenvolvimento de pesquisas com evidências histórico-linguísticas não seria consistente.

Após a coleta e inventariança das fontes relevantes — todas devidamente ocerizadas — e uma vez adotadas as medidas de higienização dos dados, o Corpus Fonteles tem hoje o tamanho exato de 39.633.792 *tokens*, ou seja, mais de trinta e nove milhões de palavras. Trata-se de uma extensão de porte razoável para a sua especificidade técnica, histórica e **bienal**. Os *corpora* mais modernos geralmente variam entre dezenas ou centenas de milhões de palavras (Phillips, Ortner & Lee, 2016, p. 24).

Para fins comparativos com *corpora* estrangeiros, o COHA é composto por 475.000.000 (quatrocentos e setenta e cinco milhões) de palavras, mas adota um recorte de 200 anos e é um *corpus* híbrido quanto ao gênero. No âmbito jurídico, tem-se o *Supreme Court*, com 130.000.000 (cento e trinta milhões) de palavras, cuja envergadura compreende os anos de 1790 a 2017. Os famosos CORE e Strathy têm, cada qual, uma extensão de 50.000.000 (cinquenta milhões) de palavras, porém, o primeiro deles extrai dados de 6 (seis) países distintos e o último reúne dados de quatro décadas. Como se vê, para um recorte tão específico como é o adotado no Corpus Fonteles, que se propõe a conglobar dados do Biênio Fundante (1987-1988), voltados para a linguagem **constitucional** de um **único país**, o porte aproximado de 40.000.000 (quarenta milhões) é uma dimensão suficientemente representativa. Mormente, considerando que, a despeito da sua natureza histórica, a dimensão alcançada ainda não se consolidou em definitivo⁵⁹¹.

11.3.4 Possibilidades práticas de pesquisas no Corpus Fonteles

Muitas pesquisas já estão em curso mediante a utilização do Corpus Fonteles e escaparia aos limites deste trabalho examiná-las de maneira casuística, mas convém ilustrar algumas possibilidades práticas. Como se verá, em casos específicos, elas poderão revelar um elevado potencial disruptivo, porque revisariam consensos há muito estabelecidos.

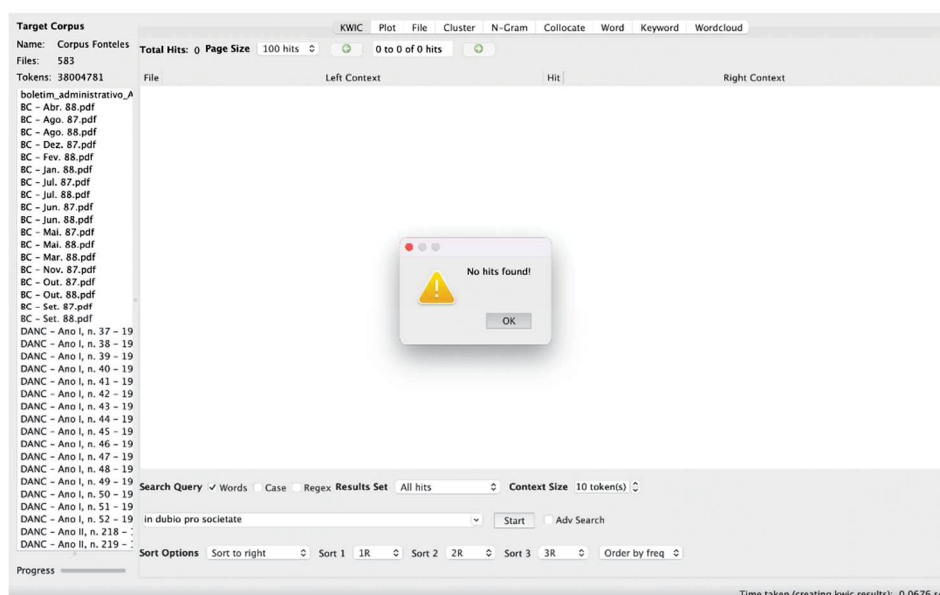
Por exemplo, é público e notório que o Direito Brasileiro trabalha com a ideia de um tal princípio intitulado *in dubio pro societate*. Em pelo menos três contextos distintos — denúncia, pronúncia e improbidade administrativa —, o Superior Tribunal de Justiça tem feito uso

⁵⁹¹ Embora já esteja sendo operacionalizado, contribuindo com pesquisas concretas, estima-se que o *corpus* seja beneficiado e enriquecido até a conclusão das pesquisas de doutorado na Universidade Federal do Paraná (UFPR).

corrente dessa pretensão norma jurídica⁵⁹². Alguns julgados avançam para reconhecer essa ideia até mesmo no contexto da revisão criminal⁵⁹³. Pergunta-se: está mesmo correto dizer que, no ordenamento brasileiro, existe um “princípio constitucional” do *in dubio pro societate*?

Com o auxílio do *software AntConc*, uma investigação nos dados e evidências histórico-linguísticas congregados pelo Corpus Fonteles demonstra que essa expressão jamais foi escrita ou tampouco mencionada nas quase quarenta milhões de palavras proferidas na Era Constituinte.

Ilustração 13: Corpus Fonteles



Fonte: Captura de tela do *software AntConc*, operando sobre o Corpus Fonteles

Evidentemente, este não é um resultado definitivo. Uma investigação rigorosa não se contenta com o rótulo das palavras, devendo avançar para examinar a essência. Se a História do Direito nos ensina que palavras se sustentam, mas significados se alteram⁵⁹⁴, também é

⁵⁹² Na fase de denúncia: AgRg no RHC 167226 / PR, Quinta Turma, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 13/12/2022. Já na fase de pronúncia: AgRg no HC 745410 / RS, Quinta Turma, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 16/12/2022; AgRg no HC 728210 / RS, Sexta Turma, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 18/11/2022. No contexto da improbidade: "Mesmo após a reforma da Lei de Improbidade promovida pela Lei 14.230/2021, o princípio do “in dubio pro societate” continua sendo aplicável para fins de recebimento da inicial” (AgInt no AgInt no REsp 968110). Não se desconhece, porém, que também há julgados do Tribunal críticos a essa tendência.

⁵⁹³ AgRg no HC 774821 / DF, Sexta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 02/12/2022.

⁵⁹⁴ "Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido" (Hespanha, 2012, p. 18).

presumível que o contrário venha a ocorrer: às vezes e não raro, palavras diferentes designam o mesmo fenômeno ao longo do tempo. Daí porque é necessário aprofundar a pesquisa para descartar a hipótese de existência desse pretenso princípio constitucional.

De toda sorte, à vista do resultado preliminar apresentado, agora já é possível dizer que, pelo menos, sua origem se tornou suspeita. Este se torna, então, um *topos* que requer toda cautela, dadas as fundadas razões para desconfiar da sua dignidade como “princípio”. Ou ainda: mesmo que tenha sido objeto de positivação, explícita ou implícita, os achados sugerem que é bastante plausível a proposição pela qual, pelo menos, não teria ele estatuta constitucional. Em outras palavras, com base nos primeiros resultados — ainda provisórios — extraídos do Corpus Fonteles, ganha força a ideia pela qual, “princípio constitucional”, o *in dubio pro societate* certamente não é.

Uma pesquisa mais fina no Corpus Fonteles revelou, por outro lado, que o princípio *in dubio pro reo* — antípoda do *in dubio pro societate* — era objeto de consenso na Era Constituinte. A busca no corpo de dados permitiu encontrar uma publicação quase esquecida, do final dos anos 80, que expressava ser o *in dubio pro reo* “aceito por toda a doutrina” (Jardim, 1987, local. 34).

Ora, a aceitação deste representa a negação daquele. O achado representa mais um passo a enfraquecer a inferência do caráter pretensamente normativo de um princípio **contra o réu** ou, como querem alguns, a favor de uma sociedade que se posicionaria contra acusados.

Refinando-se a pesquisa sobre o documento histórico alvo, percebe-se que, embora fosse unânime na doutrina da Era Constituinte o reconhecimento do *in dubio pro reo*, parte dos juristas não hesitava em trabalhar com uma distribuição do ônus da prova em desfavor dos acusados (Jardim, 1987, local. 34-35):

[...] após justificarem o princípio [do *in dubio pro reo*] e demonstrarem a sua excelência, alguns autores passam a sustentar que há uma distribuição do ônus da prova semelhante àquela consagrada nos Códigos de Processo Civil.

Autores há que atribuem à acusação o ônus de provar tão-somente a prática pelo réu de uma conduta típica. Note-se que, para esta parte da doutrina, a tipicidade é composta apenas de elementos descritivos e normativos. Dolo e culpa pertenceriam à culpabilidade. Assim, caberia à defesa provar cabalmente a existência de uma excludente de antijuridicidade ou de culpa. A dúvida sobre fatos que ensejariam o reconhecimento de uma destas dirimentes não aproveitaria ao réu, pois o Ministério Público teria provado o que lhe competia e a condenação seria uma consequência inarredável.

A toda evidência, tal posicionamento **é o mesmo que** negar aplicação ao princípio *in dubio pro reo*, vez que a dúvida somente lhe favoreceria se estivesse relacionada com fato que devesse ser provado pela acusação (tipicidade).

Vale dizer, **casos haveria** em que o *in dubio* seria para a defesa e outros **em que o *in dubio* seria para a acusação**.

Nesse sentido muito específico, de distribuição do ônus da prova quanto às excludentes de antijuridicidade ou causas que afastam a culpabilidade, o *in dubio pro societate* estaria sendo aplicado de maneira inconsciente, por uma possível — e aqui reside o ponto controverso — disfuncionalidade.

É necessário, então, aprofundar este aspecto em especial. Sem o auxílio do Corpus Fonteles, dificilmente o documento histórico seria encontrado no oceano de publicações da literatura jurídica brasileira.

O tema é promissor e disruptivo. Investigações semelhantes podem ser realizadas em relação à “Teoria dos Princípios”, mutações constitucionais e outros institutos “transplantados” para o Brasil.

Mas a utilidade do Corpus Fonteles vai além da origem de institutos jurídicos. Questões práticas e até processuais podem ser impactadas pelos achados. Por exemplo, ainda prevalece no Direito o dogma segundo o qual somente cidadãos, **assim entendidos os nacionais nos pleno gozo dos direitos políticos**⁵⁹⁵, podem propor ação popular. Contudo, historicamente e com base na Era Constituinte, quão atrelada com a condição de eleitor estava a palavra cidadão? Está mesmo correto reduzir a legitimidade da ação popular aos eleitores, como se cidadania significasse a portabilidade do título de eleitor?

Para perguntas como estas, é possível se servir de ferramentas mais refinadas, a exemplo dos *collocates*. Na Linguística Computacional, *collocates* são palavras que geralmente se associam. A análise de expressões aproximadas pode ser capaz de fornecer indicativos relevantes de significado, à semelhança da crença popular segundo a qual “diz-me com quem andas e eu te direi quem és”.

Uma análise de **probabilidade** demonstra que a palavra cidadão estaria muito mais propensa de se fazer aproximar da palavra “direito”. Este foi o *ethos* da Constituição de 1988, também chamada de Constituição Cidadã: a cidadania foi ressignificada como o predicado do ser humano como sujeito de direitos.

⁵⁹⁵ "A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda" (art. 1º, § 3º, Lei n.º 4.717/65).

Não por acaso, nos 50 (cinquenta) primeiros achados, a palavra “eleitor” sequer é apontada como uma ideia relacional. Somente ampliando-se a pesquisa para 100 *hits* é possível finalmente deparar-se com o vínculo entre cidadão e eleitor, que ocupa a 67ª posição no *ranking* de *collocates*. É o que se vislumbra na captura de tela do *software AntConc*, utilizado para a interpretação dos dados constantes do Corpus Fonteles:

Ilustração 14: Corpus Fonteles

Collocate	Rank	FreqL	FreqR	Range	Likelihood	Effect
1	direito	591	367	224	1746.740	3.433
2	qualquer	408	352	56	1301.892	3.621
3	um	1043	761	282	1177.954	1.849
4	direitos	327	279	48	1128.425	3.825
5	brasileiro	335	18	317	1104.445	3.705
6	todo	298	278	20	912.461	3.521
7	comum	163	11	152	758.056	4.739
8	do	2042	1598	444	742.856	0.953
9	o	2747	1885	862	726.346	0.794
10	cidadão	148	74	74	624.465	4.415
11	cada	242	216	26	613.416	3.100
12	sr	85	18	67	432.769	-2.371
13	é	799	411	388	349.867	1.067
14	como	478	296	182	326.450	1.377
15	presidente	71	27	44	290.499	-2.187
16	ao	600	412	188	286.562	1.122
17	que	2009	1005	1004	258.692	0.542
18	dever	80	38	42	251.433	3.588
19	pmdb	9	5	4	245.948	-4.129
20	vida	127	90	37	235.859	2.531
21	defesa	116	91	25	228.130	2.626
22	estado	257	122	135	221.371	1.580
23	homem	93	63	30	196.730	2.753
24	da	208	268	160	184.836	0.888

Fonte: Captura de tela do *software AntConc*, operando sobre o Corpus Fonteles

Muitas evidências históricas, inclusive identificadas pelo Corpus Fonteles, corroboram a hipótese pela qual o significado público original de "cidadão", tal como compreendido na Era Constituinte, era mais rico que a ideia reducionista de “eleitor”. Por exemplo, na prefação redigida para uma obra publicada no ano de 1988, mas que foi elaborada no ano de 1988, o Constituinte Plínio Arruda Sampaio conceituou: “Cidadão é quem tem direitos e exerce esses direitos” (Romero, 1989)⁵⁹⁶. Documentos históricos subscritos pelo Constituinte José Genoíno também ratificam o significado original mais amplo de cidadão e cidadania.

⁵⁹⁶ Trata-se de uma obra quase esquecida, que veio a ser localizada em um sebo de antiguidades em Curitiba/PR: Romero, Centro Oscar (coord.). **A Constituição nas Mãos do Povo: texto integral da Constituição com Comentário**. São Paulo: Editora Paulinas, 1989.

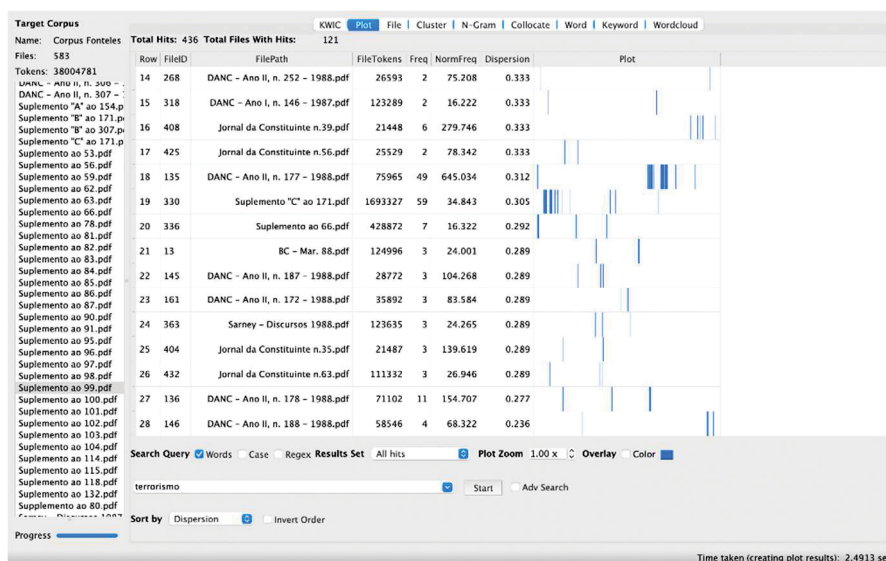
Entretanto, exaurir essas evidências fugiria dos propósitos centrais deste capítulo. Basta saber que, quando documentos históricos demonstram como era empregada e compreendida, no Biênio Fundante (1987-1988), a palavra “cidadão”, estes informes podem ser invocados para dar sustentáculo a uma interpretação constitucional sobre a latitude da legitimidade em uma ação popular. É como se um elo perdido do texto constitucional viesse a ser encontrado em evidências histórico-linguísticas.

A ferramenta dos *collocates* poderia ser empregada para dirimir dúvidas estruturalmente similares. Está correto dizer que existe uma íntima relação entre censura e boicote ou este traduz uma prática amparada pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, vale dizer, que se contextualiza nas relações privadas? Originalmente, só era possível falar em censura no âmbito do Poder Público? A mesma metodologia pode ser aplicada e os resultados podem ser intrigantes.

Nessa temática, seria também possível suscitar: para fins constitucionais, originalmente, toda censura era anterior à publicação pretendida ou a remoção posterior de conteúdo também poderia ser considerada como tal? Uma métrica útil pode ser a ferramenta do *cluster*, que permite identificar palavras que se avizinham, ou seja, que se posicionam imediatamente antes ou se colocam como consecutivas à palavra ou expressão alvo. Hipoteticamente, se dados preliminares do Corpus Fonteles viessem a revelar um uso **atípico** da expressão “censura repressiva”, a hipótese da censura prévia como significado convencional estaria sendo evidenciada. Seja como for, os achados precisariam ser submetidos a um filtro qualitativo. Humanamente, cada um deles deve ser avaliado na pesquisa de interpretação constitucional.

Suponhamos que uma pesquisa de interpretação constitucional se proponha a identificar a fonte original mais relevante — porque dotada de mais referências — em relação ao tema “terrorismo”. Para recortes desse tipo, é recomendável se utilizar da ferramenta intitulada *plot*, tal como disponibilizada pelo *software AntConc*, que permite visualizar graficamente a incidência do alvo em cada documento que integra o acervo do Corpus Fonteles. Como se vê, a fonte original mais relevante foi o DANC n.º 177, o que otimiza sobremodo a pesquisa e racionaliza recursos escassos.

Ilustração 15: Corpus Fonteles



Fonte: Captura de tela do *software AntConc*, operando sobre o Corpus Fonteles

Um dos recursos mais importantes para a análise linguística do Corpus Fonteles é o KWIC. Este atua como ferramenta eminentemente **contextual**, porque fornece **frases** que contemplam a palavra ou expressão pesquisada. Desse modo, à vista dos contextos em que um vocábulo era empregado, pode-se, por exemplo, eliminar alternativas interpretativas implausíveis em casos de ambiguidade ou até mesmo discernir o próprio significado original. A sigla KWIC é um acrônimo da expressão *key word in context*. Trata-se de mais uma métrica de análise viabilizada por um *software*, assim como o N-GRAM e outras ferramentas de linguística computacional que poderiam ser ilustradas com exemplos práticos de pesquisas sobre significados constitucionais no Corpus Fonteles.

11.4 O CORPUS FONTELES COMO FERRAMENTA REFINADORA DE SUPORTES FÁTICOS E CAUTERIZADORA DE COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com base no que foi exposto até aqui, percebe-se que o Corpus Fonteles atua como uma **ferramenta refinadora de suportes fáticos**. Em outras palavras, o Corpus delimita,

aprioristicamente, o alcance do raio de incidência dos direitos fundamentais. Em vez da assunção de um suporte fático artificialmente amplo, para somente então ponderar o direito *prima facie* e convertê-lo em definitivo, as evidências histórico-linguísticas coletadas na investigação empírica moldam, de antemão, o tamanho real da hipótese de incidência da norma jusfundamental.

Portanto, a interpretação constitucional enriquecida pela Linguística de *corpus* rejeita a inclusão fictícia de situações que, de outra maneira, adotando-se uma perspectiva de suporte fático amplo, estariam *prima facie* incluídas. Se, por exemplo, os dados históricos encontrados corroboram a hipótese de que pais **não podem** recusar-se a vacinar seus filhos, já não há razão plausível para que o intérprete finja que existe essa liberdade de escolha, para então se servir de uma metodologia trifásica de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, após o que — sabe-se lá como — restaria o direito definitivo.

Com o refinamento de suportes fáticos, **cauterizam-se inúmeras colisões de direitos fundamentais**, eliminando-se, em virtude disso, o dever de otimização e, como consequência lógica, a própria necessidade de manipulação da ferramenta otimizadora (proporcionalidade, com a sempre misteriosa ponderação). Porém, ao contrário da alegoria do beco sem saída, que imobilizou a literatura jurídica brasileira, tal é alcançado sem que se abra mão de uma meticulosa fundamentação. No *corpus linguistics*, fontes são apresentadas, inclusive quando contrapostas.

11.5 DO MARCO TEÓRICO SOBRE O QUAL OPERA O CORPUS FONTELES: A PREMISSA FUNDAMENTAL

Mas há uma ideia embutida nessa metodologia, desde a sua raiz, que precisa ser explicitada com transparência.

Já foi dito que “o método não pode explicar a eleição do método” (Coelho, 2010, p. 170). Afinal, por que eleger a Linguística de *corpus*, computacional, para a interpretação da Constituição de 1988? Não se trata apenas da eficiência na leitura de documentos históricos. Embora esta seja uma razão verdadeira e, por si só, suficientemente convincente para que se faça uso dessa tecnologia, contentar-se com essa justificativa é permanecer na superfície.

Também não seria suficiente lembrar que a metodologia aqui proposta é empregada para atingir as camadas mais profundas nas fontes de interpretação da Constituição de 1988. Por que, afinal, buscar essas fontes originais é importante?

É precisamente a resposta a esta última pergunta que traz à tona uma **premissa fundamental**, porque subjacente a todo este trabalho. Ei-la: empregar o *corpus linguistics* na interpretação da Constituição é, principalmente, assumir a premissa de que **há um significado anterior, à disposição, como objeto de pesquisa**. Se este significado será meramente útil ou até mesmo decisivo para o desfecho da querela constitucional, trata-se de uma pergunta cuja resposta varia em função da jusfilosofia adotada.

Mas o fato é que a investigação empírica sobre evidências histórico-linguísticas, valendo-se de técnicas de linguística computacional, trabalha com a pressuposição de **que é possível coletar dados que indiquem significados originais, vale dizer, contemporâneos à Era Constituinte**. Trata-se de uma investigação de interpretação jurídica que se volta para a reconstrução do passado.

Em suma, coligir evidências histórico-linguísticas em um *software*, que efetua uma varredura em milhares de dados documentais, pressupõe uma concepção muito específica sobre a interpretação constitucional. Seria inútil empenhar-se em pesquisar significados ancestrais se não se acreditasse ser possível acessá-los, conhecê-los, bem como **empregá-los** no presente. O contexto e o sistema léxico da época são importantes para intérpretes que se curvam à alteridade do texto.

Em termos mais claros, para quem entende simplesmente que a interpretação jurídica é **constitutiva** de significados, porque intérpretes podem **atribuir sentidos**, basta perquirir o que foi constituído no presente. Por outro lado, entendendo-se que a interpretação do Direito é predominantemente declaratória — sem prejuízo de construções excepcionais —, nascem sérias razões para estudar com afinco a Era Constituinte. O Corpus Fontes, portanto, opera sobre este segundo marco teórico.

E isso, por si só, traduz uma ruptura traumática no atual estado de coisas.

A corrente segundo a qual a interpretação jurídica tem natureza declaratória é hoje francamente minoritária⁵⁹⁷. Como muito se ouve e muito se lê, “[...] a interpretação não se

⁵⁹⁷ Embora trabalhos mais recentes comecem a suscitar dúvidas fundadas sobre essa hipótese ainda dominante, a exemplo das muitas objeções apresentadas na dissertação de mestrado de Thomé Sabbag Neto, concebida na UFPR, que propõe testes semânticos, lógicos, epistêmicos, fenomenológicos e pragmáticos para a análise do problema (Sabbag Neto, 2024, pp. 114-231).

caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto” (Ávila, 2015, p. 51). Trata-se de uma ideia largamente difundida sobre interpretação constitucional, segundo a qual compreender é um comportamento produtivo — não reprodutivo (Gadamer, 1999, p. 444; Grau, 2017, p. 28).

A investigação empírica no Corpus Fonteles afasta-se da herança deixada pela Hermenêutica Filosófica de Gadamer⁵⁹⁸, que tanto tem influenciado a “Nova Hermenêutica Constitucional” (Magalhães Filho, 2011, p. 14), para conceber uma interpretação ordinariamente declaratória e — somente — extraordinariamente constitutiva.

A interpretação constitucional como uma operação cognitiva esteve embutida em todos os raciocínios apresentados neste trabalho, mas até então não havia sido exposta com a franqueza necessária ao seu escrutínio. E este é o último movimento a ser esquadrihado desta tese, conforme se verá no capítulo seguinte.

⁵⁹⁸ O que nada tem de sacrílego. É próprio do conhecimento científico trabalhar com refutações. O próprio Gadamer travou três grandes confrontos, ao refutar algumas ideias expostas por Heidegger, Habermas e Derrida (Bernasconi, 1999, p. 338), não sendo apropriado supor que o estado da arte na interpretação constitucional brasileira deva congelar-se nas ideias de um filósofo alemão.

12 UMA CONSTITUIÇÃO ESCRITA É AQUILO QUE SIGNIFICA

12.1 INTRODUÇÃO: A CONSTITUIÇÃO COMO UM CONJUNTO DE SIGNOS LINGUÍSTICOS

Uma Constituição escrita é aquilo que significa. Quem tem poderes para imprimir esse significado é o verdadeiro detentor do poder constituinte. O mais é ilusão.

No dia 19 de julho de 2023, a Ministra Rosa Weber participou do lançamento de uma versão da Constituição Brasileira traduzida para um ramo muito específico da família linguística tupi-guarani: o Nheengatu. Nesta data, a então Presidente do Supremo Tribunal Federal, na ocasião identificada como Raminah Kanamari — nome indígena de batismo —, compareceu ao Município de São Gabriel da Cachoeira (AM) e celebrou o "compromisso de garantir que todos os povos indígenas tenham [...] conhecimento das leis que regem nosso país" (Brasil, 2013, p. 13)⁵⁹⁹.

Quando se diz que indígenas **terão conhecimento** das leis reitoras da República, a referência é a uma **atividade cognitiva**. Existe um significado anterior, exterior e superior **a ser conhecido**, não a ser criado.

Quando a Constituição Federal é traduzida para que possa ser lida por indígenas, **significados** são objeto de tradução. Este é o real **conteúdo** transportado, que não se confunde com as palavras que o exprimem.

Tecnicamente, nada impede que a Constituição Brasileira venha a ser expressada em um sistema de escrita tátil que permitiria fosse lida por deficientes visuais. Também é possível enunciar o inteiro teor da Constituição de 1988 por uma língua de sinais, que democratizaria seu conteúdo para deficientes auditivos.

⁵⁹⁹ Lançamento Constituição Federal em Nheengatu. São Gabriel da Cachoeira, Amazonas, 19 de julho de 2023 (Discurso proferido pela Ministra Rosa Weber). Documento disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=510821&ori=1#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20em%20Nheengatu%20foi,m%C3%A1s%20t%C3%AAm%20de%20muita%20alegria%20>>. Consulta em: 18/02/2024.

Em todos esses casos, percebe-se um traço comum. A verdadeira Constituição Brasileira está nos sentidos promulgados, não na casca textual expressa no idioma nacional. Encontra-se-lhe nos significados, não nos significantes⁶⁰⁰.

A Constituição não está nas letras, porque pode ser exprimida em libras. A Constituição não está nos fonemas, porque pode ser traduzida para outras línguas. A verdadeira Constituição está nos sentidos que abriga.

Uma constituição escrita, portanto, é aquilo que significa.

Mas por que escrever uma constituição? Porque a escrita é uma comunicação mais duradoura. Este o porquê. A Linguística demonstra que a maneira pela qual o tempo se relaciona com a comunicação oral é absolutamente distinta do modo pelo qual o tempo se relaciona com a comunicação escrita.

Em primeiro lugar, não há um sistema escrito para cada língua no mundo, embora todo material escrito represente uma língua. Todas as línguas são faladas ou sinalizadas, mas nem todas podem ser escritas. Cerca de 50% das línguas identificadas no planeta, simplesmente, ainda não contam com um sistema escrito, ou seja, não possuem representações gráficas para os seus fonemas. Estima-se que, hoje, mais de 3.500 delas não possam ser escritas em um papel (Dawson & Phelan, 2016).

A escrita costuma ser utilizada quando indivíduos precisam se comunicar além do tempo e do espaço. Escrever é escolher codificar a fala em uma **forma fisicamente preservável** de registro (Dawson & Phelan, 2016). Em suma, significados costumam ser escritos para que sobrevivam ao tempo.

⁶⁰⁰ No Brasil, categorias como significantes e significados ainda são pouco exploradas no Direito. Já existem decisões do STF que trabalharam com essa distinção, além de trabalhos específicos de hermenêutica que incursionam nessa temática (Grau, 2017, p. 37), mas trata-se de uma abordagem mais comum na Linguística. Neste ramo do saber, diz-se que o signo linguístico é uma junção de **conceitos e imagens acústicas** (Saussure, 2006, p. 80). A imagem acústica "não é o som material, coisa puramente física, mas a impressão (*impreinte*) psíquica desse som" (Saussure, 2006, p. 80). Trata-se de uma "imagem sensorial". A sinestesia confunde. A expressão imagem acústica fica particularmente mais clara quando o linguista assevera "[...] as palavras da língua são para nós imagens acústicas" (2006, p. 80). Em nota de rodapé inserida pelo organizador da obra, diz-se: "a imagem acústica é, por excelência, a representação natural da palavra enquanto fato da língua virtual, fora de toda realização pela fala" (2006, p. 80). Pois bem. No uso corrente da linguagem, acabou tornando-se comum falar em **signo** para designar apenas a palavra. Embora, a rigor, a palavra fosse somente um hemisfério componente da estrutural dual do signo, tornou-se usual a confusão entre signo e palavra. Segundo Saussure, "[c]hamamos **signo** a combinação do conceito e da imagem acústica: mas, no uso corrente, esse termo designa geralmente a imagem acústica apenas, por exemplo uma palavra (*arbor* etc.)." (2006, p. 81). Para eliminar a ambiguidade, Saussure finalmente propôs a seguinte reformulação (2006, p. 81): (i) a chamada imagem acústica seria substituída por "significante"; (ii) a seu turno, conceitos deveriam ser substituídos por "significados". E, assim, chegamos às categorias utilizadas neste tese e referidas neste capítulo: significantes e significados.

O sangue antecede a tinta. Quando uma constituição é escrita com tinta, é porque os direitos nela consagrados provavelmente já haviam sido escritos com sangue⁶⁰¹.

Com esses fundamentos em mente, convém examinar o texto constitucional. A Constituição Brasileira inventaria os bens da União (art. 20), mas não explicita o conceito de União. A mesma Constituição elenca um rol de competências dos Municípios (art. 30), sem apresentar uma definição expressa para Municípios. Por fim, o texto constitucional estabelece que impostos são tributos (art. 145, I) e não é explícito sobre o significado do gênero “tributos”.

É próprio da comunicação humana assumir o conhecimento prévio de um vocabulário mínimo. Se Constituintes precisassem exteriorizar o conceito de cada palavra documentada, o empreendimento da Assembleia Nacional exigiria um esforço similar àquele desempenhado por Aurélio Buarque de Holanda e sua equipe.

Daí porque a comunicação constitucional se assenta na fundada pressuposição de que suas palavras serão compreendidas no sentido mais adequado para o contexto. Todavia, é ingênuo acreditar que os significados de “União”, “Municípios” e “tributos” estão à disposição do legislador infraconstitucional. Absolutamente. Se congressistas pudessem brincar com as palavras, alterando o significado de conceitos empregados pelo Constituinte, a própria Constituição seria atingida por espécies normativas hierarquicamente inferiores. Esta seria uma manobra indisfarçável até mesmo para novatos no estudo do Direito, porque leis atuariam como se emendas fossem e, por conseguinte, a rigidez se dissiparia.

A familiaridade com esse fenômeno nunca foi estranha aos tributaristas de escol. Como já foi corretamente pontuado por um eminente Professor, “[d]ireitos constitucionalmente pressupostos ou definidos não podem ser ‘redefinidos’ por lei.” (Ataliba, 2005, p. 33). De fato. Isso porque “[a]dmiti-lo é consentir que as demarcações constitucionais corram o risco de ter sua eficácia comprometida.” (Ataliba, 2005, p. 33). Esta é uma conclusão trivial entre tributaristas, mas que parece ser negligenciada por constitucionalistas.

Uma constituição escrita traz consigo inúmeros conceitos indisponíveis ao legislador. No Brasil, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, mais precisamente na

⁶⁰¹ Essa percepção da luta pelos direitos e do derramamento de sangue, comum em obras jurídicas, já vinha exprimida nos comentários de João Barbalho à Constituição de 1891. Segundo ele, o espírito de liberdade e a dignidade humana foram obtidos “à custa de muito sangue e ingentes sacrifícios” (Cavalcanti, 1902, p. 5). Não é por outra razão que as chamadas garantias **fundamentais**, a exemplo do *habeas corpus*, são também denominadas de *writs*. O vocábulo descende do verbo *to write* (escrever), exatamente porque, historicamente, *writs* eram ordens escritas em latim pelos tribunais reais. É crucial perceber a natureza das coisas: mesmo em um sistema anglo-saxônico forjado pelos costumes, que concebeu uma constituição não escrita, a fidedignidade necessária a determinados atos jurídicos dependia, sim, do seu caráter escrito.

Comissão de Sistematização, o Constituinte João Paulo Bisol foi bastante lúcido a esse respeito: [u]ma Constituição é linguagem [...]. Isso supõe que ela seja um sistema de relações de conceitos. Isso supõe, por sua vez, que cada conceito tenha o seu lugar lógico, onde ele adquire a plenitude de sua força semântica”⁶⁰².

A lógica subjacente à preciosa lição deixada pelo Constituinte pode ser encontrada na jurisprudência de Direito Tributário, ramo do Direito Público mais familiarizado com a Filosofia dos Conceitos: “[...] [S]e a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, [...] de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema constitucional tributário inscrito na Constituição”⁶⁰³.

Constitucionalistas atentos não podem mais ignorar essa importante dimensão do texto constitucional. Até então, o enfrentamento dos problemas jurídicos não tem sido realizado mediante uma incursão **fundamentada** nos significantes e significados. De um modo geral, aplica-se a Constituição de 1988 com base em intuições pessoais. As consequências práticas dessa abordagem, o tempo demonstrou, não foram atrativas.

Portanto, o texto constitucional é um sistema de conceitos e toda constituição trabalha com uma pressuposição semântica. Cada palavra constitucional foi cuidadosamente escolhida, triunfando sobre alternativas rivais⁶⁰⁴. Se um Juiz passa a considerar como "noite" o período que a comunidade do discurso se refere como "dia", a regra expressa no artigo 5º, XI, da Constituição Brasileira, por força da qual será possível ingressar na casa sem o consentimento de quem de direito, durante o dia, estará subvertida e até substituída. Neste caso, a Constituição já não será a mesma. Isso porque, repita-se, uma constituição escrita é aquilo que significa, não aquilo que virá a significar por obra dos juízes.

Uma vez assimilada a ideia da Constituição de 1988 como conjunto de signos linguísticos, haverá nela, então, dois componentes:

⁶⁰² 15ª Reunião Ordinária da Comissão de Sistematização, Constituinte João Paulo Bisol, 01/09/1987, p. 429. O constituinte Lavoisier Maia também já exprimiu sua visão do "Direito como linguagem". O trecho consta de justificativa apresentada no corpo da Emenda CS03754-5, na Comissão de Sistematização (Emendas Oferecidas ao Anteprojeto de Constituição, Volume II, Brasília: Senado Federal, Julho de 1987. p. 893).

⁶⁰³ voto proferido no RE 71.758-GB, RTJ v. 66, p. 165.

⁶⁰⁴ Um exemplo disso consta da Justificativa apresentada ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança, Constituinte Ricardo Fiuza: “Elimina [o anteprojeto] zonas cinzentas e observa a História do Brasil, modificando apenas denominações ambíguas, que sempre abriram perigosos espaços para teses dialéticas perversas”. Ou ainda: “Considerando que a Constituição é a Lei Fundamental do Estado, é natural e desejável que haja uma definição clara, precisa e transparente das competências de todos os instrumentos a serviço da segurança pública”.

- a) o texto (significante);
- b) seus correlatos significados.

A verdadeira constituição é encontrada no item "b" e passa-se a demonstrá-lo. Para isso, quatro proposições são agora analisadas.

- I. Alterando-se “a”, a Constituição pode ou não ser alterada. Isso porque diferentes enunciados podem originar uma mesma norma jurídica⁶⁰⁵.
- II. Mantendo-se “a” constante, mais uma vez, a Constituição pode ou não sofrer alteração. A preservação do texto também não representa uma garantia de que “b” estará resguardado. Afinal, palavras mudam de sentido (Carnap, 2016, p. 97). Conforme foi demonstrado no capítulo que se ocupou das mutações constitucionais, o tempo **desloca significantes e significados** (Saussure, 2005, p. 83), vale dizer, promove **descontinuidades histórico-linguísticas** (Hespanha, 2012, pp. 17-19).

Como foi apontado, originalistas sabem que palavras podem mudar de significado ao longo do tempo (Solum, 2019, p. 1252; Barclay, Earley & Boone, 2019, p. 528). Contudo, à semelhança de uma mecanismo de autopreservação, **uma constituição escrita se reveste de autoridade para proibir que novos significados, embora existentes, venham a ser intrusivamente considerados na comunicação estabelecida.**

Prosseguindo na análise dos elementos do signo linguístico, tem-se que:

- III. Alterando-se “b”, modifica-se a Constituição.
- IV. Conservando-se “b”, bloqueia-se a transformação constitucional.

⁶⁰⁵ Com base na Constituição da Alemanha, Robert Alexy exemplifica com a seguinte ilustração (2017, p. 53): “Nenhum alemão pode ser extraditado.”. Trata-se de uma proibição que poderá ser expressada de outras maneiras, a saber: “É vedada a extradição de alemães”; “Não será permitida a extradição de alemães”, “Alemães não serão extraditados” ou “A extradição de alemães é conduta proibida na Alemanha”.

Como se vê, é a constância do componente “b” que impede, de maneira absoluta, a transformação da Constituição. Quando se pretende alterá-la, duas abordagens distintas podem ser efetuadas. Na primeira, investe-se contra o seu texto, mas apenas porque esta é a maneira mais eficiente de atingir o seu significado — não por qualquer outra razão. A expectativa é de que, à vista de um texto novo, a interpretação e a aplicação se transformem.

Contudo, como foi visto, nem todos aceitam esse processo transformador como exclusivo. É possível encontrar uma segunda abordagem. A depender da Escola, insiste-se no argumento de que o significado mudou, embora as palavras permaneçam como eram. Em comum, mas cada qual à sua maneira, **ambas** as iniciativas se esforçam para atingir **significados** e, com isso, alterar a Constituição. Nota-se que, na segunda abordagem, essa alteração é sustentada até mesmo quando o elemento textual permanece como uma constante (k).

Por outro lado, nenhuma dessas propostas de abordagem se empenharia em mudar uma constituição por meio da defesa de que o seu significado permanece como tal. É consensual que, se o significado se mantém, não houve mudanças. Nas duas hipóteses descritas de pretensas transformações, é o **significado** que determina de maneira **decisiva** o conteúdo de uma constituição.

Quando se diz, portanto, que a constituição tem força normativa, a verdadeira proposição é a de que o **significado** de uma constituição tem força normativa, não a sua casca vocabular. Como foi abordado no início deste capítulo, é possível exprimir o conteúdo comunicativo de uma constituição por outras linguagens, inclusive a gestual. Neste caso, não é o gesto que tem força normativa, mas o seu significado. Gesticular para sinalizar o conteúdo do texto⁶⁰⁶ e vocalizá-lo por fonemas são apenas alternativas à disposição do enunciante.

O conteúdo de uma constituição pode ser exteriorizado por símbolos, fonemas ou gestos, mas essas ações extrínsecas que a projetam no mundo fenomênico não se confundem com ela. Quando alguém dita em voz alta o teor de uma constituição escrita, com base na memória sobre o seu conteúdo, tem-se uma constituição transmitida de maneira fonética. E porque letras são representações gráficas de fonemas, é possível encontrar o seu teor de maneira

⁶⁰⁶ Gestos compõem o que muitos linguistas chamam de paralíngua, isto é, aspectos do ato comunicativo que não chegam a ser uma língua propriamente dita, a exemplo da entonação (Vincent, 2003, p. 33). Sem descurar da informação apresentada pelo Professor da Universidade do Kansas (USA), viu-se que uma constituição não está sequer na própria língua, que pode ser vertida em outra para que seja veiculada a comunicação constitucional.

letrada. Mas as traduções da Constituição Brasileira comprovam que a mais elevada norma jurídica do ordenamento não é letra, tampouco fonema.

Embora o mais usual seja encontrá-la expressada em palavras escritas, é uma imprecisão considerar que palavras são dotadas de força normativa. Este é um atributo ostentado pelo significado constitucional, não pelo significante.

Significados governam, não palavras.

Protagonizar palavras, coadjuvando significados, tem sido a artimanha do século para uma interpretativa constitucional que se **evade** dos mandamentos do texto. O Supremo Tribunal Federal só poderá aprovar súmulas vinculantes mediante 2/3 dos seus membros, após reiteradas decisões (art. 103-A, CF/88). Para evadir-se dessas solenidades, bastaria, então, aprovar enunciados linguísticos com efeitos vinculantes e chamar esses verbetes de **teses**? A Constituição Federal proíbe a criação de polícias municipais (art. 144). Para uma evasão, bastaria, então, rebatizar agentes municipais que empunham armas de fogo e efetuam prisões de traficantes de drogas com uma outra rubrica: **guardas municipais**? A Constituição não previu, tampouco admite a criação de Defensoria Pública municipal (art. 134, § 1º). Apesar disso, evade-se do obstáculo textual com a criação de uma carreira identificada como **assistência jurídica municipal**? Brasileiros natos não podem ser extraditados, diz o texto (art. 5º, LI). Chamar o fenômeno de **entrega**, a pretexto de que o destinatário seria o Tribunal Penal Internacional, realmente representa uma maneira honesta de cumprir o significado da Constituição de 1988?

Uma constituição escrita abriga significações. De tudo isso se segue que, em 05 de Outubro de 1988, **significados foram promulgados**.

Tais significados são defendidos por todo o sistema jurídico, porque se sabe que da sua preservação depende a própria defesa da Constituição. O Recurso Extraordinário uniformiza significados. Súmulas conferem homogeneidade a significados. Decisões do controle concentrado também padronizam significados. Todo o sistema está alicerçado na premissa de que a Constituição é aquilo que significa e, portanto, não podem haver **constituições paralelas** que vigoram em um mesmo país. Se só há uma delas, somente um significado pode ser havido como **oficial**, o que é feito com a chancela do Supremo Tribunal Federal — após um profícuo diálogo com quem a vivencia.

O Brasil é uma federação com 26 Estados-membros e um Distrito Federal, cada qual com a sua constituição estadual e lei orgânica distrital, respectivamente. É bastante comum que essa legislação regional reproduza trechos da Constituição Federal. Simplesmente, a redação do texto constitucional é transcrita para promover uma incorporação nas constituições estaduais. Com o passar do tempo, entretanto, percebeu-se que cada Tribunal de Justiça acabaria dando a última palavra sobre essas normas estaduais transplantadas da Carta da República, o que, na prática, equivaleria a criar 27 (vinte e sete) constituições federais. E exatamente porque não é possível uma variedade de significados na Constituição Federal, entendeu-se que o STF poderia conhecer dos recursos extraordinários interpostos em ações diretas de inconstitucionalidade estaduais, quando a norma da carta estadual for de reprodução obrigatória⁶⁰⁷.

Em um raciocínio semelhante, o Brasil tem uma população superior a 212.000.000 (duzentos e doze milhões) de pessoas. Cada uma delas tem o direito cívico de persuadir seus concidadãos sobre o significado da Constituição, mas nem por isso se pode dizer que há duzentos e doze milhões de constituições em vigor no Brasil.

Só há uma única Constituição.

E esta Constituição se impõe ao povo brasileiro, isto é, **subordina** os nacionais. O poder emana do povo, que o exerce **nos termos da Constituição**. Portanto, enquanto subsistir, a Constituição está acima do próprio povo.

A longevidade de uma constituição, ao fim e ao cabo, é a longevidade do que ela significa. Há constituições mais frágeis, vulneráveis à ação corrosiva do tempo. Essas logo se vão. Porém, uma constituição resistente permanece íntegra no corpo social que a redigiu, isto é, seu significado é duradouro.

A pergunta central deste capítulo, então, é **quem** tem poderes para alterar **significados documentados** pelo Constituinte.

⁶⁰⁷ Segundo tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 650898, j. em 01/02/2017: "Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos estados".

12.2 UMA CONTRADIÇÃO PERSISTENTE: O PARADOXO DO DEVER DE OBEDIÊNCIA A UM CONTEÚDO A SER EDITADO POR QUEM OBEDECE

Se uma constituição escrita é aquilo que significa, quem tem poderes para imprimir esse significado é o verdadeiro detentor do poder constituinte. O Direito Constitucional ainda não conseguiu eliminar uma contradição persistente que tem comprometido a coesão de todo o sistema: quem estabelece o conteúdo do documento, a cuja autoridade supostamente se submete, na verdade está a exercer autoridade sobre ele. Em outras palavras, a menos que se abra mão da coesão interna do sistema, não é possível que o conteúdo da ordem a ser obedecida seja ditado por quem deve obedecê-la. Qualquer ordem é, por excelência, sempre (i) externa, (ii) superior e (iii) anterior ao seu destinatário.

O artigo 102 da Constituição Brasileira, segundo a qual “[c]ompete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, é imperativo. Não se trata de uma faculdade, mas sim da imposição de um dever a ser cumprido. Nesse sentido, por expressa norma mandamental, o STF **deve** guardar a Constituição — e protagonizar o desempenho desse papel. Cuida-se de uma obrigatoriedade, não de uma possibilidade.

A única maneira de assegurar exequibilidade à cláusula do artigo 102 da Constituição Brasileira é submeter o próprio Guardião à autoridade dos preceitos escritos no documento que virá a guardar. Talvez por isso, no último milênio, após descrever o modelo Madisoniano, Robert Bork tenha asseverado que “[...] uma Suprema Corte legítima deve ser controlada por princípios **exteriores** à vontade dos Juízes” (1971, p. 6)⁶⁰⁸. Ora, qualquer um sabe que inexistente controle quando o ente controlado recebe um cheque em branco para preencher o conteúdo do ato controlador.

É temerário confiar à mesma pessoa, a um só tempo, a tarefa de obedecer e de estabelecer o conteúdo a ser obedecido. Aquele que obedece à Constituição não tem poderes constituintes, mas apenas constituídos.

Pois bem.

⁶⁰⁸ Original sem destaques: “[...] a legitimate Court must be controlled by principles exterior to the will of the Justices.” (Bork, 1971, p. 6). Ao empregar a palavra “*Justices*”, torna-se claro que Bork está a referir-se à Suprema Corte — ainda que estados específicos, como Michigan, utilizem essa nomenclatura. O contexto da passagem é uma crítica à Corte de Warren, que encerrou suas atividades pouco antes da publicação desse artigo.

O Supremo Tribunal Federal é um poder constituído, não constituinte, porque se submete à Constituição. Também ele deve obediência à Constituição. Sua interpretação constitucional, portanto, é posterior ao — e, tanto quanto possível, declaratória do — significado constituído por quem está acima dele: o povo, verdadeiro titular do poder constituinte.

Toda interpretação constitucional constitutiva é, também, constituinte.

Isso, por si só, deveria ser suficiente para inibir ou pelo menos constranger a iniciativa acadêmica de defender uma interpretação constitutiva efetuada por poderes constituídos. Curiosamente, sem qualquer cerimônia, essa deturpação tem sido **naturalizada** (Almeida, 2006, p. 10):

Se a interpretação é procedimento criativo e de natureza jurídico-política, não é exagero dizer que o SUPREMO, ao longo de sua história, completou o trabalho dos poderes constituintes que se sucederam ao aditar conteúdo normativo aos dispositivos da Constituição.

As palavras acima, bastante sinceras, foram proferidas por um ex-Ministro do STF e ex-Constituinte. Nelson Jobim registrou essa declaração na apresentação da obra que buscou resgatar a memória jurisprudencial do Ministro Victor Nunes.

O problema não está em qualquer exagero. Pelo contrário: trata-se de uma declaração com elevada acuidade. O preocupante é o fato de que as palavras de Jobim não são descritivas; elas são prescritivas.

Quando é o Supremo Tribunal Federal que constitui, isto é, que agrega significado ao texto, tem-se uma consequência prática que a História Constitucional do Brasil já vivenciou no Império: o povo brasileiro estará recebendo uma constituição redigida pela mesma entidade que a ela se submete.

Déjà-vu.

As palavras de Joaquim Nabuco, no século XIX, soariam como uma descrição bastante atual. Em 1879, o referido homem público asseverou: "[...] a Constituição foi dada pelo imperador [...] hoje a própria monarquia, que a deu, está sujeita às suas disposições e não é nada fora dela" (Nabuco, 2010, p. 138).

Permitir ao STF "aditar conteúdo normativo aos dispositivos da Constituição", como prescreveu Nelson Jobim, é permitir-lhe "dar" uma Constituição aos brasileiros. Porém, o Tribunal também estará submetido a este novo documento. Com isso, emula-se um estado de coisas análogo a uma monarquia constitucional. É o que aponta a História e um povo que a desconhece é um povo sem memória.

Em suma, obedecer a uma lei criada por si mesmo é um gesto autônomo, não heterônomo. Não é republicano que o conteúdo de uma constituição seja preenchido por quem lhe deve obediência. Este foi um arranjo essencialmente imperial, que não pode ser admitido como desfecho no artigo 102, que integra uma constituição republicana.

E não se diga que essa revisão literária negaria ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa da "última palavra". É comum que constituições atribuam a "última palavra" a tribunais constitucionais. A Constituição da Indonésia (1945), por exemplo, reconhece à Corte Constitucional desse país o "poder final" no *judicial review* de leis contrárias aos seus ditames (art. 24C(1)). João Barbalho, ao comentar a Constituição de 1891, já dizia ser o Supremo Tribunal Federal — não o Congresso Nacional — o intérprete final do texto constitucional (Cavalcanti, 1902, p. 258). Não se trata de negar isto⁶⁰⁹. O que se suscita é que esta última palavra, definitiva ou "provisória" — com o perdão do paradoxo —, esteja baseada em um significado anterior, exterior e superior ao intérprete.

12.3 O SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL É ANTERIOR, EXTERIOR E SUPERIOR AOS JUÍZES: A LEITURA CORRETA DO ART. 102, CF/88

Constituições são anteriores a tudo aquilo que constituem. O significado constitucional, alma desses documentos, também o é.

Quando a Presidência da República formaliza a sua indicação para um assento no Supremo Tribunal Federal, a pessoa indicada é escrutinada pelos Senadores. Durante esta

⁶⁰⁹ Embora o tema mereça reflexão. Nas palavras de Edwin Meese III, "*Whenever one branch of government sets itself above the checks and balances of the Constitution by purporting to be the final arbiter of its meaning, it ignores the theory of divided authority upon which the Framers relied*". Address of The Honorable Edwin Meese III, Attorney General of the United States, before the Judge Advocates Association, Pentagon Chapter of the Federal Bar Association, Law Day Luncheon, Washington D.C., 01/05/1985, Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2011/08/23/05-01-1985.pdf>>. Acesso em: 21/06/2022.

solenidade, a Constituição Brasileira já está dotada de um significado anterior à chegada do postulante do cargo na mais Alta Corte ou ela representa um documento em branco, que só será preenchido pelas futuras interpretações do Ministro neófito?

Pistas muito importantes para essa resposta podem ser encontradas na análise dos **juramentos** efetuados pelos juízes. Examinemo-los.

Na sua posse como Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux consignou um juramento da mais alta relevância: "Prometo bem e fielmente cumprir os deveres do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a Constituição e as leis da República". Antes dele, as mesmas palavras haviam sido afiançadas pela Ministra Rosa Weber. Depois deles, esse foi também o juramento do Ministro André Mendonça.

O primeiro artigo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece que o Presidente do STF prestaria o compromisso de **manter** e cumprir a Constituição (art. 1º, ADCT). E conforme se extrai do Boletim da Constituinte de n.º 297, de 5 de outubro de 1988, o ritual foi cumprido pelo Ministro Rafael Mayer, à época Presidente do STF, no período vespertino daquela data de promulgação⁶¹⁰.

O juramento é uma tradição na História Constitucional Brasileira. A Constituição do Império foi jurada por "Sua Majestade o Imperador", conforme se extrai da ementa que antecede o preâmbulo.

Na primeira Constituição da República (1891), o texto estabelecia que, ao empossar-se no cargo, o Presidente pronunciaria a seguinte afirmação: "Prometo manter **e cumprir com perfeita lealdade** a Constituição federal [...]" (art. 44, CF/1891). Tal deveria ser pronunciado em sessão do Congresso Nacional ou, se este não estivesse reunido, perante o Supremo Tribunal Federal.

Aos poucos, a cláusula rígida que exigia "perfeita lealdade" foi perdendo o cheiro nos textos vindouros. Na Constituição de 1934, por exemplo, passou-se a falar em "com a lealdade" (art. 53, CF/1934). Coincidência ou não, a Constituição de 1937, autoritária, não estabeleceu essa solenidade. Em 1946, com a redemocratização, o juramento volta a ser exigido, mas agora sem alusão a um comportamento leal (art. 83, § 2º, CF/1946).

⁶¹⁰ Página não numerada. "Prometo manter, defender e cumprir a Constituição [...]", juraram o Presidente do STF Rafael Mayer e o Presidente da República José Sarney na Assembleia Nacional Constituinte.

Na Constituição de 1967, fala-se no “compromisso” (art 78, § 1º) de manter, defender e cumprir a Constituição, não havendo referência a lealdade, fórmula reproduzida no artigo 76 da EC n.º 1/69.

Por fim, a Constituição de 1988 também exige seja prestado o compromisso de **manter**, defender e cumprir a Constituição (art. 78) —, norma que põe empecilhos à doutrina estrangeira das mutações constitucionais, afinal, quem está comprometido com a manutenção assume o dever de zelar pela conservação da Constituição.

Pois bem.

Uma análise das constituições anteriores permite dizer que a cláusula “com perfeita lealdade”, expressa na primeira constituição republicana, caiu em desuso, mas nem por isso se pode inferir que a Constituição de 1988 se contenta com uma lealdade **imperfeita** aos seus ditames, tampouco com a deslealdade. Parece claro que, mesmo nos dias atuais, subsiste o dever de obediência e lealdade à Constituição, o que se corrobora pela **tradição de jurá-la ou de prestar compromisso de obedecê-la**.

No que concerne à atual ordem constitucional, o Presidente do STF jurou “manter” a Constituição. Constituintes juraram “manter” esse documento. Mantê-la pode significar muitas coisas, mas certamente não significa “substituí-la”. Sua manutenção nunca significou que jamais seria possível emendá-la, como se sabe, mas, quando se diz que significados foram alterados sem uma reforma no texto, o que se tem é uma substituição velada. É impossível manter aquilo que se substitui, porque o conteúdo substituído é descartado para ceder lugar ao conteúdo substituto. Das duas, uma: ou bem o juramento é apenas retórico, à semelhança de um teatro simbólico, ou deve ser ele levado a sério e, neste último caso, a manutenção da Constituição é uma promessa a ser cumprida.

Se o significado da Constituição não é anterior aos juízes, como e por que jurar observá-la? Se esse significado é mesmo fluído, ao ponto de alterar-se sem uma emenda ao texto ou de simplesmente ser atribuído por juízes, que razões levariam alguém a jurar obedecê-la? Mais do que isso, por que comprometer-se a **mantê-la**? A menos que estejamos diante de um rito que se traduz em uma encenação, a maneira racional de imprimir seriedade a essas normas jurídicas é reconhecer à Constituição escrita a obviedade de que é ela aquilo que significa.

Parece claro que o significado constitucional é anterior aos juízes. Que relevância há em enfatizar essa anterioridade? Tudo aquilo que é anterior, por consectário lógico, é também **exterior**. Significados são, em virtude disso, predominantemente estranhos aos juízes.

Interpretar se traduz em um exercício de humildade e alteridade, ou seja, segundo o qual intérpretes buscam a comunicação estabelecida no texto constitucional, não em um espelho. Mais uma vez, é pertinente lembrar: “[t]he truth is that the judge who looks outside the historic Constitution always looks inside himself and nowhere else” (Bork, 1990, p. 242).

Por fim, esse significado constitucional, anterior e exterior, é **superior**.

No atual estado da arte do Direito Constitucional, ainda subsiste um *topos* que tem sido considerado inegociável: **“Os poderes constituídos estão subordinados ao poder constituinte.”**.

Em uma outra formulação, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estão subordinados à Constituição. Ou ainda: não há Poder da República acima da Constituição. Trata-se de uma premissa que é consensualmente adotada como ponto de partida de qualquer problema a ser resolvido à luz do marco civilizatório do Estado de Direito, razão pela qual foi estabelecida nos dois primeiros artigos da Constituição de 1988. Em uma interpretação sistêmica, é possível extrair o *topos* apresentado:

- (i) Todo poder emana do povo, que o exerce [...] *nos termos da Constituição*.
- (ii) São Poderes da União [...] o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Logo, em um silogismo lógico — baseado em premissas rigorosamente verídicas —, a inferência extraída da interpretação sistêmica do artigo 1º, parágrafo único, e 2º, só pode ser a de que os Poderes da União (que, em última análise, emanam do Povo) são exercidos **“nos termos da Constituição”**.

Pois bem. Adotado esse pressuposto como um *topos*, qual seja, o de que poderes constituídos estão subordinados ao poder constituinte, o Supremo Tribunal Federal, como órgão judicante que é (art. 92, I, CF/88), subordina-se ao constituinte originário⁶¹¹.

⁶¹¹ Afirmá-lo é lugar comum, inclusive na própria jurisprudência do STF. Nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes, “Dentro do respeito absoluto à Constituição, que submete a todos, inclusive os membros desta CORTE [...]” (voto proferido na ADI 5526). A questão que se nos afigura, portanto, é **como se dá essa submissão à Constituição**. De que maneira ela, a Constituição, submete seus intérpretes? Como assegurar que ela exerça uma submissão real sobre os seus intérpretes? Como garantir que o leitor do texto constitucional **se submeta** ao conteúdo nele vertido? Este capítulo explora esse aspecto e oferece uma resposta a essa pergunta central da Filosofia Constitucional.

Logo, o STF é um **poder constituído**, não um poder constituinte. E isso nunca foi explicado a contento pela corrente que defende uma interpretação constitucional ordinariamente constitutiva. Essa concepção “criativa” da interpretação levou Nelson Jobim a escrever que Ministros poderiam “aditar conteúdo normativo aos dispositivos da Constituição”. Mas adições dessa natureza, como se sabe, são operada por emendas.

O nexo existente entre o carácter escrito de uma constituição e a constrição sobre juízes, do que decorre o dever de obediência ao texto, já foi assinalado com todas as suas sutilezas por originalistas dos Estados Unidos. Esta foi a maneira de reconciliar a obediência do Judiciário à Constituição e a sua prerrogativa de interpretá-la: o texto constitucional haveria de **constringir** os poderes judiciais. Convém refletir sobre as palavras do originalista Edwin Meese III, Attorney General de Ronald Reagan (1986, pp. 35-36), em célebre discurso que resgatou o raciocínio do Justice Hugo Black:⁶¹²

"If the purpose of judicial power was to decide cases or controversies according to the consciences of the judges, why was it", Black asked, "that the Founders gave us a written Constitution at all?"

To this query no satisfactory response was ever given. Justice Black's question echoes still in the great and solemn marble halls of the Supreme Court. But if his judicial colleagues could not or would not answer, Black would. "Certainly," he said, "one purpose of a written Constitution is to define and therefore limit government powers." This extended to judicial power as well. The constitutional limits of judicial power, Black insisted, followed from this basic premise. "The duty of the Court", he wrote, "is to carry out as nearly as possible the original intent of the Framers".

Se constituições limitam o poder, claro, isso se estende ao Poder Judiciário. Daí porque o dever de obediência, que é por natureza uma atividade heterônoma, requer dos juízes uma busca pela alteridade do texto. A ordem é externa a quem a obedece. Neste marco teórico, a interpretação constitucional legítima é aquela em que o intérprete decifra o significado originalmente imprimido pelo povo.

A esta altura, é simples perceber a natureza das coisas. Quando a Constituição confia ao Supremo Tribunal Federal a missão da sua guarda precípua (art. 102, *caput*), a cláusula só pode significar que a Corte deverá velar pelo texto **com o seu genuíno significado constritor**, não que estará habilitada a reescrevê-la. Portanto, a maneira de reconciliar o artigo 102, *caput*, com os valores constitucionais da soberania popular, democracia, separação dos poderes e Estado

⁶¹² “St. Louis School of Law 9/12/86”, disponível em:

<https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2011/08/23/09-12-1986.pdf>. Consulta em: 23/02/2024.

de Direito é entender que cabe ao STF guardar a Constituição, **com o seu correlato significado promulgado**. Repita-se, quando uma Constituição é promulgada, um significado também o é. Guardar é proteger, zelar ou velar. A guarda não se traduz em adulteração ou transformação. Quem guarda conserva e conservar é precisamente aquilo que a interpretação originalista promove.

Se uma constituição escrita é aquilo que significa, guardá-la é guardar o seu significado original. Se um guardião dita e adita o conteúdo do documento que pretensamente o subordina, já não está subordinado a ele. O significado constitucional é, então, **(i)** anterior; **(ii)** exterior e **(iii)** superior aos juízes e tribunais.

12.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO O SOBERANO DE JOHN AUSTIN

No século XIX, o positivista John Austin estabeleceu um conceito de soberano até hoje muito influente na Teoria do Direito. Na obra *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), o Professor da Universidade de Londres sustentou que soberano é aquele que habitualmente é obedecido, mas que não obedece a ninguém (Austin, 1832, p. 199).

Em outras palavras, soberano é aquele que a todos submete, mas que a ninguém se submete. Este seria, na lição do positivista ...

...“Supremo” (Austin, 1832, p. 200)⁶¹³.

Por fim, Austin descreve que esse soberano, supremo, não precisa necessariamente ser um indivíduo, podendo ser um **órgão** ou uma **entidade** (1832, p. 199). Para se ter ideia, após uma reflexão crítica sobre esse modelo absolutista pautado na ideia de submissão, H.L.A Hart asseverou que “[...] **toda a concepção de um soberano supremo e independente habitualmente obedecido, na qual assenta o modelo, é enganadora, visto pouco haver em qualquer sistema jurídico real que lhe corresponda.**” (2001, p. 34).

Pois bem. Para a surpresa de H.L.A Hart, o construto de Austin parece estar muito próximo do sistema jurídico brasileiro. No Brasil, tecnicamente, atos administrativos que emanam — sobretudo — do Poder Executivo são sindicados por um controle de **legalidade** que pode vir a ser desempenhado pelo Poder Judiciário. Por sua vez, leis provenientes do Poder

⁶¹³ A expressão consta da glosa inserida por Austin à margem da página.

Legislativo se sujeitam a um controle de **constitucionalidade**, que também pode vir a ser exercido pelo Judiciário. Porém, ao contrário do que sucede com os demais Poderes da República, atos jurisdicionais não podem ser controlados de maneira exógena: somente juízes e tribunais podem aquilatar o acerto ou desacerto dos atos decisórios. Conclui-se que, consoante este *design*, o Poder Judiciário controla os atos dos demais poderes, mas seus atos não sofrem controle externo.

Esta é a razão pela qual o Conselho Nacional de Justiça, a quem não é dado aquilatar a atividade-fim dos juízes e tribunais⁶¹⁴, é órgão do próprio Poder Judiciário (art. 92, I-A, CF/88). Portanto, uma vez alojado na intimidade estrutural do Judiciário, o controle por ele exercido não pode ser considerado como uma exceção à regra descrita. Mais uma vez, repita-se: o Judiciário brasileiro controla, mas, na sua atividade típica ou precípua de julgar, não é controlado — a não ser por si mesmo. A propósito, o STF decidiu que não se sujeita ao crivo do Conselho Nacional de Justiça⁶¹⁵.

No vértice da estrutura burocrática jurisdicional, figura o Supremo Tribunal Federal. Esta Corte, constitucionalmente qualificada como Suprema, profere ordens contra o Poder Legislativo e em desfavor do Poder Executivo, mas não recebe ordens destes Poderes. Por exemplo, além da invalidação de leis produzidas pelo Parlamento e da criação de normas não fabricadas pelos parlamentares, o STF expede mandados de prisão contra Senadores da República e Deputados Federais, chegando a determinar o afastamento do Presidente do Congresso Nacional⁶¹⁶. Por outro lado, o desenho constitucional só permite ao Congresso sustar atos — frise-se — do **Executivo** que exorbitem da delegação legislativa ou do poder regulamentar, jamais atos exorbitantes do Judiciário (art. 49, V, CF/88)⁶¹⁷. Por fim, o Supremo Tribunal nulifica decretos e medidas provisórias editadas pela Presidência da República, assim

⁶¹⁴ O CNJ não controla a atividade *jurisdicional* (STF, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, MS 28.611 MC-AgR).

⁶¹⁵ ADI 3.367/DF.

⁶¹⁶ Por exemplo, de trás para frente, a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, que afastou o então Presidente do Senado, Renan Calheiros, na ADPF 402 MC, j. em 05/12/2016. O Plenário do STF não ratificou a liminar na sua integralidade. Prevaleceu o entendimento pelo qual substitutos eventuais da Presidência da República não poderão desempenhar essa função substitutiva diante do recebimento de uma ação penal, mas não seria devido estender essa impossibilidade de modo a também afastá-los das chefias das Casas legislativas (ADPF 402 MC-REF/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 7/12/2016). No que concerne a segregar ou restringir a liberdade, aponte-se a prisão do Senador Delcídio do Amaral (AC 4039 Ref), além da imposição de recolhimento noturno ao então Senador Aécio Neves (ADI 5526). Daniel Silveira foi preso preventivamente em 24/06/2021, na forma do art. 282, § 4º, CPP, após descumprir medidas cautelares (STF, AP 1.044/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 08/11/2021). Mais recentemente, mencione-se a prisão preventiva do Deputado Federal João Francisco Inácio Brazão, tal como decretada pelo Ministro Alexandre de Moraes (Ofício 2505206/GAMAM) no INQ 4954.

⁶¹⁷ Na História Constitucional Brasileira, já houve arranjos típicos de um *weak review*. Por exemplo, na Constituição de 1937 (art. 96, parágrafo único). A despeito das PECs com esse propósito, tal não se afigura provável no Brasil de hoje. Se esta alteração do texto constitucional seria benéfica ou maléfica à separação dos Poderes, esta já não é uma questão jurídica.

como endereça mandamentos a este Poder. Ilustrativamente, a Corte decidiu que o Poder Público estava obrigado a divulgar, diariamente, o número de pessoas infectadas pelo vírus SARS-CoV-2 e a quantidade de mortes decorrentes destas infecções, no curso da pandemia⁶¹⁸.

As decisões referidas não estão sendo valoradas como injustas, desvantajosas ou mesmo erradas. Não é disso que se trata. O cerne está no fato de que já não há dúvidas: o STF tem sido obedecido. E muito dificilmente se poderia dizer que obedece a outro poder.

Uma supremacia à Austin.

Pelo menos, assim o é em relação aos demais Poderes. Somente uma autoridade jurídica está sobre o Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não se pode abrir mão dela: a Constituição de 1988. Sem esse documento limitador, o espírito soberano de Austin encarna nos Ministros do Supremo Tribunal. Ou, se se preferir, o espírito de Rex I (Hart, 2001, p. 61).

É também por isso que só se pode entender o significado constitucional como um dado anterior, exterior e superior aos juízes.

12.5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO PRETENSO PODER MODERADOR

A soberania à Austin, segundo a qual o STF é obedecido e não tem por hábito obedecer, é corroborada — e inflamada — pela pretensa função de **moderar** os demais Poderes. Em termos mais claros, inflama-se-lhe pela suposta legitimidade para agir como o vetusto Poder Moderador.

Consoante a Constituição Imperial de 1824, o Poder Moderador seria exercido pelo "chefe supremo da nação", assim entendido o Imperador, para a veladura da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes (art. 98). A ideia de poder moderador já "vinha sendo gestada" pelos franceses no final do século XVIII, mas foi amplamente difundida, alguns anos depois, por Benjamin Constant (Guandalini Junior, 2016, p. 16). Sua obra *Principes de Politique* influenciou a própria redação do artigo 98 da Constituição do Império, tal como outorgada por Dom Pedro I (Guandalini Junior, 2016, p. 16).

Uma pesquisa sobre a origem desse construto revela que a ideia de Poder Moderador, tal como presente na Constituição de 1824, foi uma **tradução quase literal** da doutrina francesa

⁶¹⁸ ADPFs 690, 691 e 692.

desenvolvida na referida obra de Benjamin Constant (Vasconcellos, 1862, p. 18). Em alguns momentos, para muito além de uma mera inspiração ou sugestionamento, a redação de dispositivos da Carta sugerem um plágio das próprias figuras de linguagem do autor.

A obra de Constant descrevia o Poder Moderador como *la clef de toute organisation politique*, ao passo que a redação constitucional brasileira traduziu a expressão como a “chave de toda a organização política”. Aliás, pairam fundadas dúvidas sobre a correta tradução para *clef*, se “chave” ou “fecho”, alternativas que determinaram a (ir)responsabilidade desse Poder (Guandalini Junior, 2016, p. 16). Guandalini Junior (2016, p. 17) reporta que os maiores publicistas controverteram sobre “o significado correto da norma constitucional”. Portanto, o próprio significado da Constituição de 1824, no que concerne ao Poder Moderador, foi objeto de disputa entre liberais — “força de composição” — e conservadores — “força de imposição” (Guandalini Junior, 2016, p. 18).

Mas o fato é que parte da literatura passou a identificar na mais Alta Corte brasileira (STF), quando da sua interação com o Legislativo e o Executivo, uma atuação análoga ao Poder Moderador imperial (Assis, 2012. pp. 65-66)⁶¹⁹. O raciocínio faz sentido.

Consultando-se uma obra do século XIX, colhe-se que, dentre outras competências que materializavam o Poder Moderador, tinha-se a nomeação de senadores (Vasconcellos, 1862, p. 20). Bem analisadas as coisas, em um raciocínio de paralelismo das formas, a **retirada** de um senador pode ser algo tão sensível quanto a sua investidura. Aliás, ao subtrair um senador de um dado estado da federação, o desfalque, em termos práticos, equivale ao acréscimo de um parlamentar em relação aos demais estados. Como se sabe, o STF afirma ter poderes para aplicar aos congressistas a medida cautelar processual penal de suspensão do exercício da função pública, quando presente o justo receio da sua utilização para a prática de infrações penais (art. 319, VI, CPP). Chegou-se inclusive a remover — temporariamente — do exercício do mandato presidentes da Câmara dos Deputados e senadores da República⁶²⁰. No mínimo, a medida cautelar processual penal de suspensão da função pública aproxima o STF de um **moderador negativo**.

⁶¹⁹ "Embora seja um órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando acima dos demais Poderes, ditando condutas e corrigindo supostas falhas destes, chamando para si a titularidade do extinto Poder Moderador da Carta do Império de 1824" (Assis, 2012. p. 66).

⁶²⁰ Na AC 4070/DF, relatada pelo Eminentíssimo Ministro Teori Albino Zavascki e julgada em 05/05/2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal afastou Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados e do próprio cargo de parlamentar. A medida sequer foi escrutinada pela Câmara dos Deputados. Essa possibilidade foi reafirmada na ADI 5526, embora este precedente tenha asseverado que toda medida cautelar processual penal tendente a impedir o exercício do mandato, mesmo que indiretamente, seria submetida ao crivo da Casa respectiva. Assim também na ADPF 402, conforme já assinalado na nota de n.º 616.

Curiosamente, essa concepção moderadora parece ter exercido um fascínio no imaginário de alguns Ministros e ex-Ministros da Corte.

A esse respeito, um ato falho de Carlos Ayres Britto foi bastante simbólico. No dia 17 de julho de 2022, o ex-Ministro do STF afirmou que “[...] **na Constituição de 1988, não há um Supremo Congresso Nacional, menos ainda um Supremo Presidente da República, porém um Supremo Tribunal Federal.**”⁶²¹. Suas palavras assumiram um posicionamento em uma querela teórica intrigante: o predicado “Supremo” traduz uma supremacia perante os demais tribunais ou diante dos demais Poderes da República? Ayres Britto sugeriu uma supremacia **perante os demais Poderes da República**. Somente um deles seria Supremo, sustentou.

Ora, em um *design* constitucional que arranja os Poderes como reciprocamente independentes (art. 2º, CF/88), a resposta é intuitiva. Mas as coisas podem não ser tão simples quanto parecem e intuições nem sempre são boas conselheiras.

É preciso investigar a Constituição de 1891, que primeiro consagrou essa terminologia como hoje a conhecemos. Uma pesquisa histórica demonstra que alguns comentaristas da Constituição de 1891 já diziam que a palavra “Supremo” denotava supremacia perante os demais Poderes.

Independentemente de se esse significado da História Constitucional, verdadeiro ou falso, permaneceria aplicável, cumpre indagar: como conciliar essa premissa com a independência e harmonia que deve permear as relações interinstitucionais? Com base na Filosofia da Linguagem Comum, é possível construir um exemplo. Suponhamos que um noivo proponha à sua pretensa esposa um relacionamento “harmônico” em que ela, **tanto quanto ele**, será “independente”. Porém, havendo conflitos, a última palavra será dada por ele. Parece claro que esse modelo se contradiz.

Mas há uma possível chave para esse enigma.

⁶²¹ E concluiu Ayres Britto: “Fora dessa ordem que a própria Nação ditou, o que se tem é constituicídio”. Portanto, sua declaração deve ser compreendida como enunciativa de uma “ordem” ou “ordenação” de elementos. Os itens “ordenados” foram os próprios Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O critério para essa ordenação foi o atributo da supremacia, ou seja, a hierarquia. O ex-Ministro, por um ato falho, hierarquizou Poderes que, pela dicção constitucional, são independentes. Por fim, descreveu que esta não era apenas uma opinião pessoal, mas sim um estado de coisas supostamente respaldado por aquilo que a Nação — leia-se, o titular do poder constituinte originário — teria escolhido. Se analisadas as suas obras acadêmicas, percebe-se que o Professor utiliza a expressão Nação, por vezes grafada com inicial maiúscula, para designar o titular do Poder Constituinte (Britto, 2012. pp. 112-113).

Segundo João Barbalho, ao comentar a recém-criada instituição Supremo Tribunal Federal — a despeito dos seus antecedentes históricos —, o designativo “Supremo” se referia, sim, aos demais Poderes. Somente à **Constituição** estaria submetido o STF (Cavalcanti, 1902, p. 228). Contudo, é crucial perceber que a influência era a **Suprema Corte dos EUA, que, por sua vez, havia sido criada quando vigorava a doutrina de uma interpretação guiada pelo significado originalmente pretendido pelos *Founders***⁶²². Logo, o desenho da Suprema Corte dos EUA sobre os demais poderes fazia sentido porque ela estava verdadeiramente constricta pelo documento interpretado, isto é, submetida a uma vontade que lhe era anterior, exterior e superior. Se esse modelo de supremacia do tribunal foi transplantado para o Brasil, somente assim se manteria coeso.

A rigor, o que disse Ayres Britto já era dito antes. E há muito.

No Brasil de hoje, entretanto, replicou-se a delicadíssima ideia de supremacia perante os demais Poderes, mas envenenada pela concepção de que este poder supremo aos demais **constitui** aquilo que o submeteria e, portanto, legitimaria.

Pois bem.

Razões semelhantes já levaram o Ministro Dias Toffoli a dizer que “nós já temos um semipresidencialismo com um controle de poder moderador, que hoje é exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Basta verificar todo esse período da pandemia”⁶²³. Não se trata de uma declaração de improviso, mas sim de palavras refletidas. Uma pesquisa histórica nos discursos do Ministro demonstra que, em 2019, Toffoli já havia dito que “O Supremo deve ter esse papel moderador, oferecer soluções em momentos de crise [...]”⁶²⁴. No ano de 2018, Toffoli discorreu sobre a Constituinte do Império e igualmente atribuiu ao Judiciário um “papel moderador” desempenhado “nos últimos anos”⁶²⁵. Por fim, em 2014, o tema volta a ser abordado, com declarações congêneres⁶²⁶.

⁶²² Como já foi dito, até mesmo juristas portugueses afirmam que, desde o seu nascedouro, o Supremo Tribunal Federal brasileiro espelhou-se na Suprema Corte dos EUA (Caetano, 1987, pp. 15). No Capítulo desta tese que se ocupou da origem do Originalismo, a seu turno, demonstrou-se que o significado original (*original intent*) era o alvo perseguido pela Suprema Corte dos EUA na época em que foi havida como modelo para a criação do STF brasileiro.

⁶²³ A declaração foi proferida durante uma palestra proferida no 9º Fórum Jurídico de Lisboa (Portugal), no dia 16/11/2021.

⁶²⁴ Entrevista exclusiva concedida à Revista Veja, “Dias Toffoli: ‘O STF deve oferecer soluções em períodos de crise’”, publicada em 09 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/dias-toffoli-o-stf-deve-oferecer-solucoes-em-periodos-de-crise/>>. Acesso em: 19/09/2022.

⁶²⁵ O evento ocorreu no dia 01/10/2018, no Salão Nobre da Universidade de São Paulo.

⁶²⁶ A palestra foi proferida no evento “Golpe Militar: 50 anos – Memória, História e Direitos Humanos”, sob os auspícios da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), no dia 04 de abril de 2014, e foi

As opiniões de Toffoli não eram exatamente coloquiais. Os pontos de vista sobre um papel moderador do Supremo se fizeram acompanhar de referências a dissertações de mestrado que pretensamente embasariam essa hipótese.

E engana-se também quem pensa que estas foram opiniões meramente acadêmicas. A tese foi **expressamente adotada** na ADI 5526, quando Toffoli proferiu o voto em tema que envolvia a imunidade de parlamentares, ou seja, um assunto sensível à própria relação estabelecida entre os Poderes da República. Naquela ocasião, o Ministro consignou: "No exercício do seu papel moderador, incumbe ao Supremo Tribunal Federal distensionar as fricções que possam ocorrer entre os demais Poderes constituídos."

No caso concreto julgado pelo Tribunal, o desfecho foi relativamente cordial ao Poder Legislativo. Porém, uma semente perigosa veio a ser plantada. Em um voto documentado e publicizado, um Ministro do STF defendeu que este Tribunal teria a competência para **moderar** os demais poderes.

Por que, afinal, Ministros e ex-Ministros do STF insistem em se referir à Corte como um Poder que modera os demais ou como um poder que, diferentemente dos outros, é supremo? Ora, durante o tempo em que esteve empenhado em refutar o pretense poder moderador das Forças Armadas, o Supremo Tribunal demonstrou estar ciente de que moderar os demais poderes é uma atividade intrinsecamente hegemônica: "Nenhum elemento de interpretação — literal, histórico, sistemático ou teleológico — autoriza dar ao art. 142 da Constituição o sentido de que as Forças Armadas teriam uma posição moderadora hegemônica"⁶²⁷. De fato, as Forças Armadas **não** têm um papel constitucional moderador e nem poderiam tê-lo. O STF também não.

O Poder Moderador está confinado na Carta de 1824 e nela permaneceu.

intitulada: "Poder Moderador no Brasil, os Militares e o Poder Judiciário". É interessante analisar meticulosamente a descrição fornecida pela Assessoria de Comunicação e Imprensa da Instituição educacional, ao divulgar um resumo do evento acadêmico: "O Ministro [...] lembrou que no Brasil o Poder Moderador é um dos quatro poderes de Estado instituídos pela Constituição Brasileira de 1824 e pela Carta Constitucional portuguesa de 1826 (ambas saídas do punho do imperador D. Pedro I do Brasil / rei D. Pedro IV de Portugal). O Poder Moderador é o que se sobrepõe aos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, cabendo ao seu detentor força coativa sobre os demais.". Não se quer dizer, com isso, que o Ministro Toffoli tenha defendido que o STF tem força coativa sobre os demais poderes, mas suas palavras demonstram que ele tem, sim, conhecimento histórico-constitucional sobre o significado da expressão "Poder Moderador" e, apesar disso, não hesita em empregá-la como um predicado do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www2.unesp.br/portal#!/noticia/13828/ministro-do-stf-realiza-palestra-na-unesp-em-sao-paulo-sp/>.

⁶²⁷ MI 7311/DF, rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 15/06/2020.

Mas existe uma resposta convincente para a pergunta formulada linhas acima. Ministros insistem na hegemonia do Supremo Tribunal Federal porque ainda apegados à ideia de que ele representa uma **Corte Constitucional**.

Na já referida ADI 5526, o Ministro Toffoli buscou apoio nos escritos de José Afonso da Silva, publicados na década de 80 do século XX, quando pairava uma indecisão social sobre se, em uma nova Constituição, o STF deveria receber o *status* de Corte Constitucional ou de órgão do Poder Judiciário:

Como já chamava atenção José Afonso da Silva, em artigo publicado em 1985 - no qual defendia a instituição, no Brasil, pela Assembleia Nacional Constituinte, de uma Corte ou Tribunal Constitucional -, as Cortes Constitucionais "exercem hoje um papel de verdadeiro equilíbrio entre os demais poderes, uma espécie de poder moderador, atualizado e sem predomínio".

O artigo de José Afonso da Silva referido por Toffoli é: SILVA, José Afonso. Tribunais constitucionais e jurisdição constitucional. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 60/61, jan./jul. 1985, p. 520-523. Como se sabe, o *design* da Constituição de 1988 não expressou a ideia do STF como Corte Constitucional, a despeito da frequente e persistente auto-proclamação⁶²⁸.

Segundo a CF/88, o Supremo é órgão do Poder Judiciário e seus juízes são, também por isso, vitalícios. Como lembrou o Constituinte Nilton Friedrich, muitos que se opunham à criação de uma Corte Constitucional argumentavam que a vitaliciedade era apanágio da jurisdição em sentido estrito, não de um tribunal alheio ao Poder Judiciário⁶²⁹. Em sentido semelhante, ao ser ouvido na Assembleia Nacional Constituinte, Márcio Thomaz Bastos ressaltou que vitaliciar os integrantes de uma Corte Constitucional seria muito provavelmente “um inconveniente”⁶³⁰, não sendo desejável que seus membros permanecessem no assento indefinidamente⁶³¹.

⁶²⁸ Em comentários contextuais à Constituição de 1988, José Afonso da Silva assinala que o STF **não** é Corte Constitucional (2009, pp. 531-532). Mas há quem divirja, para entender que sim (Bonavides, 2011, p. 550).

⁶²⁹ Suplemento ao n.º 115, Agosto de 1987, p. 73.

⁶³⁰ Suplemento ao n.º 115, Agosto de 1987, p. 74. A correlação existe e permanece atual. Trabalhos recentes continuam a apontar um vínculo entre vitaliciedade e supremas cortes do Poder Judiciário, assim como entre mandatos fixos e cortes constitucionais. Nesse sentido, confira-se a publicação internacional de Virgílio Afonso da Silva, em língua inglesa (2019, p. 75).

⁶³¹ No Biênio Fundante (1987-1988), um Constituinte favorável ao STF como Corte Constitucional foi Nelson Jobim, conforme se extrai do Jornal da Constituinte n.º 24, p. 14 (9 a 15 de novembro de 1987).

Como se vê, também isso acabou sendo objeto de uma hipertrofia disfuncional: o Supremo atua como uma Corte Constitucional autorreferente, cujos juízes são vitalícios.

Conclui-se que o Brasil passou a vivenciar um modelo de pretensa e auto-proclamada supremacia sobre os demais Poderes, mas que se julga desvencilhado do correspondente contrapeso de uma interpretação subordinada a sentidos anteriores, exteriores e superiores da Constituição de 1988.

12.6 PALAVRAS TÊM SIGNIFICADO E ESTE PERTENCE AO CORPO SOCIAL

Na obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, Lenio Streck se propõe a realizar um diagnóstico do **atual estado de coisas** na interpretação constitucional brasileira, concluindo que a dogmática jurídica ainda seria bastante influenciada pela ideia de um significado contemporâneo à promulgação da lei (2014, p. 118).

De maneira crítica, o Professor da UNISINOS parece lamentar que, "**não obstante os avanços das teses antimetafísicas de cunho linguístico-fenomenológicos**", a dogmática continuaria apegada a uma tentativa de "**obtenção, em forma retroativa, de um significado que já estava na lei desde sua promulgação**" (Streck, 2014, p. 118). Trata-se, segundo ele, de perseguir um "**sentido-primevo-fundante**" (Streck, 2014, p. 118). Por fim, na sua visão, esse imaginário enraizado na comunidade jurídica derivaria de um cruzamento do **paradigma aristotélico-tomista** com a filosofia da consciência (Streck, 2014, p. 119).

Bem analisadas as coisas, percebe-se que o estado de coisas que Lenio Streck empenhou-se em "denunciar", a contragosto, é uma abordagem de cariz originalista⁶³². Trata-se de um raciocínio pautado na tentativa de discernir o sentido originário da norma.

Uma pesquisa nos documentos da Assembleia Nacional Constituinte demonstra que a hipótese suscitada por Lenio Streck, no que diz respeito à influência do paradigma aristotélico-tomista, talvez esteja certa. Aliás, essa cultura jurídica chegou mesmo a incomodar alguns Constituintes⁶³³:

⁶³² Inclusive pelos exemplos fornecidos, que apontam alguns autores do constitucionalismo brasileiro que, em teses de doutoramento, vieram a ser classificados como influenciados pelo Originalismo (v.g Carlos Maximiliano).

⁶³³ Constituinte Nelson Jobim, DANC n.º 137, Ano I, p. 5051.

[...] neste momento Constituinte, [...] precisamos pensar no que estamos nós a fazer, lembrando algo que hoje, modernamente, se discute e estuda com grande acuidade, a partir de descobertas e estudos da Escola de Oxford, na Inglaterra. Precisamos lembrar-nos do que fazemos quando estabelecemos dentro das regras constitucionais determinados conceitos ou categorias. **Nós, por uma questão de herança cultural fundamentalmente aristotélico-tomista**, temos um hábito e um compromisso que foi transmitido a nós pela própria estruturação da língua portuguesa e pela educação primária e secundária que passou por este País. **Achamos que o significado das nossas palavras, o significado das palavras da linguagem comum e o significado das palavras da linguagem técnica passam todos pelo critério da assignificação conceitual, ou seja, entendemos nós, por um equívoco e uma distorção que vêm desta formação, que o significado das palavras por nós usadas vem do mundo, e são os objetos e as coisas aos quais essas palavras se referem que dão o seu significado concreto.** [...] Precisamos renunciar a esse critério de significação, que é o denominado critério ontológico, para passarmos a compreender que o uso de uma categoria jurídica passa pela explicitação das técnicas do uso dessas palavras. Devemos ter isso muito claro, em face da assignificação empírica das palavras no Direito no sistema jurídico.

Uma pesquisa histórica revela que o Constituinte brasileiro trabalhava, sim, com essa pressuposição de significado objetivo interpessoal das palavras na comunidade do discurso. Muitos deles valorizavam o significado denotativo dos vocábulos escolhidos quando se exprimiam perante seus pares e diante dos olhos da sociedade. Limites semânticos eram enfatizados nos debates⁶³⁴:

Então, como é que as palavras não definem o que se quer dizer. [...] **Se as palavras nada definem**, quando falo em homicídio, nada se define; quando falo em roubo, nada se define. Desta forma, **não haveria direito escrito**. Não haveria norma legal possível de ser feita se as palavras nada definissem. **É claro que definem**" – original sem destaques.

A análise do trecho documental revela algo importante nas mensagens de Gastone Righi. Na comunicação intersubjetiva ou interpessoal, o Constituinte nutria a correta expectativa de que palavras tinham uma definição objetiva.

Aprofundando-se a pesquisa nas fontes originais da Assembleia Nacional Constituinte, isso fica ainda mais claro. A disputa pelo significado que deveria prevalecer incluía argumentos

⁶³⁴ Constituinte Gastone Righi, Diário da A.N.C, Ano I, Suplemento ao n.º 114, 04/08/1987, p. 10.

denotativos, que remetiam a dicionários, conforme se verifica na seguinte declaração do Constituinte Marcondes Gadelha, endereçada ao constituinte Joaci Góes⁶³⁵:

[...] não pode ser por esta interpretação apressada de V. Exa. sobre o texto do § 7º do art. 47 do Regimento da Câmara, **V. Exa. chega inclusive a forçar a semântica, a significação das palavras**, como se a palavra "substituído" fosse sinônima de "afastado".

Na Era Constituinte (1987-1988), era bastante influente a concepção pela qual palavras tinham significados e estes poderiam — e deveriam — ser pesquisados quanto à sua veracidade. E, assim, alcança-se a metodologia originalista, por força da qual, apesar das inúmeras disputas acadêmicas no âmbito da Linguística e da História, palavras possuem um significado social objetivo⁶³⁶ cuja descoberta reclama uma atividade empírica de pesquisa (Barnett, 2011, p. 66).

Naturalmente, esse significado varia em função do quadrante histórico e esta é a razão pela qual o recorte temporal está circunscrito à Era Constituinte (1987-1988). Mas o fato é que o diagnóstico de Lenio Streck carece de acuidade quanto à descrição dos dias atuais. Hoje, tornou-se cada vez mais raro encontrar trabalhos acadêmicos que ainda sustentam, de forma consciente, a existência de significados anteriores à interpretação.

Um exemplo de achados como esses pode ser extraído de alguns escritos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. O Professor da USP ressalta o “[...] fato óbvio de que as normas se exprimem em palavras que têm sentido na língua usada. Se não, como os homens se comunicariam?” (Ferreira Filho, 2009, p. 162)⁶³⁷.

⁶³⁵ Constituinte Marcondes Gadelha, Diário da A.N.C, Ano I, Suplemento ao n.º 114, 04/08/1987, p. 180. A propósito, é relevante ressaltar a formação em Medicina desse Constituinte. É razoável supor que não havia uma expectativa de que as palavras constitucionais fossem empregadas em uma acepção que contrariasse o significado social objetivo.

⁶³⁶ Em resposta à postura cética e niilista de que palavras não têm significado, o Justice Antonin Scalia ironizou: "palavras têm até significado demais, razão pela qual os críticos do originalismo escolhem veicular suas críticas por textos, não por músicas" (1989, p. 856) (tradução livre).

⁶³⁷ E prossegue: “Conforme Sunstein observa: 'As pessoas que rejeitam os princípios semânticos (de interpretação) revelam que apenas não entendem o que significam determinadas palavras' (Sunstein, 2009:127). Mais, 'a Constituição' — cite-se ainda Sunstein — 'não significa o que determinadas pessoas querem que ela signifique, caso contrário não seria lei alguma' (Sunstein, 2009:11)” (Ferreira Filho, 2009, p. 162).

12.7 UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ORDINARIAMENTE DECLARATÓRIA E EXTRAORDINARIAMENTE CONSTITUTIVA

Como já foi exposto nesta tese, ao contrário do que se pode pensar, originalistas reconhecem a existência de casos em que o significado original não estará à disposição do intérprete. Por exemplo, pela ausência de dados disponíveis ou pela qualidade ruim das evidências históricas a serem pesquisadas. Viu-se que, entre neo-originalistas da Segunda Onda, por exemplo, a *construction* é assumida como uma alternativa em cenários de escassez documental (Solum, 2017, p. 294; Barnett, 2011, p. 69; Wurman, 2017, p. 20, Whittington, 2004, pp. 611-612).

Nestas hipóteses, a interpretação constitucional será, mesmo, extraordinariamente construtiva. É o quanto resta.

Mas a impossibilidade de discernir o significado original não representa um evento comum e rotineiro. Pelo menos em regra, o significado da constituição existe e está à disposição para vir a ser acessado por quem tem o dever de cumpri-la.

É impossível obedecer àquilo que ainda não existe. Portanto, há um problema lógico-cronológico grave na tese de que juízes sempre atribuem significado às normas constitucionais.

Em suma: o significado de uma constituição escrita pode ser conhecido (Meese III, 1985, p. 24). Quando circunstâncias excêntricas excepcionarem essa regra, terá lugar a interpretação constitucional constitutiva ou produtora de sentido. Em outras palavras, a interpretação constitucional é ordinariamente declaratória e extraordinariamente constitutiva.

A esta altura das digressões, convém recorrer a uma experiência científica já descrita neste trabalho. No fim da Idade Média, a humanidade tomou conhecimento da existência de um conjunto muito restrito de placas de bronze gravadas com escritos em uma língua obscura, que veio a ser batizada de úmbrio (Buck, 2001, p. 1). A descoberta desafiou pesquisadores com uma escrita indecifrável aos seus olhos. Nada havia que pudesse auxiliá-los, a não ser 7 (sete) tábuas de bronze conhecidas como *Iguvine Tables*. Sem outros dados ou fontes de pesquisa disponíveis, o mistério permanecia insolúvel. A escassez de informações e o estado da arte não permitiam avanços na solução do enigma. Era necessário **extrair muito de muito pouco**.

Contudo, mesmo em condições tão radicalmente adversas, o desenvolvimento científico da Linguística no século XVIII promoveu avanços antes inacreditáveis (Buck, 2001, p. 1). A

investigação persistente, com afinco e honestidade, naturalmente gerou seus frutos e, hoje, muito dessa língua da Antiguidade Clássica está decifrado.

Volta-se ao ponto anterior. A interpretação constitucional é ordinariamente declaratória e extraordinariamente constitutiva, reservando-se o último caso para hipóteses em que magistrados são vencidos pela ausência ou pela disfuncionalidade das evidências histórico-linguísticas.

Contudo, antes de se darem por vencidos, exige-se dos juízes que se empenhem para decifrar o texto constitucional com o mesmo afinco com o qual linguistas se debruçaram, um dia, para desvendar o úmbrio. Por mais desafiadores que os segredos de um texto constitucional possam parecer, eles serão sempre mais importantes e mais acessíveis que as *Iguvine Tables*.

CONCLUSÕES

À primeira vista, talvez se pudesse pensar que esta tese tinha como objetivo importar uma teoria norte-americana para o Direito Constitucional brasileiro. O contato inicial com as ideias aqui desenvolvidas, em um exame ainda prematuro, poderia mesmo se fazer acompanhar dessa impressão. Porém, o desenvolvimento do raciocínio estabelecido ao longo do texto conduziu a um outro caminho. Em grande medida, esta pesquisa esteve centrada nas raízes do constitucionalismo do Brasil.

Didaticamente, foi possível dividir este trabalho em três blocos distintos. Na primeira parte, cumpriu-se uma missão predominantemente informativa. Mesmo sem ignorar a existência de muitos raciocínios concludentes, seria contraproducente reapresentar todas as informações fornecidas nesta porção do trabalho.

Se é certo que a comunidade jurídica brasileira se beneficia quando tem acesso ao conhecimento produzido por teorias jurídicas estrangeiras, principalmente quando o tema não foi disseminado a contento, também é certo que conclusões científicas só assumem valor quando inovam o *status quo*.

Desse modo, aspectos como gênese, evolução, ontologia, espécies e características das famílias de Originalismo, por exemplo, não precisariam ser consignados nestas conclusões. Quando se discorreu sobre eles, importava construir pressupostos para o desenvolvimento ulterior do trabalho — este, sim, proposto a inovar⁶³⁸.

Por outro lado, em apreço à coesão lógico-sistêmica e à linearidade da exposição, também as principais conclusões dos capítulos de índole informativa serão reproduzidas, de modo a fornecer uma visão compreensiva do todo:

1. No Capítulo 1, após um levantamento bibliográfico, concluiu-se que a literatura jurídica nacional tem estabelecido um diálogo com teorias originalistas decaídas, em um *delay* produzido por juristas brasileiros do século XXI que ainda criticam versões originalistas dos anos 80.

⁶³⁸ É bem verdade que a parte inaugural também apresenta contribuições substantivas. Sobretudo os Capítulos 3 e 6. Mas essas conclusões foram capituladas e contextualizadas, ou seja, vieram a ser apresentadas no corpo dos próprios capítulos.

2. Nos Capítulos 1 e 2, demonstrou-se que, no imaginário de muitos professores brasileiros, o Originalismo: (i) é guiado por intenções dos Redatores do texto; (ii) não admite que normas constitucionais sejam aplicadas para fatos futuros não antevistos; (iii) tende a ser literalista; (iv) exige uma jurisdição constitucional de autocontenção; (v) assume sempre uma resposta anterior e satisfatória no texto constitucional, ou seja, não trabalharia com a hipótese de *construction zone*. Tais crenças foram cultivadas com base no Originalismo da Primeira Onda, cujas premissas foram substituídas pelo Neo-originalismo. Este consolidou-se na década de 90.

3. No Capítulo 2, viu-se que, nesse diálogo marcado por um *delay*, autores brasileiros do século XXI, de um modo geral, tendem a reproduzir a histórica objeção de Paul Brest (Stanford) sobre a impossibilidade de sintetizar uma vontade em documentos de autoria múltipla. Esta objeção, por sua vez, também não era inédita: documentos históricos demonstram, por exemplo, que juristas brasileiros como João Mangabeira e Aliomar Baleeiro já haviam intuído e expressado a dificuldade de extração e síntese de intenções.

4. Ainda no Capítulo 2, indicou-se que a expressão “Originalismo” foi um apelido pejorativo cunhado por Paul Brest, segundo já apontavam alguns autores. O Professor Brest confirmou, pessoalmente, perante o autor desta tese de doutorado, ter sido o autor da expressão empregada no contexto da interpretação constitucional. O diálogo se deu em 31/10/2022, no *campus* da *Stanford Law School*.

5. No Capítulo 3, demonstrou-se a importante premissa de que o Originalismo mais atual transforma a interpretação constitucional em uma pesquisa empírica, ou seja, em uma investigação voltada para a coleta de dados, vale dizer, de evidências favoráveis e desfavoráveis a uma dada hipótese semântica.

6. A indefinição metodológica ou a combinação de métodos, tão comum no Brasil, favorece uma abordagem *ad hoc*. Por outro lado, o compromisso consistente com uma metodologia apriorística favorece uma abordagem impessoal, porque distante dos fatos a serem analisados.

7. Nos Capítulos 4 e 5, viu-se que a hipótese segundo a qual o Originalismo nasceu como uma estratégia da direita norte-americana para reagir às Cortes de Warren e Burger, tão disseminada no Brasil, pode ser uma história contada pela metade. Uma pesquisa bibliográfica e na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA revelou achados de um Originalismo intuitivo praticado nos séculos XVIII e XIX.

8. Nesta tese de doutorado, foi possível encontrar achados ainda mais remotos do que aqueles apontados em alguns artigos acadêmicos dos EUA. Uma pesquisa na base de dados disponibilizada pela Biblioteca *Robert Crown*, na Faculdade de Direito de Stanford (USA), permitiu identificar um achado 10 (dez) anos mais cedo que o marco apontado por autores como Paul Brest. Valendo-se de uma ferramenta quantitativa de *corpus* linguístico, que congregava 130.000.000 (cento e trinta milhões) de palavras em 32.000 (trinta e duas mil) decisões da Suprema Corte — do século XVIII aos dias atuais —, verificou-se que, em *Levinz v. Will* (1793), já se dizia que a intenção original e o significado deveriam ser observados na interpretação jurídica.

9. Ainda no Capítulo 5, demonstrou-se que, a depender da Escola originalista, precedentes podem ser vencidos ou vencedores. Há pelo menos três correntes bem definidas sobre esse tema: **a)** posição extremada (*Justices Rehnquist* e *Clarence Thomas*), segundo a qual nunca será tarde para corrigir precedentes desconformes ao significado original; **b)** posição consequencialista (*John McGinnis* e *Michael Rappaport*): precedentes apoiados por uma supermaioria e que rendam ensejo a consequências desejáveis podem ser mantidos, mesmo quando desconformes ao significado original; **c)** posição intermediária (*Justice Scalia*): em casos excepcionais, precedentes que divergem do significado original poderão ser tolerados com base no *stare decisis*, desde que estejam enraizados e que o custo social para desvencilhar-se deles seja alto demais. Neste caso, a tendência é que, a partir de então, já não sejam expandidos. À semelhança de um estancamento, tais precedentes passam a ser objeto de interpretação mais restrita, impedindo que atinjam outros casos, até então não abrangidos, no futuro.

10. No Capítulo 6, demonstrou-se o erro da crença segundo a qual o Originalismo é uma abordagem virtualmente confinada no ordenamento jurídico norte-americano, ou seja, uma espécie autóctone que raramente sobreviveria fora do ecossistema estadunidense, à semelhança de um **endemismo** (ali chamado de **Hipótese Martínez**). Empiricamente, bem ou mal, o fato é que o Originalismo sobreviveu, sim, à suposta viagem e ao novo *habitat*. Pelo menos, bem mais do que se supunha.

11. Inúmeros países, de diferentes continentes, já revelaram experiências tipicamente originalistas. Para muito além da Austrália, pesquisas já identificaram a presença do Originalismo em países como Japão, África do Sul, Índia, Malásia, Singapura, Hong Kong, Taiwan, Bolívia, Itália, Espanha e Portugal. Nesta tese, avançou-se para demonstrar elementos

originalistas no Direito Constitucional da Indonésia e até mesmo no Brasil. No último caso, de forma implícita e explícita pelo STF.

12. No Capítulo 6, concluiu-se que o Originalismo não se radica: **(i)** em norma expressa da Constituição dos EUA; **(ii)** tampouco no *common law*. Por outro lado, a depender da Escola originalista adotada, a literatura sustenta que o Originalismo estaria radicado: **a)** na soberania popular (Escola conservadora); **b)** no caráter escrito da Constituição; **c)** na comunicação humana; **d)** no Direito Positivo de um modo geral, ou seja, no sistema jurídico. Hoje, prevalece que o Originalismo está muito mais radicado na jusfilosofia dos juízes que em uma imposição direta do Direito norte-americano.

13. Logo, a transposição do Originalismo para outros países é, antes de tudo, o traslado de uma **ideia teórica** e que não está radicada no Direito norte-americano em sentido amplo.

14. No Capítulo 6, esta tese associou-se a uma concepção predominantemente **positivista**, por força da qual o Originalismo depende da conjugação de dois fatores muito simples: **a)** um ordenamento jurídico que obrigue ou pelo menos permita a consideração do significado original como elemento fixo e judicialmente constritor; **b)** se — e somente se — satisfeita a condição anterior, magistrados deverão ou poderão, respectivamente, ser originalistas. Restava saber, então, sobre a disposição dos juízes brasileiros para a adoção do Originalismo (b), aspecto que veio a ser dirimido no capítulo posterior.

15. Em países democráticos, firmados sobre a soberania popular e que adotaram uma constituição escrita não proibitiva do Originalismo, essa abordagem é uma transposição viável, mas às vezes sequer será necessário transpô-la. Isso porque, em casos específicos, práticas originalistas **nativas** foram identificadas, ou seja, o Originalismo já existia no país destinatário do pretense transplante. Já no Capítulo 7, demonstrou-se ser este o caso do Brasil, cujo sistema somente depende de uma cultura judicial com disposição para guiar-se pelo significado original.

O Capítulo 7 inaugura a segunda parte deste trabalho e, a partir dele, encontra-se o **cerne** das propostas teóricas e do invento concebidos nesta tese. Neste sétimo capítulo, duas dimensões foram trabalhadas. Na dimensão descritiva, buscou-se descrever a capilaridade do Originalismo no STF, ou seja, investigou-se a disposição do Tribunal para adotar essa corrente de interpretação constitucional. Sobre isso, é possível sumarizar, de forma analítica:

16. Atualmente, o Originalismo já pode ser identificado na jurisdição do STF, mas, como regra, a Corte não o admite. Paradoxalmente, a histórica rejeição do *original intent*, nos anos 90, foi feita com base em argumentos substancialmente neo-originalistas. Talvez nunca tenham se dado conta disso, mas Celso de Mello, Pontes de Miranda e Geraldo Ataliba **afinaram** um discurso jurídico com a mesma linguagem, os mesmos argumentos e a mesma estrutura utilizada por um dos mais representativos originalistas da Segunda Onda — Antonin Scalia — para refutar o *original intent*.

17. Há Ministros que se servem, expressamente, do *framework originalism* como **chave de leitura**, enquanto outros flertam com o tema por meio de referências acadêmicas ao pensamento originalista. Por fim, o Ministro Luiz Fux deu um passo mais ousado: chegou a fazer **uso explícito** do Originalismo.

18. Disso não se segue que o STF seja permeável ao significado original como um elemento fixo e constritor. Muito pelo contrário. Se alguém é originalista nas segundas-feiras, mas age como pragmatista nas terças, pauta-se consoante ideias pós-positivistas nas quartas, descreve-se como neoconstitucionalista nas quintas e, nos demais dias, assume-se como um adepto do Direito Achado na Rua, tem-se um pluralista. Não há, no Supremo Tribunal, um compromisso consistente com uma única escola ou jusfilosofia. Trata-se de uma Corte eminentemente pluralista, que se empenha para fazer predominar uma mensagem de rejeição ao Originalismo, embora muitos **atos falhos** apresentados ao longo do capítulo tenham demonstrado que essas rejeições são desmentidas pelas linguagens e raciocínios empregados nos votos.

19. O fato de que já existem magistrados na mais Alta Corte, que optaram por fazer uso do Originalismo como uma alternativa válida na interpretação constitucional, reforça a premissa inicial de que essa abordagem não está obstruída no ordenamento brasileiro. Isso corroboraria a sua transplantabilidade para o tecido do sistema nacional, não fosse o fato de que os achados posteriores deste capítulo indicaram que já era possível falar em uma doutrina brasileira do significado original.

Na dimensão **normativa**, para além do que fazem os tribunais, investigou-se como os próprios Constituintes interpretavam normas jurídicas e o que eles e elas esperavam da interpretação na jurisdição constitucional. Também foi nessa dimensão que a pesquisa se voltou para o prestígio do significado original na cultura jurídica da Era Constituinte (1987-1988). A esse respeito, concluiu-se:

20. É desnecessário empenhar-se para replicar o Originalismo norte-americano no Brasil, porque, durante a Era Constituinte (1987-1988), já havia florescido uma **doutrina brasileira do significado original**.

21. Evidências históricas convergem para a hipótese de que parcela significativa dos Constituintes brasileiros esperava, sim, que a Constituição de 1988 fosse interpretada com base na *mens legis* e na *mens legislatoris*, inclusive o Presidente e o Relator-Geral da A.N.C. Assim também em relação aos Ministros do STF (1987-1988), professores acadêmicos, juristas, membros do Ministério Público e advogados da época.

22. Dados demonstraram que o uso das expressões *mens legis* e *mens legislatoris* sofria ligeiras variações em função da subcomunidade linguística. Na específica subcomunidade dos Constituintes da A.N.C, evidências histórico-linguísticas indicam que as categorias eram utilizadas com um baixo rigor conceitual, como se fossem fungíveis.

23. Na subcomunidade linguística técnica, composta por Ministros do STF e professores acadêmicos da Era Constituinte (1987-1988), observou-se um prestígio maior em relação à *mens legis*. Mesmo assim, dados demonstraram que, com uma menor incidência de achados, também a *mens legislatoris* era um objetivo a ser perseguido.

24. Portanto, *mens legis* e *mens legislatoris* estão incluídas no seletorol dos **Métodos Originais da interpretação constitucional brasileira**, vale dizer, no conjunto de práticas jurídicas e técnicas interpretativas contemporâneas à promulgação da Constituição de 1988.

25. Verificou-se haver uma estreita relação entre *original intent* e *mens legislatoris*, assim como uma significativa afinidade entre Originalismo textualista e *mens legis*. Cada qual, à sua maneira, exprime algo muito próximo daquilo que norte-americanos costumam chamar de significado original, expressão que não se popularizou no Brasil.

26. Os elementos de Savigny foram concebidos para o discernimento da *mens legis*, razão pela qual, à semelhança da metodologia originalista, eles são conjugados para reconstruir significados pré-existentes.

27. Dados indicaram que os elementos de Savigny foram muito influentes na Era Constituinte (1987-1988), integrando os chamados Métodos Originais.

28. O elo perdido foi encontrado. A busca pelo significado original foi tão influente na Era Constituinte (1987-1988) quanto indicam os achados sobre *mens legislatoris*, *mens legis* e os correlatos elementos de Savigny, que já se sabe serem muitos e amplos.

29. A célebre objeção de Haywood Jefferson Powell, segundo a qual nem mesmo os próprios redatores do texto norte-americano tinham a expectativa de que o documento seria interpretado à maneira como propunham os originalistas dos anos 80 no século XX, perde muito da sua persuasão no constitucionalismo brasileiro. No Brasil, o Originalismo não refuta o Originalismo. Em outras palavras, fontes históricas demonstram que o apego ao significado original era, sim, uma expectativa original.

30. Na Era Constituinte (1987-1988), prevalecia a concepção pela qual a interpretação constitucional deveria ser feita à maneira como leis são interpretadas, isto é, com base nos elementos de Savigny. Esse cenário se altera por volta da transição da década de 90 para o novo milênio.

31. No Capítulo 8, verificou-se que a literatura de Direito Comparado apresenta três grandes argumentos para justificar a premissa segundo a qual a interpretação das normas constitucionais se distingue da interpretação das leis: linguagem constitucional, *design* dos tribunais e modelo de *judicial review*. Entretanto, quando aplicados ao constitucionalismo brasileiro, esses argumentos se dissipam porque (i) o texto da Constituição de 1988 é predominantemente regulatório; (ii) exige-se notável saber jurídico para a investidura no STF e (iii) o controle de constitucionalidade é, essencialmente, jurisdicional misto. Portanto, não havia razões convincentes para abandonar os Métodos Originais (1987-1988).

32. Mesmo não havendo razões convincentes para substituir a interpretação constitucional tradicional por uma hermenêutica à parte, essa substituição foi feita de fora para dentro e de maneira deturpada: o Direito brasileiro foi colonizado por uma hermenêutica “alemã” sem representatividade na própria Alemanha, com traduções incorretas, sincretismos metodológicos indevidos e transplantes de teorias profundamente radicadas nas peculiaridades do seu sistema nativo. Tal conclusão já havia sido alcançada por Virgílio Afonso da Silva, mas esta tese avançou para problematizar a acoplagem de uma teoria que havia sido poupada pelo Professor da USP: a Teoria dos Princípios de Robert Alexy. Além disso, Virgílio Afonso da Silva não esclareceu o que deveria ocupar a lacuna deixada pelo abandono da hermenêutica “alemã”. Esta resposta é apresentada na conclusão seguinte.

33. A aparentemente inofensiva definição de princípios como normas jurídicas que expressam deveres *prima facie* é uma abordagem que traz muitas vendas casadas: (i) implica compreendê-los como categorias ponderáveis; (ii) atrai a chamada teoria externa dos direitos fundamentais, que trabalha com restrições extrínsecas e colisões; (iii) ao trabalhar com mandados de otimização, torna necessária a aquisição da ferramenta otimizadora, qual seja, a

proporcionalidade; (iv) ao comprar a ideia de proporcionalidade, nos termos propostos por Alexy, embute a doutrina do conteúdo essencial dos direitos fundamentais — e, presumindo-se que direitos fundamentais têm um núcleo essencial, concebe-se-lhes como restringíveis por leis e emendas, salvo quanto ao âmago intocável; (v) como matriz de todas as premissas identificadas, inclusive a de princípios como normas *prima facie*, tem-se a ideia de suporte fático amplo.

34. A Teoria dos Princípios de Robert Alexy foi desenhada para a Constituição da Alemanha e não integra o seletorol dos Métodos Originais da Constituição Brasileira de 1988.

35. As conclusões de números 32 e 34 convergem para o resgate do *statu quo ante bellum* (hermenêutica tradicional de Savigny e princípios como mandamentos nucleares) que, como se viu, representa uma tradição na História Constitucional Brasileira. Em outras palavras, após o abandono da hermenêutica “alemã”, **repristinam-se os Métodos Originais e a doutrina brasileira do significado original**. Em outras palavras, promove-se um **giro originalista**.

36. A repristinação dos Métodos Originais confere mais homogeneidade à interpretação jurídica da Constituição de 1988 e das leis. Contrariando a literatura majoritária, a regra volta a ser uma interpretação predominantemente uniforme, isto é, com base nos elementos de Savigny.

37. A repristinação dos Métodos Originais implica abdicar do conceito de princípios proposto por Robert Alexy e reaproximar a Teoria Brasileira dos Direitos Fundamentais de um suporte fático cuja dimensão é moldada pelos próprios Constituintes, **rompendo-se o compromisso com um suporte fático amplo**.

38. Por conseguinte, assumindo-se um suporte fático mais compacto, a viragem originalista **elimina o protagonismo das ponderações** porque já não há metástases de colisões.

39. Na prática, o desvencilhamento emancipatório da hermenêutica “alemã” descrita nos itens anteriores também enfraquece o mantra de que “nenhum direito é absoluto”, que hoje representa um argumento de passagem para alcançar o processo de desfundamentalização de direitos.

40. O constitucionalmente ponderado é judicialmente imponderável.

41. Um giro originalista na interpretação constitucional brasileira assume que o Constituinte previu muitos direitos fundamentais em normas com estrutura de regras, não necessariamente de princípios. Trata-se do fenômeno da **ponderação constituinte**.

42. Não é possível conferir à prognose constituinte o mesmo tratamento jurídico atribuído à prognose legislativa, que tem sido judicialmente sindicada. Esta é precisamente a razão pela qual as ponderações efetuadas pelos Constituintes não estão disponíveis para serem “corrigidas” por juízes, mas sim para que sejam obedecidas. Uma pesquisa demonstra que, na História Constitucional Brasileira, João Barbalho Cavalcanti (1902, p. 307) já explicava a ponderação de direitos fundamentais, feita pelos próprios Constituintes, ao comentar a Constituição de 1891.

43. No Brasil, regras constitucionais têm sido ponderadas de maneira velada.

44. Um giro originalista na interpretação da Constituição de 1988 aproxima-se da **Teoria Interna** dos Direitos Fundamentais.

No Capítulo 9, que se ocupou das mutações constitucionais como uma negação ao Originalismo, concluiu-se:

45. Um novo significado é sempre substitutivo do anterior ou descartado por ele. Se convivessem, nasceria a ambiguidade. A Constituição Brasileira tem autoridade jurídica para impedir que novos significados sejam considerados na comunicação estabelecida pelo texto.

46. Imprimir ou adotar novos significados pode comprometer a própria comunicação humana.

47. Apesar da naturalidade com a qual juristas e tribunais brasileiros se referem a mutações no texto da Constituição Brasileira de 1988, esta é uma categoria estrangeira de origem suspeita, que remonta aos publicistas alemães do século XIX. A se levar a sério a objeção de que o Originalismo é uma doutrina estrangeira, sua negação, por meio de mutações, também o é.

48. Mutações labandianas e mutações à Jellinek, consideradas inconstitucionais pelos próprios professores que transpuseram essa doutrina para o Brasil, têm sido hoje invocadas com o rótulo de mutações “constitucionais”. A valência foi invertida.

49. Na primeira metade do século XX, a ideia de mutação parece voltar a germinar na Doutrina da Árvore Viva (Canadá). Na segunda metade do século XX, o tema é reavivado por meio da metáfora da *living constitution* (USA).

50. Fontes históricas apontam que, no Brasil, Joaquim Nabuco já havia utilizado a metáfora do documento vivo em um período anterior à popularização da *living constitution* nos Estados Unidos e à própria Doutrina da Árvore Viva no Canadá.

51. Muitas evidências histórico-linguísticas (1987-1988) encontradas infirmam a hipótese de mutações informais no texto promulgado da Constituição brasileira. O que houve, isto sim, foi a previsão de cláusulas vagas pelos Constituintes, exatamente para que o texto fosse dotado de uma linguagem dúctil o suficiente para permitir a sua maleabilidade diante de contingências futuras.

52. Historicamente, demonstrou-se que as doutrinas da *mens legis* e da *mens legislatoris* eram praticadas em momento anterior à recepção acadêmica das mutações. Dados demonstraram que mutações não representam uma espécie autóctone do sistema brasileiro, eram desconhecidas pelos Constituintes e inexpressivas na Era Constituinte.

53. Quando Constituintes brasileiros falavam em "constituição viva", o sentido era de que o documento seria vivificado por **emendas**. Este era o padrão linguístico de emprego da expressão pelo Constituinte Egídio Ferreira Lima, assim como de Rui Barbosa e do Justice Hugo Black.

54. A doutrina da *living constitution* floresceu em um sistema com uma constituição envelhecida ao longo dos séculos e de elevada dificuldade para ser alterada. No Brasil, tem-se um *habitat* distinto: a Constituição é recente e sua reforma é de baixa complexidade.

55. Quando se trata de implantar a doutrina das mutações constitucionais, problemas estruturais, aparentemente insolúveis, foram apontados ao longo deste trabalho. Não se sabe ao certo se elas ocorrem, tampouco quando o teriam ocorrido.

56. Todos os fatos geradores das mutações apresentam complexidades sérias, quer se trate de entendê-las como eventos síncronos ou independentes das mutações linguísticas, quer derivem de pretensas mudanças na realidade.

57. Mutações esterilizam os limites intergeracionais de uma constituição.

58. Algumas modalidades mais específicas de mutações chegam a inverter a supremacia da constituição escrita ou disfarçam um controle de constitucionalidade efetuado sobre normas originárias do texto constitucional, práticas sabidamente vedadas.

59. Inúmeros dispositivos da Constituição de 1988 dificultam a acomodação da doutrina das mutações, principalmente o artigo 60.

60. Constatou-se que essas metamorfoses constitucionais bloqueiam o trânsito em julgado das decisões definitivas de mérito do STF, afinal, a lei declarada constitucional pode ser revalorada diante de uma pretensa alteração informal no significado que dava suporte à sua validade. Os arts. 5º, XXXVI e 102, § 2º afigurem-se como obstáculos a essa concepção volátil sobre decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal. A propósito, o bloqueio da coisa julgada tem um alto custo institucional (STF) e para a segurança jurídica.

61. Há razões sérias para não trabalhar com mutações, substituindo essa categoria pela correta compreensão de que (i) emendas são capazes de promover uma atualização no texto defasado; (ii) cláusulas vagas empregadas pelo Constituinte permitem a adaptação de determinados dispositivos aos tempos vindouros, conservando-se o princípio original que as anima; (iii) significado original não se confunde com alcance original.

Nos Capítulos 10 e 11, concluiu-se:

62. A tradicional teoria das fontes jurídicas não tem cumprido a sua função social nos domínios do Direito Constitucional e não está à altura dos problemas práticos contemporâneos. O significado da Constituição pode ser encontrado nas fontes constitucionais de camadas mais profundas. Esta era, inclusive, a expectativa por parte dos Constituintes, quando deixaram um vasto acervo documental como legado de pesquisa⁶³⁹.

63. A adoção da abordagem originalista requer uma revisão de literatura na teoria das fontes do Direito Constitucional Brasileiro, de modo a promover uma inclusão que contemple documentos históricos deixados pela sociedade contemporânea à Constituição.

64. Assim como documentos históricos são fontes de cognição a respeito de uma sociedade que os concebeu, também uma sociedade pode atuar como fonte epistêmica sobre aquilo que historicamente documentou. Ou seja, estudar documentos permite conhecer sociedades e estudar sociedades favorece a compreensão dos correlatos documentos sociais.

65. Uma constituição é tecnicamente um documento histórico legado pela sociedade, com *status* de fonte primária escrita. Portanto, investigar uma sociedade é conhecer a sua constituição.

⁶³⁹ Ulysses Guimarães, ao se referir à promulgação da Constituição na Assembleia Nacional Constituinte, exprimiu: “[t]odo um conjunto de fatos, circunstâncias, iniciativas e decisões faz parte desse processo de grande significado histórico e que por isso, certamente, será objeto de estudos e reflexões futuras” (DANC, Ano II, n. 307, p. 14.362).

66. Adotando-se as premissas anteriores, é possível falar em documentos históricos como fontes originais ou como fontes da Fonte. Tais materiais não produzem o Direito, mas são capazes de determinar seu conteúdo.

67. Nesta tese, preferiu-se trabalhar com três categorias: **i) fonte de Direito Constitucional**: contempla o objeto de estudo da disciplina como ramo do saber, ou seja, o que quer que venha a armazenar dados e informações estudadas neste ramo do Direito Público; **ii) Fontes das normas constitucionais**: criam ou exteriorizam regras e princípios consagrados em uma Constituição; **iii) Fontes de interpretação constitucional**: colaboram na determinação do conteúdo do Direito, mas não criam e tampouco exteriorizam normas constitucionais.

68. A literatura jurídica brasileira tem se contentado em meramente apontar **fontes das normas constitucionais** (camada 1), sem incursionar na desafiadora tarefa de inventariar as fontes **de interpretação constitucional** (camada 3). Em outras palavras, tem sido comum repetir que o texto constitucional é a mais importante fonte de interpretação constitucional, mas não se sabe ao certo onde é possível pesquisar o significado do texto. Paira sobre a comunidade jurídica um consenso velado — e às vezes ostensivo — de que isto, dizer o Direito, é tarefa a ser vocalizada pelo STF. Contudo, mesmo que essa afirmação seja verdadeira, era preciso dar mais um passo à frente, para esclarecer que fontes epistêmicas auxiliam um Ministro a desvelar o próprio conteúdo textual da Constituição. Em outras palavras, esclarecer onde encontrar e como pesquisar as **fontes da Fonte**.

69. Assumindo-se uma **interpretação constitucional originalmente orientada** (ICOr) quanto ao significado da Constituição Brasileira, opera-se uma abertura na jurisdição constitucional capaz de desbloquear uma coleção muito rica de documentos que têm aptidão para revelar o significado do texto promulgado em Outubro de 1988 — e, portanto, estarão também aptos para serem havidos como fontes jurídicas. Estes documentos foram chamados, nesta tese, de fontes originais.

70. Uma fotografia do século XX pode ser utilizada para formar o convencimento de um Ministro do STF sobre a validade de uma lei, assim como uma música (hino), o lema de uma bandeira (Ordem e Progresso”), um cartão postal, um selo, um jornal da época, um programa televisivo, um filme, um documentário, uma entrevista, o memorial redigido por um Constituinte como *amicus curiae* etc. Tudo aquilo que potencialmente forneça pistas importantes sobre a sociedade brasileira que nos legou a Constituição tem o potencial epistêmico para ser fonte do Direito, na modalidade “documento histórico”.

71. As chamadas fontes originais não podem ser enumeradas em um rol exauriente (inexauribilidade).

72. Todo documento histórico, que registra vestígios ou fornece pistas relevantes para a elucidação do significado primitivo de uma norma constitucional, assim entendido aquele contemporâneo à promulgação da Constituição, qualifica-se como fonte original e tem idoneidade para ser pesquisado por juízes. Até mesmo uma fotografia pode cumprir esse papel. Tais fontes não **produzem** o Direito, mas determinam o seu conteúdo. Portanto, fontes originais são fontes de interpretação constitucional e podem eventualmente ser fontes de Direito Constitucional, mas não são fontes das normas constitucionais.

73. A maneira de trabalhar com as fontes originais é diferente da forma usualmente adotada no atual estado da arte. Primeiro, neste novo paradigma, fontes tradicionais se despem da sua característica essencial para serem **historicizadas**, ou seja, para que se convertam em **documentos históricos**. Por exemplo, na concepção tradicional, princípios gerais do Direito atuam no banco de reserva, isto é, podem ser utilizados quando da omissão do legislador (art. 4º, LINDB). Por sua vez, adotando-se o modelo aqui proposto, princípios gerais do Direito invocados por juristas nas audiências públicas da ANC assumem o *status* de documento histórico. A nova proposta **supera a perspectiva de hierarquia das fontes**: ao contrário dos princípios gerais catalogados na doutrina, cuja incidência é subsidiária, documentos históricos já não precisam de omissões para que sejam utilizados. Esta proposta **equaliza** fontes jurídicas **até então hierarquizadas**, na medida em que todas são vistas como pistas sobre o significado do texto constitucional. Migra-se do paradigma da hierarquização para o paradigma da historicização, o que impacta e altera a prática forense.

74. Assumindo-se o paradigma da historicização, a Constituição poderá, em casos específicos, ser interpretada à luz da legislação infraconstitucional ou de leis revogadas, se — e somente se — tais leis atuarem como evidências históricas dotadas de valor semântico, ou seja, quando se traduzam em documentos históricos. A lei infraconstitucional passará a ter a força persuasiva que teria um **elo perdido** da Constituição, quando contiver uma definição apropriada pelo Constituinte ou se advinda dos próprios Constituintes.

75. No contexto descrito no item anterior, tem-se uma revisão de literatura, viabilizando a assimilação excepcional de um **princípio da interpretação da Constituição conforme a lei histórica**.

76. As principais fontes originais catalogadas neste trabalho foram: a) Diários da Assembleia Nacional Constituinte (DANC); b) Suplementos; c) Boletins Administrativos da ANC; d) Jornal da Constituinte; e) Boletins da Constituinte; f) Relatórios ao Anteprojeto do Relator e da Subcomissão — Fases “A” e “C”; g) Segunda Edição do Dicionário Aurélio (1987); h) Leis aprovadas durante a legislatura n.º 48 (1987-1991); i) Mensagens de veto presidenciais (1987-1988).

77. O **gênero literário** da Constituição Federal poderá ser distinto daquele empregado nas fontes originais, o que pode recomendar abordagens interpretativas diferentes. Este ponto permanece em aberto para pesquisas futuras, que explorem e desenvolvam, para cada fonte original, o correlato gênero literário — e que atuará, em última análise, a serviço da interpretação constitucional.

78. Fontes originais favorecem interpretações impessoais.

79. A interpretação constitucional originalista guarda uma estreita relação com a tarefa historiográfica, atraindo para si as mesmas objeções endereçadas à História.

80. Quando se trata de apresentar objeções ao uso das fontes mais comumente invocadas por originalistas norte-americanos, pelo menos dois grandes problemas são suscitados: **(i)** seria impossível traduzir e acessar, de forma impoluta, o significado de textos ancestrais; **(ii)** a ausência de tecnologia da época e o próprio decurso do tempo comprometeriam a integridade das fontes. Ambas se debilitam no caso brasileiro porque, ao contrário do que ocorre no constitucionalismo norte-americano, os materiais históricos referentes à Constituição de 1988 são recentes, documentados em português contemporâneo — não no trovadoresco ou galego-português —, além de fidedignos. É o que se detalha a seguir.

81. O DANC cumpre uma função semelhante àquela desempenhada pelos Registros de Elaboração do texto na Convenção Constitucional (v.g. *Farrand's The Records of The Federal Convention of 1787*) e dos Registros de Ratificação (v.g. *Elliot's Debates*). Pesquisas apontam a incompletude desses materiais componentes da história constitucional norte-americana. Argumenta-se ainda que os registros teriam sido realizados por pessoas sem habilidade taquigráfica. No Brasil, essas não são objeções convincentes. Três razões, tanto quantitativas quanto qualitativas, dão suporte a essa premissa: **(i)** o DANC é uma **transcrição integral e completa** dos trabalhos (aspecto quantitativo); **(ii)** o DANC foi documentado com uma técnica e tecnologia mais elevadas, fruto do trabalho de taquígrafos (aspecto qualitativo); **(iii)** a natureza dos registros é proveniente de gravações, não de impressões pessoais (aspecto

qualitativo). Por último, como as anotações de Madison permaneceram secretas durante as ratificações, muitos infirmam sua validade como *original public meaning* (Cross, 2013, p. 59). Também esta objeção perde sua razão de ser no Brasil, onde o DANC foi publicizado de forma ampla. Em conclusão, a quantidade e qualidade do DANC, como fonte epistêmica, é muito mais elevada.

82. Nos Estados Unidos, pairam dúvidas sobre qual o dicionário mais apropriado para discernir o significado original da constituição desse país, incerteza esta que tornou a jurisdição vulnerável à prática do *dictionary shopping*. Diferentemente, no Brasil, as fontes históricas demonstram com acuidade qual o título empregado pelos Constituintes: a Segunda Edição do Dicionário Aurélio (1987).

83. Mesmo sem formação acadêmica em História, juízes estão aptos para a pesquisa, o estudo e a aplicação de dados extraídos da História Constitucional.

84. O significado original da Constituição é um elemento relevante para originalistas (de maneira decisiva ou predominante) e também para não-originalistas (de maneira complementar), razão pela qual todos os magistrados devem promover um diálogo com as fontes originais eventualmente disponíveis, tanto para acolher quanto para rejeitar esse significado primevo — neste último caso, assumindo um ônus argumentativo mais robusto.

85. Dados demonstraram que, ao contrário do que os Constituintes esperavam, os documentos por eles deixados não costumam ser acessados pelo Supremo Tribunal Federal ou permanecem largamente subutilizados. Culturalmente, magistrados brasileiros não estão familiarizados com as fontes originais e desconhecem o seu potencial epistêmico.

86. Negligenciar fontes originais representa um desperdício de capital político. Uma interpretação constitucional auxiliada pela Linguística Computacional alivia a compressão social exercida por decisões mais impopulares do Judiciário. Tribunais diariamente contrariam frações sociais que disputam o significado da Constituição. Assim como ferramentas de inteligência artificial poderiam ser úteis contra organizações criminosas, na medida em que evitariam a indevida pessoalização do juiz, a mesma razão recomenda que cortes constitucionais façam uso do *corpus linguistics* para dissolver desacordos morais que inflamam polarizações. Dessa maneira, o desfecho, em grande medida, deriva mais da base de dados históricos — e dos achados — que da intuição do magistrado sobre o que é moral, justo ou razoável. Mas há uma outra maneira de formular esse raciocínio: afirmar que um resultado decorre de evidências históricas é o mesmo que dizer que ele deriva da História Constitucional

de um povo. Em outras palavras, por meio da linguística de *corpus*, a interpretação constitucional se transforma em um **processo de autoconhecimento social**. Juízes se empenham em julgar um povo com base em dados historiográficos deixados por esse mesmo povo. Logo, se bem aplicada a técnica, o *corpus linguistics* pode auxiliar a **inibir** a formação de um *backlash* contra decisões judiciais. A menos, é claro, que um povo se aventure em rebelar-se contra si mesmo.

87. O conseqüência lógico é que, na viragem originalista que prestigia o diálogo com as fontes originais, o controle de constitucionalidade passa a ser compreendido como **a censura exercida pela geração Constituinte sobre excessos e omissões da geração atual**. Isso descomprime o Poder Judiciário, porquanto reduz a fricção entre decisões contramajoritárias e ressentimentos sociais (*backlash*): já não são os juízes que invalidam escolhas das maiorias, mas sim os próprios Constituintes. O giro originalista opera uma correta **transferência de responsabilidade para quem de direito** e racionaliza o uso do argumento contramajoritário. Neste marco, já não é conveniente falar em “função contramajoritária dos tribunais” (Barroso, 2015, p. 36), tampouco em “instituição contramajoritária” (Sarmiento, 2003, p. 149) ou mesmo em “jurisdição constitucional” como “instância de poder contramajoritário” (Binenbojm, 2014, p.10), pensamento tão disseminado entre juristas da Escola da UERJ. O mais preciso é fazer alusão a **cláusulas contramajoritárias da Constituição**. O raciocínio é simples: quem tem por função contrariar maiorias é o Poder Constituinte, não poderes constituídos. Todos esses aspectos decorrem da inclusão de fontes originais na construção argumentativa a ser efetuada nos votos de Ministros do STF.

88. O elevado número de fontes originais desbloqueadas, que agora são componentes do acervo de pesquisa à disposição do Poder Judiciário, exige uma forma racional de cognição. Nesse contexto, ferramentas de Linguística Computacional se revelaram, sim, muito eficientes na análise do enorme volume de dados.

89. Particularmente, o desempenho do *software AntConc* nas análises de métricas como *collocates*, *clusters*, KWIC e *plot*, realizadas sobre o Corpus Fonteles, jamais seria alcançado pela performance humana dos juízes.

90. O Corpus Fonteles oferece uma proposta de interpretação constitucional com base em evidências histórico-linguísticas, ou seja, trata-se de um **instrumento refinador de suportes fáticos**. Em vez de inflar artificialmente um direito, para somente reduzi-lo à dimensão real após uma ponderação, o Corpus exclui de antemão aquilo que não está respaldado pelas fontes da Era Constituinte.

91. Pela mesma razão, o Corpus Fonteles é uma **ferramenta cauterizadora de colisões** de direitos fundamentais.

92. Na linguística de *corpus*, o paradigma da jurisdição constitucional já não é “o que eu conhecia e intuï”, migrando para “aquilo que eu desconhecia e encontrei”.

93. As controversas **ponderações**, até então vistas como um “mal necessário”, porque supostamente não seria possível fundamentar uma decisão sem ponderar os valores em jogo, agora **são substituídas por uma pesquisa empírica cujo ônus é colacionar fontes contrapostas**. Uma interpretação constitucional amparada nas fontes atende ao rígido padrão de fundamentação que se espera dos juízes em um Estado Democrático de Direito.

94. O Corpus Fonteles permite pesquisar significados com base em evidências histórico-linguísticas que se referem ao texto original da Constituição de 1988. Todavia, em se tratando de cláusulas constitucionais incorporadas pelas reformas, é possível desenvolver um *corpus* específico **para cada emenda à Constituição**. Este é mais um aspecto convidativo ao desenvolvimento de futuras pesquisas.

95. Embora o Corpus Fonteles tenha sido concebido para ser predominantemente utilizado por juízes e tribunais — além operadores do Direito que postulam perante órgãos judicantes —, os demais Poderes da República podem e devem utilizá-lo para coletar dados sobre o significado original. Afinal, Legislativo e Executivo também são intérpretes da Constituição.

96. No Capítulo 12, desvelou-se a premissa fundamental sobre a qual opera o Corpus Fonteles. **Uma constituição escrita é aquilo que significa.**

97. Se um Poder dita e adita o conteúdo do documento que pretensamente o subordina, já não está mais subordinado.

98. O significado constitucional é **(i)** anterior; **(ii)** exterior e **(iii)** superior aos juízes e tribunais.

99. O Supremo Tribunal Federal é poder constituído, não constituinte. Logo, em condições normais, sua atividade interpretativa deverá ser cognitiva. Em regra, constituir significados é apanágio do poder constituinte. Excepcionalmente, em um cenário de ambiguidade ou vagueza, aliado à escassez de fontes ou à baixa qualidade dos dados disponíveis, o STF poderá fazer uso da chamada construção (*construction*).

100. A interpretação constitucional é ordinariamente declaratória e extraordinariamente constitutiva.

O uso da inteligência artificial na interpretação constitucional tem despertado receio em parte da comunidade jurídica, à semelhança de uma **tecnofobia**⁶⁴⁰. Cidadãos jurisdicionados aceitariam investigações empíricas de dados para dirimir seus litígios que envolvem significados da Constituição ou prefeririam a sensibilidade humana para esse desiderato? São questões éticas suscitadas, que remetem ao **mito do robô**.

Sucede que, mesmo empregando-se a linguística de *corpus*, o protagonismo da interpretação constitucional permanece com o ser humano. O *input* do Corpus Fonteles foi alimentado por uma curadoria humana de fontes, a higienização dos dados a serem descartados foi fruto de uma decisão humana e a análise qualitativa dos achados também se submete ao filtro da pessoa humana. Como lembra Simondon, na Filosofia da Tecnologia (2007, p. 33):

*[u]na máquina puramente automática, completamente cerrada sobre ella misma en un funcionamiento predeterminado, solamente podria ofrecer resultados sumarios. La máquina que está dotada de una alta tecnicidad es una máquina abierta, y el conjunto de máquinas abiertas supone **al hombre como organizador permanente, como intérprete viviente** de máquinas, unas en relación con otras.*

Constituições são documentos inanimados, mas seus intérpretes estão vivos.

Quando juízes recebem a devida capacitação para manipular fontes originais, eleva-se o coeficiente democrático pela reverência à soberania popular expressa no texto constitucional. Quando estabelecem um diálogo com essa coleção documental original, tribunais constroem uma ponte entre o presente e o passado, resguardando o futuro.

⁶⁴⁰ A tecnofobia como fenômeno humano de aversão às máquinas já foi objeto de registro na recente disciplina da Filosofia da Tecnologia: "*La cultura se comporta con el objeto técnico como el hombre con el extranjero cuando se deja llevar por la xenofobia primitiva. El misonéismo orientado contra las máquinas no es tanto odio a lo nuevo como negación de la realidad ajena*" (Simondon, 2007, p. 32).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**. Vol. 113, pp. 633-725, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Memória jurisprudencial**: Ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ASSIS, Christiane Costa. O Supremo Tribunal Federal como Poder Moderador: uma análise discursiva. **Revista de Direito Público**, n.º 47, pp. 60-70, Set-Out/2012.

ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas**.

ATALIBA, Geraldo. **Elementos de Direito Tributário**. São Paulo: RT, 1989.

AUDREN, Frédéric. HALPÉRIN, Jean Louis. **La Culture Juridique Française**. Paris: CNRS Éditions, 2013.

AURELL, Jaume. Los Efectos del Giro Lingüístico en La Historiografía Reciente. **Revista de Filología Hispánica**, Vol. 20, n.º 1, pp. 1-16, 2004.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. London: John Murray, 1832.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, jan./fev./mar., 2009.

BACHOF Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2008.

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n.º 102, jan./jun. 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

BARCLAY, Stephanie H. EARLEY, Brady. BOONE, Annika. Original Meaning and The Establishment Clause: A Corpus Linguistics Analysis. **Arizona Law Review**. Vol. 61, pp. 505-560, 2019.

BARNETT, Randy E. BERNICK, Evan. The Letter & The Spirit: A Unified Theory of Originalism. **The Georgetown Law Journal**. Vol. 107, n.º 1, pp. 1-55, 2018.

BARNETT, Randy E. Interpretation and Construction? **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 34, n.º 1, pp. 65-72, 2011.

BARNETT, Randy E. The Gravitational Force of Originalism. **Fordham Law Review**. Vol. 82, n.º 2, pp. 411-432, 2013.

BARNETT, Randy E. Welcome to the New Originalism: A comment on Jack Balkin's Living Originalism. **Jerusalem Review of Legal Studies**. pp.1-7, 2013.

BARRETT, Amy Coney. Originalism and Stare Decisis. **Notre Dame Law Review**, Vol. 92, pp. 1921-1943, 2017.

BARROS, José D'Assunção. **Fontes Históricas**: introdução aos seus usos historiográficos. Petrópolis: Editora Vozes, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, n.º 6, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAUDE, William. Is Originalism Our Law? **Columbia Law Review**. Vol. 115, pp. 2349-2408, 2015.

BAUDE, William. Precedent and Discretion. **The Supreme Court Review**. Vol. 2019, pp. 313-334, 2020.

BERNASCONI, Robert L. Gadamer. In: AUDI, Robert (ed.). **The Cambridge Dictionary of Philosophy**. Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

BERTRAND, Jacques. Indonesia: ‘Special Autonomy’ for Aceh and Papua. Occasional Paper Series, Number 31, Ottawa: Forum of Federations, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BLACK, Henry Campbell. **Black’s Law Dictionary**. Seventh Edition. St. Paul: West Group, 1999.

BLACK, Hugo LaFayette. **Constitutional Faith**. New York: Alfred. A. Knopf, 1968.

BLACK, Hugo LaFayette. The Bill of Rights. **New York University Law Review**, vol. 35, n.º. 4, April, pp. 865-881, 1960.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Book the First. Special Edition. Oxford: Clarendon Press, 1983.

BLOCH, Marc. **Apologie pour l’ histoire ou métier d’historien**. Paris: Librairie Armand Colin, 1952.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª ed. Brasília: Editora UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORK, Robert H. Neutral Principles and Some First Amendments Problems. **Indiana Law Journal**. Volume 47, n.º 1, pp. 1-35, 1971.

BORK, Robert H. The Constitution, Original Intent, and Economic Rights. **San Diego Law Review**. Volume 23. pp. 823-832. 1986.

BORK, Robert H. **The Tempting of America**: The political seduction of the law. New York: The Free Press, 1990.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. **Edição comemorativa – 34 anos**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022, pp. 5-6.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Vol. 122, Novembro de 1987.

BREST, Paul. The Misconceived Quest for the Original Understanding. **Boston University Law Review**, Vol. 60, n.º 2, pp. 204-238, 1980.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUCK, Carl Darling. **A Vocabulary of Umbrian: Including the Umbrian glosses**. Pennsylvania: Evolution Publishing Bristol, 2001.

BULOS, Uadi Lâmega. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CAIRNS, John W. Watson, Walton, and The History of Legal Transplants. **Georgia Journal of International & Comparative Law**. Vol. 41. pp. 637-696, 2013.

CALABRESI, Steven Gow. On Originalism in Constitutional Interpretation. National Constitution Center. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/white-papers/on-originalism-in-constitutional-interpretation>. Acesso em 05/03/2023.

CALABRESI, Steven Gow. SILVERMAN, Bradley G. BRAVER, Joshua. **The U.S Constitution and Comparative Constitutional Law: Texts, cases, and materials**. St. Paul: Foundation Press, 2016.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Como os Juízes Decidem**: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNAP, Rudolf. Superação da metafísica pela análise lógica da linguagem. **Cadernos de Filosofia Alemã**, v. 21, n.º 2, jul.-dez, pp. 95-115, 2016.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: Segredos da Constituinte**. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira: commentarios**. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1902.

CHOUDHRY, Sujit. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. *In*: CHOUDHRY, Sujit (ed.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CHOUDHRY, Sujit. SEDELIUS, Thomas. KYRYCHENKO, Julia. Semi-presidentialism and Inclusive Governance in Ukraine. Reflections for Constitutional Reform, Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Proteção Internacional dos Direitos do Homem nos Sistemas Regionais Americano e europeu: uma introdução ao estudo comparado dos direitos protegidos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 24, n.º 95, jun./set., 1987.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica**: Fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CONOR, Casey. VERMEULE, Adrian. Myths of Common Good Constitutionalism. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, vol. 45, n.º 1, pp. 103-146, 2022.

COOLEY, Thomas McIntyre. **A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union**. Boston: Little, Brown, and Company, 1868.

COOLEY, Thomas McIntyre. **General Principles of Constitutional Law in the United States of America**. Boston: Little, Brown, and Company, 1880.

COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CRITCHLOW, Donal T. NASH, Gary B. **Encyclopedia of American History: Contemporary United States (1969 to the present)**. New York: Facts on File, 2003.

CROSBY, Ian. Worlds in Stone: Gadamer, Heidegger, and Originalism. **Texas Law Review**, Vol. 76, n.º 4, pp. 849-868, 1998.

CROSS, Frank B. **The Failed Promise of Originalism**. California: Stanford University Press, 2013.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de La Constitución**. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DAWSON, Hope C. PHELAN, Michael. **Language files**: materials for an introduction to language and linguistics. Twelfth edition. Columbus: The Ohio State University Press, 2016.

DESAGULIER, Guillaume. **Corpus Linguistics and Statistics with R**: Introduction to Quantitative Methods in Linguistics. Cham: Springer, 2017.

DIAS, Cibele Fernandes. A Interpretação Evolutiva da Constituição: mutação constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano 2, n.º 9, pp. 9329-9342, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Fontes do Direito. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo 1, Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>>.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **The Moral Reading of the American Constitution**. Harvard University Press, 1996.

ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EPSTEIN, Lee. KING, Gary. **Pesquisa Empírica em Direito**: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de **Mudança da Constituição**. 2ª ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o Direito Constitucional Pós-Moderno, em Particular sobre Certo Neoconstitucionalismo à Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, pp. 151-167, 2009.

FERREIRA NETO, Arthur. O Originalismo Na América. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS** 1 (4), pp. 27-65, 2014.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. Vol. 1, (arts. 1º a 21). São Paulo, Saraiva: 1989.

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto, 2016.

FISHER III, William W. Texts and Contexts: The application to American legal history of the methodologies of intellectual history. **Stanford Law Review**, Vol. 49, n.º 5, pp. 1065-1110, 1997.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Traditions, Translations, Betrayals: dialogues among legal cultures. **Revista História do Direito**, 1, n.º 1, pp. 351-362, Curitiba, 2020.

FONTELES, Samuel Sales. **Constitucionalismo Idílico**. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. TOFFOLI, Dias. RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Coord.). **Estado, Direito e Democracia: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Augusto Aras**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 411-427.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

FONTELES, Samuel Sales. O Inconstitucional Estado de Coisas: Ficção e Realidade. **Revista de Processo Comparado**, vol. 7, pp. 253 - 279, Jan-Jun/2018.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: B.L. Garnier Livreiro Editor, 1882.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: 1999.

GASSET, José Ortega Y. **Meditaciones del Quijote**. Madrid: Revista de Occidente, 2016.

GIDI, Antonio. **Redação Jurídica**: Estilo Profissional — Forma, Estrutura, Coesão e Voz. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

GLANERT, Simone. Method? In: MONATERI, Pier Giuseppe. (ed.). **Methods of Comparative Law**, pp. 61-81. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

GRAGLIA, Lino A. Constitutional Interpretation. **Syracuse Law Review**, vol. 44, n.º 2, pp. 631-640, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GREABE, John M. Textualism and Originalism in Constitutional Interpretation. **University of New Hampshire Scholars 'Repository**, 2017.

GREENE, Jamal. On the Origins of Originalism. **Texas Law Review**, Vol. 88, n.º 1, pp. 1-90, 2009.

GROSSI, Paolo. O Ponto e a Linha: História do Direito e Direito Positivo na formação do jurista do nosso tempo. **Revista Sequência** (trad.: Monica Sol Glik), n.º 51, pp. 31-45. Florianópolis: UFSC, 2005.

GROTE, Rainer. Interpretation of Constitutions. Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law, Oxford Constitutional Law, **Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law** [MPECCoL], Oxford University Press, 2022.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. **História do Direito Romano**. Curitiba: InterSaberes, 2021.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. **O Poder Moderador: ensaio sobre o debate jurídico-constitucional no século XIX**. Curitiba: Prismas, 2016.

HAACK, Susan. The Expert Witness: Lessons from the U.S. Experience. **Humana. Mente — Journal of Philosophical Studies**, Vol. 28, pp. 39-70, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul**: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HART, Herbert Lionel Adolphus. American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. **Georgia Law Review**, Volume 11, N.º 5, September 1977.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HELLER, Steven. **The Swastika and Symbols of Hate**: Extremist iconography today. New York: Allworth Press, 2019.

HENNESSEY, Jonathan. McConnell Aaron. **The United States Constitution**: A graphic adaptation. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20ª edição alemã) de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Textos Seleccionados e Traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

ISKANDAR, Pranoto, Religious constitutionalism: An Indonesian-esque interpretive venture, Oxford U Comparative L Forum 2 at ouclf.law.ox.ac.uk, 2019.

IZECKSOHN, Vitor. **Estados Unidos**: uma História. São Paulo: Contexto, 2021.

JACOBS, Meg. ZELIZER, Julian E. **Conservatives in Power**: The Reagan Years, 1981-1989. A Brief History with Documents. Boston: Bedford/St. Martin's, 2011.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 (Kindle Edition).

JARDIM, Afrânio Silva. O Ônus da Prova na Ação Penal Condenatória. **Revista de Processo**, Vol. 47, pp. 259-272, Jul-Set, 1987.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutacion de La Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JONAS, Hans. **O Princípio da Responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, Editora PUC Rio, 2006.

KANNA, Maryam. Furthering Decolonization: Judicial Review of Colonial Criminal Laws, **Duke Law Journal** 70, n.º 2, pp. 411-450, 2020.

KERLINGER, Fred Nichols. **Foundations of Behavioral Research: Educational and Psychological Inquiry**. New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1964.

LEGRAND, Pierre. The Impossibility of ‘Legal Transplants’. **Maastricht Journal of European & Comparative Law**, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997.

LEI, Chen. Contextualizing Legal Transplant: China and Hong Kong. *In*: MONATERI, Pier Giuseppe (ed.). **Methods of Comparative Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

LEVINSON, Stephen C. Language Evolution. *In*: ENFIELD, N.J. KOCKELMAN, Paul. SIDNELL, Jack. (ed.). **The Cambridge Handbook of Linguistic Anthropology**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. pp. 309- 324.

LIGHTFOOT, David. Language Variation and Change. *In*: WILSON, Robert A. KEIL, Frank C. **The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences**. Cambridge: MIT Press, 1999.

LIMA, João Alberto de Oliveira. PASSOS, Edilenice. NICOLA, João Rafael. **A Gênese do Texto da Constituição de 1988: Volume I - Quadros**. Brasília: Senado Federal, 2013.

LUCA, Tânia Regina de. **Práticas de Pesquisa em História**. São Paulo: Contexto, 2020.

LYNCH, Christian Edward Cyril. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma História Constitucional Brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 08, n.º 2, p. 974-1007, 2017.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MAGDALENO, Rafael Tubone. **O Debate jurídico-político n’Os Miseráveis de Victor Hugo e a sua recepção pelos juristas franceses no século XIX**. 2023. 233 p. Tese

(Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

MARKMAN, Stephen. Originalism and Stare Decisis. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 34, n.º 1. pp. 111-120, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

McCONNELL, Michael W. Originalism and The Desegregation Decisions. **Virginia Law Review**, Vol. 81, n.º 4, pp. 947-1140, 1995.

McCONNELL, Michael W. **The President Who Would Not Be King**. Executive Power under The Constitution. New Jersey: Princeton University Press, 2020.

McGINNIS, John O. RAPPAPORT, Michael B. **Originalism and the Good Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

MEESE III, Edwin. Construing the Constitution. **U.C Davis Law Review**. vol. 19, n.º 1. pp. 22-30, 1985.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**: Volume I, Introdução. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in*: **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional, 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelos órgão judicial. **Revista dos Tribunais**, Fascículo Cível, Volume 766, pp. 11-28, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MÓDOLO, M. Os Bastidores da Construção do Dicionário “Aurélio”. **Gragoatá**, Niterói, v. 26, n.º 56, p. 1348-1352, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. BUNCHART, Maria Eugenia. Filosofia Constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 74, Jan-Mar, pp. 37-80, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**. Introdução à teoria e metódica estruturantes. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MULLIGAN, Christina. Diverse Originalism. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Vol. 21, n.º 2, p. 379- 438, 2018.

NABUCO, Nabuco. **Textos de Munhoz da Rocha Netto e Gilberto Freire e seleção de discursos de Gilberto Freire**. 2ª ed., Brasília: Câmara dos Deputados, 2010.

NAKAGAKI, Toshikazu Kenjitsu. **The Buddhist Swastika and Hitler's Cross: Rescuing a symbol of peace from the forces of hate**. Berkeley: Stone Bridge Press, 2018.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Estudos de Direito Constitucional Parlamentar**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

NÓBREGA, Manuel da. **Cartas do Brasil e mais Escritos do P. Manoel da Nóbrega** (opera omnia). Com introdução e notas históricas e críticas de Serafim Leite S.I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1955.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NUNES, Leandro Bastos. Os Fundamentos para a Lista Tríplice da PGR. **Revista Consultor Jurídico**, 1 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-01/leandro-nunes-fundamentos-lista-triplice-pgr#author>. Acesso em 29/09/2023, 16:00.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de Informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987**: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, 1993.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. Compromisso Constituinte. **Revista de Informação Legislativa**, n.º 96, out./dez. 1987.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PHILLIPS, James Cleith. ORTNER, Daniel M. LEE, Thomas Rex. Corpus Linguistics & Original Public Meaning: A New Tool to Make Originalism More Empirical, **Yale Law Journal Forum**, n. 126, pp. 21-32, 2016.

PONTES FILHO, Valmir. **Curso Fundamental de Direito Constitucional**. São Paulo: Dialética, 2001.

PONTIFÍCIA COMISSÃO BÍBLICA. **A Interpretação da Bíblia na Igreja**. 9ª ed. São Paulo, Paulinas, 2021.

POSNER, Richard A. Against Constitutional Theory. **New York University Law Review**. Vol. 73, n.º 1, April, 1998.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. **Fordham Law Review**, vol. 75, n.º. 2, November 2006, pp. 545-574.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review**. Vol. 42, 2007. pp. 373-433.

POWELL, Haywood Jefferson. The Original Understanding of Original Intent. **Harvard Law Review**. Vol. 98, n.º 5, pp. 885-948, 1985.

PRANOTO, Iskandar. Religious Constitutionalism: An Indonesian-esque interpretive venture. Oxford University Comparative Law Forum, 2, 2009. Disponível em: <https://ouclf.law.ox.ac.uk/religious-constitutionalism-an-indonesian-esque-interpretive-venture/>

RAPPAPORT, Michael B. Is Proportionality Analysis Consistent with Originalism? **Diritto Pubblico Comparato Ed. Europeo**, Vol. 31 n.º 3, pp. 1-7, 2017.

RAPPAPORT, Michael B. The Original Meaning of the Recess Appointments Clause, **UCLA Law Review**, Vol. 52, pp. 1487-1578, 2005.

REHNQUIST, William H. Notion of a Living Constitution. **Texas Law Review**, Vol. 54, n.º 4, pp. 693-706, 1976.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e Mudança Constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n.º 120. out./dez., pp. 159-186, 1993.

ROMERO, Centro Oscar (coord.). **A Constituição nas Mãos do Povo**: texto integral da Constituição com Comentário. São Paulo: editora Paulinas, 1989.

ROSE, Julia. **Interpreting Difficult History at Museums and Historic Sites**. Lanham: Rowman & Littlefield, 2016.

SABBAG NETO, Thomé. **Juízes Criam Normas?** Objeções à tese de que não há normas antes da interpretação da lei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Federalismo e Mutações Constitucionais. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54, p. 20-39, jan./abr. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O Supremo Tribunal Federal e as Prognoses do Legislador. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. v. 15, n.º 2, pp. 282-304, 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. Salvador: Editora Progresso, 1954.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARDO, Alessio. **L'originalismo e la sfida del bilanciamento**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Cours de Linguistique Générale**. Genève: Arbre d'Or, 2005.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. São Paulo: Cultrix, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Tomo I. Madrid: F. Góngora Y Compañía, Editores, 1878.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

SCALIA, Antonin. The Lesser Evil. **University of Cincinnati Law Review**, Vol. 57, n.º 3, 849-866, 1989.

SEGALL, Eric J. **Originalism as Faith**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. n.º 798, pp. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n.º 1, pp. 607-630, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **The Constitution of Brazil**: A contextual analysis. Oxford: Hart, 2019.

SIMONDON, Gilbert. **El Modo de Existencia de los Objetos Técnicos**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007.

SITMAN, Matthew. The Conscience of a President: Ronald Reagan and Abortion. *In*: KENGOR, Paul. SCHWEIZER, Peter. **The Reagan Presidency**: Assessing the man and his legacy. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. **University of Richmond Law Review**. Vol. 29, Issue 1, pp. 99-137, 1994.

SOLLENBERGER, Mitch. ROSSOTTI, Jack. ROZELL, Mark J. Reagan and the Courts. *In*: **The Reagan Presidency**: assessing the man and his legacy. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2005.

SOLUM, Lawrence B. Originalism as transformative politics. **Tulane Law Review**, Vol. 63, n.º 6, pp. 1599-1630, 1989.

SOLUM, Lawrence B. Originalism versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate. **Northwestern University Law Review**, vol. 113, n.º 6, pp. 1243-1296, 2019.

SOLUM, Lawrence B. Originalist Methodology. **The University of Chicago Law Review**. N. 84, pp. 269-295, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SPROUL, Robert Charles. **Bíblia de Estudo da Fé Reformada**. São José dos Campos: Editora Fiel, 2021.

STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the U.S.** (1833). Eletronic Edition: Lonang Institute, 2005.

STRANG, Lee J. How Big Data Can Increase Originalism's Methodological Rigor: Using Corpus Linguistics to Reveal Original Language Conventions, **U.C. Davis Law Review**, Vol. 50, n.º 3, pp. 1181-1242, February 2017.

STRAUSS, David E. Originalism, Conservatism, and Judicial Restraint. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 34, n.º 1, pp. 137-148, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Originalism. **Notre Dame Review**, Vol. 93, n.º 4, pp. 1671-1698, 2018.

TAUFIK, Giri Ahmad. Proportionality Test in the 1945 Constitution: Limiting Hizbut Tahrir Freedom of Assembly. **Constitutional Review**, Volume 4, Number 1, May 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEW, Yvonne. Comparative Originalism in Constitutional Interpretation in Asia. **Singapore Academy of Law Journal**, vol. 29, n.º Special Issue, pp. 719-742, 2017.

TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**. Oxford Press, 2008.

TUSHNET, Mark. Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law. *In*: CHOUDHRY, Sujit (ed.). **The Migration of Constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from The Courts**. Princeton Press. 1999.

VASCONCELLOS, Zacarias de Góes E. **Da Natureza e Limites do Poder Moderador**. Segunda Edição. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1862.

VINCENT, John. S. **Culture and Customs of Brazil**. London: Greenwood Press, 2003.

WATSON, Alan. **Legal Transplants: An approach to Comparative Law**. Second Edition. Athens: The University of Georgia Press, 1993.

WHITTINGTON, Keith E. Is Originalism Too Conservative? **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 34, n.º 1. pp. 29-41, 2011.

WHITTINGTON, Keith E. The New Originalism. **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, vol. 2, n.º 2, pp. 599-614, 2004.

WILLIAMS, Gordon. **A Dictionary of Sexual Language and Imagery in Shakespearean and Stuart Literature**. Volume I. London: The Athlone Press, 1994.

WILLIAMS, Gordon. **A Dictionary of Sexual Language and Imagery in Shakespearean and Stuart Literature**. Volume II. London: The Athlone Press, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: UNICAMP, 2017.

WURMAN, Ilan. **A Debt Against The Living: An Introduction to Originalism**. New York: Cambridge University Press, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Documentos e E-books:

ALBUQUERQUE, Fernando Roberto P. de C. SENNA, Janaína R. Xavier. Tábuas de Mortalidade por Sexo e Grupos de Idade - Grandes e Unidades da Federação – 1980, 1991 e 2000. Rio de Janeiro: **IBGE**, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book* (576p.) ISBN: 9788553617555.

FISS, Joelle. KESTENBAUM, Jocelyn Getgen. Respecting Rights? Measuring the World's Blasphemy Laws. Panama: **United States Commission on International Religious Freedom** (USCIRF), 2017.

HALE, Brenda Marjorie. The Rt. Hon. The Baroness Hale of Richmond, DBE, PC. In: Dialogue between judges: What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention? **Strasbourg: European Court of Human Rights, Council of Europe**, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. O Ônus da Prova na Ação Penal Condenatória. **Revista de Processo**, Vol. 47, pp. 259-272, Jul-Set, 1987. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/offload/get?_id=1693711656798; Acesso em: 09/03.2023

LIGHTFOOT, David. Language Variation and Change. In: Stanford University. **MIT CogNet**. Stanford, 1999. Disponível em: <http://cognet.mit.edu.stanford.idm.oclc.org/erefschapter/language-variation-and-change>. Acesso em: 25/08/2022

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a Jurisdição Voluntária. **Revista de Processo**, Vol. 48 pp. 217-229, Out - Dez, 1987. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/offload/get?_id=1693714359160; Acesso em: 09/03/2023

MEESE III, Edwin. Discurso proferido em St. Louis School of Law, em 12 de Setembro de 1986. Disponível em:

<https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2011/08/23/09-12-1986.pdf>

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book* (1761p.) ISBN: 978-85-97-02490-6.

NUNES, Leandro Bastos. Os Fundamentos para a Lista Tríplice da PGR. **CONJUR**, 01 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-01/leandro-nunes-fundamentos-lista-triplice-pgr/> Acesso em:

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. *E-book* (532p.) ISBN: 978-85-7700-627-4.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book* (1240p.) ISBN: 9788553616404.:

Podcast:

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Costumes Constitucionais**. Podcast Onze Supremos, Episódio n.º 115, 04 de Novembro de 2022. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/2ICSIKpzeElg1vFEGSuLkV?si=g3DeSX8CSkKux8ISydGtVg>. Acesso em 29/09/2023, 17:21.