

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA**

Domingos Silvestre Alves de Oliveira César da Fonsêca

***A MATTER OF INTERPRETATION* – Um estudo acerca da *opus magna* de Antonin
Scalia**

PARANAÍBA – MS

2015

Domingos Silvestre Alves de Oliveira César da Fonseca

***A MATTER OF INTERPRETATION* – Um estudo acerca da *opus magna* de Antonin Scalia**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba, como exigência parcial para bacharelado do curso de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mário Lúcio Garcez Calil

PARANAÍBA – MS

2015

F743m Fonsêca, Domingos Silvestre Alves de Oliveira César da
A matter of interpretation: um estudo acerca da *opus magna* de Antonin
Scalia/ Domingos Silvestre Alves de Oliveira César da Fonsêca. - - Paranaíba,
MS: UEMS, 2015.
59f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Mário Lúcio Garcez Calil.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual de
Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Hermenêutica. 2. Common Law. I. Fonsêca, Domingos Silvestre
Alves de Oliveira César da. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do
Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 340

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

DOMINGOS SILVESTRE ALVES DE OLIVEIRA CÉSAR DA FONSÊCA

***A MATTER OF INTERPRETATION* – Um estudo acerca da *opus magna* de Antonin Scalia**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Mário Lúcio Garcez Calil (Orientador)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof.^a Dra. Etiene Maria Bosco Breviglieri
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof. Dr. Fabrício Muraro Novais
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

A Jesus Christo, O Pantocrator, por ter me carregado quando não pude mais prosseguir...

AGRADECIMENTOS

Agradeço de antemão a Santíssima Trindade por todas as graças obtidas.

Agradeço de modo especial a Virgem Santíssima por interceder por mim junto a seu filho Nosso Senhor Jesus Christo.

Agradeço aqui a minha amada “Vó Tota”, que já não se encontra fisicamente entre nós, mas que foi, é e será sempre fundamental na minha vida e na minha visão de mundo, por ter me ensinado o que há de mais importante para um ser humano aprender que é amar.

Agradeço a minha mãe, Maria Beatriz, pela força de caráter com que me criou.

Agradeço ao meu pai, Lutero e sua mãe e minha avó Maria Lourdes, pela necessária assistência nestes anos de Academia e pelos bons conselhos que me deram.

Agradeço a doce Tia Sayonara pela incessante contribuição, sem ela a conclusão desta jornada seria mais difícil.

Agradeço ao meu amado Tio Manoel, coração de menino, homem puro livre de toda a maldade e sua tia Débora por me receberem em sua casa e me tratarem como filho.

As minhas tias Maria de Fátima, Maria Santana, Maria Cristina, Maria Elenir, às minhas primas Monalisa, Amanda e Ana Carolina, seu apoio foi fundamental.

Agradeço a querida amiga, Patrícia Moraes, futura sócia e amiga dileta.

Agradeço ainda as pessoas que me recepcionaram em Paranaíba, Dona Anizete, Aceli, Nita, Lori, Alcione, D. Maria, no Fórum, Lucinda, Shirley, Renata, Suzeli, na UEMS Prof.ª Maria Silvia, Prof. Isael, Suzi.

Agradeço também meu Orientador Dr. Mário Calil por ter abraçado este projeto comigo.

Agradeço as meninas, minhas amigas, colegas de turma, em especial Emili, Priscila, Elis, Cleia, Fran e Naiane e também agradeço meu amigo Emílio Miranda.

Agradeço de forma especial e profunda aos meus irmãos que atravessaram esta jornada comigo, Rômulo Carvalho de Queiroz, Victor Hugo Mascarós, Carlos Vinicius Marin, Marcos Gabriel, Lucas Mascarós e Jaime Fiomaro vocês são a melhor parte da mim. Obrigado por tudo meus irmãos. E que venham tantas outras cachaças e cigarros.

“Chegaras até aqui, não irás mais longe, aqui se deterás as ondas do teu orgulho”

Jó 38:11

RESUMO

A crise que se abate sobre a hermenêutica não é privilégio do sistema interpretativo brasileiro, como se pode perceber é um mal que graça a maioria senão a totalidade das democracias ocidentais, e é neste escopo que pretende com este trabalho apresentar uma nova corrente, por expressão de uso, pois já está em discussão a mais de trinta anos, para que seja examinada, analisada pelos círculos hermenêuticos. Esta corrente, cujo um dos maiores expoentes é o Juiz Antonin Scalia da Suprema Corte dos Estados Unidos, é chamada de Originalismo, quanto a interpretação da Constituição e Textualismo quanto aos Estatutos e demais Legislação. A discussão é pertinente, principalmente diante da ausência de uma teoria brasileira dos precedentes e do advento do Novo Código de Processo Civil, que tem a real possibilidade de confundir ainda mais o jurisdicionado. Com este fulcro, de tão somente apresentar a obra mais proeminente de Scalia, é que se desenvolve este trabalho, em se tratando de um sistema em que os precedentes tem valor de lei e onde os juízes fazem realmente o direito. Além do pensamento do autor, expõe-se também os comentários de outros proeminentes juristas americanos como Lawrence Tribe, Ronald Dworkin, Mary Ann Glendon e intelectuais do peso do historiador Gordon Wood e da cientista política Dra. Amy Gutmann.

Palavras-chave: Hermenêutica. Interpretação. *Common-Law*. Originalismo. Textualismo.

ABSTRACT

The crisis that befalls hermeneutics is not a privilege of the Brazilian interpretation system, as can be seen, it is an evil that grace most, if not all, of the Western democracies, and this is why that this paper intends in presenting a new doctrine, the word new by expression of use for it is already being discussed for more than thirty years, that has to be examined and analyzed by the hermeneutic circles. This doctrine, which is authored by one of the greatest exponents of the American legal thought, Antonin Scalia, Justice of the Supreme Court of the United States, is called Originalism, as it stands for interpretation of the Constitution and Textualism as for statutory interpretation and other legislation. The discussion is relevant, notably in the absence of a Brazilian theory of precedents and the advent of the new Civil Procedure Code, which has the real possibility to grow further confusion upon the citizens. It is the aim of this paper just to present the most prominent work of Scalia, that's developed in this research, when it comes to a system in where precedents has a law value and where the judges actually do lawmaking. Besides the author's thought, also is exposed the comments of other prominent American jurists like Lawrence Tribe, Ronald Dworkin, Mary Ann Glendon and brilliant intellectuals like the historian Gordon Wood and political scientist Dr. Amy Gutmann.

Keywords: Hermeneutics. Interpretation. Common-Law. Originalism. Textualism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DO PREFÁCIO POR AMY GUTMANN	13
1.1 BREVE BIOGRAFIA DA PROFESSORA AMY GUTMANN	13
1.2 DO PREFÁCIO	14
2 UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO – ANTONIN SCALIA	19
2.1 BREVE BIOGRAFIA DO JUIZ ANTONIN SCALIA	19
2.2 O <i>COMMON LAW</i>	20
2.3 LEGISLAÇÃO DEMOCRÁTICA	23
2.4 A CIÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO DOS ESTATUTOS	26
2.5 A INTENÇÃO DO LEGISLADOR	27
2.6 A IGREJA DA SANTÍSSIMA TRINDADE	29
2.7 TEXTUALISMO	31
2.8 CÂNONES E PRESUNÇÕES	32
2.9 HISTÓRIA LEGISLATIVA	33
2.10 INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL	34
2.11 FLEXIBILIDADE E LIBERALIDADE DA CONSTITUIÇÃO VIVA	35
2.12 AUSÊNCIA DE UM PRINCÍPIO ORIENTADOR DA EVOLUÇÃO	36
3 DOS COMENTÁRIOS À PROPOSIÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DO JUIZ SCALIA	38
3.1 BREVE BIOGRAFIA DO PROFESSOR GORDON S. WOOD	38
3.1.1 DOS COMENTÁRIO DO PROFESSOR GORDON S. WOOD	38
3.2 BREVE BIOGRAFIA DO PROFESSOR LAWRENCE H. TRIBE	42
3.2.1 DOS COMENTÁRIO DO PROFESSOR LAWRENCE H. TRIBE	43
3.3 BREVE BIOGRAFIA DA PROFESSORA MARY ANN GLENDON	46
3.3.1 DOS COMENTÁRIO DA PROFESSORA MARY ANN GLENDON	47
3.4 BREVE BIOGRAFIA DO PROFESSOR RONALD DWORKIN	50
3.4.1 DOS COMENTARIOS DO PROFESSOR RONALD M. DWORKIN	51
4 DA RESPOSTA DO JUIZ SCALIA AOS SEUS COMENTADORES	54
4.1 RESPOSTA AO COMENTÁRIO DO PROFESSOR WOOD	54
4.2 RESPOSTA AO COMENTÁRIO DO PROFESSOR TRIBE	55
4.3 RESPOSTA À PROFESSORA GLENDON	56
4.4 RESPOSTA AO PROFESSOR DWORKIN	56
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se ocupa da apresentação da obra de Antonin Scalia, como proposta hermenêutica de dar segurança e uniformidade. A pesquisa será desenvolvida sob o crivo do método dedutivo e fará uso das técnicas de tradução e interpretação das modernas ferramentas para este fim.

É vetusta a dramática questão da interpretação dos *códices* legais para que se possa realizar dois dos principais fins do direito e da lei, a pacificação social e a segurança jurídica. Observa-se desde muito que o grande problema reside na total ausência de modelos ou mesmo padrões que consigam conferir uma certa uniformidade hermenêutica as decisões emanadas pelos magistrados e tribunais encarregados de tal tarefa.

Junte a isso tudo um novo ingrediente, a Constituição e sua força dentro do Estado contemporâneo, com todas as suas implicações.

Neste amplo panorama é que se dividem em uma verdadeira miríade de interpretações, em verdadeiras correntes, uma mais bizarra que a outra, as decisões judiciais, que ao invés de se preocuparem com a harmonia, segurança e vontade legal tendem cada vez mais ao protagonismo e ao estrelato desatrelando-se assim cada vez mais da realidade de quem é julgado, este ser que fica assim submetido a um Magistrado-Deus.

Outra problemática bem conhecida em um sistema de Democrático Tripartite atual é a usurpação de função de um corpo totalmente eleito para outro “iluminado”. Não é que se queira aqui o retorno a um empirismo exegético da era de aquário, mas parâmetros básicos e robustos para que se evite que todas as lides sejam aventureiras, para se descolar assim da bile dos tribunais.

No primeiro capítulo será apresentado o prefácio da Prof.^a Dra. Amy Gutaman que trata acerca dos pontos mais significativos de toda a obra.

No segundo tratar-se-á do pensamento de Antonin Scalia propriamente dito, que discorre sobre o *common-law*, e as formas de interpretação que advoga.

O terceiro capítulo é reservado aos comentários à proposta hermenêutica do Juiz Scalia.

No quarto e último o autor responde aos seus comentadores.

Este trabalho se porta pequenino ante a magnitude das proposições e não se pretende a discutir com profundidade tal tema, somente apresentá-lo para que os círculos hermenêuticos pátrios possam fazê-lo

1 DO PREFÁCIO POR AMY GUTMANN

Neste capítulo informar-se-á as credenciais da Professora Dra. Amy Gutmann bem como se apresentará o prefácio de sua autoria que contém, de um modo geral, uma breve análise do conteúdo que o segue na obra.

1.1 BREVE BIOGRAFIA DA PROFESSORA AMY GUTMANN

A Professora Amy Gutmann PhD., hoje 8ª Presidente da Universidade da Pensilvânia – Upenn - é Professora Christopher H. Browne de Ciência Política e Professora de Comunicação na Escola Annenberg de Comunicação, com nomeações secundárias do corpo docente em Filosofia na Faculdade de Artes e Ciências e da *Graduate School of Education*. Ela tem publicado extensamente sobre o valor da educação e deliberação na democracia, sobre a importância do acesso à educação superior e da saúde, sobre "o bom, o mau e o feio", a política de identidade, e sobre o papel essencial da ética, especialmente profissional e política – ética nos assuntos públicos. Antes da sua nomeação na Universidade da Pensilvânia, Dra. Gutmann serviu como reitora da Universidade de Princeton, onde também foi o Professora Laurance S. Rockefeller de Política. Foi diretora-fundadora do Centro Universitário de Valores Humanos, um eminente, centro multidisciplinar que apoia o ensino, a pesquisa e discussão pública da ética e dos valores humanos. Também em Princeton, atuou como Decana da Faculdade (Política) e como Assessora Acadêmica do Presidente, sendo laureada com prêmio *Distinguished Teaching*. Graduou-se *magna cum laude* no Harvard-Radcliffe College, obteve seu mestrado em Ciência Política pela London School of Economics e seu doutorado em Ciência Política pela Universidade de Harvard. Ela é casada com Michael W. Doyle, o Harold Brown Professor de Direito e Relações Internacionais na Universidade de Columbia. Sua filha, Abigail Gutmann Doyle, é Professora Associada de Química na Universidade de Princeton. Seu genro, Jakub Jurek, é professor visitante na Wharton School da Universidade da Pensilvânia.¹

¹ Tradução nossa do texto fornecido pelo *site* da Universidade da Pensilvânia em: <http://www.upenn.edu/president/meet-president/biography>

1.2 DO PREFÁCIO

O *rule of law* (Estado de Direito) é essencial para a democracia constitucional, mas as implicações de como deveriam os juízes interpretar a lei são complexas e contestadas, como evidenciado pelo elegante ensaio do Justice (juiz da Suprema Corte dos EUA) Antonin Scalia as respeitáveis porém desafiadoras repostas a ele dos Professores Ronald Dworkin, Mary Ann Glendon, Laurence Tribe e Gordon Wood. Juntos estes eminentes juristas debatem uma das mais importantes questões do nosso tempo: Como poderiam os juízes interpretar leis estatutárias e constitucionais para que suas decisões sejam realmente consistentes com o ideal democrático?

Poderia ser o objetivo dos juízes determinar a intenção do legislador que fez a lei? Deste modo isto aparenta ser o objetivo democrático: capturar a intenção do construtores da lei, os legisladores, que são responsabilizados perante a maioria. O juiz Scalia oferece uma poderosa crítica para esta ideia popular de que a interpretação judicial seria guiada pela intenção legislativa. Um governo de leis, não de homens, significa que uma intenção não expressada pelo legislador não deveria compelir os cidadãos. Leis dizem o que atualmente dizem, não o que os legisladores pretendiam que dissessem e não escreveram no texto da lei para qualquer um fosse comovido a ler. Esta é a essência da filosofia jurídica que o juiz Scalia desenvolve aqui detalhadamente. A filosofia é chamada de “textualismo”, ou originalismo, pois é o sentido “original” do texto – aplicado as circunstâncias do presente – que deveriam governar a interpretação dos estatutos e da Constituição.

A ideia de que a lei é o que as palavras que a constituem significam é, por óbvio, muito simples. Muitas palavras são abertas a múltiplas interpretações. Para dizer que as leis são o que suas palavras dizem seria deixar o significado da maioria das leis inaceitavelmente ambíguo. A complexidade de adaptar a o que as leis dizem poderia não só nos impedir – como impede o Juiz Scalia – de eliminar respostas indefensáveis para os desafios da interpretação aparentemente ambígua da lei. O Juiz Scalia critica duas alternativas ao textualismo – a decisão judicial feita de acordo com a intenção subjetiva e a criação judicial de uma Constituição “viva e em evolução” – como indefensáveis meios de interpretação (ou fracasso em interpretar) a lei. e ele vai além do mero criticismo, ele desenvolve e defende os méritos de sua filosofia do textualismo.

O Juiz Scalia nos mostra que o textualismo não é grosseiro, não imaginativo, ou prosaico, muito menos chato. Textualismo não é um estrito construtivismo, embora (diga ele) que seria melhor que não-textualismo. “Palavras têm um raio de significados limitado, e nenhuma interpretação que vá além deste raio é admissível” (GUTMANN, SCALIA, 1997, p. viii). As pessoas que respondem Scalia aceitam seu desafio: o que poderia, possivelmente, dar errado com a visão “senso comum” de que a interpretação judicial deveria ser guiada pelo texto e não pelas intenções ou ideais externos a ela, e pelo sentido original do texto, não por um sentido em evolução através do tempo.

A questão levantada pelos comentadores do Juiz Scalia são de dois tipos: O que os juízes comprometidos com o textualismo fazem quando o texto é ambíguo? Mais criticamente: Por que deveriam os juízes desistir de invocar princípios morais e outras fontes não textuais para auxiliar na interpretação da lei quando o texto mesmo é um guia inadequado?

O Juiz Scalia se antecipa a ambos os desafios em seu ensaio, e também replica-lhes em sua “Resposta”. Os juízes tem que dar o seu melhor para imaginar, em primeiro lugar, o sentido original das leis e, em segundo, as implicações práticas dadas a novos contextos para o sentido original. Na maioria dos casos os juízes fazendo isso serão exitosos. “Originalismo” ajuda a especificar o “textualismo” e ajuda os juízes a chegar em definidas interpretações do texto mesmo quando as palavras são ambíguas. “Há muitos cômodos para discordância como qual era o sentido original, ainda mais como o sentido original se aplicaria a situações apresentadas aos Tribunais”, sobre isso escreve Scalia. “(Mas) o originalista sabe ao menos o que ele procura: o sentido original do texto. Frequentemente – deveras, atrevo-me a dizer habitualmente – é fácil discernir e simplesmente aplicar. Às vezes (embora não frequente) haverá desacordo no que tange ao sentido original, e algumas vezes haverá desacordo como qual sentido original se aplica a novos e imprevistos fenômenos”.

Esta discordância de visões acerca da interpretação da lei representada neste volume varia muitas mais do que resolver as ambiguidades sobre o sentido original ou incertezas sobre como aplicar o sentido original a fenômenos novos e imprevistos. Os Professores Wood, Tribe, Glendon e Dworkin também questionam outras demandas feitas pelo Juiz Scalia em favor do textualismo. Eles questionam se o textualismo, como entende Scalia, é a filosofia legal mais defensável ou mais consistente com os valores democráticos. Todos os comentadores concorrem com a crítica, feita por Scalia, da interpretação feita sob a intenção subjetiva do legislador ou a filosofia moral favorita do julgador, mas eles sugerem outras alternativas – incluindo significativamente algumas diferentes versões de textualismo – que são aparentemente

defensáveis e democráticas, mesmo se não opções definitivas. Argumentam que estas alternativas não padecem das mesmas falhas devastadoras como estratégias de interpretação como as que Scalia critica.

O professor Wood se junta a Scalia na preocupação sobre a tensão entre o legislar judicial e a democracia. Os juízes, ele concorda, deveriam ser interpretes, não legisladores, mas para Wood, com *expertise* na área da História Americana, também se preocupa se Scalia não subestima o grau com o qual o legislar judicial é parte da mesma constituição da democracia americana, não obstante uma parte extremamente controvertida. Thomas Jefferson lutou, sem sucesso, para acabar com “o excêntrico impulso do extravagante, caprichoso homem criador” e fazer do juiz “uma mera máquina”. Não todos, ou mesmo muitos, dos *founding fathers* (pais fundadores, fundaram os EUA, bem como criaram e participaram de suas primeiras instituições) compartilhavam os objetivos de Jefferson. Nem desenharam o Judiciário seguindo seus planos. De acordo com o Prof. Wood: “Os Tribunais se tornaram entidades independentes das quais as relações com o povo soberano fez parecer quase que com a autoridade dos legisladores na criação da lei. A transformação foi monumental.” Se a interpretação de Wood acerca da história americana estiver correta então a intersecção das competências legislativa e judiciária podem ser a regra e não a exceção na América pós-colonial.

Prof. Tribe defende uma versão de textualismo que ajuda a explicar porque essa intersecção possa ser necessária. Ele duvida que juízes, historiadores ou qualquer um possa desvendar o bastante sobre a lei para apresentar decisões em muitos casos por somente interpretar o texto legal na maneira recomendada por Scalia. Tribe ainda quer também impedir que os juízes legislem suas preferências pessoais ou seus valores à guisa de uma “interpretação constitucional”. Para impedir os juízes de usurpar a autoridade democrática ele sugere uma estratégia um pouco diferente de Scalia. “É preciso admitir, ” diz o Professor Tribe, “quão difícil a tarefa, de interpretação constitucional, é, evitar qualquer pretensão que pode ser reduzida a um processo passivo de descoberta, em vez de construir uma interpretação; e substituir tal pretensão com uma “forma franca”, embora podendo ser incompleta e inconclusiva, do por que deveria ser considerada a sua proposta de construção do texto para ser digno de aceitação, à luz da Constituição como um todo, e a história de sua interpretação ” (GUTMANN, SCALIA, 1997, p. x).

Portanto, o Professor Tribe assume o desafio do juiz Scalia por duvidar "que qualquer conjunto defensável de regras finais de interpretação exista, idéias e perspectivas, sim, regras, não" (GUTMANN, SCALIA, 1997, p. x). Juízes podem ainda não saberem como interpretar as

leis , mas "deve[m] necessariamente buscar fora da própria Constituição" por orientação, o mesmo se aplicando a todos os que estão autorizados pela Constituição a interpretá-la e o dever de aderir às suas disposições. O "texto escrito da Constituição tem primazia e deve ser considerado o ponto da partida crucial" e "nada irreconciliável com o texto pode ser corretamente considerado parte da Constituição" (GUTMANN, SCALIA, 1997, p. vii). No entanto, "não há ... nada no próprio texto que proclama o texto da Constituição a ser o único ou final ponto de referência, e , mesmo que houvesse, tal proclamação auto-referencial levaria ao problema da regressão infinita, e, além disso, deixaria sem resposta a pergunta mesma com a qual começamos: "Como deveria ser apurado o significado do texto?" (GUTMANN, SCALIA, 1997, p. vii).

A Professora Glendon centra sua resposta num assunto negligenciado, levantando pelos críticos de Scalia de se estender os hábitos do direito consuetudinário aos Estatutos e ao Direito Constitucional: os méritos dos hábitos do common-law aplicados ao domínio do common-law. "Muitos de nossos vícios interpretativos se devem a sobrevivência dos hábitos do common-law no mundo da Lei promulgada," escreve Glendon, "mas deveria ser dito que estes hábitos foram os bons hábitos, mesmo que mal-adaptados a interpretação estatutária e constitucional. Conseqüentemente sua deterioração é a causa de preocupação" (GUTMANN, SCALIA, 1997, p. xi). A *Stare Decisis*, por preservar o poder dos precedentes, empresta estabilidade as expectativas dos cidadãos. Poderia ser bem pior, sugere Glendon, que uma Suprema Corte que segue os métodos do common-law no sentido de cuidar de cada caso, para prestar uma "justa resolução do caso que têm em mãos, ancorando a decisão no texto e na tradição, expondo claramente seu processo de raciocínio/argumentação, e fornecendo orientação às partes em casos futuros" (GUTMANN, SCALIA, 1997, p. xi). Em contraste, a Professora Glendon nos indaga a considerar uma Corte/Tribunal cujos acórdãos se parecem menos com fundamentação elaborada por princípios do que o produto dos votos da maioria. De vez em quando a Corte/Tribunal parece somente se mover de forma irracional e imprevisível, como o monstro das velhas versões de *Frankenstein*. Este tipo de Corte/Tribunal nos daria, de longe, muito mais o que temer, argumenta Glendon de modo vívido, do que um que siga os padrões do common-law, de princípios construídos sobre precedentes.

Professor Dworkin defende um versão diferente de Originalismo daquela defendida pelo Juiz Scalia. A ideia que distingue essa versão defendida pelo Professor Dworkin da de Scalia é que as disposições constitucionais chaves, como uma questão de seu significado original, estabelecem princípios abstratos invés de regras concretas ou datadas. Em caso afirmativo, então a aplicação destes princípios abstratos a casos particulares, que aceitam

juízos recentes, precisariam ser continuamente revistos, não num intento de encontrar substitutos para o que a Constituição diz, mas fora do que a mesma diz a respeito (GUTMANN, SCALIA, 1997). Dworkin argumenta que esta estratégia interpretativa é ao mesmo tempo fiel ao texto e aos princípios. “Porque”, ele pergunta, “não deveriam os constituintes ter pensado que uma combinação de direitos concretos e abstratos protegeriam melhor (evidentemente de forma abstrata) os objetivos que eles prepararam no preâmbulo?” (GUTMANN, SCALIA, 1997, p. xi) Porque não deveríamos pensar que sábios estadistas perceberiam que suas visões não seriam a última palavra neste assunto? Ademais, sustenta Dworkin, não houve aceitação geral do “entendimento acerca do direito de liberdade de expressão (*free speech right*) que os constituintes poderiam ter baseado em uma cláusula fixa (*dated clause*) mesmo que eles quisessem ter escrito uma” (GUTMANN, SCALIA 1997, p. xii). Quando o debate se inflamou sobre o Ato de Sedição de 1798 (*Sedition Act of 1798*) “ninguém supôs que a Primeira Emenda codificava algum entendimento atual e determinado, e a profunda divisão entre eles mostrou que não havia entendimento determinado para ser codificado” (GUTMANN, SCALIA, 1997, p. xii).

A divisão entre os colaboradores deste livro talvez não seja tão profunda quanto aquelas entre os autores o Ato de Sedição de 1798 e seus críticos, mas não há certamente resposta determinada entre eles para a questão de como os juízes deveriam interpretar os Estatutos e a Constituição. Embora, está a cargo de cada leitor decidir esta discordância, a resposta respeitável, também intrépida, do Juiz Scalia a seus comentadores irá, indubitavelmente, aumentar nosso entendimento dos méritos das respostas alternativas e engrandecer a consciência do interesse por todos os cidadãos [Americanos].

2 UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO – ANTONIN SCALIA

Neste capítulo se apresenta a biografia do autor e, não de forma exauriente, seu pensamento, bem como sua proposta hermenêutica quanto a interpretação da constituição e dos estatutos e o diagnóstico da crise interpretativa e porque faz necessária a discussão desta corrente como forma de possível solução, isto segundo a visão do Juiz Scalia.

2.1 BREVE BIOGRAFIA DO JUIZ ANTONIN SCALIA

Antes de iniciado o estudo cabe aqui uma breve biografia do autor, tendo como fonte a própria página da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Antonin Gregory Scalia, é Juiz Adjunto da Suprema Corte dos Estados Unidos e nasceu em Trenton, New Jersey, em 11 de março de 1936. Casou-se com Maureen McCarthy e tem nove filhos - Ann Forrest, Eugene, John Francis, Catherine Elisabeth, Mary Clare, Paul David, Mateus, Christopher James, e Margaret Jane. Ele recebeu seu A.B.(bacharelado) com honras (*summa cum laude e valedictorian*) em História da Universidade de Georgetown e da Universidade de Fribourg, na Suíça, e seu LL.B.(Legum Baccalaureus – primeiro diploma em formação jurídica de então) pela Harvard Law School, e foi bolsista Sheldon da Universidade de Harvard 1960-1961. Atuou na advocacia privada em Cleveland, Ohio a partir de 1961-1967. Foi professor de Direito na Universidade de Virginia desde o 1967-1971, professor de Direito na Universidade de Chicago de 1977-1982, e professor visitante de Direito Universidade de Georgetown e da Universidade de Stanford. Ele foi presidente da Seção da *American Bar Association* (OAB americana) de Direito Administrativo de 1981-1982, e sua Conferência dos Presidentes de Seção de 1982-1983. Serviu ao governo federal como Diretor Jurídico do Escritório de Política de Telecomunicações de 1971-1972, Presidente da Conferência Administrativa dos Estados Unidos a partir de 1972-1974, e Procurador-Geral Adjunto para o Gabinete de Assessoria Jurídica de 1974-1977. Ele foi nomeado juiz do Tribunal Federal de Apelações do Distrito de Colúmbia em 1982. O presidente Reagan nomeou-o como um Juiz Adjunto da Suprema Corte em 26 de setembro, 1986.²

² Tradução nossa de texto fornecido pelo *site* da Suprema Corte dos Estados Unidos em: <http://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>

2.2 O COMMON LAW

É premente neste capítulo inicial tratar dos fundamentos que acompanham e formam o sistema de interpretação da lei e do próprio Direito típico das estruturas do *common law*, e é neste escopo que se inicia com a breve descrição do sistema de ensino e do sistema legal propriamente dito

Neste tópico o autor demonstra quão impactante é o ensino do *common law* nas faculdades de direito, que é tão profundo, especialmente nos primeiros anos de ensino, que deixam profundas marcas nos estudantes, que podem não conhecer a lei, mas que já “pensam como advogados”. É tão forte, que é durante estes primeiros anos que a maioria dos cursos de direito, especialmente aqueles que tem o mais profundo efeito, ensinam a substância e a metodologia deste sistema legal, tais como Responsabilidade Civil (*torts*), Contratos (*contracts*), Direito das Coisas (*property*), Direito Penal (*criminal law*). É nisso que os advogados americanos têm suas primeiras experiências com sobre o *common law*.

Para entender este sistema é necessário que se perceba que ele não é realmente um “direito comum, costumeiro”, exceto que os juízes são “comuns”. Não é um direito consuetudinário no sentido da expressão das práticas costumeiras de um povo, mas sim um direito desenvolvido por juízes. Talvez, alude o autor, que no amanhecer do sistema ele tenha sim refletido essa característica, onde as Cortes eram meras seqüências das práticas consagradas socialmente, e, em sua maturidade uma sólida base comercial e social poderia ter sido a base para as decisões dos Tribunais. O que se pode auferir, no entanto, com base em todos os arquivos históricos de que se tenha notícia, não se encontra relação entre o costume propriamente dito e o *common law*, exceto, mais uma vez, no que tange ao *stare decisis*, que torna as decisões anteriores “costume” judicial.

Segue o autor dizendo que Holmes em seu influente livro, “*The Common Law*” – leitura sugerida para estudantes do primeiro ano – fala um pouco sobre o costume germânico e inglês primitivo – que mormente é sobre as decisões individuais dos tribunais e sobre os juízes, famosos ou não, que as produziram. O livro de Holmes é um louvor à razão e aos homens que trouxeram esta faculdade de aquentar ao invés de criar o direito anglo-americano.

Esta é imagem do direito – o *common law* – que um americano aspirante a advogado é primeiramente exposto, mesmo não tendo lido Holmes no verão anterior como seria de se supor. Aprende-se o direito, não tendo lido a lei que o promulga ou os tratados que o resume, mas sim

ao estudar as opiniões judiciais que o inventou. Este é o famoso método *case-law*, o qual foi criado pela Faculdade de Direito da Universidade de Harvard e posteriormente trazido para os cinemas e TV's pelo formidável Professor Kingsfield de “O homen que escolhi” (*The Paper Chase* – Filme de 1970), que consiste em direcionar o estudante para que leia uma série de casos, reunidos num compêndio chamado *casebook*, produzido para se mostrar como o direito se desenvolveu.

No campo dos contratos, por exemplo, lê-se e discute-se em classe o velho e famoso caso *Hadley v. Baxendale* decidido pelo Tribunal de Exchequer em 1854, *in verbis*

Havia um moinho em Gloucester parado por causa de um eixo quebrado. Para que se conseguisse um nova seria necessário enviar o velho, como modelo, para o fabricante do motor a vapor do moinho em Greenwich. O moleiro enviou um de seus empregados ao transportador para saber quanto demoraria a entrega; o funcionário contou ao transportador que o moinho estava parado e que a peça deveria ser enviada imediatamente, obtendo como resposta que se a peça fosse entregue a transportadora antes do meio-dia seria entregue no próximo dia. E assim foi feito no dia posterior, de acordo como as instruções da transportadora, pagando todos os ônus cabíveis, mas por causa da negligência da transportadora a peça foi entregue vários dias depois. Com o acúmulo de dias parado o moleiro solicitou, como danos pela quebra do contrato de transporte, seus lucros cessantes pelos dias que o moinho ficou parado, que evidentemente era muitas vezes o valor recebido pela transportadora. O transportador alegou que não era responsável por tão remota consequência. (SCALIA, 1997, p. 5).³

Que teve como decisão por parte do citado Tribunal a decisão de que o transportador não tinha responsabilidade, e que de forma profunda e bastante sutil e refinada criando uma regra importante, que em uma ação sobre quebra de contrato nem todos os danos são cobertos, mas somente aqueles que possam ser razoável e toleravelmente contemplados por ambas as partes quando firmaram o contrato. A decisão contém algumas razões políticas, pouca citações de algumas decisões anteriores dos Tribunais Ingleses, e nenhuma citação de uma gota da lei – apesar de o caso chamar atenção do tribunal para as disposições contidas no Código Civil Francês, pois não havia nenhuma menção relevante na legislação inglesa; os contratos nesse tempo eram criação e domínio quase que totalmente dos juízes.

O autor discorda da decisão – apesar de concordar com a nova regra produzida pela corte – no caso o moleiro e não o transportador deveria ter vencido a disputa, pois o tribunal simplesmente não prestou atenção devida no caso, pois era sabido pelo transportador que o

³ Tradução nossa.

moinho estava parado, então sendo claro para o vencedor que essa era a razão da urgência e que não geraria lucro enquanto estivesse inativo.

Continua Scalia, mas se pensa-se que é importante que o caso tenha sido injusto se perde o ponto nevrálgico do *common law*. Neste arquétipo qual das partes sai vencedora tem importância secundária, o que vem primeiro, como nos vetustos casos, não é que eles produziram decisões “corretas”, mas que o “rule of law” foi o mais inteligente. Os Tribunais do *common law* têm duas funções: aplicar a lei aos fatos – isso todos os juízes fazem, mas a segunda função, e a mais importante, é FAZER o direito.

Durante uma discussão sobre este caso surgiria em sala de aula, não se limitando a simples dissecação do caso, surgiria muitas resoluções hipotéticas testando a validade e a eficiência da cláusula de “previsibilidade”, estabelecida pela decisão dos Tribunais neste caso.

Ele utiliza como exemplo a suposição que alguém seja um ferreiro e um jovem cavaleiro vem ao encontro para consertar as ferraduras de seu cavalo ao preço de três xelins, que trocadas possuem defeito de fabricação. Ocorre que no caminho de casa, onde deveria o cavaleiro chegar até tal hora para que se apoderasse de grande herança, chega muito tarde, o que o leva a não receber seu prêmio. É o ferreiro realmente responsável por toda quantia da herança? É razoável imputar tal responsabilidade por três xelins? Este é o mesmo princípio firmando no caso *Hadley v. Baxendale*, pois como seria de se presumir se o ferreiro fosse responsável por tal perda o preço das ferraduras seriam acordados num valor exponencialmente maior. Esta é a razão pela qual este “rule of law” encontrou solido substrato por todos esses anos.

Scalia prossegue relatando quão excitante é para um calouro o *common-law*, pois ser um juiz neste sistema é o mesmo que atuar como rei(!) – divisando, do seu brilhantismo, quais são as leis que deveriam governar a humanidade. E não é de se espantar quantos estudantes, absortos neste ambiente, aspiram para suas vidas serem juízes(!).

Além da habilidade de pensar e divisar sobre a melhor norma legal há aí uma outra que é descoberta no primeiro ano da faculdade de direito e essencial para se fazer um bom juiz do *common-law*. Esta é uma habilidade necessária, pois um pré-requisito absoluto neste sistema de se fazer o direito é a doutrina da *stare decisis* – que é o princípio de que uma decisão produzida em um caso será seguida no próximo, o que é obvio, por que sem este princípio o tribunais do *common-law* não fariam o direito, estariam assim, de todo modo, simplesmente resolvendo os caso que lhes são levados. Este é o requisito que os futuros tribunais tem que seguir, de se submeterem a um princípio previamente decidido resultado de uma norma legal,

de um *rule of law*. Termina o Juiz Scalia relatando sobre a total inexistência deste requisito nos sistemas romano-germânicos, onde o texto da lei tem mais força que as decisões judiciais anteriores, que são somente consultadas, tal qual a doutrina, somente por seu valor persuasivo, pois não têm efeito vinculante.

Conquanto num sistema de precedentes tal qual o *common-law*, os advogados e juízes, necessariamente, devem estabelecer os princípios já decididos que atingem o caso em suas mãos.

Há ainda que se falar acerca do que se trata outra característica do sistema anglo-americano que forma a base junto com o *stare decisis* que é o *distinguishing*. Como se saberia que o *rule of law* pré-estabelecido seria ajustável ao caso(?). Neste caso surge o *distinguishing*, que segundo Scalia seria mais uma arte ou um jogo do que ciência propriamente dita, que consiste em se assumir, perceber que o caso não ultrapassa os limites estabelecido nos precedentes, se amoldando perfeitamente ou quase perfeitamente aos precedentes estabelecidos.

Como foi descrito é a este ambiente que são expostos todos os estudantes de direito, recém formados advogados e novos juízes, e a impressão que se tem é que dura por toda a vida profissional. A imagem do grande juiz – de Holmes e Cardozo – é a do homem que tem a inteligência de diferenciar o melhor precedente para o caso em mãos e, bingo(!), a imagem permanece quando o estudante se forma, quando se torna juiz, assim a tradição do *common-law* é transmitida.

2.3 LEGISLAÇÃO DEMOCRÁTICA

Deve se trazer ainda a visão do autor no que tange aos princípios democráticos e sua compatibilidade com o *common-law*.

Um Estado democrático é relativamente novo na história da humanidade, somente tem alguns séculos. Os juízes do sistema legal americano, pertencentes ao *common-law* vem de uma longa tradição monárquica, onde nas colônias tal qual na metrópole representavam o rei, o que só mudou com a transferência de seus poderes para o parlamento, e seria nestes termos o juiz inglês um agente da legislatura, haja visto que no sistema inglês a Câmara dos Lordes ser a mais alta corte do país. Tanto é este o costume que a legislatura dos estado de Massachusetts

ainda é chamada, mesmo que honorificamente, de Corte Geral daquele estado, mas sendo a Suprema Corte Judicial a *capta* do poder judiciário local.

Como a fundação dos Estados Unidos da América foi fortemente influenciada pelo pensamento de Locke e Montesquieu não seria de se espantar, que como ocorreu os poderes naturais exercidos pelo monarca agora estariam separados entre si e postos a se fiscalizarem (*checks and balances*). Esta é a pedra fundamental da proposta federal de Constituição, publicada por James Madison na revista *The Federalist n° 47* em que cita Montesquieu, “Se o poder de julgar se juntasse ao legislativo, a vida e a liberdade do súdito estaria exposta ao controle arbitrário, pois seria o juiz o legislador”⁴ (MONTESQUIEU apud MADISON apud SCALIA, 1997, p. 10). Não é sugerido pelo autor que o método de seu sistema pátrio seria no todo incompatível com a separação de poderes, pois seguindo Madison, que em sua época os juízes somente descobriam os significados da lei e não criavam o direito. Toda a questão que paira sobre o método somente aparece no século XX, com o surgimento do realismo jurídico que se toma conhecimento que os juízes “fazem” o *common-law*, e que cada estado tem o seu.

Tomado isso, sugere o autor, por esta visão realista do que os tribunais fazem perceber-se a relação desconfortável entre a produção do direito pelo *common-law* e a democracia, se não com a própria teoria da separação entre os poderes. De fato tal desconforto já era evidente para muitos, como Madison, mesmo antes do surgimento do realismo jurídico.

Ocorreu nos EUA, algo que parece impensável para quem estuda seu sistema legal ao longe, um movimento no século XIX de codificação do direito liderado por David Dudley Field mas ardorosamente abraçado por muitos reformadores. Um deles, Robert Rantoul, em um discurso no 4 de julho de 1836, feito em Scituate, Massachusetts diz o seguinte;

O direito feito pelo juiz é lei *ex post facto*, e portanto, injusto. Uma ação não sendo proibida pela Lei se torna proibida por construção judicial. Uma legislatura não pode fazer isso, pois a Constituição a veda. O Judiciário não usurpará o poder legislativo, diz a “Declaração de Direitos”: ainda assim não somente usurpa como também se amotina além dos limites do poder legislativo.

O direito produzido pelos juízes é legislação especial. O juiz é humano e sente a inclinação que cada caso possui e, se ele desejar decidir o próximo caso de forma diferente tem somente que “distinguir” o caso e assim fazer uma nova lei. A legislatura

⁴ Tradução nossa.

deve agir com visões gerais e prescrever de uma só vez para toda uma classe de casos.⁵ (RANTOUL apud SCALIA, 1997, p. 11).

Continua Rantoul,

O *Common-Law* é a perfeição da razão humana – tal qual o álcool é a perfeição do açúcar. O sutil espírito do *common-law* é razão duplamente destilada até que o que era saudável e nutritivo se torne puro veneno. A razão é doce e agradável para o intelecto não sofisticado, mas esta perversão sublimada da razão confunde, deixa perplexo e imerge suas vítimas num labirinto de erros.

O juiz produz o direito extorquindo dos precedentes algo que eles não contém. Ele estende o precedente, que ele mesmo é extensão de outros precedentes, até, através deste princípio confortável, o sistema todo novo é construído sem a autoridade ou interferência do legislador.⁶ (RANTOUL apud SCALIA, 1997, p. 11)

O movimento de codificação do século XIX, defendido por Field e Rantoul foi combatido pelos advogados e por conseguinte não obteve sucesso, exceto em um campo, o Direito Processual Civil, que o autor se espanta que algo que diz respeito aos juízes e advogados fosse abandonado do sistema judicial de produção do direito. Argumenta ainda ao autor que este campo, o processo civil, que era adstrito somente aos litigantes, advogados e juízes fora deixado de fora do costume do *common-law*, pois todo o resto continuava sob sua guarda. Talvez porque nos outros campos o precedente era mais livre desde a erosão da doutrina do *stare decisis*, pois decisões anteriores que nem mesmo as mentes mais perspicazes poderiam distinguir podem agora serem simplesmente anuladas.

O autor ainda defende que o *common-law* “não deveria ser dispensado, como que com as cracas do casco da democracia”⁷ (SCALIA, 1997, p. 12) e que está contente com o seu desenvolvimento. Admite ser comprovadamente um bom método de se desenvolver o direito, talvez o melhor método, sustenta o autor por ter como base que os juízes que aplicam o *common-law* nos EUA serem eleitos, no dizer de James C. Carter, um dos opositores mais ferrenhos à codificação que a “questão é, que este crescimento, desenvolvimento e melhoria do direito está sob a guarda de homens selecionados pelo povo segundo suas qualificações

⁵ Tradução nossa.

⁶ Tradução nossa.

⁷ Tradução nossa.

especiais e não adstrito a numerosas legislaturas desqualificadas por natureza de seus deveres(?)” (CARTER apud SCALIA, 1997, p. 12 e 13).

Mas, segundo o autor, sua discordância não reside no sistema propriamente dito, mas sim na atitude dos juízes do *common-law* se é apropriada para a maioria do trabalho judicial. Vive-se hoje uma era da legislação, e a mais novas são estatutos. É histórico que a maior parte da legislação federal é e sempre foi estatutária e mesmo os ramos do direito privado estão sendo codificados, os regulamentos das agências estatais, as leis do Congresso e das Legislatura, regras e normas elas mesmas uma importante, e mesmo crucial fonte do direito. Então essa aplicação, interpretação e feita de forma mais sistemática e é levado em conta de forma robusta as disposições legais. Isso é particularmente verdade nos Tribunais Federais onde, com algumas poucas menções, o *common-law* é inexistente. Cada caso solucionado perante um juiz federal envolve a interpretação do texto legal, de um regulamento, estatuto ou mesmo da Constituição – quanto a sua interpretação por ora será deixada de lado – devendo os estatutos e regulamentos merecer um estudo e atenção próprios como principal dever do juiz e por conseguinte do advogado e que de forma nenhuma é um inconveniente para o juiz do *common-law*, e que de fato, atacar a interpretação dos estatutos com a mente do “Sr. Conserta-Tudo” (referência ao juiz do *common-law*) seria a receita certa para a incompetência e usurpação.

2.4 A CIÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO DOS ESTATUTOS

O estado da arte da hermenêutica dos estatutos nos EUA e descrito pelo autor por meio das palavra de Hart Jr. e Sacks,

Não de ninguém uma teoria da interpretação dos estatutos, não importa que seja sua ou de qualquer um, que seja uma opinião precisa sobre o que atualmente os Tribunais fazem com os estatutos. A dura verdade acerca da matéria é que os Tribunais americanos não têm uma teoria inteligível, geralmente aceita, e consistentemente aplicada sobre a interpretação dos estatutos.⁸ (HART, Jr & SACKS apud SCALIA, 1997, p. 14)

⁸ Tradução nossa.

E partindo de tal constatação o autor descreve como “triste” os juízes não terem uma teoria inteligível sobre aquilo que eles mais fazem, mas mais “triste” ainda é a total ausência de interesse dos advogados bem como da educação legal daquele país para essa ausência de uma teoria da interpretação. Por mais que os acadêmicos tenham se esforçado ao máximo para racionalizar o *common-law* parecem apáticos acerca da ciência da interpretação e mais especificamente relacionada aos estatutos. Somente algumas Faculdades de Direito oferecem algo sobre a interpretação dos estatutos, espalhada em casos ou onde os estatutos se impõe pela sua própria natureza legal como o direito dos seguros, dos recursos naturais e do direito laboral.

Segue o autor dizendo que para seu conhecimento somente há um tratado sobre a interpretação dos estatutos que se propõe a tratar a matéria de uma forma sistemática e compreensiva – comparado a pelo menos seis ou mais no campo dos contratos. Este tratado é de Sutherland do ano de 1891, *Statutes and Statutory Construction*, atualizado por vários editores desde então, nos dias de hoje com oito volumes. Apesar de a interpretação dos estatutos aumentarem enormemente sua importância e um dos poucos campos jurídicos em que se enfrenta uma escassez em vez de um excesso (SCALIA, 1997) – comenta o autor – menos que a cinquenta anos atrás e bem menos que a um século – sendo o último tratado do tipo de 1940, do Professor Crawford, *The Construction of Statutes*.

Como se percebe há um lapso dos juristas e estudiosos do direito nos EUA em se preocuparem com as formas e como os Tribunais decidem, se preocupando mais com as próprias decisões em si.

2.5 A INTENÇÃO DO LEGISLADOR

A interpretação dos estatutos é uma matéria tão extensa e complexa que, como traz Scalia “não pode ser discutida em substância, num espaço tão pequeno, de forma compreensível” (SCALIA, 1997, p. 16), mas vale examinar uns poucos aspectos para demonstrar quanto confusão há. Como exemplo pode-se dizer a grosso modo que não somente, a um nível básico, que a metodologia é obscura tanto quanto seu objetivo no que tange a ciência da interpretação americana dos estatutos. “O que se busca quando se tenta apreender, conhecer um estatuto?” (SCALIA, 1997, p. 16)

Encontra-se nos julgados da Suprema Corte e de outros Tribunais americanos que o objetivo dos juízes ao interpretar os estatutos e dar efetividade a vontade do legislador. Este

princípio, de um jeito ou de outro, retorna até os tempos do domínio inglês. Infelizmente isso não se adapta a algumas novas regras aceitas de construção da interpretação dos estatutos. Uma dessas regras é que quando o texto é claro deve-se aplicado *ispsis litteris*. “Por que seria então a intenção do legislador, e não o que é dito pela lei, o objeto da investigação? Ou então aceitar uma declaração posterior do legislador, explicando o que ele realmente queria dizer?” (SCALIA, 1997, p.16).

Outra regra aceita de construção é que as ambiguidades contidas em novos estatutos devam ser resolvidas de forma, não somente internamente consistente, mas também compatível com leis pré-existentes, assumindo assim que a legislatura responsável por este estatuto já estava a par das leis anteriores. Isso para o autor, é simplesmente uma “ficção” se se buscar o sentido da intenção subjetiva do legislador do novo estatuto, pois deveria neste caso se ater ao texto promulgado isoladamente com atenção.

A evidência sugere que, apesar dos juízos ao contrário, não se busca o sentido subjetivo da intenção do legislador, ao invés busca-se reificar a intenção do mesmo – em se colocando a intenção do legislador contida no texto novo com o restante da legislação. Para elucidar tal afirmação Scalia usa das palavras de Bishop, *in verbis*, “O objeto principal de todas as regras de interpretação dos estatutos é se precisar a intenção legislativa; ou, exatamente, o significado que o sujeito está autorizado a entender o que foi pretendido pela legislatura”⁹ (BISHOP apud SCALIA, 1997, p. 17).

O autor argumenta que tal presunção é tal qual tirânica como quando o imperador Nero fora aconselhado que fixasse seus éditos nos altos dos pilares para que ninguém pudesse lê-los. Segundo o autor o governo que não expressar de forma clara suas intenções é do mesmo modo tirânico. Se em uma monarquia absoluta é o monarca que governa, em uma democracia é Lei que tem esta primazia e poder. Exemplifica ainda como seria incompatível tal forma de interpretação sendo sua oposição encontrada na máxima da Constituição de Massachusetts, “um governo de leis e não de homens”. Os homens podem pretender o que bem quiserem, mas somente a lei é compulsória.

Segue o autor dizendo que se se aceitar o princípio que o “objeto da interpretação é determinar a intenção do legislador, preso a uma genuína, mas não expressa intenção legislativa ao invés da própria letra da lei” (SCALIA, 1997, p.17) tem-se somente uma ameaça hipotética. A ameaça prática reside que, sob o manto ou mesmo a ilusão de se buscar tal intenção, os juízes

⁹ Tradução nossa.

passarem a perseguir seus próprios objetivos e desejos, estendendo suas inclinações legisladoras do *common-law* para os estatutos. Se se buscar o que o legislador quis dizer e não o que a lei diz dá ao julgador arbítrio suficiente para que ele decida como se pensasse qual seria a decisão mais sábia e inteligente teria, o que o levaria a concluir que a vontade da lei seria em última instância o que ele acha que a lei deveria significar, “como precisamente decidem os juízes do *common-law*” (SCALIA, 1997, p.17). Nas palavras do Deão da Faculdade de Direito de Harvard,

Os piores pecados são perpetrados em nome da intenção do legislador. Os juízes raramente estão dispostos a admitir seu atual papel como legisladores, e tal admissão os deixaria com os lábios torcidos, pois este costume reside no *common-law* e não no campo dos estatutos. Permitir nestas instancias que se fale em termos de intenção do legislador, como se o legislativo atribuísse um significado particular a certas palavras, quando está aparente se tratar da intenção do juiz, é permitir as práticas” atávicas tão arraigadas nos curandeiros.¹⁰ (LANDIS apud SCALIA, 1997, p. 17)

Destarte nota-se que a preocupação de como se deve interpretar os estatutos também não é nova, pois esta menção de Landis é datada do ano de 1930.

2.6 A IGREJA DA SANTÍSSIMA TRINDADE

Segue o relato de como a interpretação dos estatutos ou da própria lei causa divergência de interpretação.

O caso em tela trazido pelo autor se trata do famoso *Church of the Holy Trinity v. United States* decidido pela Suprema Corte em 1892.

A Igreja da Santíssima Trindade havia contratado um inglês para servir-lhe de reitor e pastor. Ocorre que sob a alegação de que ela havia violado um estatuto que proibia a “importação de estrangeiro sob contrato laboral de nenhum tipo” fora condenada perante o Corte Federal do Distrito Meridional de Nova York ao pagamento de multa cominada no estatuto violado. Esta decisão fora revertida em recurso para a Suprema Corte, e na decisão traz o seguinte,

Deve admitir-se que o ato da [igreja] está contido na letra desta seção (art.), pois a relação do reitor com sua igreja e de emprego, e implica trabalho de um lado e

¹⁰ Tradução nossa.

compensação do outro. Não somente são usadas as palavras trabalho e emprego, em significado geral, ambas nesta seção, mas também como se fosse guarda contra qualquer interpretação restritiva e enfatizar a abrangência de significado, para eles é adicionado " de qualquer tipo " ; e mais ... o quinto seção [do Estatuto] , o que torna exceções específicas , entre eles atores profissionais , artistas, palestrantes , cantores e empregados domésticos , reforça a idéia de que qualquer outro tipo de trabalho e serviço foi destinado a ser alcançado por a primeira seção . Embora haja uma grande força para esse raciocínio, não podemos pensar Congresso destina-se a denunciar com penalidades uma transação como essa no caso em apreço. É uma regra familiares , que uma coisa pode estar dentro da letra da lei e ainda não dentro da lei, porque não dentro de seu espírito , nem dentro da intenção de seus criadores.¹¹ (US 457, 1892 apud SCALIA, 1997, p. 19)

Então procede a decisão para concluir, citando a história legislativa dos EUA (1997, p. 19), que não era o significado apontado pelas instâncias inferiores contida na intenção do estatuto e que ela se referia tão somente aos trabalhadores braçais. Após a Suprema Corte discorre sobre como os EUA eram uma nação religiosa e que tal construção da interpretação, feita pela Corte Federal acerca do estatuto em questão, não poderia ser aceita como correta. Em conclusão do julgado,

É um caso em que não foi apresentado um mal definido, tendo em vista que o legislador usou termos gerais, com o objetivo de atingir todas as fases do que o mal, e, posteriormente, de forma inesperada, o desenvolvimento da linguagem geral, assim, empregada é suficientemente amplo para atingir casos e atos que toda a história e vida do país afirmam não poderem ter sido intencionalmente legislado contra. É dever dos Tribunais, sob essas circunstâncias, para ser dito , porquanto larga a linguagem da lei pode ser, o ato, embora contido na letra, não está dentro da vontade do legislador e, portanto, não pode estar dentro da lei.¹² (US 457 1892 apud SCALIA, 1997, p. 20)

O autor então discorda do fundamento da decisão, quando afirma que entende que o ato estava na letra da lei e que o Congresso pode produzir leis tolas, e não é porque a decisão acima chegou a um resultado justo que seus fundamentos estão corretos. Ainda ele diferencia o que se chamava "*lapsus linguae*", modernamente chamado de "erro do escrivão", quando algo na lei está patentemente em desacordo, e traz como exemplo se no estatuto contem termos como "*defendant*" (acusado) quando a própria matéria tratada era penal e o correto seria "*criminal defendant*" (réu), seria plausível que se corrigisse tal lapso através da jurisprudência, onde tal princípio aplicado a casos extremos seria razoavelmente cabível.

¹¹ Tradução nossa.

¹² Tradução nossa.

Continua o autor, que o caso da Igreja da Santíssima Trindade é citado todas as vezes que se quer justificar o legislar judicial, mas ainda há forma mais sofisticados e por isso menos explícitos do que o recurso à intenção legislativa, mas que não serão encontrados frequentemente nas decisões por serem casos claros de usurpação. Trata-se, por exemplo em se descobrir os objetivos da lei na sociedade e no tempo em que ela se encontra, que consiste no julgador somente exercitar seu ponto de vista por meio de subterfúgios, ficções e imprecisões para fundamentar sua decisão embasada num malabarismo hermenêutico travestido de boa ou justa decisão judicial.

Assevera o autor, “que a intenção do legislador divorciada do texto legal é um subterfúgio [...] o que é preciso não sua racionalização, mas sim seu total abandono” (SCALIA, 1997, p.22), pois não é compatível com sistema democrático que juízes não eleitos decidam qual é a intenção do legislador.

Termina o caso por citar Frankfurter, “A um ou dois dias atrás – quando o conselho falou sobre a intenção do legislador – fui indiscreto o bastante para dizer “Eu não me importo com a intenção deles” Eu somente quero saber o que as palavras dizem” (FRANKFURTER apud HOLMES apud SCALIA, 1997, p. 22-23) e Jackson: “nós não inquirimos qual a intenção do legislador; nos perguntamos somente o que o estatuto diz” (JACKSON apud HOLMES apud SCALIA, 1997, p. 23). O texto é a lei e a lei deve ser observada.

2.7 TEXTUALISMO

A filosofia interpretativa descrita pelo autor se trata do “Textualismo”, que por muitos é considerada “rústica”, “prosaica”, “sem inspiração”, o que por óbvio o autor refuta. Para ser um textualista, nos dizeres do autor, de boa cepa, não se necessita ser tão lento para perceber os amplos propósitos sociais em que um estatuto é produzido, ou poderia servir; ou tão tacanho para enxergar que novos tempos precisam de novas leis. Só se precisa crer que os juízes não possuem autoridade para perseguir tão amplos propósitos ou escrever estas novas leis.

O autor ainda faz uma elementar diferença entre o textualismo e o construtivismo estrito, que ele chama de degeneração do textualismo. Esta diferença consiste em se perceber o limite que os significados das palavras possuem nos textos legais, e como exemplo ele uso um julgado do qual participou, como voto vencido diga-se de passagem, onde escreveu sua divergência. Um réu foi condenado com pena majorada em crime de tráfico por ter usado uma arma de fogo,

onde o caso se tratava na verdade que réu havia usado a arma, descarregada, como moeda de troca por cocaína, o que, evidentemente, segundo Scalia, não poderia ter sido interpretado literalmente, pois o significado que o texto legal dá à conduta prescrita, usar a arma de fogo para aquilo que ela foi feita, atirar projeteis balísticos, algo ausente no caso.

Ainda traz Scalia, algo como a garantia do “devido processo legal”, como algo vago e extremamente textualista, pois a própria constituição a assevera como garantia. As propriedades podem ser tiradas, a liberdade também e até a vida, no sistema legal daquela nação, segundo um norma cogente geral, aprovada pelo legislativo e que garante somente a validade da lei em vigor e um julgamento justo.

De todas as críticas ao textualismo, a mais estúpida no dizer de Scalia, é que se trata de mero formalismo, ele ainda assevera como resposta, “claro que é formalismo” (SCALIA, 1997, p. 25). O Estado de Direito é sobre forma. Como exemplo cita o caso de algum cidadão vender tecnologia proibida por uma proposição legislativa proposta pelo executivo, aprovada nas duas casas do Congresso e pendente apenas da sanção presidencial, não comete este cidadão crime algum, pois como se sabe a validade da propositura como lei é inexistente. “Não é isso formalismo? É isso que faz um governo de leis e não de homens” (1997, p. 25).

2.8 CÂNONES E PRESUNÇÕES

Textualismo é, frequentemente, associado à regras de interpretação chamadas “cânones¹³ de construção”, muitos ainda em Latim, como por exemplo, *expressio unius est exclusio alteris*, ou seja, “a expressão de um exclui o outro”, como algo que está descrito, por exemplo, permitida a entrada de maiores de 21 anos por obvio exclui os menores desta idade. Outro cânone que pode ser citado é o *noscitur sociis*, que significa literalmente “conhecido por (meio de) seus companheiros, ou o a palavra e o texto e contexto. Os cânones de forma geral são usados ainda hoje para se construir uma decisão judicial.

Continua Scalia, que outro aspecto da interpretação textual merece discussão, que é o uso de certa presunções, como por exemplo a presunção do “*in duubio pro reo*” em que consiste em se havendo uma ambiguidade no texto legal, este deve ser interpretado e aplicado de modo

¹³ Segundo o Dicionário *online* Merriam-Webster **CANON** é um conjunto de princípios aceitos, regras ou critérios de um modelo de julgamento – interpretação judicial.

que favoreça o réu criminal, nos EUA essa presunção, chamada de “rule of lenity” também favorece os indígenas. Os efeitos destas presunções são devastadores, seja nas cortes conservadoras dos anos de 1920, com sua interpretação estrita, ou com as cortes mais liberais dos dias atuais, com sua interpretação liberal.

Assevera o autor que nenhum dos modos deve ser aceito como válido, pois como se sabe se o Congresso delegou tal prerrogativa aos juízes para que eles dissessem quando e não quando a interpretação deva ser estrita ou liberal, o que por óbvio depende mais do humor e o pensamento do julgador. A regra do *in dubio pro reo* (*rule of lenity*) é tão antiga quanto o próprio *common-law* e por isso se encontra firmemente cimentada nas raízes jurídicas da maioria das democracias ocidentais, tal qual os EUA, mas as outras incidências, no caso americano duvida muito o Juiz Scalia.

2.9 HISTÓRIA LEGISLATIVA

Afastando-se um pouco do que acima foi tratado analisa o autor o que modernamente vem sendo chamado de interpretação segundo a “história legislativa”, o que de fato é algo novo na hermenêutica americana. Essa história seria baseada nos debates, relatórios das comissões legislativas tidas como parte da própria história da lei a ser levada em consideração. Está claro que a esta altura que o autor também afasta este expediente hermenêutico. Para ele o objetivo indicado pelas palavras, e não a intenção do legislador, é o que constitui a lei e esta era a prática nos tribunais ingleses e americanos de outrora, e como confirmação cita o *Chief Justice* Taney,

Ao expor esta lei, a decisão do tribunal não pode, em qualquer grau, ser influenciado pela construção colocado sobre ela por membros individuais do Congresso no debate que teve lugar na ocasião de sua aprovação, nem pelos motivos ou razões atribuídas por eles para apoiar ou se opor a emendas, alterações que lhe foram oferecidas. A lei, uma vez aprovada é a vontade da maioria de ambas as casas, e nós devemos apenas cuidar para que essa vontade é seja a mesma da lei em si; e devemos buscar sua intenção na linguagem então utilizada, comparando-a, quando existir qualquer ambiguidade, com as leis sobre o mesmo assunto, e olhando, se necessário, para a história pública dos tempos em que foi aprovada.¹⁴ (*ALDRIDGE v. WILLIAMS*, 44 US apud SCALIA. 1997, p. 30)

¹⁴ Tradução nossa.

Informa o autor que este movimento de se buscar fundamento hermenêutico na história legislativa, mascarando assim a impostura das visões dos próprios juízes, ocorre no período de tribunais conservadores para repelir a legislação social de cunho progressista.

Tal recurso a história legislativa se tornou tão frequente que se inverteu a máxima, “deve-se buscar nos estatutos quando a história legislativa é ambígua”, o que de certo modo, chega ao patamar de bizarrice, relata o Juiz Scalia, ter recebido em petição o seguinte escrito: “Infelizmente, os debates legislativos não ajudaram. Desse modo, buscamos em outro sinalizador nesta difícil área, a linguagem do estatuto” (*Jett v. Dallas Independent School District*, apud SCALIA, 1997, p. 31)

Aduz ainda o autor, que mesmo por ser contra a utilização da “intenção do legislador” como fundamento interpretativo é também contra o recurso à história legislativa (SCALIA, 1997). Este recurso, segundo Scalia, seria tão falso ou mais quanto a busca da intenção legislativa.

Segue ainda dizendo ainda que é chegada a hora de se acabar com tal subterfugio cabalmente e que isto pouparia os juízes, advogados e clientes de embaraços e perda substancial de fundos econômicos e tempo, por não conter a história legislativa nenhuma relação com o mandamento legal a não ser de precedente fático de sua criação, pois a lei bem como os estatutos só passam a ter vigência após sua promulgação.

2.10 INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Apresentado as primeiras lições sobre o *common-law* e seu efeito na interpretação dos estatutos e da lei passa-se agora a discorrer sobre a interpretação da constituição contida na obra de Antonin Scalia.

Inicia o Juiz Scalia, que em interpretação textual o contexto é tudo, e o contexto da Constituição não nos dá as críticas detalhadas, e sim nos dar palavras e frases mais genéricas e abstratas do a interpretação pode divisar. Como exemplo ele traz a Primeira Emenda, que garante a liberdade de expressão e de imprensa. Esta garantia não lista exaustivamente todo o raio da comunicação, como que cartas não são um discurso (*speech*) e nem imprensa, mas estão

sob a guarda desta emenda e não podem ser censuradas. Isto é contexto constitucional. Tal interpretação não é estrito construtivismo e sim construção razoável.

O juiz Scalia ainda relata que consulta os textos de Madison e Hamilton não por serem eles constituintes, mas justamente por seus escritos serem inteligentes, e da mesma forma consulta Jefferson, todos como ponto de apoio em argumentação, pois o significado original é encontrado no próprio texto constitucional não abrindo margem. Se ele rejeita a busca da intenção do legislador, a história legislativa como fundamento, rejeita do mesmo modo tais subterfúgios quanto a Constituição.

A grande cizânia, em relação a interpretação constitucional, não é entre a intenção do constituinte e o significado objetivo, e sim entre o *significado original* e o *significado atual*. A crescente escola da interpretação de nossos dias é da Constituição Viva, que tem por base ser a constituição um *corpus* legal que cresce e muda de tempos em tempos, para assim satisfazer as necessidades da sociedade, e, está a cabo dos juízes decidir essas “necessidades” e “encontrar” a clausula que mudará. É o retorno do *common-law*, só que infinitamente mais poderoso.

Como exemplo o autor usa o que se estuda nas faculdades como direito constitucional, que ao invés das disposições constitucionais, ou a própria constituição e suas clausulas passa aos *casebooks* contendo as decisões da Suprema Corte, se ensinando não o que a constituição diz mas sim o que ela deveria dizer, segundo o desejo deste tribunal. Se os juízes não entenderem o resultado com desejado eles “distinguem” o caso, e se isso não bastar anulam a força dos precedentes, para que assim se julgue conforme a Corte e não conforme a Constituição (SCALIA, 1997).

Este é o modo *commom-law* de se produzir o direito, não pela forma de se construir um texto democraticamente adotado, combatido pelo autor, que defende seja buscado tão somente o significado original das palavras e expressões contidos no texto constitucional com uma margem de significados permitidos pela própria constituição.

2.11 FLEXIBILIDADE E LIBERALIDADE DA CONSTITUIÇÃO VIVA

Abordando a corrente que defende a Teoria da Constituição Viva, Scalia inicia dizendo que o argumento mais frequente que se encontra a favor é pragmático, que tal abordagem evolucionária é necessária para prover a “flexibilidade” que uma sociedade em mudança requer

(SCALIA, 1997). O que seria um argumento bastante persuasivo, se entendermos que estas mudanças nos empurrariam para um futuro onde se eliminaria as restrições postas sobre o governo democrático. O oposto também é verdade. Scalia exercita que se as mudanças forem em si mesmas perversas, o que as parará, se própria constituição é um texto vivo e deve se adaptar a sociedade em que se insere.

Hipoteticamente, o Juiz Scalia fala acerca do lobby contra a garantia constitucional de portar armas, que a redução, ou até mesmo a eliminação desta garantia seria o desejo da sociedade, contraposto por outro grande lobby, a NRA, se isso acontecesse poderiam até se estar satisfazendo o desejo “social” e adaptando a constituição a esta sociedade, mas não se finja que não estar-se-ia cassando um direito garantido na constituição por via oblíqua, portanto, usurpação clara.

2.12 AUSÊNCIA DE UM PRINCÍPIO ORIENTADOR DA EVOLUÇÃO

A proposição do autor afirma que o povo americano ficaria satisfeito com a redução de algumas liberdades, e é por este motivo mesmo que tais garantias se encontram na constituição, para serem protegidas de formas enviesadas de eliminação de direitos travestidas de vontade democrática, quando são na verdade pontos de vista dos juízes. Talvez o maior defeito da Teoria da Constituição Viva, muito próximo da incompatibilidade de toda proposta anti-evolucionária de uma constituição escrita, é que não há acordo, nem possibilidade de acordo, sobre o princípio orientador desta evolução, pois como se sabe o *Panta Rei* (tudo muda, tudo flui) não é um princípio informativo suficiente para guiar a interpretação constitucional (SCALIA, 1997). Para se notar o tamanho a confusão entre os adeptos desta teoria, o autor os compara com as muitas visões sobre o que é bom, verdadeiro, o que é belo, cada corrente assume um ponto, mas pode-se perceber a total discordância entre elas.

A proposta originalista, não que concordem entre si o tempo todo, é há muito espaço para a discordância, como por exemplo qual seria o significado original, ou como o significado original seria aplicado ao caso concreto, mas diferentemente do evolucionista, este saberia o que buscava na constituição, ou seja, o significado original. Onde as dificuldades e incertezas de se determinar o significado original e sua aplicação seriam mais claras e insignificantes ante as da filosofia que prega a constituição em mudança. Pois assim seria, sob o manto do *Panta rei*: o que antes era proibido agora é permitido e *vice versa*. Não importa o princípio que se use,

no fim a constituição evoluirá de acordo com o desejo da maioria. Seria então de se dizer, que a constituição evoluiria de acordo com padrões em evolução.

Cabe dizer que outrora acreditava-se tão firmemente que a Constituição era imutável, que foi necessária uma batalha no Congresso para que o direito ao voto fosse garantido às mulheres, e que mesmo com a garantia da igualdade perante a lei não fora antes introduzido. Se tal emenda, a 19ª Emenda, ainda fosse necessária nos dias de hoje certamente os tribunais, e até mesmo os juízes federais, mudariam a constituição sem serem autorizados por ela mesma a fazê-lo (SCALIA, 1997).

No fim do expediente o juiz decidiriam com a maioria, o que de fato não rasgaria somente a Constituição como também a Declaração dos Direitos, que tem como escopo a proteção do indivíduo contra esta mesma maioria.

Assim termina toda a explanação do Juiz Scalia acerca do problema da interpretação judicial da lei, dos estatutos e da própria constituição, e, como tendo natureza de debate no próximo capítulo passa-se a discorrer sobre os comentários e comentadores da proposição acima exposta.

3 DOS COMENTÁRIOS À PROPOSIÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DO JUIZ SCALIA

Neste capítulo tratar-se-á da apresentação do *curriculum vitae* dos comentadores com suas respectivas biografias e seus comentários, expostos nos pontos em que mais divergiram da proposta do Juiz Scalia, que de todo acrescentam no debate do estado da arte da hermenêutica jurídica americana e ocidental.

3.1. BREVE BIOGRAFIA DO PROFESSOR GORDON S. WOOD

Gordon Stewart Wood é Professor Universitário Alva O. Way e Professor Emérito de História da Universidade Brown. Ele recebeu seu B.A. em História (*summa cum laude*) da Universidade Tufts e seu Ph.D. da Universidade de Harvard. Ele ensinou na Universidade de Harvard e da Universidade de Michigan antes de ingressar no corpo docente de Brown em 1969. Ele é o autor dos livros *Creation of the American Republic, 1776-1787* (1969), que ganhou o prêmio Bancroft e o Prêmio John H. Dunning em 1970, *The Radicalism of the American Revolution* (1992), que ganhou o Prêmio Pulitzer de História e o Prêmio Ralph Waldo Emerson em 1993, *The Americanization of Benjamin Franklin* (2004) recebeu o Prêmio Julia Ward Howe do *Boston Authors Club* em 2005, *Revolutionary Characters: What Made the Founders Different*, publicado em 2006, *The Purpose of the Past: Reflections on the Uses of History* foi publicado em 2008. Seu livro pela *Oxford History of the United States* (Ed.), *Empire of Liberty: A History of the Early Republic, 1789-1815* foi publicado em Outubro de 2009. O Professor Wood ainda é revisor no *New York Review of Books* e *The New Republic*. Ele é membro da Academia Americana de Artes e Ciências e da Sociedade Filosófica Americana.¹⁵

3.1.1 DOS COMENTÁRIO DO PROFESSOR GORDON S. WOOD

Inicia o comentarista com as deferências que são pertinentes, pois como o mesmo esclarece, não pertence ao campo do conhecimento do Juiz Scalia, posto que é historiador, e

¹⁵ Tradução nossa de texto fornecido pela *Brown Univeristy* em: <https://vivo.brown.edu/display/gwood>

que se sente lisonjeado de que seus comentários sejam recebidos entre os juristas, todos exceto ele e a autora do prefácio o são.

Relata o Professor Gordon que se deve a sua participação neste trabalho o fato de ser historiador especialista no período revolucionário americano bem como de certa forma ter escrito algo relevante acerca da história da constituição.

Seguindo, conta como era a visão dos colonos acerca do judiciário à época, que se tratavam meros agentes da coroa inglesa, e estavam de forma institucional presos ao poder executivo, posto que por dever e hierarquia obedeciam aos governadores gerais da coroa. Neste período o juiz era um juiz muito mais por seu prestígio político do que por sua *expertise* jurídica, onde quase nenhum deles tinha conhecimento jurídico formal. Bastava ter influência e contatos para se tornar um magistrado.

A esse ambiente de sujeição à metrópole se somava o costume do *common-law*, o que gerou nos fundadores receio ao adotar as ideias de Hume, Locke, Stuart Mill, Montesquieu entre outros. O que se seguiu à revolução nas primeiras décadas foi uma verdadeira animosidade das então novas instituições para com o judiciário, onde, nos dizeres de Jefferson, “o juiz deveria ser uma mera máquina” (SCALIA, WOOD, 1997, p. 50). Cabe se salientar que no princípio da era americana, muitos juízes da Suprema Corte também tinha cargos administrativos, como Jay e Ellsworth que desempenharam missões diplomáticas concomitantemente com as de juízes.

É neste afã que os primeiros anos da República Americana se viu uma profusão de legislações, no âmbito dos estados e da união, uma mais confusa que a outra, semeando um campo fértil para os mais mal inclinados a obterem favores injustos da lei. É neste contexto que os cidadãos se voltam para o judiciário e as práticas do *common-law*, desta vez entendendo, como Hamilton disse no Federalista nº 78, “que os Tribunais, tinham o direito e o dever de rever os atos promulgados pelo Legislativo, construindo os estatutos e mesmo afastando quando em desacordo com a Constituição Federal ou dos estados” (HAMILTON apud SCALIA, WOOD, 1997, p. 53). Deveria então ser o judiciário, na formação política americana de então, um corpo intermediário e o legislativo, pois como traz Wood em seu comentário, o Legislativo detém somente alguns poderes e o povo não estava disposto, nem a Constituição, delegar-lhes um poder constituinte absoluto.

Já pelo século XIX os juízes começaram a rejeitar a impostura pelos outros dois poderes de funções administrativas, e também a se distanciarem da vida política que outrora era parte da magistratura. Esta nova postura dá autoridade ao judiciário perante o povo, e com os

resultados das decisões da Suprema Corte, como *Marbury v. Madison*, com a Corte Marshall (1801 – 1935), estabeleceu as tradições e funções como hoje se conhece.

Essa redefinição dos juízes como agente do povo soberano fez total diferença, pois deu igual autoridade a do legislativo e executivo alterou significativamente o caráter do judiciário na América, afetando profundamente seu papel como intérprete da Lei. Os Tribunais se tornaram independentes cujas relações com o povo soberano o fizeram ser parecido com o legislativo em termos de criação do Direito, da Lei.

O comentarista, tendo dito isso, justifica que o problema apontado por Scalia está “profundamente enraizado na história americana” (SCALIA, WOOD, 1997, p. 58) não sendo suscetível de soluções fáceis, pois com uma discricção judiciária hipertrofiada e o legislar judiciário das últimas décadas representem somente uma mudança de grau e não de tipo.

Tece agora Wood seus comentários direitos a respeito da proposição interpretativa do Juiz Scalia. Primeiro traz que o comentado discorda ser esse um fenômeno novo, o da incompatibilidade democrática que possa haver no ato de legislar do juiz do *common-law*, pois como foi explanado este hábito existiu desde o começo daquela República. Assevera ainda que o sistema americano nunca foi puramente democrático, em se levando conta a concepção de democracia bruta, onde a vontade da maioria sempre prevalece.

Ilustra que, apesar de Scalia estar disposto ainda a conservar o *common-law* como mais ou menos uma limitação da democracia popular ele quer fazer algo a respeito do legislar judicial (SCALIA, WOOD, 1997). O que realmente se extrai da propositura do Juiz Scalia é a vontade de se limitar do excesso de discricionariade judicial relacionada a interpretação dos estatutos. O comentarista não duvida da importância da questão, mas parece a ele somente um sintoma de uma questão mais profunda. Talvez por ser este o aspecto que o comentado mais pode realmente fazer algo é onde quer que se preste mais atenção.

O comentador levanta então algumas questões acerca da interpretação dos estatutos. Primeiramente ele questiona se a distinção feita por Scalia entre a interpretação do *common-law* e dos estatutos não é demasiadamente acentuada. Não sendo um jurista, mesmo assim descreve que a atuação de um juiz no sistema legal do *common-law* é de interpretar e encaixar os estatutos no todo da legislação, e isso é feito nos moldes providos pelo sistema inglês. Para explicar ele traz a exemplo como os juízes ingleses realizam esta interpretação, lembrando que na Inglaterra os juízes são agentes do Parlamento, sendo o este o condensador dos três poderes contidos na Constituição. Lá, inicia Wood, a “interpretação dos textos [legais] requer

conhecimento extensivo de todo o sistema legal e envolve continua criação de novos entendimentos legais” (SCALIA, WOOD, 1997, p. 59-60). Nos países anglófonos o poder legislativo evoluiu de tribunais, durante os séculos XVII e XVIII e estavam profundamente envolvido naquilo que seriam puramente casos judiciais, interferindo em causa privadas, anulando decisões de tribunais, e fixando as execuções após os julgamentos. Esse desenvolvimento sedimentou na cultura do povo a certa independência gozada pelos juízes americanos como em nenhum outro lugar do mundo no que tange a criação do direito. O poder de interpretar a constituição, não mais uma questão política, ficou a cargo dos princípios fixos a serem determinados por juízes.

Wood pensa que o Juiz Scalia está correto em ser conexo o problema da interpretação dos estatutos com o da interpretação da constituição. Relata ainda que os hábitos da revisão judicial tornou a constituição em um mero estatuto – um grande estatuto diga-se de passagem (SCALIA, WOOD, 1997) – que pode ser interpretado pelos métodos convencionais do *common-law*. Os Pais-Fundadores, conceberam a constituição e a tratavam como uma Lei tão fundamental e incrível a ser restrita de das maneira ordinária de interpretação judicial. Asseveravam que todos os poderes tinham o que Madison chamou de “um direito concorrente de interpretar a constituição” (SCALIA, WOOD, 1997, p. 62). Com o advento da Corte Marshall todo esse princípio colapsou a diferença então na interpretação da constituição, fenômeno conhecido como a “legalização da Lei fundamental” (SCALIA, WOOD, 1997, p.61). Assim foi trazida a Constituição para o domínio da lei ordinária e sujeitada as velhas práticas de construção e exposição legal como se não fosse diferente de um mero estatuto. Os juízes americanos podiam agora interpretar as breves disposições da Constituição pelas regras de interpretação do *common-law*, apresentadas por Blackstone – sujeito-objeto, intenção, contexto e razoabilidade – como se fossem palavras de um estatuto. O que, de todo o modo, retorna, nos dizeres de Wood, a questão da interpretação dos estatutos, proposta por Scalia.

Prossegue Wood dizendo que o Juiz Scalia está certo de quão grande é poder dos juízes hodiernamente e quão perigoso é tal poder. Como acima foi evidenciado, este poder é produto de mais de dois séculos de história sendo produto de uma “imensa” mudança na cultura legal e judicial americana. Para Wood o textualismo seria homeopático tratamento dado ao tamanho do problema e pode não ser solução nenhuma, sendo tão arbitrário quanto outros paradigmas hermenêuticos, pois a intenção do texto pode muito bem ser a intenção da inclinação do julgador. Ao que propõe o comentarista não ver nenhuma opção acerca das práticas interpretativas senão a mudança dos próprios juízes ou a indicação de juízes que tenham atitudes

de acordo com o que se queira para os Tribunais. Talvez a continua politização das ações judiciais poderão, eventualmente, explicitar uma renovada apreciação dos perigos de se misturar a lei e a política, resultando numa renovada ênfase nos aspectos cientificamente legais e esotéricos da decisão judicial. Uma acentuada separação entre a lei e a política foi a chave do sucesso de Madison (SCALIA, WOOD, 1997) o que pode voltar a ocorrer, mas antes deve-se reverter algumas tendências *reductio ad absurdum* ou argumento apagógico do realismo jurídico. Aponta ainda que a fonte do problema que trata Scalia seria a “desmistificação da lei” como sendo um aspecto da desmistificação de toda autoridade como pano de fundo do século XX.

Conclui Wood que, ainda se tem um governo de lei e não de homens e acredita que ninguém queria que a lei signifique aquilo que o juiz queira ou sinta em dia particular, e, mesmo os juristas que advogam o expansionismo e o legislar judicial são relutantes em promover tal tão abertamente. Nesta relutância é que reside a esperança de um renascimento de uma jurisprudência desinteressada.

3.2 BREVE BIOGRAFIA DO PROFESSOR LAWRENCE H. TRIBE

Laurence Henry Tribe é Professor Universitário Carl M. Loeb e professor de Direito Constitucional na Universidade de Harvard. Leciona na Faculdade de Direito de Harvard desde 1968 e foi eleito o melhor professor pelas turmas que se graduaram no ano de 2000. O título de "Professor Universitário" é a mais alta honra acadêmica de Harvard, atribuído a apenas poucos professores, com menos de 75 professores laureados em toda a história da Universidade de Harvard. Nascido na China, de pais judeus russos, Tribe foi aceito por Harvard em 1958, aos 16 onde graduou *summa cum laude* em Matemática (1962) e *magna cum laude* em Direito (1966); Foi escrivão das Supremas Cortes da Califórnia e dos Estados Unidos (1966-1968), investido no cargo aos 30 anos; foi eleito para a Academia Americana de Artes e Ciências aos 38 anos e para a Sociedade Filosófica Americana em 2010; ajudou a escrever as constituições da África do Sul, da República Checa, e as Ilhas Marshall; recebeu onze graus honoríficos, mais recentemente um doutorado *honoris causa* do Governo do México, em março de 2011, que nunca foi antes atribuído a um americano, e um honorário D. Litt. da Universidade de Columbia; prevaleceu em três quintos dos muitos casos de apelação que atuou (incluindo 35 perante Suprema Corte dos EUA); foi nomeado em 2010 pelo Presidente Barack H. Obama e o

Procurador-Geral Eric Holder para servir como o primeiro conselheiro sênior para o acesso à justiça. Escreveu 115 livros e artigos, incluindo seu tratado, *American Constitutional Law*, citado mais do que qualquer outro texto legal desde 1950.¹⁶

3.2.1 DOS COMENTÁRIOS DO PROFESSOR LAWRENCE H. TRIBE

O Professor Tribe inicia seu comentário dizendo que se aterá somente a interpretação constitucional, pois como se verifica em sua biografia é sua área de *expertise*. Diz ainda que concorda com algumas proposições do Juiz Scalia, discorda de algumas, outras lhe causa perplexidade.

O primeiro ponto que trata Tribe é a área de concordância. Ele concorda quando se pergunta o significado de texto legal – o que requer, o que autoriza ou o que proíbe (SCALIA, TRIBE, 1997) – não se deve buscar uma intenção pessoal, não importa a intenção do legislador ou constituinte, o texto constitucional deve ser interpretado em si.

Apresenta o comentador um esquema dicotômico baseado na proposição do autor, em que o primeiro, no caso em se achar a intenção do legislador, é a produção do direito disfarçada de julgamento e a segunda, quando se busca o significado original das cláusulas e disposições constitucionais é genuinamente julgamento. Este é o ponto de concordância.

A primeira crítica reside no fato de essa interpretação se desenvolver baseada em cláusulas e disposições fixas, e o comentador cita Dworkin, para contra argumentar, dizendo que agora todos são originalista, e que a grande diferença está no modo em que se pesa os efeitos e consequências da interpretação de cláusulas fixas no tempo ou fixas na constituição.

Como exemplo o Professor Tribe usa o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, que acabou com a segregação racial nas escolas americanas sob o argumento que tal política violava a 14ª Emenda, que garante a igualdade de todos, a que Tribe diz o que sempre disse, “todos são iguais perante a lei” (SCALIA, TRIBE, 1997, p. 68), pois esse significado seria bem diferente se fosse entendido na data da promulgação da emenda.

Discorda ainda o comentador tanto de Dworkin quanto Scalia se alguém pode “descobrir”, já que não se pode olhar para o passado, ou usar as ferramentas dadas pela

¹⁶ Tradução nossa de texto fornecido pela *Harvard Law School* em: <http://hls.harvard.edu/faculty/directory/10899/Tribe>

psicologia, pela história ou mesmo a biografia e em meditação ser lhe revelado o significado. Nem concorda que todas as disposições constitucionais possam, no momento de sua criação, nitidamente ser classificadas em duas categorias distintas, uma para princípios abstratos gerais de aplicação e capacidade de elaborar por meio da filosofia moral e outra presa no tempo, fixa, regras concretas onde sua aplicação não reserva esforço das faculdades morais do julgador.

Continua Tribe,

A tarefa de decidir quais disposições seriam tratadas como princípios geradores constitucionais amplos ou profundos mais do que seus termos específicos, a primeira vista sugerem, então se decide quais princípios destas disposições, lidas em conjunto com o texto constitucional ou sozinhas, devem ser aplicadas. Isso é o cerne da busca interpretativa.¹⁷ (TRIBE apud SCALIA, 1997, p.71)

Dizendo ainda o comentador que para se prevenir que o essa tarefa, de interpretar, degenera a ponto de se favorecer a inclinação moral do julgador é necessário substituir a pretensão de mera descoberta do significado pela que construção da interpretação com responsabilidade franca, incompleta e inconclusiva do porquê deve se julgar pertinente ser a interpretação passível de aceitação à luz da Constituição como um todo e à luz de sua história interpretativa.

Tribe ainda esclarece ainda mais seu ponto de discordância tanto com Scalia quanto com Dworkin. Com Scalia a discordância reside no fato do modelo interpretativo proposto requerer que compreenda o valor e o significado das disposições constitucionais fixas no tempo, o tempo em que foram feitas, interpreta os direitos como de então. Aduz que o autor diagnostica correto, mas o remédio está errado. Quanto a Dworkin, que se aproxima de Scalia ao falar dos significados morais de quando se promulgou tais disposições, acredita o comentarista que este também erra, por essa questão da fixação de entendimento de então em oposição aos princípios morais que se possa elaborar agora.

¹⁷ Tradução nossa.

O comentarista afirma ainda que não possui uma teoria da interpretação, tampouco crê que exista uma versão teórica final, mas que existem várias e que ao longo dos anos vem experimentando todas, e duvida que exista uma regra pronta, entendimentos e percepções sim.

Espirituosamente argumenta não ser um dos defensores da teoria da constituição viva, ao que ele diz, literalmente, que não lhe “agrada uma constituição que cresce e muda, de um tipo orgânico místico, sofrendo algum tipo de processo de mutação e que o Juiz Scalia zomba” (SCALIA, TRIBE, 1997, p. 73).

Apesar de não concordar com a proposta do autor, divide com ele a crença de ser o texto escrito da Constituição o ponto de partida definitivo, e que nada irreconciliavelmente com o texto pode ser chamado de parte da mesma, e que a Constituição não pode estar aberta a interpretações significativamente diferentes, mas relata também ser ausente no texto constitucional alguma prescrição de como se deva interpretá-la, e que se houvesse colocaria seu intérprete em regressão infinita. A constituição contém em seu bojo apenas uma disposição que serve como uma instrução direta ao leitor sobre como se deveria interpretar o documento, que é a 9ª Emenda que assevera que “[A] enumeração na Constituição, de certos direitos, não deve ser interpretada para negar ou coibir outros direitos do povo.” (EUA apud SCALIA, TRIBE, 1997 p. 78).

O comentador ainda celebra o fato de o Juiz Scalia, em sua atuação na Suprema Corte ter interpretado da mesma forma a garantia de liberdade de expressão que Tribe interpretaria, sobre o caso de leis banindo ou criminalizando a queima de cruzeiros (embora seja ato considerado racista nos EUA) e bandeiras (antipatriótico) sob a interpretação extensiva da garantia de liberdade de expressão, mas duvida que o significado original desta emenda, a 1ª Emenda tenha sido o mesmo de outrora. Continua o comentarista, que apesar dos protestos de Scalia, ele, implicitamente aceita alguma noção de evolução dos princípios constitucionais aparente na sua aplicação da doutrina da *stare decisis*, que na visão de Tribe seria incompatível com o originalismo do autor.

Há ainda o fato que o autor cita o caso da Igreja da Santíssima Trindade, em que o resultado, na discordância do comentador não foi somente preferível, mas o mais justo e portanto de acordo com a própria constituição, pois ao excetuar profissões à época de natureza meramente cultural aí implicitamente também se inclui as categorias não lucrativas ou não

Completa Tribe que ele e Scalia levam o texto constitucional a sério, e que se alguém o levar tanto quanto eles perceberá muitas distinções básicas no tipo do texto que está a

interpretar, mais fundamentalmente que tem um aspecto forte transtemporal e não pode ser interpretada da mesma forma que um estatuto ou regulação promulgados naquele tempo. Além da *transtemporalidade* e consequente inconsistência em se buscar um significado original no tempo, há ainda a questão que as disposições constitucionais não são do mesmo tipo, nem mesmo quando foram promulgadas. Algumas são precisas e concretas, outras mais fluidas e transparentes, umas ratificam velhas práticas, outras condenam as práticas de quem as elaborou.

Fala ainda acerca da crença do autor na concretude (rigidez) da constituição, onde o constituinte colocou as garantias para que mesmo as gerações futuras que estivessem dispostas a abdicá-los não poderia. No entender do comentador há sim disposições que não autorizam e mesmo resistem fortemente a interpretações tão amplas quanto a dos princípios abstratos. São as regras acerca dos poderes e instituições, pois estas regras são próprias da arquitetura e estrutura de um Estado. Nessa visão Tribe se junta a Scalia dizendo que qualquer interpretação que vise relativizar tais disposições em termos de uma exegese ampla é ilegítima e deve ser veementemente repelida. Quanto as outras disposições ele se separa do autor para dizer que como não possui um leque interpretativo final e acabado para diferir as regras mecânicas, acerca do Estado e das Instituições e aquelas que devam ser interpretadas e não simplesmente aplicadas.

Em suma Tribe discorda de Scalia quanto a natureza das cláusulas e disposições da constituição, e se há um modelo pronto e acabado de interpretação que seria capaz de produzir uma exegese constitucional que se aplique sempre da mesma forma, no mesmo lugar ou em lugares diferentes, a pessoas e sociedades diferentes, excetuando-se aí as normas-regras, e normas-princípios estruturais e a arquitetura do Estado e da Sociedade. Com ele concorda na sua própria versão do originalismo, conquanto a diferença reside na relação intertemporal com as disposições constitucionais.

3.3 BREVE BIOGRAFIA DA PROFESSORA MARY ANN GLENDON

Mary Ann Glendon é Professora *Learned Hand* de Direito na Universidade de Harvard, e ex-embaixadora dos Estados Unidos junto à Santa Sé. Ela atualmente serve como um Comissário dos EUA na Comissão Internacional para a Liberdade Religiosa e como membro do Conselho de Supervisores do Instituto de Obras Religiosas (IOR - Banco do Vaticano). Ela escreve e ensina nas áreas de direitos humanos, direito comparado, direito constitucional e

teoria política. Glendon é membro da Academia Americana de Artes e Ciências, da Academia Pontifícia de Ciências Sociais (servindo como Presidente 2003-2013), e da Academia Internacional de Direito Comparado. Ela também é ex-presidente da Associação Internacional de Ciência Legal patrocinada pela UNESCO. Serviu dois mandatos como membro do Conselho Presidencial dos EUA sobre Bioética (2001-2004), e representou a Santa Sé em várias conferências, incluindo a conferência de Mulheres da ONU no ano de 1995 em Pequim, onde ela chefiou a delegação do Vaticano. Glendon contribuiu para o pensamento jurídico e social em várias obras amplamente traduzidas, trazendo uma abordagem comparativa para uma variedade de assuntos. Eles incluem *The Forum and the Tower* (2011), uma série de ensaios biográficos que exploram a relação entre filosofia política e política em ação; *Traditions in Turmoil* (2006), uma coleção de ensaios sobre direito, cultura e direitos humanos; *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (2001), que o New York Times Review disse que deve ser o estudo definitivo sobre o enquadramento da DUDH; *A Nation Under Lawyers* (1996), um retrato de turbulência na profissão de advogado, analisando as implicações das mudanças na cultura jurídica para uma política democrática que confia papéis cruciais para homens e mulheres legalmente treinados; *Rights Talk* (1991), uma crítica ao empobrecimento do discurso político; *The Transformation of Family Law* (1989), vencedor do maior honra da academia jurídica, a Ordem do *Coif Trienal Book Award*; *Abortion and Divorce in Western Law* (1987), vencedor do *Scribes Book Award* pela melhor escrita sobre um assunto legal; *The New Family and the New Property* (1981), e livros sobre tradições jurídicas comparadas.¹⁸

3.3.1 DOS COMENTÁRIO DA PROFESSORA MARY ANN GLENDON

A professora Mary Ann Glendon cuja área de *expertise* é o direito comparado começa seu comentário a respeito da proposição hermenêutica do Juiz Scalia concordando com seu diagnóstico a respeito da crise interpretativa que abate o sistema legal americano.

Começa a Glendon em explicando as diferenças entre os dois grandes modelos legais do ocidente, o direito continental, ou *civil-law*, cuja característica marcante é a codificação das leis em documentos que tem a pretensão de reunir toda legislação, e o *common-law*, cuja

¹⁸ Tradução nossa de texto fornecido pela *Harvard Law School*, disponível em: <http://hls.harvard.edu/faculty/directory/10311/Glendon>

característica fundante é a teoria dos precedentes e um direito baseado no caso concreto. Explica a comentadora que cada um tem suas vantagens e desvantagens, a do direito continental reside no fato de ser ausente uma teoria dos precedentes, e sendo sua vantagem poder exprimir interpretativamente o direito dos códigos, isso dada a primazia da lei neste sistema, e o consuetudinário a capacidade de racionalizar as decisões judiciais e formar precedentes, sendo o ponto fraco a pouco ou nenhuma experiência em se tratando da interpretação dos estatutos.

Relata a comentadora, que o que ocorre nos EUA também ocorreu recentemente na Europa, especialmente no pós-guerra, quando uma miríade de novos paradigmas foram inseridos nas constituições, especialmente os Direitos Humanos. Aduz também que enquanto num sistema os juristas atuam com casos no outro são mais hábeis em extrair o entendimento da lei, o que de certa forma, no entender da comentadora, mostra uma certa vantagem quando se passa a interpretação dos estatutos e da constituição.

Prossegue explicando como funciona o sistema interpretativo dos códigos, baseado no esquema clássico: interpretação gramatical (textual), interpretação sistemática (estrutural), interpretação histórica e a interpretação teleológica (evolucionária) e explicando três delas cita Brugger,

Em [...] interpretação gramatical, métodos filológicos são usados para se analisar o significado das palavras ou sentenças, na interpretação sistemática pretende-se esclarecer o significado de uma determinada disposição legal com base noutro de mesma espécie, do mesmo capítulo ou título que se insiram no mesmo texto legal, ou mesmo dentro ou fora do sistema legal, sendo estas normas de mesma natureza, assim este método se apoia na unidade, na consistência do mundo legal. Em interpretação histórica pretende-se identificar o que os legisladores pretendiam regular no momento da produção da norma quando do uso de suas expressões, certas palavras e frases [...] Por interpretação teleológica os outros três elementos são somente indicativos, não determinantes da proposta contemporânea do documento.”¹⁹ (BRUGGER apud GLENDON apud SCALIA, 1997, p. 100)

¹⁹ Tradução nossa.

Traz ainda que a literatura do modelo continental é vastíssima ao testemunhar que o uso destes métodos tem sido também de pouca ajuda ante ao novo paradigma constitucional exposto logo após o fim da II Guerra Mundial. Ela diz que na Alemanha com a instituição do *Bundesverfassungsgericht* que se forma um abordagem interpretativa uniforme que confere certa segurança jurídica, tudo sob a batuta de Konrad Hesse, que alcançou uma solução ao problema de interpretação oferecido pela *Grundgesetz* de 1949 e onde sua visão é influente, assevera acerca da interpretação,

Cada interpretação deve-se apoiar na unidade da constituição. Em caso de tensão ou conflito, o princípio da concordância prática deve ser usado para se harmonizar as disposições conflitantes. Todos os órgãos de governo devem respeitar a diferenciação funcional feita pela constituição, que é, seus respectivos deveres e poderes dentro do esquema da separação de poderes. Cada interpretação deve tentar criar um efeito integrativo entre as várias partes da disputa constitucional tal qual a busca da coesão social e política. Toda interpretação deve otimizar os elementos mencionados acima.²⁰ (HESSE apud GLENDON apud SCALIA, 1997 p. 105)

Nas decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha sobre liberdade de expressão, direito eleitoral, as relações Igreja-Estado, liberdades pessoais, igualdade, livre iniciativa é inegável a forte presença dos métodos sistemático e gramatical. Apesar de algumas vezes ter usado o método teleológico suas decisões mais intrépidas estão entre as mais prudentes e excluídas deste método. Já o uso do método histórico nos países do *civil-law* parece ter pouca importância neste campo.

A Professora Glendon então pensa localizar o defeito dos juristas americanos quanto a interpretação dos estatutos e da própria constituição como sendo um defeito de ensino, que segundo seu relato perpassa todo sem uma análise do texto, pois segue o mesmo esquema do *case-law* sendo a primeira aula de Direito Constitucional geralmente iniciada com um caso, o famoso *Marbury v. Madison* e aos professores quando perguntados a respeito do texto constitucional é comum ouvir-se como resposta “Esqueça o texto” (GLENDON, SCALIA, 1997, p. 107).

Afirma que o Juiz Scalia é mais crítico com os tribunais do que com as instituições que formam quem os ocupará. O remédio acredita Glendon é um ensino, ao lado do método *case-*

²⁰ Tradução nossa.

law da constituição como um todo, do preâmbulo a última emenda, como um desenho das instituições, uma carta de direitos, por fim como um texto que só pode ser interpretado como um todo onde não se pode entender uma parte sem as outras.

Comenta ainda que o assunto dos valores democráticos comportam uma última análise da conclusão de Scalia que alerta que se o povo perceber que a interpretação constitucional em total caos, então as liberdades protegidas na Declaração dos Direitos não mais protegerão o indivíduo da maioria. Continua Glendon parafraseando Tocqueville, que a tirania não precisa se anunciar com armas e trombetas, pode chegar sorrateiramente, tão sorrateiramente, que quase não se note quando nos tornamos um ou outro país onde não há cidadãos, somente súditos, e que se algum estrangeiro bem intencionado nos sugerir “Talvez vocês possam fazer algo com esta opressão”, incrédulos perguntaremos, “Que opressão?” (GLEDON, SCALIA, 1997, p. 114).

3.4 BREVE BIOGRAFIA DO PROFESSOR RONALD DWORKIN

Ronald Myles Dworkin, (nascido em 11 dezembro de 1931, Worcester, Massachussets – morreu em 14 de fevereiro, 2013, Londres, Inglaterra), Jusfilósofo americano, era um democrata liberal que ficou entrincheirado nas políticas do New Deal estabelecidas pelo Pres. Franklin D. Roosevelt e defendeu vigorosamente seus próprios ideais, insistindo que a lei precisava ser baseada não só em regras formais (uma visão tradicional, conservadora), mas também, fundamentalmente, em princípios morais. Ele escreveu numerosos trabalhos acadêmicos dedicados à maneira em que ele acreditava que questões como o aborto, a eutanásia, a igualdade de direitos, e as relações raciais devem ser legalmente tratadas. Dworkin graduou-se na Universidade de Harvard (BA, 1953; LLB, 1957) e estudou como bolsista Rhodes no Magdalen College, Oxford, onde em 1955 ele recebeu seu BA. Dworkin serviu como *law clerk* (1957-1958) para o ilustre juiz do Tribunal Federal de Apelações de Nova York, Learned Hand, mas recusou a chance de servir com Felix Frankfurter, Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, uma decisão que mais tarde se arrependeu. Em vez disso, ele exerceu a advocacia (1958-1962) com a empresa de Wall Street, *Sullivan & Cromwell* até ingressar (1962) o corpo docente da Yale Law School (onde ele compartilhou os deveres do ensino com o conservador

Robert Bork). Dworkin retornou a Oxford em 1969 como sucessor escolhido a mão de Hart e lá permaneceu até 1998, mantendo uma cátedra na Universidade de Nova York de 1975. Dentre os livros de Dworkin inclui-se o seminal *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985), *Life's Dominion* (1993), *Sovereign Virtue* (2000), *Justice in Robes* (2006), e *Justice for Hedgehogs* (2011) seu último livro.²¹

3.4.1 DOS COMENTARIOS DO PROFESSOR RONALD M. DWORKIN

O professor Dworkin inicia seu comentário reconhecendo que o autor, mesmo sem citar Derrida, Gadamer ou os círculos hermenêuticos faz sensatas considerações quanto a interpretação dos estatutos, mas que comete erros e imprecisões quanto a interpretação constitucional.

Comenta que o argumento inicial do comentado reside na diferença crucial entre Lei e intenção. Existe aí uma dicotomia entre o que os legisladores quiseram dizer e as consequências previstas, ou antevistas ou intenção de eficiência. Essas duas proposições são cabíveis no esquema da “intenção semântica” e da “consequência esperada”.

A intenção semântica seria o significado que pode se absorver da própria intenção da lei de acordo com seu texto e do *corpus* legal que se insira, já a consequência esperada consiste na avaliação moral das disposições com aquilo que reside na filosofia moral da jurisprudência. Para ilustrar esta diferença o comentador traz o caso da 8ª Emenda, que proíbe as penas cruéis e iníquas, aí reside a mais controversa questão sobre a constituição, pois como é de se supor no tempo dos constituintes não se tratava de pena cruel a pena capital, o que hoje se tornou se não cruel, iníquo nas democracias ocidentais. O Juiz Scalia de outra parte afirma que a pena capital é constitucional por não ter sido a intenção do texto proibi-la, pois há em várias partes sua referência como meio de punição adequado. O que o comentador vê é que dependendo das duas leituras se terá de um lado um princípio abstrato do que seja “cruel” e “iníquo” e de outro como regra fixa, que deveria ser considerado como “cruel e “iníquo” as punições assim

²¹ Tradução nossa de texto fornecido pela *Encyclopaedia Britannica* disponível em: <http://www.britannica.com/biography/Ronald-Dworkin>

consideradas a época da promulgação da referida emenda. O juiz Scalia segue a última premissa.

O caso da Igreja da Santíssima Trindade é, segundo o comentador, um bom exemplo da ocorrência da segunda proposição, o legislador na lei promulgada não se referia a membros do clero, mas essa era a consequência esperada, o que foge a mentalidade do originalismo-semântico de Scalia.

Argumenta ainda que o autor se contradiz ao aplicar a “liberdade de expressão e imprensa” para as cartas sob o argumento de serem espécies do gênero imprensa, posto que não é fundamento suficiente do ponto de vista de um originalismo, pois como regra fixa, ela não comporta este alargamento interpretativo, a menos que se tome um paradigma de uma constituição viva.

O que Dworkin defende em seu comentário são os próprios fundamentos da interpretação com base na teoria da constituição viva e na filosofia moral, que os julgamentos emitidos pelo Tribunal devem guardar semelhança com a moral vigente a época do caso a ser interpretado. Como exemplo traz o caso *Brown* onde, na década de 1960, a Corte Warren decidiu pelo fim da segregação nas escolas aplicando a 14ª Emenda, que prega o igual tratamento perante a Lei, onde se julgou com base na moral da época que se inseria, pois indubitavelmente o legislador original não teria previsto este desenrolar.

Discorda ainda o comentador de que a Teoria da Constituição Viva não é um tipo de camaleão místico (DWORKIN, SCALIA, 1997) que se adapta ao ambiente sem que se valore o ambiente ou mesmo as situações e valores fixos. Ele acredita que certas regras traçam princípios abstratos que devam ser interpretadas pelos juízes como princípios gerais para decidirem com base moral as julgamentos nos casos que forem requerida sua aplicação.

A última questão reside na diferença entre textualismo e originalismo. Dworkin diz que como Scalia advoga que a interpretação democrática dos estatutos deve ser feita em acordo com a vontade da maioria da população bem como em acordo com o todo legal pois ai reside a intenção semântica do textualismo, conquanto a interpretação constitucional o Juiz Scalia foge deste paradigma sob o argumento de que se deva proteger os direitos e liberdades do indivíduo do domínio da maioria. Dworkin declara que como muitos juristas modernos as atitudes do Juiz Scalia ante a democracia são complexas e ambivalentes. Discorda o comentador sobre quais direitos individuais são genuínos e importantes e sobre ser uma leitura moral dos dispositivos

constitucionais uma ameaça ou encorajamento à liberdade, mas concorda com o autor que no fim o ímã político-moral é a maior força na jurisprudência.

4 DA RESPOSTA DO JUIZ SCALIA AOS SEUS COMENTADORES

Neste capítulo passa-se a apresentação das respostas dadas pelo autor aos seus comentadores, ao que em suas próprias palavras “[suas] respostas não guardam dimensão, direta ou inversa, a sua estima pelo valor dos comentários em questão, mas alguns requerem que se explique mais que outros” (SCALIA, 1997, p. 129).

4.1 RESPOSTA AO COMENTÁRIO DO PROFESSOR WOOD

Responde Scalia que o Professor Wood acredita que o textualismo, como foi explanado, é permissivo e aberto às arbitrariedades da discricionariedade judicial e a expansão do uso da intenção legislativa ou outros métodos interpretativos tal qual as inclinações dos juízes. Discorda o autor. Assevera que nenhuma interpretação textualista-originalista poderia extrair da Constituição que é proibida a pena capital, algo que três juízes encontraram, ou a proibição de leis do aborto, algo a maioria da corte decidiu. Concebe o autor que o textualismo não é uma armadura medieval que protegera a lei e o direito dos juízes que queiram impor suas vontades, mas de todo já é alguma proteção. O critério da intenção legislativa autoriza o juiz impor sua vontade travestida de boa jurisprudência.

Por fim Scalia contesta o postulado do Professor Wood ao dizer que o comentador se confunde ao dizer se tratar de mero sintoma – a inclinação dos juízes de atuarem como legisladores. Todas as questões são meros aspectos sob essa premissa, pois o problema que se tem com os juízes, é parte do problema que o cidadão tem com o governo que é um sintoma que o homem tem em relação a vida (SCALIA, 1997). O importância, segundo o autor, da questão dos juízes vitalícios revisarem livremente os estatutos e a constituição adotada pelo povo e seus representantes, não é meramente de alguma, mas de suma importância por ser uma questão central da própria existência do sistema democrático.

Responde ainda que o Professor Wood pode estar correto ao diagnosticar o problema tratado pelo autor como uma manifestação de um mal maior, novamente, a maioria das questões o são, e, sem se saber se este mal é tratável ou não, ou mesmo o que seja, que pode-se persuadir os juízes, como foi feito com os presidentes e os generais, a ficarem em sua esfera de poder, governamental, própria.

4.2 RESPOSTA AO COMENTÁRIO DO PROFESSOR TRIBE

Scalia responde a Tribe que concorda com o comentador quando ele afirma que “o texto tem uma forte extensão transtemporal e não pode ser lido da mesma forma como um estatuto ou regulamento promulgados em dado momento para se tratar de um problema específico” (SCALIA, 1997, p. 140), mas lê-lo de uma maneira diferente não importa em mudança de significado. É uma simples caricatura do originalismo retrata-lo como estreito e inflexível, como se as disposições constitucionais fossem “altamente particulares e com forma de regras absolutas” (SCALIA, 1997, p. 1940). Considera Scalia, quanto a liberdade de expressão muitas coisas, que a época não eram protegidas por simplesmente não existirem, tais como a televisão, computadores, internet e *et cetera*. Ao originalista se espera que aplica o entendimento da época acerca das várias formas de liberdade de expressão e aplica-las aos novos fenômenos inexistentes nesta mesma época. Concorda o autor em sua resposta ser esta uma tarefa difícil, mas não tão difícil quanto intuir ou mesmo prescrever as “aspirações de uma sociedade em evolução” (SCALIA, 1997, p. 141), o que explica porque os originalista não têm respostas prontas para todas as questões e talvez discordem entre eles.

Ao dar a constituição o que Tribe chama “extensão transtemporal” daquela forma em seu comentário e diferente de dizer que ela não tem um significado constante, de tal forma que os mesmos dispositivos que eram constitucionais em 1791 possam ser, hoje, inconstitucionais.

Continua Scalia afirmando ser impossível se discordar do comentador em questão no juízo do mesmo de que um “dispositivo constitucional as vezes adquirir um novo significado pelo próprio processo de emenda formal a outras partes da constituição” (SCALIA, 1997, p. 140). Para exemplificar Scalia traz que as primeiras dez emendas restringiram os poderes federais mais que o texto original, este é o padrão de construção textual primeiro e típico.

Ainda cabe falar na estranheza que causa no comentador a aceitação do Juiz Scalia no campo constitucional da doutrina da *stare decisis*, que em sua resposta o autor diz ser extremamente compatível com o método interpretativo proposto e com a própria constituição, pois a função de tal doutrina é fazer com que o que seja falso sob uma análise correta não seja tido como verdade, tudo pelo interesse da segurança jurídica. Ainda sobre a preocupação de Tribe acerca do julgamento de Scalia usando a *stare decisis* não possam ser encontradas no bojo do significado original da constituição, o que é em si um engano, pois, esclarece o autor, a *stare decisis* não faz parte da filosofia originalista, é uma exceção pragmática a isso.

Por fim o Originalista convida Tribe as questões acerca a garantia do “devido processo legal” e do “processo legal substantivo”, pois se acreditasse ser o significado original de *due process* a época de sua promulgação ser “*due substance*”, que Scalia chama de usurpação judicial, e ainda diz que não está disposto a abandonar o significado original das palavras quando da promulgação dos dispositivos em troca de “novos significados adquiridos pelas palavras no transcorrer das gerações ou seja lá o que isso for” (SCALIA, 1997, p. 143).

4.3 RESPOSTA À PROFESSORA GLENDON

O Juiz Scalia começa sua resposta fazendo deferência ao comentário da Professora Glendon e diz não ter nenhuma divergência a não ser em dois pontos. Partindo do comentário onde se admite ser a uma tarefa difícil se construir, manter e aplicar uma teoria da interpretação dos estatutos quando em se lidando com estatutos incoerentes, em oposição aos códigos cuidadosamente concebidos, o que na opinião do autor é “inquestionavelmente verdade” (SCALIA, 1997, p. 143). A isso adicionaria Scalia o que é mais difícil também é mais importante, quanto mais obscura a legislação se torna mais crucial se torna a função jurisdicional que somente faz sentido por meio da aplicação da legítima técnica interpretativa.

O outro ponto reside no fato da discordância entre qual tipo de tirania é pior, a de poucos ou a de muitos. Assevera Scalia que a comentadora acredita ser o primeiro. Acredita o autor de forma um pouco diferente, a da minoria no curto prazo, chegando o autor a afirmar estar nela, e a da maioria como consequência final. Talvez, continua a réplica, se esteja a subestimar o vigor das instituições, mas como o Juiz Scalia conta que costuma lidar com a minoria poderosa (a elite legal) ele tende a tirania da maioria por ser a única coisa a assustar esta elite. E, em ambos os casos nenhum dos eventos é desejável.

4.4 RESPOSTA AO PROFESSOR DWORKIN

Scalia inicia sua resposta ao distinto professor dizendo concordar com distinção feita em seu comentário entre “intenção semântica” e a “consequência esperada”. De fato aduz que segue a primeira, embora prefira o termo “significado” a “intenção semântica”, pois segundo o

autor coloca a interpretação onde ele pensa que deveria estar, naquilo que o texto entende ser razoável significar, em vez do que o texto pretendia dizer.

Ainda traz que é falsa a premissa assumida pelo comentador acerca da leitura que faz o autor da 8ª Emenda, pois o ponto de discordância reside não no que a filosofia moral de cada época entenda ser “cruel” e “incomum”, mas sim o significado original de “cruel” e “incomum” contido na disposição e assim entendido, o que *per se* não faz de forma alguma a pena capital incompatível com a Constituição.

Na discussão acerca da 14ª Emenda Scalia responde que tal qual promulgada à época a cláusula de igualdade não visava no seu bojo uma igualdade absoluta, e que o texto é bem claro em preconizar uma igual proteção perante a lei e não um acesso igualitário absoluto. Retorque ainda o que constata ser uma confusão do comentador, assegurando que o texto não permite a discriminação, de nenhuma forma, e que perante tal dispositivo, a discriminação está proibida, o que ainda deixa em aberta a questão de sobre o que se trata “proteção igual” constante do texto.

Em última questão discorda Scalia da diferenciação que Dworkin faz a respeito de textualismo e originalismo, pois segundo o autor o segundo deriva do primeiro e se aplica ao texto constitucional pela própria natureza da constituição ser o ponto derradeiro de partida da interpretação legal, depois para os demais, o que a coloca em lugar central e segundo esta premissa não pode ser interpretada de maneira que a legislação ulterior lhe de significado.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se ateve a sua proposta inicial de apresentar de forma não exaustiva as proposições interpretativas do Juiz Scalia expostas na sua obra “*A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*” de uma maneira a não esgotar o tema.

Cumpru seu objetivo de introduzir no sistema hermenêutico pátrio para a discussão de paradigmas interpretativos, o Originalismo e Textualismo, propostos pelo autor da obra analisada, que devem ser analisados sempre dentro do esquema do pragmatismo jurídico do *common-law*.

Cabe ainda lembrar que no estado em que se encontra o pensamento de Scalia recebe suas críticas no sistema jurídico que se insere, o *common-law*, impedindo a aplicação *ipsis litteris* desta proposta no sistema jurídico brasileiro, o que poderia ocorrer depois de um período de maturação e discussão por parte dos círculos hermenêuticos nacionais.

Ressalta-se ainda o fato de serem mencionados dois institutos da teoria dos precedentes que jazem há muitos anos aperfeiçoados por aquela cultura legal, o *stare decisis* e o *distinguishing*, como técnicas que validam a força da jurisprudência de forma vinculante para a construção e solidez da segurança jurídica.

Tem-se que a proposta do Juiz Scalia tem grande potencial ao se disvincular das demais propostas contemporâneas, pois parte do princípio que a significado do dispositivo, estatuto, código, da lei e da constituição tem que ser observado em si mesmo e como asseverado na sua explanação é a “lei que nos obriga, não a vontade dos homens” preservando o verdadeiro equilíbrio do Estado de Direito.

Por fim o modelo defendido pelo autor pode não ser um conjunto supremo de regras hermenêuticas para frear o avanço dos juízes-legisladores dentro do esquema democrático, mas tem a força de contê-los e restringir-lhes os movimentos e as inclinações para julgarem segundo sua própria moral em detrimento da vontade geral expressa da norma legal, efetivando assim mais uma vez o limite claro entre os poderes e as funções da Democracia Ocidental.

REFERÊNCIAS

CALABRESI, Steven G., (Ed). Originalism: A quarter century of debate. Washington – DC, USA. Regnery Publishing, Inc., 2007. (Obra de apoio, mas sem referências no texto)

MERRIAN-WEBSTER online **DICTIONARY AND THESAURUS OF THE ENGLISH LANGUAGE**. Consultado durante todo o trabalho (2015): Disponível em: <http://www.merriam-webster.com/>

SCALIA, Antonin, (et al.). A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Princeton, New Jersey – USA. Princeton University Press, 1997. (Obra principal com referências no texto)

TRADOS STUDIO 2015. Ferramenta de tradução utilizada durante todo o trabalho (2015). Disponível para aquisição em: <http://www.sdl.com/cxc/language/translation-productivity/trados-studio/>