



MECANISMOS DE COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL ENTRE O ORIGINALISMO E O CONSTITUCIONALISMO VIVO

Marcos de Castro Guimarães Júnior¹
Cláudio José Amaral Bahia²

Esta pesquisa bibliográfica tem como objetivo fazer um estudo crítico e analítico dos mecanismos de compreensão constitucional entre o originalismo e o constitucionalismo vivo, partindo de uma análise da origem e evolução do constitucionalismo, bem como os conflitos teóricos associados às reações a tal movimento. A partir do método histórico e dialético-dedutivo, o trabalho se estrutura da seguinte forma: (i) introdução, seção em que serão levantados os principais questionamentos sobre as teorias políticas basilares do movimento constitucionalista (ii) o constitucionalismo como movimento, apresentando seus principais representantes, o pioneirismo europeu e os principais aspectos do movimento filosófico e jurídico constitucionalista emergente; (iii) a interpretação das constituições como ponto de divergência; (iv) o originalismo enquanto movimento, com a descrição de seus principais aspectos e características; e (v) o constitucionalismo vivo como resposta, com fundamentos para uma nova visão sobre o direito constitucional. Em sede de conclusão, serão contrapostos os posicionamentos e indicadas as tendências para desenvolvimento de pesquisas futuras a respeito do tema.

Palavras-chave:

constitucionalismo; originalismo; constitucionalismo vivo; teorias críticas; direito constitucional

MECHANISMS OF CONSTITUTIONAL UNDERSTANDING BETWEEN ORIGINALISM AND LIVING CONSTITUTIONALISM

Abstract:

This bibliographic research aims to make a critical and analytical study of the mechanisms of constitutional understanding between originalism and living constitutionalism, starting from an analysis of the origin and evolution of constitutionalism, as well as the theoretical conflicts associated with the reactions to such movement. Based on the historical and dialectical-deductive method, the work is structured as follows: (i) introduction, a section in which the main questions about the basic political theories of the constitutionalist movement will be raised (ii) constitutionalism as a movement, presenting its main representatives, European pioneering and the main aspects of the emerging constitutionalist philosophical and legal movement; (iii) the interpretation of the constitutions as a point of divergence; (iv) originalism as a movement, with the description of its main aspects and characteristics; and (v) living constitutionalism as a response, with grounds for a new vision of constitutional law. In conclusion, the positions

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Presidente Antonio Carlos - Teófilo Otoni/MG (2014) e está mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP.

² Possui graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1996) e mestrado em Direito Constitucional - Instituição Toledo de Ensino (2002). Atualmente é professor - Instituição Toledo de Ensino de Bauru e da Faculdade Iteana de Botucatu na graduação e na pós-graduação lato e stricto sensu na Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutor pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra (2020). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional.





will be contrasted and trends for the development of future research on the subject will be indicated.

Keywords:

constitutionalism; originalism; living constitutionalism; critical theories; constitutional law.

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo é a ideia, muitas vezes associada às teorias políticas de John Locke e dos fundadores da república americana, de que o governo pode e deve ser legalmente limitado em seus poderes, e que sua autoridade ou legitimidade depende de observar essas limitações.

Essa ideia traz consigo uma série de questões indagadoras de interesse não apenas para estudiosos do direito, mas para qualquer pessoa interessada em explorar os fundamentos jurídicos e filosóficos do Estado.

Como um governo pode ser legalmente limitado se a lei é a criação do governo? Isso significa que um governo pode ser “autolimitado”? Isso é mesmo possível? Se não, então existe alguma maneira de evitar essa implicação? Se a limitação significativa for realmente possível, talvez as restrições constitucionais devam de alguma forma estar “entrincheiradas”, isto é, resistentes à mudança ou remoção por aqueles cujos poderes são limitados?

Talvez eles devam não apenas estar entrincheirados, mas consagrados em regras escritas. Em caso afirmativo, como essas regras devem ser interpretadas? Em termos de seu significado público original ou das intenções de seus autores, ou em termos dos valores e princípios, possivelmente sempre em desenvolvimento, que elas expressam? Como, no final, se responde a essas perguntas depende crucialmente de como se concebe a natureza, identidade e autoridade das constituições.

Uma constituição deve estabelecer uma estrutura estável para o exercício do poder público que seja de alguma forma fixada por fatores como significado público original ou intenções autorais? Ou pode ser uma entidade viva que cresce e se desenvolve em conjunto com a mudança de valores e princípios políticos? Essas e outras questões são exploradas a neste trabalho.

Esta pesquisa bibliográfica se utilizará do método histórico e dialético-dedutivo com o objetivo de analisar a origem e evolução do ideal constitucionalista, seus principais representantes e características, vislumbráveis nas constituições modernas.

Inicialmente, analisaremos os principais aspectos do movimento filosófico e jurídico constitucionalista emergente. Então, nos voltarmos à compreensão das críticas ao movimento constitucionalista e a origem do movimento originalista, para, ao final, apresentarmos a resposta dada pelo constitucionalismo vivo, no que tange à interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais.

2. O CONSTITUCIONALISMO COMO MOVIMENTO

Em algum sentido mínimo do termo, uma constituição consiste em um conjunto de normas (regras, princípios ou valores) criando, estruturando e possivelmente definindo os limites do poder ou autoridade do governo. Entendido desta forma, todos os estados têm constituições e todos os estados são estados constitucionais (MILL, 1859). Qualquer coisa reconhecível como um estado deve ter algum meio de constituir e especificar os limites (ou a

falta deles) colocados sobre as três formas básicas de poder de governo: poder legislativo (fazer novas leis), poder executivo (executar leis) e poder judiciário (julgar disputas).³

Nesse sentido, entende Ferdinand Lassalle (2015, p. 10):

Sendo a Constituição a lei fundamental de uma nação, será – e agora já começamos a sair das trevas - qualquer coisa que logo poderemos definir e esclarecer, ou, como já vimos, uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são. Promulgada a partir deste instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, outras leis contrárias à fundamental.

Constitucionalismo, neste sentido mais rico do termo, é a ideia de que o governo pode/deve ser limitado em seus poderes e que sua autoridade depende de observar essas limitações (CANOTILHO, 2003). Nesse sentido mais rico do termo, a sociedade de um Rei não abraçou o constitucionalismo porque a regra que confere seus poderes não impõe limites constitucionais a eles. Compare um segundo estado em que um regente tem todos os poderes de um Rei, exceto que ela não tem autoridade para legislar sobre assuntos relacionados à religião. Suponha ainda que o regente também não tenha o poder de implementar ou julgar com base em qualquer lei que exceda o escopo de sua competência legislativa. Temos aqui as sementes do constitucionalismo como essa noção passou a ser entendida no pensamento jurídico ocidental.

Ao discutir a história e a natureza do constitucionalismo, uma comparação é frequentemente feita entre Thomas Hobbes e John Locke, que se acredita terem defendido, respectivamente, a noção de soberania constitucionalmente ilimitada (por exemplo, um Rei) versus aquela de soberania limitada pelos termos de um contrato social contendo limitações substantivas (por exemplo, um regente).⁴ Mas um ponto focal igualmente bom é o teórico jurídico inglês John Austin que, como Hobbes, pensava que a própria noção de soberania limitada é incoerente. Para Austin, toda lei é o comando de uma pessoa ou corpo de pessoas soberanas e, assim, a noção de que o soberano poderia ser limitado pela lei requer um soberano que seja auto obrigatório, que comanda a si mesmo.

No entanto, ninguém pode comandar a si mesmo, exceto em algum sentido figurado, então a noção de soberania limitada é, para Austin (e Hobbes), tão incoerente quanto a ideia de um círculo quadrado.⁵ Embora em algum momento essa característica da teoria de Austin tivesse alguma plausibilidade superficial quando aplicada ao sistema de governo britânico, onde o Parlamento era frequentemente considerado supremo e constitucionalmente ilimitado, ela enfrenta dificuldades óbvias quando aplicada à maioria das outras democracias constitucionais,

³ Salvo indicação em contrário, a palavra 'poder' deve ser entendida como um poder normativo do tipo associado à teoria desenvolvida pelo teórico jurídico Wesley Hohfeld. Um poder normativo, nesse entendimento, é a capacidade ou habilidade de efetuar uma mudança no panorama normativo relevante de direitos, deveres, privilégios e assim por diante. Quando uma legislatura promulga uma nova lei, ela exerce seu poder normativo para alterar direitos legais, deveres, etc. existentes, ou criar novos que não existiam antes que esse poder legal fosse exercido (vide. HESSE; MENDES, 1991).

⁴ Se Locke e Hobbes são corretamente invocados dessa maneira, talvez seja questionável. Há razões para acreditar que o argumento de Locke defende limitações políticas, em oposição às estritamente legais, sobre o soberano. Pode-se argumentar que a limitação política efetiva também requer limitação legal, mas isso não parece estritamente necessário.

⁵ “Pois estar sujeito às leis é estar sujeito à comunidade – isto é, ao soberano – isto é, a si mesmo, que não é sujeição, mas liberdade das leis” (Leviatã, cap. 29, p. 255).



como encontra-se nos Estados Unidos, Canadá, México e Alemanha, onde é bastante claro que os poderes do governo são legalmente limitados por uma constituição.⁶

A resposta de Austin a essa aparente fraqueza em sua teoria foi apelar para a soberania popular, a ideia de que o poder soberano, em última análise, reside no “povo”, isto é, na população em geral. Órgãos governamentais – por exemplo, o Parlamento, o Presidente ou o Judiciário – podem ser limitados pela lei constitucional, mas o povo soberano permanece ilimitado em seus poderes de comando. Se esse apelo à soberania popular fornece a Austin um meio adequado de lidar com democracias constitucionais é questionável. Pois o soberano de Austin deve ser um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos cujos comandos para a maior parte da população constituem lei. Mas se identificarmos os comandantes com o próprio povo, então parecemos inexoravelmente levados ao resultado paradoxal identificado por H.L.A. Hart — os comandantes estão comandando os comandantes. Em suma, caímos na incoerência (HART, 1994, p. 73-78; AUSTIN, 1995, Palestra VI).

3. A INTERPRETAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES COMO PONTO DE DIVERGÊNCIA

Muitas vezes, há mais em uma constituição do que lei constitucional (DA SILVA, 2003). Além disso, as normas constitucionais nem sempre precisam ser regras escritas. Apesar dessas importantes observações, dois fatos devem ser reconhecidos: (i) a grande maioria dos casos constitucionais depende de questões de direito constitucional; e (ii) as constituições modernas consistem principalmente em documentos escritos.⁷

Consequentemente, os casos constitucionais muitas vezes levantam questões teóricas sobre a abordagem adequada para a interpretação de instrumentos escritos – colorido, é claro, pelo papel especial que as constituições desempenham – ou deveriam desempenhar – na definição e limitação da autoridade e poderes do governo. As diferenças de opinião sobre essas questões vêm à tona com mais força quando um caso gira em torno da interpretação de uma disposição constitucional que trata de direitos civis abstratos (por exemplo, o direito ao devido processo legal ou à igualdade).⁸

⁶ O que o Parlamento faz “nenhuma autoridade na Terra pode desfazer”. (Sir William Blackstone) Três pontos merecem destaque aqui. Em primeiro lugar, não está claro se o Parlamento britânico alguma vez possuiu a soberania ilimitada que lhe foi atribuída por Blackstone (1765-69). Embora o Reino Unido não tenha uma constituição escrita do tipo que se encontra nos Estados Unidos, os juristas geralmente concordam que a Grã-Bretanha contém, há séculos, uma constituição não escrita que surge de uma variedade de fontes, incluindo princípios de longa data do comum. lei e decisões judiciais históricas sobre os limites apropriados do poder legislativo do Parlamento. Em segundo lugar, a constituição britânica também inclui vários documentos escritos adotados em vários pontos de sua história política, sendo um exemplo primário a Magna Carta (1215). Em terceiro lugar, é discutível que o povo do Reino Unido, em virtude da sua pertença à Comunidade Europeia e do facto de os tribunais britânicos aplicarem agora, como vinculativo, o direito comunitário, tenham de facto renunciado à sua soberania ilimitada. Se a lei dos estados membros (por exemplo, França, Dinamarca e Reino Unido) deve agora ser consistente com o direito comunitário, e este último é imune a mudanças legislativas ou revogação através de atos legislativos por parte dos governos membros, então pode-se argumentar que a soberania dos estados membros dentro da Comunidade Europeia foi substituída (ou complementada) pela soberania do “povo da Europa”.

⁷ Doravante, e salvo indicação em contrário, todos os usos da palavra ‘constituição’ (e termos cognatos) devem ser entendidos como referindo-se ao direito constitucional.

⁸ Isso não é negar que uma profunda controvérsia também pode surgir sobre o significado e a importância de disposições constitucionais menos abstratas. Nos Estados Unidos, por exemplo, às vezes surgem debates sobre o significado da chamada “Cláusula de Comércio”. O Artigo 1, Seção 8, Cláusula 3 da Constituição dos EUA dá ao Congresso o poder de “regular o comércio com nações estrangeiras e entre os vários estados e com as tribos indígenas”. O Congresso dos Estados Unidos tem usado frequentemente a Cláusula do Comércio para justificar o exercício do poder legislativo em relação às atividades dos estados e seus cidadãos. Isso, por sua vez, levou a uma disputa significativa sobre o equilíbrio adequado de poder entre o governo federal e os estados. Apesar da

As disputas entre as correntes dos originalistas e constitucionalistas vivos estão entre as mais vivas e controversas que surgiram na erudição constitucional nas últimas décadas. Os debates tendem a se concentrar em dispositivos abstratos de direitos civis das constituições, como a cláusula do devido processo da Constituição Americana, ou a Seção 7 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que “garante o direito à vida, liberdade e segurança da pessoa” e o direito de não ser privado dela, exceto de acordo com os princípios da justiça fundamental.⁹

Dada a visão fixa a que estão comprometidos, os originalistas contemporâneos veem nada mais do que uma tentativa de descobrir, de modo a preservar e aplicar, entendimentos originais de tais disposições como revisão constitucional ou 'construção', muitas vezes disfarçados como a interpretação de um original inalterado.¹⁰ Por outro lado, encontramos os constitucionalistas vivos que veem o originalismo como uma teoria reacionária e excessivamente conservadora que serve apenas para amarrar uma comunidade democrática à “mão morta do passado” em face de circunstâncias sociais em mudança e visões morais aprimoradas sobre as exigências dos valores e princípios abstratos articulados nas constituições modernas.

Constitucionalistas vivos, os contadores originalistas, recomendam práticas constitucionais que ameaçam vários valores estimados, entre eles o Estado de Direito e a separação dos poderes. Eles estão, de fato, felizes em colocar a constituição nas mãos de juízes contemporâneos que estão autorizados, sob o pretexto de interpretá-la, a mudar a constituição para atender às suas próprias inclinações políticas e preferências morais. E isso, alegam os originalistas, serve apenas para frustrar valores acalentados garantidos por uma constituição estável e politicamente neutra, e pode tornar sem sentido qualquer conversa sobre restrições constitucionais genuínas.

3. O ORIGINALISMO

O originalismo (WALUCHOW, 2012) vem em uma ampla variedade de formas (BORK, 1990; SCALIA, 1997; WHITTINGTON, 1999; BARNETT, 2004; SOLUM, 2008). Um originalista pode alegar que sua visão decorre necessariamente de uma teoria mais geral da

importância de tais debates, e a menos que o contexto indique o contrário, nosso foco na discussão da interpretação constitucional será exclusivamente em dispositivos abstratos de direitos civis. É nesses termos que as diferenças de opinião mais profundamente sentidas emergem em sua forma mais dura e trazem nitidamente em foco as diferenças de opinião sobre a natureza e a autoridade das constituições.

⁹ Novamente, isso não significa negar que também surgem disputas sobre disposições constitucionais menos abstratas e moralmente carregadas, como a US Commerce Clause. Tampouco é negar que as mesmas profundas divisões estão por trás dessas disputas.

¹⁰ Virtualmente, todos os originalistas acreditam que os entendimentos originais às vezes são subdeterminados. Eles não conseguem determinar resultados concretos e decisões sobre casos e questões particulares. Quando essa dificuldade surge em um caso constitucional, muitos originalistas argumentam que o juiz deve, às vezes, recorrer a um tipo de raciocínio diferente da interpretação constitucional. Keith Whittington (1999a) argumenta que a Constituição americana tem uma natureza dupla. O primeiro aspecto é o grau em que a Constituição atua como um conjunto de regras vinculativas que podem ser interpretadas de forma neutra e aplicadas pelos tribunais contra os atores do governo. Este é o processo de interpretação constitucional e a neutralidade desejada é alcançada fazendo com que os juízes se concentrem em entendimentos públicos originais dos termos da Constituição. Mas, de acordo com Whittington, a Constituição dos EUA também serve para orientar os atores políticos no processo de formulação de políticas públicas. Ao fazê-lo, a Constituição depende de atores políticos, tanto para formular requisitos e regras constitucionais concretas e autoritárias quanto para aplicá-las em casos futuros. Whittington descreve este processo como *construção constitucional* em oposição à interpretação constitucional.



interpretação: interpretar é necessariamente recuperar algo que existia no momento da autoria – um objeto original. Outro pode ficar feliz em reconhecer que a interpretação poderia, teoricamente, assumir a forma de uma interpretação inovadora ou criativa que avalia ou de alguma forma altera um original, como pode ser o caso de uma interpretação revolucionária de uma peça ou obra de arte. Mas tal teórico poderia acrescentar que, por razões de moralidade política que têm a ver, por exemplo, com os princípios da democracia, o estado de direito e os valores subjacentes à separação de poderes, tais interpretações inovadoras nunca devem ser perseguidas pelos intérpretes de leis constitucionais (BRINK, 2016).

O objeto da interpretação constitucional deve, na medida do possível, permanecer fixado por fatores como entendimentos públicos originais ou intenções autorais (BALKIN, 2011). Ainda outro originalista pode se contentar em deixar uma pequena margem de manobra aqui, sugerindo algo como o seguinte: embora haja uma presunção, talvez muito pesada, em favor da interpretação como recuperação de um original, é uma que pode, em casos muito raros, ocasiões, ser superado. Por exemplo, esse originalista pode dizer que a presunção em favor da recuperação pode ser derrotada quando há uma mudança profunda e discernível nas visões populares sobre alguma questão importante de moralidade política implicada por uma disposição constitucional abstrata. Este foi, sem dúvida, o caso nos Estados Unidos com relação à escravidão e proteção igual.

Outra maneira pela qual os originalistas se dividiram é sobre a identidade do objeto original de interpretação. Um originalista pode se concentrar na recuperação de entendimentos públicos originais de frases constitucionais fundamentais como 'liberdade de expressão', 'os princípios da justiça fundamental' ou 'punição cruel e incomum', enquanto outro pode desejar que os intérpretes se concentrem nas intenções originais de os respectivos autores constitucionais. Mas é preciso ter cuidado aqui. É provável que o entendimento público original importe para este segundo originalista porque o principal meio de transmitir as intenções de alguém no contexto da promulgação legal são as palavras que se escolhe para expressar suas intenções. E essas palavras não podem transmitir as intenções de alguém, a menos que algum significado padrão ou entendimento comum seja assumido, um significado público padrão ao qual autores e leitores tenham acesso e em termos do qual os últimos podem, e devem compreender, as intenções do primeiro.

No entanto, esse significado ou entendimento não pode ser outro senão o original porque os autores não têm bolas de cristal e, portanto, não têm acesso a entendimentos futuros. Assim, um teórico da intenção original inevitavelmente fará com que os intérpretes prestem atenção considerável aos entendimentos públicos originais – talvez a ponto de sua teoria realmente colapsar em uma forma de originalismo de entendimento público. Coisas semelhantes serão verdadeiras para uma originalista cujo foco principal é a compreensão pública original: ela não precisa descartar inteiramente a relevância das intenções originais, pelo menos em alguns casos. Se acontecer, por exemplo, que o entendimento público original leva a aplicações ou resultados imprevistos que temos boas evidências históricas para acreditar que os autores não pretendiam, ou teriam rejeitado categoricamente se soubessem o que sabemos agora, um originalista poderia permitir tal intenções reais ou hipotéticas de anular os entendimentos públicos originais.

Entre as maneiras pelas quais se pode determinar que os autores constitucionais não pretendiam, ou não desejavam endossar, uma determinada aplicação concreta ou resultado sugerido pelo entendimento público original de uma norma constitucional é o apelo aos objetivos gerais ou propósitos que temos razões para acreditar que eles pretendiam alcançar ao decretar o que fizeram (BALKIN, 2016). Às vezes, esses objetivos e propósitos, muitas vezes chamados de intenções adicionais, são explicitamente expressos no preâmbulo de uma constituição, como muitas vezes é verdade no caso de leis ordinárias. Mas tais declarações de

propósito nas constituições tendem a ser muito amplas e altamente abstratas e muitas vezes são de uso muito limitado para lidar com questões mais específicas que surgem sob determinadas disposições constitucionais.¹¹

De qualquer forma, os originalistas podem divergir sobre o papel, na interpretação constitucional, dos objetivos e propósitos, muitas vezes referidos como intenções adicionais. Um originalista pode estar preparado para permitir que algumas outras intenções anulem entendimentos concretos originais em alguns casos, enquanto outro pode rejeitar completamente o uso de tais intenções. Uma razão para a relutância deste último – e para o foco da maioria dos originalistas contemporâneos no significado público comum, em oposição às intenções originais – é provavelmente que a evidência histórica sobre a existência e o conteúdo de tais intenções tende a ser altamente não confiável ou inacessível para intérpretes posteriores.

Uma das funções essenciais do direito é a orientação do comportamento. No entanto, não se pode ser guiado por uma lei a menos que a entenda, saiba o que ela significa. E se seu significado depende de fatores sobre os quais há grande disputa, ou que são em grande parte inacessíveis, como muitas vezes acontece quando se trata de intenções de autores há muito falecidos, então não se pode guiar pela lei. Portanto, os argumentos do Estado de Direito podem ser usados para justificar a exclusão (significativa) do apelo às intenções dos autores (ou não) em todos os casos, exceto em casos excepcionais. Uma segunda razão para rejeitar o apelo a outras intenções é o fato de que há uma diferença importante entre o que uma constituição realmente diz ou significa e o que aqueles que a criaram poderiam querer ou pretender alcançar ao criá-la. A interpretação é uma tentativa de recuperar para conservar ou reforçar a primeira, não a segunda.

O originalismo, como uma família geral de teorias que vincula os intérpretes constitucionais a entendimentos e/ou intenções originais, está sujeito a várias objeções. Por exemplo, as intenções e entendimentos originais são muitas vezes pouco claros, se não amplamente indeterminados, deixando o intérprete com a necessidade de recorrer a outros fatores.¹² Às vezes, as únicas coisas sobre as quais os coautores podem concordar são as palavras realmente escolhidas.

Ainda outra séria dificuldade enfrentada pelo originalismo é a aludida acima: a vida contemporânea é muitas vezes muito diferente da vida contemplada por aqueles que viveram na época da adoção da Constituição. Como resultado, muitas aplicações ou resultados concretos sugeridos por intenções e entendimentos originais podem agora parecer absurdos ou altamente indesejáveis à luz dos novos desenvolvimentos científicos e sociais e da compreensão moral aprimorada. Além disso, a vida moderna inclui inúmeras situações que nossos antecessores não poderiam ter contemplado, muito menos intencionados ou destinados a serem tratados de uma maneira particular. O direito à liberdade de expressão que encontrou seu caminho em muitas constituições no início do período moderno não poderia ter sido entendido (ou pretendido) por seus defensores para abranger, por exemplo, pornografia na internet.

¹¹ O Preâmbulo da Constituição dos EUA diz o seguinte: “Nós, o povo dos Estados Unidos, para formar uma união mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade doméstica, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral e garantir as bênçãos da liberdade para nós e nossa posteridade, ordenamos e estabelecer esta Constituição para os Estados Unidos da América”. (Tradução Livre). Por sua vez, o preâmbulo da *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha* é igualmente abstrato: “Consciente da sua responsabilidade perante Deus e os homens, Inspirado pela determinação de promover a paz mundial como parceiro igual numa Europa unida, o povo alemão, no exercício do seu poder constituinte, adotou esta Lei Fundamental”. (Tradução Livre).

¹² É neste ponto que os originalistas podem alegar que os juízes devem recorrer ao processo de 'construção constitucional'.



Em resposta a esta última dificuldade, um originalista pode apelar para o que pode ser chamado de intenção ou compreensão hipotética. A ideia básica é que um intérprete deve sempre considerar, em casos envolvendo circunstâncias novas e imprevistas, a questão hipotética do que seus predecessores teriam pretendido ou desejado que fosse feito no caso em questão se soubessem o que agora sabemos ser verdade. Nesta visão, devemos nos colocar imaginativamente no lugar daqueles que nos precederam. Devemos determinar, talvez à luz de suas crenças gerais, valores e objetivos e propósitos pretendidos, e talvez por meio de analogia com aplicações concretas, tenhamos razões para acreditar que eles aceitaram claramente na época, o que eles gostariam que fosse feito no novo circunstâncias que agora enfrentamos (vide. ROTHENBURG, 1996).

5. O CONSTITUCIONALISMO VIVO COMO RESPOSTA

Qualquer outra coisa que possa ser dita sobre o direito, isso é inegavelmente verdade: onde o direito existe, nossa conduta está sujeita a várias formas de restrição. Mas, em muitos casos, as restrições relevantes podem ser removidas ou alteradas com o mínimo esforço, como quando um precedente problemático do direito consuetudinário é derrubado devido a mudanças nas circunstâncias sociais, ou uma lei é revogada ou alterada porque não serve mais a propósitos úteis. Não é assim com as constituições. Como observado acima, eles tendem a ser fortemente enraizados. As constituições também devem ser duradouras, de modo a servir aos valores de continuidade e estabilidade na estrutura básica dentro da qual os assuntos contenciosos de direito e política são conduzidos. A natureza arraigada das constituições não é problemática quando consideramos as disposições que tratam de questões como a duração do mandato de um senador ou qual ramo do governo é responsável por regular a educação pública. Mas as coisas ficam muito mais complicadas e contenciosas quando nos voltamos para as disposições morais altamente abstratas da maioria das constituições modernas que têm o efeito de limitar os poderes dos órgãos governamentais de maneira significativa.

Essas características especiais das constituições se combinam para dar origem a uma questão fundamental, que causa tanta dificuldade ao originalista e à qual o constitucionalismo vivo pretende fornecer uma resposta melhor: como pode um grupo de pessoas colocar justificadamente impedimentos constitucionais arraigados de natureza decididamente moral? no caminho de um segundo grupo de pessoas que podem viver em circunstâncias radicalmente diferentes e talvez com visões morais radicalmente diferentes? Como, em suma, uma geração pode legitimamente vincular as escolhas morais de outra? Uma resposta satisfatória para este problema intergeracional, afirmam os constitucionalistas vivos, requer que reconheçamos que as constituições podem crescer e se adaptar a circunstâncias em constante mudança sem perder sua identidade ou sua legitimidade.

De acordo com os constitucionalistas vivos, o significado ou conteúdo de uma disposição arraigada como a seção 3(1) da Lei Fundamental alemã, que proclama que “Todas as pessoas serão iguais perante a lei”, consiste nos direitos ou princípios de moralidade política que eles expressam, não o que esses direitos ou princípios eram geralmente entendidos como exigidos no momento da promulgação ou acreditavam ou pretendiam exigir por aqueles que optaram por incluí-los na constituição. A escolha de empregar termos morais abstratos (por exemplo, 'punição cruel e incomum') em vez de termos mais concretos e não morais (por exemplo, 'enforcamento público' ou 'extração e esquarteramento'), é presumivelmente feita em reconhecimento a pelo menos quatro fatos cruciais: (i) é importante que os governos não violem certos direitos importantes da moralidade política; (ii) nem sempre os autores constitucionais concordam plenamente com o que se exige concretamente nos muitos cenários e casos em que

esses direitos são, ou se mostrarão mais tarde, relevantes; (iii) os autores constitucionais não podem antecipar o futuro nem os muitos cenários e casos em que esses importantes direitos serão de alguma forma relevantes; e (iv) mesmo quando concordam com o que esses direitos exigem concretamente no momento da adoção e se sentem à vontade para vincular a si mesmos e seus contemporâneos a esses entendimentos concretos, não se sentem particularmente à vontade em fazê-lo em relação às gerações futuras que viverão em tempos muito diferentes e podem pensar de forma muito diferente.

E assim se toma a decisão de expressar compromissos constitucionais em termos muito abstratos – 'punição cruel e incomum' versus 'extrair e esquarterjar' – deixando para as gerações posteriores substituir seus entendimentos concretos possivelmente diferentes pelos dos autores ou daqueles que viveram em momento da autoria. O resultado é que, à medida que os entendimentos concretos dos dispositivos de direitos constitucionais arraigados evoluem, os resultados garantidos por esses dispositivos podem legitimamente mudar de direito junto com eles. É importante para a constitucionalista viva que não deseja se render à acusação de que ela aconselha a infidelidade à constituição, essas mudanças podem ocorrer sem que a constituição tenha mudado, como seria verdade se um processo de emenda formal fosse invocado com sucesso e um abstrato, direitos dispositivos retirados da constituição.

Apesar de seu apelo indubitável, (pelo menos para muitos) o constitucionalismo vivo está sujeito a uma série de objeções significativas. Talvez as mais proeminentes sejam estas: (a) a teoria torna toda conversa de interpretação constitucional, propriamente entendida como a recuperação do significado existente, totalmente sem sentido: a interpretação constitucional torna-se nada mais do que criação ou construção constitucional irrestrita disfarçada de interpretação; (b) o constitucionalismo vivo priva a constituição de sua capacidade de cumprir sua função de orientação – como os indivíduos podem ser guiados por uma constituição cuja aplicação à sua conduta e escolhas será determinada pelas visões irrestritas dos chamados intérpretes posteriores?; e (c) o constitucionalismo vivo viola a doutrina da separação de poderes – se a constituição e seus limites se tornam o que os intérpretes contemporâneos entendem que eles significam, e se esses intérpretes tendem a ser encontrados quase exclusivamente em tribunais povoados por indivíduos que foram nomeados e não eleitos, então juízes democraticamente irresponsáveis acabam decidindo quais devem ser os limites adequados do poder do governo, tarefa para a qual são eminentemente desqualificados e que deve ser reservado a indivíduos (por exemplo, os autores da constituição) com autoridade democrática para cumprir essa função. Daí o apelo do originalismo.

Os constitucionalistas vivos têm várias respostas a essas objeções. Por exemplo, pode-se argumentar que a teoria de forma alguma resulta no exercício irrestrito e arbitrário do poder judicial que seus oponentes muitas vezes retratam. Constitucionalistas vivos como Strauss (2010) e Waluchow (2007) sugerem que a interpretação contínua das provisões abstratas de direitos de uma constituição é um processo muito parecido com o processo pelo qual os juízes desenvolvem noções igualmente abstratas de direito consuetudinário como 'negligência' e 'o uso razoável de força.' De acordo com Strauss, o sistema constitucional dos EUA “*has become a common law system, one in which precedent and past practices are, in their own way as important as the written U.S. Constitution itself...[I]t is not one that judges (or anyone else) can simply manipulate to fit their own ideas*” (STRAUSS, 2010, p. 3).

Nessa visão, a interpretação constitucional deve acomodar-se às tentativas anteriores de interpretar e aplicar as disposições abstratas de direitos expressas no texto da constituição. Essas decisões interpretativas anteriores servem como precedentes constitucionais. E assim como as regras tradicionais de precedentes combinam o respeito pela sabedoria e autoridade (embora limitada) dos tomadores de decisão anteriores (legislativo e judicial) com a consciência da



necessidade de permitir a adaptação diante de visões em mudança e circunstâncias novas ou imprevistas, assim também os intérpretes constitucionais devem respeitar a sabedoria e autoridade dos intérpretes anteriores, ao mesmo tempo em que permitem que a constituição se adapte de modo a responder às mudanças de pontos de vista e às circunstâncias novas ou imprevistas. A interpretação constitucional viva, embora flexível e adaptável, não é menos constrangida e disciplinada do que o raciocínio sob a lei comum.

Outra resposta aberta aos constitucionalistas vivos é negar que sua teoria da interpretação ignore o papel especial desempenhado pelo texto de uma constituição e seus autores. O texto desempenha um papel fundamental na medida em que qualquer interpretação constitucional, por mais inovadora que seja, deve ser consistente com aquele texto, até que seja formalmente alterado por meio de algum processo reconhecido de emenda constitucional. Não há razão para negar que os entendimentos originais das disposições abstratas de uma constituição também podem ser altamente relevantes para interpretações posteriores. Isso é especialmente verdade para interpretações que ocorrem logo após a adoção da constituição, quando não está em jogo a preocupação de vincular as gerações futuras. Os entendimentos originais simplesmente não podem ser dispositivos, pelo menos não em perpetuidade.

No final, a importância relativa de fatores como significado textual, entendimentos originais, interpretações posteriores e propósitos pretendidos pode ser, como sugere Joseph Raz (1996, p. 176-191), fundamentalmente uma questão de moralidade política que não pode ser respondida no abstrato e sem considerar o que é que justifica, naquele momento particular de interpretação, ter uma constituição entrincheirada, muito menos uma com tal e tal conteúdo particular. Às vezes, a recuperação de um entendimento concreto existente será necessária, especialmente quando a constituição está em sua infância e foi parcialmente destinada a resolver uma série de questões morais concretas quanto aos limites adequados do poder do governo, pelo menos por um tempo.

CONCLUSÃO

As teorias constitucionais, tanto duras quanto democráticas, representam um sério desafio não apenas às teorias convencionais e práticas estabelecidas de interpretação constitucional, mas à própria ideia do próprio constitucionalismo – a ideia de que o governo pode e deve ser limitado de maneiras que sirvam para nos proteger de poder estatal injustificado.

De acordo com o originalismo, a constituição nos protege de juízes e outros funcionários, restringindo-os (em grande parte) a decisões política e moralmente incontroversas e neutras sobre intenções e entendimentos históricos. De acordo com uma vertente do constitucionalismo vivo, nossa constituição em evolução pode fazer o mesmo e, ao mesmo tempo, permitir que a constituição cresça e se adapte às mudanças nas circunstâncias e (espera-se) melhores entendimentos morais. Ele pode efetuar esse ato de equilíbrio desde que os juízes, em quem o poder de interpretação e execução constitucional tenha sido colocado em grande parte, estejam dispostos a submeter suas deliberações à disciplina do raciocínio do direito comum.

As soluções oferecidas podem variar consideravelmente, dependendo de quão linha-dura o teórico tende a ser. Uma teocrata pode defender a derrubada completa do governo constitucional e democrático, enquanto uma crítica feminista liberal pode se contentar em trabalhar dentro dos sistemas constitucionais existentes para erradicar os vestígios do patriarcado que sobreviveram aos movimentos feministas recentes (MACKINNON, 1989; STROSSEN, 1995). Waldron e seus colegas críticos democráticos argumentam que devemos abandonar a prática de revisão constitucional da legislação sob cartas ou declarações de direitos

arraigadas e deixar as decisões políticas onde elas pertencem: o povo e seus representantes eleitos e responsáveis (WALDRON, 1992, 2006; MARMOR, 2007).

Ainda outro caminho de resposta é destacar até que ponto as objeções mais poderosas dos críticos se aplicam apenas à revisão de forma forte, onde as decisões judiciais são finais e podem ter o efeito de anular os esforços de legislaturas democraticamente contabilizadas. Tendo apontado isso, o próximo passo é recomendar formas mais fracas de revisão que refletem um equilíbrio mais saudável entre o respeito aos direitos fundamentais, por um lado, e a importância do procedimento democrático, por outro (GARDBAUM, 2013).

Qualquer que seja a solução preferida, todos os críticos do constitucionalismo parecem concordar que o progresso só pode ser feito se os mitos que cercam a proteção constitucional – a força restritiva do entendimento original, intenção, história, disciplina do direito comum etc., e que as verdadeiras forças políticas em ação na prática constitucional sejam reconhecidas e tratadas abertamente. Se a ideia de constitucionalismo pode sobreviver às lições de tal escrutínio crítico é uma questão muito boa.

LISTA DE REFERÊNCIAS

- AUSTIN, J.L. **The Province of Jurisprudence Determined**, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.
- BALKIN, Jack M. “The Roots of the Living Constitution”, **Boston University Law Review**, vol. 92, p. 1129–1160, 2016.
- BARNETT, Randy E. **Restoring the Constitution: The Presumption of Liberty**. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the Laws of England**, 4 volumes, Oxford: Clarendon Press, 1765-69.
- BORK, Robert. **The Tempting of America: The Political Seduction of the Law**. New York: Macmillan, 1990.
- BRINK, David. “Originalism and Constructive Interpretation”, in W. Waluchow & S. Sciaraffa (eds.), **The Legacy of Ronald Dworkin**. New York: Oxford University Press, 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, DL 2003, 2003.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.
- GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- HART, H.L.A. **The Concept of Law**, 2nd edition, Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. 1991.
- HOBBS, Thomas. **De Cive** (The Philosophical Rudiments Concerning Government and Society). various editions, 1642.
- HOBBS, Thomas. **Leviathan**. various Editions, 1651.
- HOHFELD, Wesley. **Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning: And Other Legal Essays**. New Haven, Yale University Press, 1919.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Freitas Bastos, 2015.
- LOCKE, John. **Two Treatises of Government**, various editions, especially Book II, Chapters XI–XIV, 1690.
- MACKINNON, Catherine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989.



- MARMOR, Andrei. **Law in the Age of Pluralism**. Oxford: Oxford University Press, Chapter 4 (“Are Constitutions Legitimate”) and Chapter 8 (“The Immorality of Textualism”), 2007.
- MILL, John Stuart. **On Liberty**. various Editions, 1859.
- RAZ, Joseph. “Intention in Interpretation”, in R. George, (ed.). **The Autonomy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 29, 1996.
- SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- SHKLAR, Judith. **Montesquieu**. Oxford: Oxford University Press, 1987.
- SMITH, Patricia (ed.). **Feminist Jurisprudence**. New York: Oxford University Press, 1992.
- SOLUM, Lawrence B. “Semantic Originalism”. **Illinois Public Research Paper**, No. 07–24, 2008.
- STRAUSS, David. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.
- STROSSEN, Nadine. **Defending Pornography**. New York: Scribner, 1995.
- THAYER, J.B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, **Harvard Law Review**, vol. 7, nº 3, p. 129–156, 1893.
- WALDRON, Jeremy. “A Rights-Based Critique of Constitutional Rights”, **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 13, nº 1, p. 18–51, 1992.
- WALUCHOW, W.J. **A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017a.
- WALUCHOW, W.J., “Constitutional Interpretation”, in ed. Marmor Andrei **The Routledge Companion to Philosophy of Law**, New York: Routledge, Chapter 3.9.2, 2012.
- WHITTINGTON, Keith. **Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review**. Lawrence: Kansas University Press, 1999b.