

Carlos Campos: Supremo precisa cultivar modéstia institucional

Antonin Scalia foi um dos mais influentes *Justices* da história recente da Suprema Corte norte-americana. Mais antigo membro e líder intelectual da ala conservadora da corte, transformou o originalismo de teoria da interpretação desacreditada em poderosa filosofia judicial. Inicialmente, ser originalista era defender que normas da constituição deveriam ser interpretadas de acordo com as intenções originais dos *founding fathers*. Essa versão enfrentou muitas críticas, principalmente, quanto às dificuldades cognitivas insuperáveis. Coube a Scalia liderar a evolução do originalismo (o chamado “novo originalismo”), propondo que a interpretação constitucional legítima fosse aquela a revelar o “significado público das palavras do texto quando de sua adoção” (“original public meaning”). Em vez de intenções, o intérprete deveria investigar conteúdos semânticos originais.^[1]

O principal legado perseguido por Scalia foi o do uso do originalismo no combate ao ativismo judicial. A promessa era oferecer objetividade à interpretação constitucional, impedindo que razões de filosofia política e moral do intérprete fizessem parte do conteúdo decisório, mantendo rígidas as fronteiras entre Direito e Política.^[2] Ele acreditava que o dever de aplicar os sentidos linguísticos originais da constituição constrangeria a prática judicial. Este pequeno texto defende que, não obstante as virtudes de sua proposta, Scalia falhou em sua promessa, assim como falham todos aqueles que acreditam que autorrestrrição judicial se alcança *apenas* por meio de teorias da interpretação jurídica. Fundamentando essa conclusão, abordo, na sequência, o surgimento do originalismo nos cenários político e constitucional norte-americano e momentos relevantes de sua aplicação pelas Cortes Rehnquist e Roberts. Por fim, críticas e conclusões, problematizando o momento institucional contemporâneo do STF.

– II –

O originalismo não surgiu em um vácuo político. Os conservadores norte-americanos acusaram os liberais da *Corte Warren* (1953-1969)^[3] de distorcerem os significados da constituição e imporem seus valores morais e sua agenda política. Para os críticos, a Corte Warren foi imperialista, política, liberal e ativista demais. Superar os seus precedentes tornou-se uma obsessão do Partido Republicano e dos presidentes Richard Nixon, Ronald Reagan e, em menor medida, George Bush. Se a Corte Warren foi uma *revolução constitucional*, eles dariam início a uma *contrarrevolução constitucional*. A forma contida de interpretar a constituição e a indicação, para a Suprema Corte, de juízes que defendessem essa prática decisória passaram a fazer parte das campanhas eleitorais e dos programas de governo.

Com os slogans *law and order* e *strict construction* da constituição, Nixon formou a *Corte Burger* (1969-1986), alcançando algum sucesso em minimizar precedentes liberais em matéria de procedimentos criminais. Contudo, no tocante às promessas de interpretação estrita e de autorrestrrição judicial, a *contrarrevolução constitucional* não ocorreu. Com alguma diferença de grau, os juízes da Corte Burger foram ativistas como os da Corte Warren: *Roe v Wade*, na qual afirmada a constitucionalidade do aborto, foi o mais destacado exemplo.^[4]

Chegada a vez de Ronald Reagan, esse também condenou o ativismo judicial de “cortes e juízes que legislam” e prometeu nomear juízes que adotassem uma filosofia de restrição judicial. Foi Edwin Meese

III, advogado-geral de Reagan, que introduziu, no discurso do Partido Republicano, a ideia de uma jurisprudência da intenção original dos *founding fathers*. Segundo Meese, os juízes devem ser “guiados pelo texto [da constituição] e por seu sentido original”.^[5] Meese defendia o originalismo como único método legítimo de interpretar a constituição e adequado à postura de autorrestrrição judicial, separando objetivamente Direito e Política.

Os principais temas da agenda *contrarrevolucionária* do Partido Republicano eram o aborto (reverter *Roe*) e o fortalecimento político dos estados. Apresentando o *originalismo* como *ferramenta metodológica contrarrevolucionária*, Reagan deu início à formação da *Corte Rehnquist* (1986-2005): com a saída de Warren Burger, elevou Willian Rehnquist, defensor da interpretação textual estrita, ao cargo de *Chief Justice*, e nomeou para seu lugar, como *Associate Justice*, um dos preferidos de Meese, Antonin Scalia. Reagan falhou em indicar outro “pai” do originalismo, Robert Bork.^[6] Mais tarde, depois da nomeação de moderados (principalmente, Sandra O’Connor, indicada antes de Scalia, e Anthony Kennedy), o Partido Republicano, por meio de George Bush, conseguiu a nomeação de Clarence Thomas, também praticante do originalismo e equivalente a Rehnquist e Scalia em conservadorismo.

Com esses nomes, a Corte Rehnquist passou a ter, ao menos em tese, uma maioria conservadora sólida e composta de alguns juízes, incluído Scalia, praticantes do originalismo. Restava saber se, na prática, resultaria em superação do ativismo judicial.

– III –

Depois de uma fase inicial mais moderada, a Corte Rehnquist deu início à chamada jurisprudência do “Novo Federalismo”: pautada no originalismo, aumentou o poder dos estados em detrimento do Congresso Nacional. Durante esse período, com apoio na indeterminada *Commerce Clause* e em registros históricos inconclusivos sobre o significado original dessa cláusula, a Corte Rehnquist, com frequência única na história, julgou dezenas de leis federais inconstitucionais, todas oriundas de um Congresso, majoritariamente, democrata. Em uma série de decisões, iniciada por *United States v. Lopez*, a Suprema Corte superou uma concepção de federalismo consolidada desde o triunfo do *New Deal* do presidente democrata Roosevelt, e impôs sérios limites, como queria o Partido Republicano, aos poderes do Congresso em face dos estados.

Em uma análise geral, a Corte Rehnquist ofereceu motivos para críticas mesmo de conservadores: não cumpriu inteiramente a agenda *contrarrevolucionária*, principalmente, porque não satisfaz sua maior obsessão – superar *Roe*. Contudo, é inegável que, com o seu conjunto jurisprudencial, a constituição ganhou muito mais a direção perseguida pelo Partido Republicano do que com as decisões da Corte Burger. O tom crítico dominante não pode ser considerado equilibrado – foi a esquerda liberal, sem dúvida, a mais forte opositora à jurisprudência da Corte Rehnquist. O originalismo constou dos discursos decisórios, mas a filosofia moral e política dos juízes, alinhada ao programa do Partido Republicano, deu o tom das principais decisões.^[7]

– IV –

Com a morte de Rehnquist (2005) e a aposentadoria de O’Connor (2006), George W. Bush deu início a

uma “nova Corte”. Repetindo seus antecessores, Bush dizia acreditar em “strict construction”, em juízes “que não legislam da Corte”. Ele declarou ser Scalia o seu preferido. Afirmou que quando defende “interpretação estrita da Constituição”, quer dizer “aplicação de seus significados originais”. No Senado Federal, os nomeados de Bush, John Roberts para *Chief Justice* e Samuel Alito para a vaga de O’Connor, saudaram a restrição judicial. Roberts utilizou a analogia do *árbitro de beisebol (umpire)*: “Juízes são como árbitros de beisebol. Árbitros não fazem as regras; eles as aplicam”. Contudo, a Corte Roberts tem sido tudo, menos autorrestritiva. Duas decisões relevantes mostram bem isso: *Heller* e *Citizen United*.

Em *District of Columbia v. Heller*, a Suprema Corte inovou na interpretação da 2ª Emenda para afirmar a inconstitucionalidade de leis federais que proibissem a posse de armas pelos cidadãos norte-americanos. Posteriormente, fez o mesmo contra os estados (*McDonald v. Chicago*). Scalia escreveu o voto para a maioria, sua mais importante *opinion* desde que chegou à corte. Para ele, *Heller* é a maior “reivindicação do originalismo” da história da Suprema Corte, e isso não apenas porque a maioria decidiu que o significado original da 2ª Emenda garante o direito a todos de portarem armas, também porque a minoria vencida argumentou de forma originalista, defendendo ser outro o sentido original. No entanto, havia divergência sobre o alcance original mesmo entre os originalistas: Robert Bork, por exemplo, entendia que a emenda não assegura a todo e qualquer cidadão o direito fundamental de portar armas.

Superando o precedente *Austin*, a Corte julgou inconstitucional lei federal para garantir, em *Citizens United*, às empresas e aos sindicatos o direito de utilizar o poder econômico para participar de campanhas políticas. Pessoas jurídicas seriam titulares, na mesma medida que as físicas, do direito à liberdade de expressão da 1ª Emenda e isso inclui gastar recursos ilimitados no financiamento de campanhas eleitorais. Leis que restringissem esse direito seriam inconstitucionais. Muitos acusam a Corte Roberts de ter reconhecido direito não previsto na constituição. Scalia, por sua vez, defendeu que a decisão estava de acordo com o significado original da norma: “A emenda é escrita em termos de ‘discurso’, não de quem discursa. Seu texto não oferece base para excluir qualquer categoria”, de indivíduos a sociedades, empresas e sindicatos.

Porte livre de armas, financiamento privado irrestrito de campanhas eleitorais e restrição à regulação federal dos negócios privados compõem uma ideologia tida como libertária que faz parte do programa político do Partido Republicano. Nos casos mais relevantes, Scalia, Clarence Thomas, Roberts e Alito votavam quase sempre juntos no sentido dessa ideologia.^[8] O originalismo tem cumprido o papel de oferecer *status* de direitos constitucionais a esses propósitos, justificando a declaração de inconstitucionalidade de dezenas de leis federais e estaduais.

– V –

“Strict construction” e restrição judicial não fizeram parte do universo prático da Corte Rehnquist e não têm feito da Corte Roberts. Meu ponto aqui não é dizer quais valores morais e políticos são corretos, se liberais ou conservadores, e sim afirmar que o originalismo sofre dos mesmos defeitos e oferece os mesmos riscos das teorias da interpretação que combate, em especial, a *living constitution*. Como disseram Robert Post e Reva Siegel, o originalismo é a “‘living constitution’ da direita”.^[9]

A revelação do significado público de palavras adotadas em uma constituição de mais de duzentos anos é cercada de incertezas. Mesmo que as intenções não sejam o foco e sim os sentidos semânticos dos textos, há dificuldades cognitivas enormes. A consequência é a discricionariedade judicial, e nesse espaço de “livre descoberta” entram as preferências pessoais do intérprete, que tanto Scalia combate, mas o originalismo se presta a disfarçar. No mais das vezes, o originalismo acaba servindo a um exercício de julgamento político, de ativismo judicial do tipo que Scalia condena.

O próprio Scalia reconhece que utilizar significados originais pode levar a resultados injustos para controvérsias do mundo moderno, assim como à superação de precedentes tidos como sólidos. Nesses casos, ele recomenda que o intérprete encontre evidências que o propósito original da norma constitucional seja justamente o de evoluir em sua aplicação, o que chama de *faint-hearted originalism*. Um “originalismo fraco” que, como ele mesmo diz, pouco difere de um “não-originalismo moderado”. [10] Escolher entre “originalismo forte” e precedentes antigos ou resultados “justos” é uma evidente oportunidade de julgar conforme preferências pessoais. Nada diferente da liberdade normativa exercida pelos juízes pragmáticos, que “modulam as ordens estritas da compreensão original das normas com considerações práticas e consequencialistas”. [11]

O originalismo foi prática política *fora* da Corte – foi retórica do Partido Republicano contra o legado da Corte Warren. Com a liberdade decisória e oportunidade de ativismo judicial que oferece aos juízes, o originalismo tem sido política também *dentro* da corte. *Heller*, *Citizens* e o “ataque federalista” aos precedentes da época do *New Deal* deixam isso muito claro. Apesar de seu apelo, a promessa do originalismo de entregar objetividade não pode ser cumprida. Dizendo-se originalistas, “juízes são capazes de manipular (ou ignorar) materiais originalistas para produzir os resultados que desejam por razões ideológicas”. [12] Não há constrição sobre a atividade judicial, e sim oportunidade de *ativismo seletivo*. Como disse J. Harvie Wilkinson III, “originalismo tem encoberto ativismo episódico”. [13]

No “embate” entre cortes de diferentes eras e contextos sociais e políticos, as armas não têm sido restrição *v.* ativismo judicial, e sim ativismo *v.* ativismo: diferentes quanto às teorias de interpretação, mas iguais na prática nada constrangida de superação de precedentes e declarações de inconstitucionalidade de leis variadas.

VI

E o que o STF tem a ver com isso? Apesar das diferenças entre os sistemas políticos e judiciais norte-americano e brasileiro, tem muito a ver.

Recentes decisões do Tribunal têm atraído críticas de diferentes lados do espectro ideológico e político. Às vezes, acusado de proteger membros e ideias do partido do governo. Outras, de defender personagens e bandeiras da oposição. No âmbito das questões morais, o acusam de ser liberal demais. No recente caso da presunção de inocência, foi taxado de conservador e de sucumbir à opinião pública. O STF estaria atuando de forma inconsistente, pragmática, praticando “ativismos episódicos”. Comum a todas as críticas, tem-se a pecha de o Tribunal ignorar o texto da Constituição de 1988, ao menos seus significados mais claros, diretos e literais.

Em relação ao malsinado julgamento do HC 126.292/SP, a doutrina censurou o STF por ter distorcido o significado de “trânsito em julgado” constante do inciso LVII do artigo 5º da CF/88, passando a admitir a prisão por decisão de 2ª instância, antes, portanto, do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O teor das críticas é direto: o STF não levou o texto constitucional a sério. O apelo é para os ministros passarem a ser *mais textualistas*, respeitarem os limites semânticos da constituição, em vez de julgarem conforme suas convicções morais, políticas e consequencialistas. Uma crítica, em alguma medida, *Scaliana*.

O originalismo de Scalia tem virtudes. A maior delas é chamar atenção ao óbvio: a interpretação constitucional deve começar e terminar pelo texto da constituição. Não é por menos que o originalismo é uma espécie mais ortodoxa do textualismo, e que Scalia se dizia um textualista. Da mesma forma, a crítica atual ao STF tem a virtude de ressaltar a importância maior e óbvia das palavras da constituição em face das convicções pessoais e percepções sociais dos ministros. No HC 126.292/SP, a opinião pública esteve presente no julgamento, a Carta da República e o CPP (artigo 283) não!

Mas o originalismo, assim como toda e qualquer teoria da interpretação, tem seus pecados. Os do originalismo foram apontados aqui: a teoria não é só incapaz de constranger, mas pode mascarar julgamentos por razões ideológicas e políticas. Quando se trata de interpretar um documento normativo com as características próprias das constituições contemporâneas e resolver os conflitos cruciais de nosso tempo, nenhuma teoria da interpretação é suficientemente capaz de impedir juízos morais e políticos sob a roupagem jurídica de uma interpretação textual. Há constrictões, mas insuficientes.

E o meu ponto é esse: sem deixar de valorizar as críticas textualistas da doutrina nacional, essas são insuficientes para assegurar autorrestrição judicial. Elas precisam ser acompanhadas de críticas de ordem institucional. A crítica não deve ser apenas quanto à relação entre STF e texto, pois ele não é o único nem o mais importante intérprete da constituição. O *pensamento juriscêntrico* não resolve, apenas agrava o problema da supremacia judicial. É preciso questionar a postura institucional do STF perante as decisões prévias e os espaços de atuação dos outros poderes. O apelo ao textualismo deve ser complementado pelo apelo à adoção de uma cultura de deferência institucional, o que é absolutamente estranho ao comportamento contemporâneo do STF.

É certo que há espaços relevantes e legítimos de atuação mais ativista da corte: [14] violações manifestas de direitos fundamentais devem ser superadas; omissões legislativas e administrativas inconstitucionais persistentes devem ser supridas; grupos absolutamente carentes de representação política merecem proteção maior. No mais, se uma lei é claramente inconstitucional, deve assim ser declarada. Fora hipóteses do tipo, além de postura interpretativa contida perante o texto constitucional, o STF deve adotar a deferência aos demais poderes como exigência de valor institucional e político dentro de um governo democrático e de poderes separados; deve dar maior peso à capacidade jurídico-constitucional ou epistêmica dos outros poderes.

Além de levar o texto da constituição a sério, o STF precisa também levar a sério as razões e interpretações prévias, logicamente quando existentes, dos outros poderes. As críticas devem ser dirigidas a como o Supremo interpreta e aplica a ordem constitucional e infraconstitucional, e também a como se comporta diante dos outros poderes: deve ser rechaçado o fato de o STF não dar aos outros

poderes de governo o benefício da dúvida quanto ao juízo de validade constitucional das leis e atos normativos. Isso é um problema sério, mas não é hermenêutico, e sim de postura institucional.

No HC 126.292/SP, o STF não somente deixou de observar a expressão literal do inciso LVII do artigo 5º da CF/88 e o seu próprio precedente; também não manifestou qualquer deferência à interpretação recente desse preceito constitucional feita pelo Congresso Nacional, formalizada no artigo 283 do CPP. Ainda que não concordasse com essa interpretação, deveria tê-la valorizado como uma das compreensões razoáveis possíveis – que, inclusive, adotava até então –, e emanada do órgão legitimado democraticamente. Portanto, além de humildade interpretativa, o STF precisa encontrar o caminho da modéstia institucional. Sem prejuízo das críticas textualistas, é necessário a doutrina reivindicar a adoção de uma nova cultura institucional pelo STF. Essas abordagens não se excluem, devem se somar.

[1] Cf., por toda a sua obra, SCALIA, Antonin. *Originalism: The Lesser Evil*. *University of Cincinnati Law Review* Vol. 57 (3), 1989, p. 849-865.

[2] Os principais adversários do originalismo são a “living constitution” da Corte Warren e o pragmatismo defendido na corte pelo *Justice* Stephen Breyer.

[3] A Corte Warren, composta por uma maioria de juízes nomeada pelo Partido Democrata, foi o grande momento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX. Para tanto, a Corte negou que a Constituição tivesse uma natureza estática e a enxergou como “documento vivo” (*living document*), cujos significados deveriam ser sensíveis às mudanças sociais.

[4] 410 U.S. 113 (1973).

[5] MEESE III, Edwin. *Toward a Jurisprudence of Original Intent*. *Harvard Journal of Law & Public Policy* Vol. 11 (1), 1988, p. 10.

[6] Robert Bork, defensor ferrenho do originalismo, enfrentou o Senado majoritariamente democrata e sua nomeação não foi confirmada.

[7] Claro que *Bush v. Gore*, pela qual a corte, por 5 a 4, assegurou a vitória do republicano George W. Bush na eleição presidencial de 2000, foi a grande marca desse período (*Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 [2000]).

[8] Não se ignora aqui a relevância do papel do *swing voter* Anthony Kennedy, como no caso do *casamento gay*, quando ele votou com a maioria liberal a favor dos direitos dos homossexuais, impondo importante derrota à ala conservadora da Corte. Também não se ignora o surpreendente voto do *Chief Justice* para validar o *Obamacare*. Mas estes casos não configuram o padrão decisório da Corte.

[9] POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution*. *Fordham Law Review* Vol. 75 (2), 2006, p. 566.

[10] SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review* Vol. 57 (3), 1989, p. 862.

[11] WILKINSON III, J. Harvie. *Cosmic Constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance*, 2012, p. 55

[12] CROSS, Frank B. *The failed promise of originalism*, 2013, p. 190.

[13] WILKINSON III, J. Harvie. *Cosmic Constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance*, 2012, p. 57.

[14] O ativismo judicial é tomado aqui não como comportamento aprioristicamente ilegítimo, nem como postura de expansão de poder político-normativo que se revela apenas por meio da interpretação. Pode ser legítimo e possuir outras dimensões, em especial, a “estrutural” que diz com a falta de deferência legal ou epistêmica em face das decisões e dos espaços de atuação dos outros poderes. Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Date Created

29/02/2016