

**JOHN HART ELY E ANTONIN SCALIA: A FILOSOFIA  
CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA**

JOHN HART ELY AND ANTONIN SCALIA: THE NORTH  
AMERICAN PHILOSOPHY OF CONSTITUTION

**Alceu Fernandes Neto\***  
**Roberto Bueno\***

\* Graduando em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; Bolsista CNPq na modalidade de Iniciação Científica (2014-2018) e Iniciação Científica Tecnológica (2015-2018). Membro da Clínica Jurídica de Direitos Humanos e Cidadania - EIXOS (2018 - ); Foi estagiário no Gabinete do Min. Edson Fachin, no Supremo Tribunal Federal (2016-2018) e no Ministério da Justiça do Brasil (2015-2016). Foi membro do Programa de Educação Tutoria - PET/Direito. Unb (2014-2016). Obteve menções honrosas no Prêmio IBRAC - TIM 2017 e nos 21o e 23o Congresso de Iniciação Científica do Distrito Federal (2015 e 2017).

\*\* Doutor em Filosofia do Direito (UFPR / Nível 6 CAPES). Professor adjunto IV da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFU. Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Filosofia (UFC, 2011-2012). Mestre em Teoria do Estado e Filosofia (UNIVEM, 2006). Especialista em Direito Constitucional e Ciência Política pelo Centro de Estudios Constitucionales de Madrid (1994). Pós-Doutor (UNIVEM). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (1992).

**Como citar:** NETO, Alceu Fernandes. BUENO, Roberto. John Hart Ely e Antonin Scalia: A filosofia constitucional Norte-Americana. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 3, n. 2, p. 111-135, jul/dez. 2018.

<https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v3n2.fernandesneto.bueno>

**Resumo:** O objeto deste artigo é analisar algumas das respostas que a teoria hermenêutica constitucional pode oferecer para o problema da incompletude do direito. A questão de fundo enfocada é que as típicas constituições das democracias ocidentais possuem evidentes limitações da configuração de seu conteúdo, permanecendo amplas esferas de indeterminação, todavia encobertas e maximizadas pela limitação da linguagem natural, cuja interpretação e determinação no caso concreto se revela problemática. Assumindo que os esforços dos constituintes não podem obter êxito em redigir um texto detalhado e preciso, sobressai a tarefa de interpretação da Constituição. Para analisar o problema o artigo delimita o campo de análise firmado no horizonte das disputas entre originalismo e não-originalismo. A proposta deste texto é fomentar o debate proposto por estas tradições da hermenêutica constitucional especialmente em sua abordagem do problema da incompletude das constituições e as vias de resposta judicial aos problemas concretos, projetando a ampliação das possibilidades de compreensão dos limites da liberdade de criação judicial e as restrições em sua tarefa de aplicação do direito em um Estado democrático de direito. Para realizar esta análise os referenciais teóricos de fundo mobilizados foram John Ely e Antonin Scalia.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Originalismo. Não-originalismo. John Ely. Antonin Scalia.

**Abstract:** The issue of this article is to analyse some of the possible answers which the constitutional hermeneutics can provide to the incompleteness of the law. The deep point of our problem focused in this article is that the typical Constitutions from Western democracies has evident limitations on the setting of its contents, remaining wide spheres of uncertainty, still

covered and maximised by the limitation of the natural language, whose interpretation and determination on the concrete case is problematic. Adopting that all efforts from the law natural of the constitutions can't obtain success to read a detailed and accurate text, stand out the task of interpretation of the Constitution. To analyse that problem the article delimitate the analysis area clearly at the horizon of the debate between the originalism and interpretativism. The proposal of this article is to foster the debate proposed by that traditions of constitutional hermeneutics specially in its approach on the problem of the incompleteness of the Constitutions and the judicial ways to answer the concrete problems, designing the enlargement of the possibilities to understand the limits of the free judicial creation and the constraints in its mission to enforce the law in the Rule of Law. To perform this analysis the theoretical references which was mobilized was John Ely and Antonin Scalia.

**Keywords:** Constitutional Law. Originalism. Textualism. John Ely. Antonin Scalia.

## INTRODUÇÃO

Ao tomar como objeto a Constituição e, sobretudo, um ângulo desde o qual é possível realizar a tarefa hermenêutica, sugerimos aqui delimitar um campo de problemas que, por certo, não poderão fugir à disputa entre originalismo e não-originalismo. A questão de fundo da qual não podemos afastar-nos na consideração da hermenêutica constitucional é de que o documento possui uma clara limitação que, por certo, não lhe é exclusiva, a saber, que não poderá ser redigido de sorte a contemplar amplo detalhamento.

Assumindo que os esforços dos constituintes não poderão desembocar em um documento construído sob a inspiração do detalhamento, então, o que restará é orientar a tarefa de elaboração da Constituição segundo as grandes linhas que, no plano prático, podem ser estabelecida por intermédio de princípios. Esta não é uma sugestão inovadora, mas retoma uma abordagem já presente em *McCulloch v. Maryland* (17 U.S., 4 Wheat; 316, 407 [1819]). A limitação implicitamente reconhecida neste antecedente também encontra estruturas similares na Constituição brasileira quando, por exemplo, no art. 5º, estabelece direitos e não os enumera exaustivamente, relegando tal tarefa ao momento da aplicação do direito quando a hermenêutica constitucional é realizada.

A proposta deste artigo é, nas linhas abaixo, o debate posto em uma das mais bem assentadas tradições de hermenêutica constitucional na tradição norte-americana, a saber, o originalismo e o não-originalismo ou interpretativismo e não-interpretativismo ou textualismo. Para realizar este trabalho retomaremos fundamentalmente como referência os trabalhos de Ely e Scalia, que estarão presentes em nosso artigo entre os denominados textualistas e, por outro lado, os reputados como livre-intérpretes ou, ainda, também denominados construtivistas.

Embora exista ao fundo destas referências um jogo terminológico, aqui o resumiremos apenas no uso entre originalismo e não-originalismo. Assim, seja qual for a nomenclatura adotada, a divergência central de ambos os ramos teórico-hermenêuticos do constitucionalismo, se centra em que o primeiro deles, originalista, procura encontrar o sentido da Constituição a partir de uma leitura que se entrega à busca do sentido original da Constituição. Quando este, por qualquer razão não esteja explícito, lhes caberá aos originalistas buscá-lo em todo o repertório gravado nos textos da história da elaboração da Constituição. Por outro lado, em resumidas contas, a tradição não-originalista, também assumida por Lief Carter<sup>1</sup>, propõe que a interpretação da Constituição requer uma tarefa mais ampla por parte dos tribunais, e nisto, certamente, se desenha um horizonte de incertezas.

Esta tarefa deve transcender o conjunto de referenciais normativos escritos nos textos legais, ou seja, que a sua recomendação é de que a solução adequada para a complexidade dos fatos não cabe dentro dos limites dos textos legais. Esta limitação impele que os tribunais empenhem-se em aplicar normas que encontram-se encobertas pela natural limitação lingüística. Portanto, a atualização de seu conteúdo quando enfrentado ao caso concreto que pede uma solução adequada leva a que o Poder Judiciário lance mão de abordagens metodológicas e posturas epistemológicas

<sup>1</sup> Ver CARTER, Lief H. **Contemporary constitutional lawmaking**. Washington: Pergamon Press PLC, 1985, cap. III.

permitam ser reputados como ativistas.

A proposição deste artigo entre nós pode auxiliar a colocar em perspectiva uma série de reflexões que hodiernamente realizamos sobre a hermenêutica constitucional de nossos tribunais. Há uma aparentemente inesgotável tarefa de abordar a tarefa da liberdade criativa do juiz e a restrição absoluta em sua tarefa de aplicação do direito, e isto ocorre sob a luz de fundo de uma tentativa também inabordável de estabelecer critérios fixos para julgar casos que guardem similaridades. Em que pese a nobreza da finalidade, a melhor opção quem oferece é mesmo a natureza do objeto que não permite aos homens cumprir este seu objetivo de absoluta segurança, hermetismo que, por certo, comprometeria as liberdades.

## 1 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: ORIGINALISMO E NÃO-ORIGINALISMO

Montesquieu propôs que a tarefa judiciária estivesse presa a um determinado a um especial princípio, a saber, que a atividade do juiz fosse a de restringir-se a pronunciar o sentido posto pela norma jurídica por intermédio de seus legisladores. Robert H. Bork, importante originalista está pronto para defender a tese de que os juízes devem manter-se distante de realizar atualizações hermenêuticas do texto constitucional mas, antes, manter-se fiel à linha traçada pelos constituintes fundadores<sup>2</sup>.

A tradição originalista foi triunfante nos Estados Unidos da América durante aproximados cem anos a partir da vigência da Constituição. O impacto do trabalho dos *Founding Fathers* foi bastante intenso e encontra-se no centro dos debates políticos e jurídicos até os dias de hoje, muito embora sem o mesmo viés daquele primeiro centenário e, no fundo dos argumentos que opõe originalismo e não-originalismo temos uma profunda crença na necessidade de manter os princípios tão intocados quanto foram concebidos no momento inicial do processo constitucional.

O originalismo permanece em autores importantes no cenário jurídico norte-americano como Antonin Scalia, autor que chama a atenção para a visceral diferença entre a concepção jurídica que apoie a interpretação judicial e aquela outra, originalista, supostamente ancorada na pura determinação da vontade democrática expressa pelo legislador, ou seja, à intenção original dos constituintes e que, segundo esta tradição, apresenta-se como o “[...] criterio fundamental y más legítimo para interpretar las cláusulas constitucionales” (DELTORO, 1998, p. 29). A respeito desta leitura Deltoro cita o trecho em que o juiz Taney<sup>3</sup> afirmava em *Marbury v. Madison* que:

No es la competencia de este tribunal decidir sobre la justicia o injusticia, corrección o incorrección política de estas leyes. La decisión sobre esa cuestión perteneció al poder político o legislativo, a aquellos que formaron la soberanía y establecieron la Constitución. El deber de este tribunal es interpretar el instrumento que elaboraron con la mejor luz que podamos obtener sobre la materia, y administrarlo como lo encontramos, de acuerdo con su verdadera pretensión y significado cuando fue adoptado... La Constitución no sólo habla con las mismas palabras, sino también con el mismo significado y propósito con el que habló

2 BORK, Robert H. *The Tempting of America*. New York: Touchstone, 1998.

3 Para uma análise originalista da posição sustentada pelo Chief Justice Taney no caso *Dred Scott* é examinada por Bork. Ver BORK, Robert H. *The Tempting of America*, p. 28-34.

cuando salió de las manos de sus redactores, y fue votado y adoptado por el pueblo de los Estados Unidos. Cualquier otra regla de interpretación abrogaría el carácter judicial de este tribunal convirtiéndolo en el mero reflejo de la opinión popular o pasión del día<sup>4</sup>.

Seguindo a mais castiça linha argumentativa do originalismo o juiz Scalia afirma que

Judge-made law is special legislation. The judge is human, and feels the bias which the coloring of the particular case gives. If he wishes to decide the next case differently, he has only to distinguish, and thereby make a new law. The legislature must act on general views, and prescribe at once for a whole class of cases.<sup>5</sup>

- Postos estes termos provisórios acerca da caracterização destas duas tradições, propomos expandir a abordagem de ambas à visão de outros autores para logo a seguir retomar sua inserção na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA. A respeito das dificuldades que ambas as teorias da interpretação constitucional mencionadas enfrentam, Breyer enuncia parte desta questão através de feliz comparação com a interpretação de partituras musicais:

[...] No particular theory guarantees that the interpreter can fully capture the composer's intent. It makes sense to ask a musician to emphasize one them more than another. And one can understand an interpretation that approaches a great symphony from a 'romantic', as opposed to a 'classical', point of view. So might a judge pay greater attention to a document's democratic theme; and so might a judge view the Constitution through a more democratic lens.<sup>6</sup>

O sistema jurídico norte-americano vê-se em meio ao debate sobre a aproximação ao significado da Constituição e, muito embora suas vicissitudes, temos na Suprema Corte norte-americana um especial *locus* para entendermos a teoria constitucional daquele país. Contudo, como diz Breyer, ela tampouco dispõe de teoria que nos garanta uma ampla e completa apreensão do sentido da norma jurídica. De qualquer sorte, o Poder Judiciário e, em especial, a Suprema Corte ocupam um papel especial nesta atividade de busca do sentido da Constituição, ao passo em que atentam à tutela de valores democraticamente positivados na Constituição. Assim, segundo Whittington

[...] Its activities [da Suprema Corte] have determined which aspects of the Constitution are deemed worthy of study and elaboration, and which are not. The Court's example has helped define what we think the Constitution means and how we go about the task of illuminating that meaning. Even if the Constitution is not what the Court says it is, the judiciary remains our primary point of access to it.<sup>7</sup>

4 Apud DELTORO, Pablo de Lora. **La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Boletín Oficial del Estado, 1998, p. 29.

5 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998, p. 11.

6 BREYER, Stephen. **Active liberty. Interpreting our Democratic Constitution**. New York: Vintage Books, 2005, p. 7.

7 WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review**. Lawrence, Kansas: University of Kansas Press, 1999, P. 1.

O debate entre estas duas tradições que compõem o núcleo temático da obra de Ely gira em torno à questão dos métodos interpretativos dos quais ambas lançarão mão no sentido de esclarecer o sentido da Constituição norte-americana. Ely desce aos fundamentos e repercussões democráticas que ambas as metodologias textualistas e livre-interpretacionistas implicam e projetam na sociedade que delas se valha e alcança concluir desfavoravelmente ao impacto do papel do Judiciário<sup>8</sup>.

Tendo em vista as duas tradições originalista/textualista e não-originalista/livre interpretacionista, e que a abordagem deste debate poderia realmente ser tomada desde as mais diversas óticas. Propomos retomar aqui, logo após termos nos ocupado do *leading case Marbury v. Madison* (1803)<sup>9</sup> na seção anterior, a um outro caso em que se faz presente a questão do controle de constitucionalidade e suas relações com a democracia presente em outra sentença ditada pela Corte em *Muskrat v. United States*. Nela faz constar o seguinte:

[...] Concluding [...], the chief justice said, after treating of the powers of the different branches of the government, and laying emphasis upon the independence of the judicial power as established under our Constitution: ‘These cardinal principles of free government had not only been long established in England, but also in the United States from the time of their earliest colonization, and guided the American people in framing and adopting the present Constitution. And it is the duty of this court to maintain it unimpaired as far as it may have the power. And while it executes firmly all the judicial powers intrusted to it, the court will carefully abstain from exercising any power that is not strictly judicial in its character, and which is not clearly confided to it by the Constitution.’<sup>10</sup>

Uma leitura do tema a partir da ótica da Corte em *Muskrat* permite avaliar a reafirmação por parte da intervenção judicial para interpretar o sentido da Constituição. Buscando suas origens mais remotas na experiência britânica e mais recentemente no período colonial, a Corte permite entender que a penetração histórica deste seu exercício do poder de *Judicial Review* não suspende mas, antes, reforça o conceito de democracia à americana. Como se comportaria o textualista típico perante uma argumentação como esta posta em *Muskrat*? A este respeito Ely sugere que haveríamos de recorrer aos “[...] valores de la Constitución con lo cual, dado que la Constitución misma fue sometida a ratificación popular y la obtuvo, estos valores proceden [...] del pueblo”<sup>11</sup>. Inversamente, nos diz Espinosa em sua leitura da obra de Ely, o órgão jurisdicional constitucional

[...] no debe refugiarse en aquellos métodos de interpretación diseñados para desentrañar el significado del texto constitucional. Un juez conservador en su

8 ELY, John. **Democracia y desconfianza**. Santa Fé de Bogotá: Universidade de los Andes, 1997, p. 92-93.

9 Ver **MARBURY v. MADISON**, 5 U.S. 137, 1 Cranch 137 (1803). Disponível em: [http://supreme.vlex.com/vid/marbury-v-madison-20074876?ix\\_resultado=1&query%5Bbuscador\\_id%5D=109961&query%5Bcoleccion\\_id%5D=14&query%5Bct\\_resultados%5D=906&query%5Bfrase%5D=marbury+v.+madison&query%5Blc\\_query%5D=texto%3A%28marbury+AND+v.+AND+madison%29+OR+titulo%3A%28marbury+AND+v.+AND+madi-son%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais\\_id%5D=US&sort=score](http://supreme.vlex.com/vid/marbury-v-madison-20074876?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=906&query%5Bfrase%5D=marbury+v.+madison&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28marbury+AND+v.+AND+madison%29+OR+titulo%3A%28marbury+AND+v.+AND+madi-son%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais_id%5D=US&sort=score). Acessado em 13 de agosto de 2008.

10 **MUSKRAT v. UNITED STATES**, 219 U.S. 346, (1911). Disponível em: [http://supreme.vlex.com/vid/muskrat-v-united-states-20027430?ix\\_resultado=1&query%5Bbuscador\\_id%5D=109961&query%5Bcoleccion\\_id%5D=14&query%5Bct\\_resultados%5D=418&query%5Bfrase%5D=muskrat+v.+united+states&query%5Blc\\_query%5D=texto%3A%28muskrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29+OR+titulo%3A%28muskrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score](http://supreme.vlex.com/vid/muskrat-v-united-states-20027430?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=418&query%5Bfrase%5D=muskrat+v.+united+states&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28muskrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29+OR+titulo%3A%28muskrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score). Acessado em 26 de setembro de 2009.

11 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 27.

aproximación a la interpretación constitucional puede ser muy activista e [...] intervenir de manera ilegítima en una democracia<sup>12</sup>.

O originalista ou textualista típico irá legitimar sua interpretação judicial com base no argumento de que são porta-vozes do querer democrático expressado pelo povo e positivada através de seus representantes no texto constitucional. Portanto, segundo o originalismo, aplicar a letra da lei constitucional é simplesmente retomar o melhor argumento que a democracia pode em algum momento oferecer em termos de legitimação, ou seja, trata-se de mera atualização do querer político (público) em algum momento hipostasiado na norma jurídica. A respeito do argumento originalista ou textualista, Scalia tem algumas contribuições, ainda quando estejamos proclives a aceitar a crítica que lhe endereça Dworkin ao assinalar que em seu trabalho haveria de fazer-se algum diálogo com Derrida, Gadamer ou mesmo o círculo hermenêutico, e que a ausência destes referenciais, dentre outros pontos, permitem a Dworkin classificar o seu trabalho como de caráter esquizofrênico<sup>13</sup>, ao qual Scalia não responde em sua réplica<sup>14</sup>.

Dentre elas encontra-se sua objeção ao não-originalismo quanto à falta de critérios objetivos que substituam a leitura originalista. Scalia retoma esta ideia quando reforça sua posição originalista defendendo que ela possui um sério interesse na busca de um “[...] objectified intent that a reasonable person would gather from the text of the law”.<sup>15</sup> Por qual razão sustentar a adoção de uma versão objetiva dos valores, não mergulhada na dimensão subjetiva do intérprete – e nisto reside parte da crítica originalista à falta de critérios objetivos/concretos dos não-originalistas – reside em que para Scalia

[...] that it is simply incompatible with the democratic government, or indeed, even with fair government, to have the meaning of a law determined by what the lawgiver meant, rather than by what the lawgiver promulgated.<sup>16</sup>

Assim, por exemplo, é possível observar que seria difícil que Scalia pudesse apoiar uma decisão como em *Gomillion vs. Lightfoot*, a qual “[...] invalidó por unanimidad la acción de Alabama, afirmando que “[...] actos ordinariamente legales pueden convertirse en actos ilegales cuando se ejecutan para lograr un fin ilegal”<sup>17</sup>. Sua dificuldade provavelmente residiria em extrair o ilegal de uma sucessão de práticas legais. Mas se em *Gomillion vs. Lightfoot* isto ocorreria, talvez o mesmo argumento estritamente legalista, além de baseado no querer do legislador e na tradição, possivelmente o seduzisse a sustentar a posição majoritária também em *Plessy*, quando não até mesmo em *Dred Scott*.<sup>18</sup> Por sua vez, o juiz Black, embora envolto em outro contexto temático,

12 ESPINOSA, Manuel José Cepeda. “Presentación”. In: ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza**. Santa Fé de Bogotá: Universidade de los Andes, 1997, p. xiii.

13 DWORKIN, Ronald. “Comment”. In: SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 115.

14 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 144-149.

15 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 17. Scalia procede à defesa deste “objectified intent” sob o argumento de que “[...] I think, that it is simply incompatible with democratic government, or indeed, even with fair government, to have the meaning of a law determined by what the lawgiver meant, rather than by what the lawgiver promulgated”. (SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 17).

16 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 17.

17 Apud ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 172.

18 **DRED SCOTT v. SANDFORD**, 60 U.S. 393, 19 How. 393 (1856). Disponível em: [http://supreme.vlex.com/vid/dred-scott-v-sandford-20072966?ix\\_resultado=1&query%5Bbuscador\\_id%5D=109961&query%5Bcoleccion\\_id%5D=109961](http://supreme.vlex.com/vid/dred-scott-v-sandford-20072966?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=109961)

punha claras algumas das dificuldades pelas quais passava o magistrado no momento de aproximar-se à melhor interpretação da legislação:

[...] Es difícil o imposible para cualquier Corte determinar la motivación “única” o “predominante” que anima las opciones de un grupo de legisladores. Más aún, hay elemento de futilidad en el intento judicial de invalidar una ley debido a los malos motivos de sus proponentes<sup>19</sup>.

Exposto o tema minimamente, retomar a perspectiva de Ely sobre o tema permite-nos observar a advertência acerca dos perigos de entregar-nos à crença de que o juiz apegado ao texto da Constituição será virtual e necessariamente um juiz moderado<sup>20</sup> e virtuoso. Acaso podemos dizer, devidamente sopesado o influxo do contexto histórico, que o textualismo da Corte que ditou *Dred Scott v. Sandford* (1856)<sup>21</sup> ou, ainda, *Plessy v. Ferguson* (1896), constituem boas indicações de moderação judicial? Talvez possamos nutrir mais do que sobradas dúvidas a respeito de poder sustentar uma resposta positiva.

Daí, então, parece emergir maior espaço para teorias como a de Ely. O autor busca descrever o textualismo como uma teoria caracterizada pela limitação a que ficam expostos os juizes em sua busca do sentido da Constituição aos sinais emanados dos constituintes através das referências históricas e escritas sobre o processo de elaboração da Constituição. Não obstante tal limitação, existe em tanta ou superior intensidade a suspender, por outro lado, o não-originalismo. Em meio ao debate talvez nos ocorresse o recurso à reflexão sobre o peso da tradição na interpretação das normas jurídicas. Mas como delimitar o raio de ação do tradicional? Como sugere Ely em seu texto, acaso seriam levadas em conta apenas as tradições locais ou as nacionais, seriam ponderadas e estimadas as tradições relativas ao gênero humano ou aquelas considerações históricas que lhe entendem como possuidor de determinados direitos?

Conforme seja esta leitura e qualquer que fôra a resposta alcançada, sugerimos que poderíamos nos inclinar pelos argumentos presentes em *Bradwell v. Illinois* (1873) ou *Plessy v. Ferguson* (1896) – e é bem de sublinhar que aqui temos casos em que flagrantemente se recorre à argumentos baseados na natureza das coisas bem como na forma tradicional como a sociedade encontra seus arranjos – como em *Brown v. Board of Education* (1954).<sup>22</sup> Nestes casos parece ser que a Corte procura romper com laços que, não obstante o profundo arraigamento cultural, entendia-se, haveriam de ser superados em prol da construção de uma sociedade onde a igualdade fosse ampliada a partir dos referenciais teóricos historicamente postos e tornados potencialmente possíveis entre os fundadores. Contudo, o entendimento ou consenso de certos setores (democraticamente posto?) apontavam à transcendência dos limites postos por aquele momento histórico fundacional.

[5D=14&query%5Bct\\_resultados%5D=37&query%5Bfrase%5D=dred+scott+v.+sandford&query%5Blc\\_query%5D=texto%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29+OR+título%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais\\_id%5D=US&sort=score](#). Acessado em 7 de julho de 2008.

<sup>19</sup> Apud ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 170.

<sup>20</sup> ESPINOSA, Manuel José Cepeda, p. xiii.

<sup>21</sup> **DRED SCOTT v. SANDFORD**, 60 U.S. 393, 19 How. 393 (1856).

<sup>22</sup> Para uma análise originalista deste caso, ver BORK, Robert H. **The Tempting of America**, p. 74-83.

## 2 HERMENÊUTICA, CONSTITUIÇÃO E TRADIÇÃO

A tradição pode servir praticamente a qualquer bandeira e propósito e, como nos diz Ely, além do mais, nos oferece um problema: “¿Cómo determinar que la ‘tradicición’ tuvo que haber sido suscrita por la mayoría?”<sup>23</sup>. Em outras palavras, como podemos (se acaso podemos) acreditar que a tradição pôde dispor de uma tão consistente base legítimatória das estruturas geradas quanto aquelas outras cujos níveis de livre adesão a valores podem ser por nós observados?

Acaso pudesse ser alcançada a resposta de que a nossa é uma estrutura cujo grau de livre adesão é, de fato, qualificável como superior, neste aspecto ainda assim haveríamos de nos deixar influenciar pela tradição no ato hermenêutico jurídico? Acaso deveremos deixar-nos levar pelo argumento presente em, por exemplo, *Bradwell* – eivado do tradiciona e da inteligência da norma segundo o querer do legislador ainda precedente a 1872 – ou, por outro lado, ao dispormos de um mundo mais inclusivo para o gênero feminino e onde ele se expressa mais á vontade em tal arranjo a ele devemos render-nos?

Neste sentido haveríamos de manter um arranjo social que, por tradição, praticava a discriminação racial como resultou patente em *Plessy*? Não me parece que haveria muitos leitores dispostos a sufragar tal tese, embora suas razões pudessem ser variadas e, em muitos casos, do qual o universalismo em matéria ética é exemplo, possam ser rechaçadas por, dentre outras razões, apontar ao que poderíamos denominar de imperialismo axiológico ou autoritarismo ético. Como nos diz Ely<sup>24</sup>, a época da Reconstrução teve respostas para alguns destes dilemas na América.

Incluída ou não a tradição como uma das fontes das quais se socorrer, juntamente com a história legislativa bem como os candentes valores de pulsação perceptível na sociedade, ainda assim, aqueles que se aproximam à livre interpretação – que também poderíamos chamar de construtivistas, cuja ação remete ao ativismo judicial –, a todos que destes recursos lançam mão sugere próximos ao entendimento de que o sentido da Constituição pode ser apreendido a partir de um conjunto de “[...] referencias y aplicar normas que no pueden ser descubiertas en el cuerpo documental”<sup>25</sup>. Ely o que está sugerindo é que a apreensão da Constituição não pode ser dar a partir de fonte exclusiva nem excludente mas, antes, inclusiva de múltiplas fontes e recursos.

O traço possível de uma teoria legal da interpretação constitucional em Ely sugere que a Constituição indica princípios fundamentais que cada época deve encarregar-se de tornar claros dentro do contexto em que se inserem<sup>26</sup>. Inversamente, o textualismo aborda o problema através da necessidade de um mergulho no passado como forma de entender a melhor projeção da aplicação da Constituição. Seu sentido, portanto, permaneceria válido atemporalmente, residindo em um preciso lugar do passado, a saber, o momento da transformação do ideal (mundo pensado) em um querer manifesto (mundo empírico passível de pesquisa) e, logo, positivado (mundo da cultura, jurídico em particular).

Neste sentido Tribe alerta para que as normas escritas não o são em uma pedra, sob a égi-

23 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 82.

24 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 84.

25 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 19.

26 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 20.

de de alguma natureza rígida e irretorquível, mas, antes, elas “[...] can be amended at any time by mere majorities of the current House of Senate makes courts reluctant [...] to revisit previous interpretations of what the statutes mean”<sup>27</sup>. Este é um contexto teórico adverso aquele em que se movia o *Justice Black*, um dos monumentos do textualismo, o qual apenas indicará o caminho da alteração legislativa, mesmo quando possamos perceber como sugere Ely, que há caminhos políticos bloqueados. Esta integridade textualista de Black adquire sua mais clara manifestação em *Griswold v. Connecticut* (1965),<sup>28</sup> sentença na qual foi invalidada lei que proibia o controle de natalidade em Connecticut sem que houvesse recurso a nenhuma disposição constitucional em particular<sup>29</sup>, o que, desde logo, atenta ao conceito de revisão e interpretação legal proposto por Tribe<sup>30</sup>.

No momento em que Ely escreve seu livro – e devemos ter em conta que se sua primeira publicação data de 1980 e que seu trabalho, portanto, haverá de ter sido projetado durante, pelo menos, a segunda parte da década de 1970 – o autor pôde detectar razões indicativas de que o textualismo encontrava-se em evidência. Esta observação pode ser contraditada, no entanto, pelo fato de que no período foi ditada a sentença de *Roe v. Wade* (1973), paradigmática decisão sobre casos de aborto, ampliadora de tal direito sob o fundamento de que o direito à privacidade da mulher, sob certas circunstâncias (é bem de recordar que a decisão acatou parcialmente o recurso), incluía a prática do aborto. Ely indica algo do espírito da referida sentença:

[...] was the clearest example of noninterpretivist ‘reasoning’ on the part of the Court in four decades: it forced all of us who work in the area to think about which camp we fall into, [...] result that a number of persons [...] label themselves interpretivists [...]<sup>31</sup>.

Ely recorda que o contexto de *Roe v. Wade* era o da Corte de Burger. Conservadora, apresentava-se menos proclive à inovações não-originalistas e, logo, afeta aos pressupostos originalistas. De qualquer sorte, Ely projetava que o textualismo deveria ser lembrado como uma “[...] mere passing fad”<sup>32</sup>, ou seja, uma moda passageira, embora com isto não o devamos entender como carente de atrativos que, em verdade, os possui. Seus atrativos são basicamente dois. O primeiro deles é que se adequa ao que intuitiva e habitualmente entendemos como sendo a forma de o direito funcionar e, em segundo lugar, mas não necessariamente em segundo plano, que existem sérias dificuldades que os seus oponentes não-originalistas não conseguem superar no sentido de concii-

27 TRIBE, Lawrence H. *The Invisible Constitution*, p. 15.

28 A ementa do caso indica o seguinte contexto sobre o qual a Corte foi chamada a decidir: “Appellants, the Executive Director of the Planned Parenthood League of Connecticut, and its medical director, a licensed physician, were convicted as accessories for giving married persons information and medical advice on how to prevent conception and, following examination, prescribing a contraceptive device or material for the wife’s use. A Connecticut statute makes it a crime for any person to use any drug or article to prevent conception. Appellants claimed that the accessory statute as applied violated the Fourteenth Amendment. An intermediate appellate court and the State’s highest court affirmed the judgment”. (*Griswold v. Connecticut*, 1965).

29 ELY, John. *Democracia y desconfianza*, p. 20.

30 TRIBE, Lawrence H. *The Invisible Constitution*, p. 23.

31 ELY, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002, p. 2-3.

32 ELY, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, p. 3.

liar suas ideias (e ideais) com uma teoria democrática<sup>33</sup>, dificuldade com a qual assente Scalia.

A este respeito Scalia acresce ainda outra dificuldade ao argumento não-originalista, a saber, de que não logram aportar uma teoria alternativa substitutiva (e substantiva) ao originalismo senão que permanecem em uma posição negadora do originalismo mas que, contudo, se revela carente de uma ideia positiva de orientação ao magistrado em sua labor prática<sup>34</sup>.

Sem embargo, é fato que os juizes criam direito a todo momento. Para fazê-lo, alerta Ely, “[...] society’s fundamental principles [...] they are either filling in gaps the legislature has left in the laws it has passed for, perhaps, taking charge of an entire area the legislature has left to judicial development”<sup>35</sup>. Contudo, sempre voltamos ao problema principal do *Judicial Review*, quer o tenhamos sob a ótica do direito, *strictu sensu*, quer sob a da política (e de suas inevitáveis projeções sobre a democracia), acaso seja possível desvinculá-la do primeiro. Em outros termos podemos dizer que Ely que

[...] it is at the same time the central problem, of judicial review: a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people’s elected representatives that they cannot govern as they’d like.<sup>36</sup>

A projeção do problema da *Judicial Review* sobre o político encontra sua tradução no conceito de democracia. Este conceito é afetado centralmente quando vem à tona a questão da não elegibilidade dos magistrados. Aqueles que buscam justificar a singular posição e os privilégios outorgados à magistratura recordam que o seu objeto de trabalho é debruçar-se sobre as mais difíceis questões pertinentes à constitucionalidade das normas. Permanece em jogo o conceito de democracia conquanto admitamos que seu pressuposto básico é o do mais tradicional contratualismo, de Locke a Kant.

Esta tradição liberal toma por base uma concepção legitimatória do Estado em que as obrigações legais assentam esta legitimidade na efetiva representação política e em grau superior quando de mais altos níveis de convergência entre os consensos históricos formados na esfera pública e os formados na esfera legislativa, dos quais se espera, passo seguinte, a positivação em normas. Em verdade, diz o autor, o fato é que “[...] we have as a society from the beginning, and now almost instinctively, accepted the notion that a representative democracy must be our form of government”<sup>37</sup>. Portanto, aqui fica novamente exposta a nervura da discussão sobre a dimensão real do conceito de democracia sob o sistema da *Judicial Review*.

Contudo, se a Constituição foi submetida ao povo, sempre podemos aduzir o argumento hamiltoniano apresentado em seção anterior, qual seja, o de que o desrespeito de novas legislações enseja que aquela outra, constitucional originária, vá encontrar no Poder do Estado a quem compete interpretar as leis, a ação apropriada e que se manifeste sobre estas normas sobre as quais

33 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 3-4.

34 SCALIA, Antonin. “Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU.”, p. 23-24.

35 Uma tradução livre indicaria o seguinte: “[...] os ‘princípios fundamentais’ da sociedade [...] preenchem o vazio que foi deixado pelo Legislativo nas normas jurídicas que sancionou ou, talvez, assume um âmbito próprio no qual o desenvolvimento destas normas foi deixado pelo legislador ao Poder Judiciário”. (ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 4).

36 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 4-5.

37 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 5.

recaiam sérias dúvidas quanto a sua constitucionalidade de sorte que, sendo o caso, declarem-nas incompatíveis com o sistema e inaplicáveis por inconstitucionais. A isto poderíamos acrescentar o argumento de Cooley realçado por Ely, que nos retoma o argumento acerca do valor democrático das normas constitucionais:

[...] Pues como la Constitución no deriva su fuerza de la constituyente que la redactó, sino del pueblo que la ratificó, la intención a la que se debe llegar es la del pueblo, y no debemos suponer que se haya buscado un significado oscuro y abstruso en las palabras utilizadas, sino más bien que fueron aceptadas en su acepción más usual para el sentido común y ratificado el instrumento creyendo que era este el sentido que se proponía transmitir.<sup>38</sup>

Cooley aqui levanta outra interessante questão e que deve interessar principalmente ao argumento de originalistas, embora também aos não-originalistas, a saber, que não será precisamente a vontade do legislador a qual se deve vislumbrar mas, antes, à do titular do poder, ou seja, à vontade do povo. Portanto, retomando a Hamilton, neste particular, podemos dizer do motivo de sua escolha do Poder Judiciário, composto de membros não eleitos, para atuar nos delicados casos de conflitos constitucionais cujo elemento para esclarecer-lhe poderia ser encontrado na vontade (popular) legitimadora de todo processo.<sup>39</sup>

Não creio que fosse extremamente difícil imaginar que a objeção democrática da não elegibilidade dos membros do Poder Judiciário que parece estar implícita na tese de Ely, Hamilton lhe pudesse responder de forma muito diferente do que se pode entender a tomar por base o artigo LXXVIII do *Federalista*.<sup>40</sup> A inteligência do referido artigo *Federalista* parece indicar que Hamilton sustentaria que o motivo da escolha do Poder Judiciário como árbitro, na verdade, não é que se tratara de uma opção pessoal sua mas, antes, de uma escolha dos constituintes que lhe outorgaram ao Poder Judiciário a tarefa de interpretar o sentido das leis.

A tradição política norte-americana aponta, como recorda Ely, para o fato de que não há simpatia pelo controle aristocrático da esfera política<sup>41</sup>. Contudo, devemos recordar o contexto em que a América foi constituída e, ainda mais, o próprio perfil daqueles que a criaram. Em verdade, todos eles pertenciam à aristocracia,<sup>42</sup> e suas referências às liberdades e à ojeriza ao governo de poucos (e também ao poder centralizado) haveria de ter os olhos voltados à experiência negativa junto à monárquica britânica. Sua defesa de um regime político onde o poder não estivesse concentrado nas mãos de qualquer aristocracia era, antes, a manifestação da descrença em poderes centralizados nos moldes da Coroa Britânica antes do que, especialmente alguns como Hamilton, a descrença na qualidade das elites.<sup>43</sup> Com isto creio que podemos, ao menos, marcar a existência

38 Apud ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 36.

39 Ver HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **El Federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

40 Interessa recordar o que Ely salienta, que cabe tomar o *Federalista* como fonte para o nosso debate na medida em que ele próprio foi concebido como um instrumento para divulgar e obter adeptos à ratificação da Constituição (ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 24).

41 Ely, John. **Democracia y desconfianza**, p. 25.

42 Havia ali no período fundador tanto uma aristocracia rural, veja-se o caso de Jefferson, com alguns objetivos e visões de mundo muito bem definidas, e outra aristocracia, eminentemente urbana e ligada à indústria, que pode ser personificada em Hamilton.

43 Ver HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **El Federalista**, 1999.

de uma divergência notável entre os fundadores, mais do que a perspectiva de Ely de que existisse um corte definido de aversão a aristocracia da qual, em última análise, todos os fundadores faziam parte e que viria a abranger os membros do Poder Judiciário.

Podemos, à luz desta argumentação, voltar a esgrimir o argumento hamiltoniano de que a própria Constituição previa que a função de interpretá-la cabia a apenas um dos três poderes, ao mais fraco deles, aliás, ao Poder Judiciário, cujas garantias e privilégios tornavam seus membros ainda mais odiosos a um democrata radical da estirpe de Jefferson.<sup>44</sup> Seja como for, concordamos com Ely de que a matriz da concepção democrática norte-americana é a democracia majoritária, a qual representa “[...] el núcleo de nuestro sistema”<sup>45</sup>, o que nos remete uma vez mais ao problema central deste trabalho.

Ao enfrentar o tema da espinhosa relação entre o controle constitucional e a democracia, Ely destaca o problema de garantir às minorias direitos contra a eventual comissão de atos tirânicos por parte das majorias que, como vimos, constituem o núcleo do sistema político e das convicções democráticas norte-americanas. Esta necessidade de oferecer garantias às minorias encontraria reflexo na filosofia política de Mill choca-se frontalmente com a convicção da cultura norte-americana clássica de que as majorias devem colocar as regras do jogo. Neste aspecto, e pouco destacado no texto, é que parece residir um problema ainda maior (mesmo que isto em absoluto desconsidere o objeto em questão) quanto à legitimidade da democracia. De qualquer sorte, há certo consenso quanto a que a constituição de majorias com poderes ilimitados certamente conduz à situações de perigo<sup>46</sup>, problema para o qual Mill intensamente chamaria a atenção em sua influente *On liberty*.

A este respeito, os originalistas ou textualistas tem uma noção bastante clara. Seguindo a um de seus campeões, *Justice Black*, a sua ideia central é de que a melhor e mais eficiente forma de proteger a estas minorias é seguir os direitos previstos tanto na Declaração de Direitos da forma mais exata tal e como se encontram insertos na própria Constituição norte-americana. Contudo, é de temer que também quanto a isto não haja consenso, bem como, aliás, nos alertara Ely sobre a ausência de consensos a descobrir<sup>47</sup> mas, isto sim, ao que parece, podendo os tribunais optar pela trilha de *Breithaupt v. Abram* (1957), a qual indica a localização de uma moral consensual contrária à norma escrita.<sup>48</sup>

Claramente, contudo, o originalismo ou textualismo é reconhecido por Ely como um ideal atraente. O autor, porém, chama a atenção para que “[...] some crucial reservations and refinements are necessary”<sup>49</sup>. Uma crítica com a qual Ely alimenta o debate sobre o originalismo remete ao período fundacional, em especial a Noah Webster, cuja opinião a este respeito assemelhava-se com

44 Ver BUENO, Roberto. As origens do constitucionalismo: em torno ao debate Jefferson-Madison. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. No. Vol. 37, 2009.

45 Ely, John. **Democracia y desconfianza**, p. 26.

46 Ely, John. **Democracia y desconfianza**, p. 26.

47 Ely, John. **Democracia y desconfianza**, p. 86.

48 John Stuart Mill nasce em 1806 (Londres) e falece em 1873 (Avignon). No contexto de seu pensamento filosófico podemos identificar fortemente a preocupação com as minorias. Desde logo, o antecedente se dá nos debates sobre o processo de afirmação e ratificação da Constituição norte-americana. Todo o processo de afirmação constitucional, contudo, se dará em tempos onde a filosofia milliana fará sentir todo seu impacto. Desta sorte, projetamos como uma interessante linha de pesquisa a avaliação da recepção milliana na Suprema Corte norte-americana no século XIX em sentenças relativas aos direitos individuais, das minorias e das questões ligadas ao direito de dissenso e da liberdade religiosa.

49

ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 11.

a do Jefferson do período pré-presidencial,<sup>50</sup> que sustentava que aquelas constituições “[...] per-  
petuas presupone[n] un derecho a controlar las opiniones de generaciones futuras: es legislar para  
aquellos sobre quienes detentamos tan poca autoridad como sobre una nación de Asia”<sup>51</sup>. Tanta  
instabilidade não agradava a Madison quanto, inversamente, atuava sedutoramente sobre a mente  
de Jefferson<sup>52</sup>. Mas o que, então, parece ser tão atraente no textualismo para Ely? O atraente que  
reside no textualismo salientado por Ely parece residir no fato de que

[...] interpretivism does seem to retain the substantial virtue of fitting better our  
ordinary notion of how Law works: if your job is to enforce the Constitution then  
the Constitution is what you should be enforcing, not whatever may happen to  
strike you as a good idea at the time.<sup>53</sup>

Quanto ao que realmente seja aplicar a Constituição é sobre o que estão discutindo as tra-  
dições originalistas ou textualistas (não-originalista ou da livre interpretação). Buscar um sentido  
aos valores presentes na norma que porventura possam ser encontradas de forma implícita no texto  
pode significar uma leitura precária do problema, mesmo quando o foco for o sentido almejado  
pelo constituinte e positivado nestas normas. Tal busca pode apenas significar a tentativa de des-  
coberto de um valor hipostasiado, uma escolha legislativa petrificada, que torna gélida e vazia a  
dimensão da vida ali onde ela apresenta-se vivaz porque dinâmica, lhe destitui de sentido porque  
atenta a um momento fugaz do pretérito em detrimento do império do tempo presente, que já se foi  
e corre sempre apressado.<sup>54</sup>

Ely contudo, procura desmarcar-se da acusação de niilismo que lhe poderia ser atribuída  
pelo fato de descrever no potencial explicativo da história legislativa<sup>55</sup>. Isto sim, também há que ad-  
mitir, não há sugestões sólidas no sentido de que as constituições sejam construídas completamen-  
te “desde fora” mas, isto sim, que “[...] deben ser abordadas esencialmente como unidades con-  
tenidas en sí mismas e interpretadas con base en su lenguaje, con la ayuda que pueda suministrar  
la historia legislativa”<sup>56</sup>, muito embora todos saibamos, Scalia inclusive,<sup>57</sup> das limitações que este  
ramo do saber oferece. Aos originalistas, sem embargo, pouco lhes comove sobre as dificuldades  
que sua proposição contém, e inclinam-se por interpretá-la a partir de “[...] premises that are expli-

50 Este caso trata de jovem embriagado que ao dirigir seu veículo causa acidente do qual resultam feridos. Chegado  
ao hospital percebe-se cheiro de bebida e, logo, lhe é extraído, sem consentimento, ébrio e quase em estado de incon-  
sciência, o sangue cuja ulterior prova indica que estava com 17% de teor alcoólico no sangue, bem acima, portanto, da  
taxa permitida. Argumenta a defesa a privação do devido processo legal. A decisão da Corte foi no sentido de que o  
peticionante não foi privado da proteção da cláusula constitucional prevista expressamente na décima-quarta emenda.

51 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 29.

52 BUENO, Roberto. **As origens do constitucionalismo: em torno ao debate Jefferson-Madison**, 2009.

53 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 12. É de notar que a visão jeffersoniana  
de que as leis deveriam mudar a cada dezenove anos de sorte a permitir a cada uma das gerações a criação de uma  
sociedade que lhes conviesse não foi uma ideia levada a termo tão radicalmente em seu período de presidência.

54 Em uma tradução livre do texto sugerimos: O textualismo parece, com efeito, preservar a virtude substancial de  
adequar-se melhor à ideia que possuímos sobre como o direito opera, em suma, se seu trabalho é aplicar a Constitui-  
ção, então, é a Constituição o que se deveria aplicar, e não qualquer outra coisa que uma boa ideia possa considerar  
em uma determinada ocasião que ela signifique.

55 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 35.

56 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 31.

57 Ver SCALIA, Antonin. “**Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU.**”,  
p. 24. Ely faz referência a que uma abordagem avessa ao princípio central do originalismo, a saber, a atenção ao texto  
constitucional, seria um erro desconhecer a intenção dos legisladores constituintes (ELY, John. **Democracia y des-  
confianza**, p. 34-35). Isto torna necessário, portanto, atentar à intenção do conteúdo que foi legislado e posteriormente  
ratificado como constitucional.

cit or clearly implicit in the document itself”<sup>58</sup>, cuja base é lançar mão da linguagem tanto quanto da história legislativa<sup>59</sup>. De qualquer sorte, como recorda o autor, “[...] things are seldom so simple [...] particularly where the intent of the framers of the Fourteenth Amendment is concerned”<sup>60</sup>.

A análise lingüística e/ou histórica todavia mantém graves problemas. Um destes problemas diz respeito ao que o legislador constituinte quis dizer a seu tempo,<sup>61</sup> por exemplo, com a proibição da aplicação de castigos cruéis e pouco habituais. Desde nossos dias é consistente o questionamento sobre o real alcance de tal pretensão legislativa. Assim, como seria respondida esta questão por originalistas e não-originalistas? A hipótese de Ely é de que mesmo o originalista mais aferrado aos seus princípios não pensaria em responder aos nossos dias consoante o entendimento cultural e legal vigente no período da criação da norma. Neste sentido Scalia, por exemplo, aduz exemplo algo mais esclarecedor do que Ely.

A este propósito Scalia concebe a hipótese de que algum Estado aprovasse a lei de que os ladrões teriam duas mãos marcadas com a letra “P” a fogo e que, na sequência, investigações sobre a história legislativa encontrassem provas robustas o suficiente para sustentar que naquele período histórico esta conduta não seria entendida como um castigo “[...] cruel e pouco habitual”.<sup>62</sup> Perante uma circunstância como esta o que diria um originalista conseqüente? Qual sua interpretação?

Para Scalia, o juiz originalista não teria problemas em admitir a inaplicabilidade desta legislação, algo que significa que “[...] en la práctica el originalismo como práctica de exégesis constitucional de todas maneras debe tener en cuenta la realidad”<sup>63</sup>. Seria esta apenas uma versão ponderada ou *soft* do originalismo constante na proposta de Scalia ou, então, seria reveladora de toda sua insuficiência? Seja qual for nossa avaliação e conseqüente resposta, o que parece restar claro é que, no mínimo, há aqui uma pergunta para a qual Scalia não oferece uma resposta consistente do ponto de vista da teoria originalista.

Em questões difíceis como esta, por outro lado, para juízes como Brennan e Marshall, havia muitas dificuldades em aceitar a pena de morte, posto que sua inconstitucionalidade derivaria de sua profunda discordância com os valores sociais contemporâneos<sup>64</sup>. Quanto ao argumento de Scalia, contudo, resta a pergunta sobre qual o fundamento teórico que aduziria em seu favor o juiz originalista para não aplicar a lei que, comprovadamente, tinha aquele significado original.

58 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 12.

59 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 31.

60 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 15.

Scalia faz expressa referência à dificuldade de “[...] decidir lo que quizo decir el lenguaje de 200 años [...] hay que estudiar los registros de todos los debates em los cuales se ratificó esa enmienda [...] se sabe que los informes de algunos de esos debates de hace muchos años, em realidad no son em absoluto confiables sobre lo que realmente ocurrió”. (SCALIA, Antonin. “Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU”. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**. Montevideo, 1989, p. 24).

61 Em uma tradução livre do período diríamos que: “[...] as coisas [...] nunca são tão simples, especialmente quando o que se tem em vista são as intenções daqueles que redigiram a décima-quarta emenda”.

62 Scalia faz interessante reflexão sobre a projeção no tempo de uma interpretação que tenha como único balizamento o sentido que lhe quis emprestar o legislador. Diz ele que “[...] government by unexpressed intent is similarly tyrannical. It is the law that governs, not the intent of the lawgiver”. (SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 17).

63 SCALIA, Antonin. “Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU”, p. 25.

64 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 88.

### 3. ELY E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional que deu lugar à elaboração jurisprudencial da proteção de privilégios e imunidades atendeu a uma nova formação cultural bastante atenta ao valor da igualdade de sorte a promover este valor de forma extensiva a todos os cidadãos norte-americanos, o que, à época, surtia o efeito direto sobre os negros na América. A defesa da igualdade era uma atividade que tornava injustificável o critério de discriminação com base na raça. A seção 2 do artigo 4º da Constituição norte-americana viria a desempenhar importante papel neste sentido enquanto dispositivo ocupado com a igualdade de direitos sem previsão específica de qualquer direito substantivo. Como diz Ely, “[...] la decisión de usar un language general y no vinculado con la raza fue deliberada”<sup>65</sup>, muito embora, devido às características estruturais ou lógicas da elaboração das normas jurídicas elas sempre permaneçam dotadas de conteúdos dirigidos a grupos ou indivíduos que receberão tratamentos diferenciados por força, por exemplo, de cargos ou funções que ocupem. Toda a questão, sem embargo, residia em que a partir de então qualquer tratamento discriminatório exigiria razões adicionais.<sup>66</sup> De pretender ser aceitas, tais razões haveriam de mostrar-se de forma muito consistente para justificar o tratamento desigual e, porventura, discriminatório, dado que se estabelecia a igualdade como a regra nos termos abrangentes da seção 2 do artigo 4º da Constituição norte-americana.

Estava sendo estabelecida a disposição ao tratamento igual no que concerne à privilégios e imunidades, o que pode ser entendido como um ideal para cujo desenvolvimento colaborou de forma importante a décima-quarta emenda.<sup>67</sup> Esta nova disposição interveio no debate público no sentido de limitar ou mesmo suspender qualquer possibilidade de que pudessem direitos e garantias serem atribuídos consoante distintas medidas a indivíduos e grupos diversos sem que por base houvesse forte e sólida justificativa.<sup>68</sup> Em suma, o novo consenso argumentativo na América vinha a ampliar aquilo que a Declaração de Direitos anunciara, a saber, na proteção de iguais direitos para a cidadania,<sup>69</sup> sem uma listagem exaustiva,<sup>70</sup> e entendida esta em sentido amplo e includente,

65 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 49.

66 Este conteúdo está previsto na oitava emenda, aprovada em 15.12.1791, cujo texto é o seguinte: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”.

67 Neste contexto advém o conceito jurisprudencial de “prova de racionalidade. Segundo Ely, este conceito quando aplicado às questões raciais opera exigindo que algo mais do que uma prova racional básica seja oferecida como critério para proceder à discriminação. Assim, cita como exemplo, não seria suficiente aduzir o *apartheid* como argumento para evitar a luta racial. Seria necessário “[...] invocar algo más fuerte que la prueba de racionalidad usual [...] si el propósito central de la enmienda ha de ser vindicado” (ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 50).

68 16) A seção 2 do artigo 4 prevê o seguinte: “The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States”. Houve tentativa de criação jurisprudencial por parte do juiz Black de limitar o alcance desta norma aos cidadãos norte-americanos. Ao fim e ao cabo, não teve êxito. Na sequência, estabeleceram-se debates quanto ao alcance de tal emenda. Black volta à cena para defender a ideia de que havia sido “[...] una manera eminentemente razonable de expresar la idea de que, en lo sucesivo, la Declaración de Derechos se aplicará a todos los estados” (*apud* ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 46), que bem representava a tese da incorporação.

69 A este respeito, ver *Corfield v. Coryell*, (1823). Que tenhamos em vista a necessidade de uma fundamentação bastante persuasiva para admitir tratamento desigual é tudo quanto é necessário para que transijamos e admitamos juridicamente, a partir de postulados axiológicos, a políticas como a ação afirmativa.

70 Neste caso encontramos uma série de referências a direitos que haveriam de encontrar proteção. A lista é algo longa, entediante seria enumerá-la, segundo o próprio juiz da época, e aqui repetiremos parcialmente a longa citação de Ely: “[...] be all comprehended under the following [...] Protection by government; the enjoyment of life and liberty, with the right to acquire and possess property of every kind, and to pursue and obtain happiness and safety; subject nevertheless to such restraints as the government may justly prescribe for the general good of the whole”. (*apud* ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University

por valer-nos de uma categoria alheia àqueles dias.

No que concerne à interpretação constitucional e à criação de novos modelos a partir da leitura da Constituição, advém o nascimento da cláusula da igualdade de proteção e o debate sobre o seu alcance. Em seu momento tornou-se bastante conhecido *Brown v. Board of Educators* (1954), cuja proibição de segregação atingia aos estados mas, à sua sombra, pouco conhecida ficou *Bolling v. Sharpe* (1954),<sup>71</sup> cujo sentido igualmente restritivo da segregação atingia apenas o Distrito de Columbia. A extensão de direitos também é inspiradora da nona emenda que prevê que “[...] the enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”. Através desta positivação legal o legislador veda a desconstituição de garantias postas e, ao mesmo tempo, abre as portas para a construção legislativa ou jurisprudencial de novos direitos e garantias.<sup>72</sup>

Este é um tema que mereceu a atenção, pelo menos, desde acarta de Madison endereçada a Jefferson em que ele reconhece que acaso fossem enumerados taxativamente os direitos, eles poderiam, em verdade, vir a sofrer efeito inverso do esperado, ou seja, vir a ser restringidos<sup>73</sup>. Em um contexto como este em que um dos pais da Constituição advoga por cláusulas protetoras de direitos a partir de sua estruturação de forma mais aberta podemos colocar em questão se a uma interpretação originalista tradicional não estaria reservadas inferiores possibilidades de êxito em seu trabalho hermenêutico e de aplicação do direito.<sup>74</sup>

Neste contexto a mencionada, e criticada, nona emenda surge como um dispositivo legal que, antes de opor-se aos direitos postos nas anteriores oito emendas, vinha no sentido de reiterar que o conteúdo daquela anterior preocupação do legislador constituinte derivado não deveria ser entendida como limitadora de direitos. Uma leitura possível, portanto, é de que a nona emenda vem no sentido de servir como instrumento para a abertura de brechas à proteção de direitos não mencionados expressamente nas primeiras oito emendas. Em suma, nos diz Ely, o propósito da nona emenda era “[...] de señalar la existencia de derechos constitucionales federales más allá de aquellos enumerados en la Constitución es la única conclusión que el lenguaje en que está formulada parece sustentar sin forzarlo”.<sup>75</sup>

#### 4. ORIGINALISMO X NÃO-ORIGINALISMO: DEBATE ENTRE SCALIA E ELY

Quando é posto um problema como o do controle de constitucionalidade o que subjaz é, com certeza, uma diferença profunda, por vezes autenticamente incomensurável, entre duas ou

Press, 2002, p. 29).

71 Este cuidado com não pretender fornecer uma lista exaustiva de direitos confiando nas instituições para determinar o seu real alcance a todo tempo, bem como das novas perspectivas e direitos a proteger historicamente, tornaram a experiência constitucional norte-americana, em especial esta seção 2 do artigo 4º, especialmente importante para o desenvolvimento constitucional da proteção aos direitos e garantias individuais e coletivas.

72 Ely dá conta de que a nona emenda é alvo de sobradas críticas no mundo jurídico norte-americano devido ao seu alto grau de abstração e generalidade, capaz de “[...] apoyar casi cualquier cosa que se desee argumentar, y esta idea puede causar bastante terror”. (ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 53).

73 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 54-55.

74 Esta técnica é também usada pelo legislador constitucional brasileiro originário quando dispõe que as cláusulas pétreas que estabelecem direitos e garantias fundamentais não podem sofrer restrições mas, isto sim, podem ser alvo de legislação que vise aumentar tais direitos e garantias.

75 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 57.

mais leituras axiológicas sobre um mesmo objeto. Neste sentido nos diz Ely que o litígio constitucional supõe

[...] una acción que ha sido aprobada por la rama legislativa del gobierno en cuestión o por alguien responsable de ella en última instancia, acción que por lo demás ha sido estimada como lo suficientemente aceptable por cualquier oficina del gobierno para que resulte en una defensa gubernamental ante los tribunales. Tales acciones involucran una elección de males (o de bienes). Pueden implicar infligir sufrimiento por razones cuya suficiencia está abierta a debate [...].<sup>76</sup>

Em torno a um espinhoso problema como este subjaz todo o debate em torno do originalismo e do não-originalismo é o temor que ganhe espaço a ideia de que o juiz poderá lançar mão de valores pessoais para encontrar o sentido da norma jurídica a aplicar, no caso, a Constituição. Em seu momento Scalia referia-se ao fato dizendo ser este um grave problema que encontrava entre os argumentos dos não-originalistas. Scalia advertia que existe o “[...] peligro fundamental en la interpretación judicial [...] el peligro de que un juez se equivoque y confunda sus preferencias personales y la ley”<sup>77</sup>. Neste momento podemos recordar Wechsler e seu bastante popular princípio da neutralidade<sup>78</sup> que, a seu tempo, gozou de ampla aceitação no mundo jurídico norte-americano como se fora possível alguma neutralidade nas ações humanas.<sup>79</sup>

Indubitavelmente, a preocupação de Scalia é apropriada e o que se encontra em Ely apenas corrobora esta ideia ao dizer que “[...] the view that the judge, in enforcing the Constitution, should use his or her *own values* to measure the judgment of the political branches is a methodology that is seldom endorsed in so many words”.<sup>80</sup> Absolutamente, Scalia e Ely não trilham exatamente o

76 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 73-74.

77 SCALIA, Antonin. “**Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU.**”, p. 26.

78 A rigor, boa parte do argumento daqueles que se contrapunham à Declaração de Direitos naquele contexto histórico norte-americano estava baseada na afirmação de que ao expressar um determinado número de direitos terminariam por ser abertas portas a desconsideração de outros tantos, algo que à nossa visão histórica contemporânea nos aparece como argumento falacioso. Um de seus críticos, o textualista juiz Black, via na nona emenda o fantasma do direito natural como fonte direta para apreender o sentido e aplicar a nona emenda tanto quanto a própria décima-quarta. Acerca do tema o temor de Black sobre o direito natural parece ser infundado, uma vez que podemos observar com certa clareza como os revolucionários que brandiram o direito natural em seu favor foram os mesmos que souberam erigir um edifício jurídico-constitucional bastante denso e atento às necessidades da estabilidade político-institucional para a vida norte-americana do período pós-colonial bem como para os séculos vindouros. Esta relação do jusnaturalismo com o pensamento político-jurídico fundacional é recordado parcialmente por Ely quando nos diz que a Constituição foi ratificada por uma “[...] serie de personas [que] creían en la existencia de un sistema particular de principios jusnaturalistas. ‘Siendo esta ley natural contemporánea de la humanidad y dictada por Dios mismo es, desde luego, una obligación superior a cualquier otra. Es vinculante en todo el orbe, para todos los países y en todo momento. Ninguna ley humana es válida si resulta contraria a ella...’. Algún tipo de jusnaturalismo [...] pareciera ser entonces el candidato evidente en la búsqueda de una fuente de valores que dé contenido a las disposiciones abiertas de la Constitución”. (ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 69).

79 A respeito de metodologias que podem ser úteis para abordar questões complexas por parte dos tribunais Wechsler sugeriu o “princípio da neutralidade” que consiste basicamente em dois princípios que Merriam nos sintetiza, a saber: “[...] neutral principle consists of two elements: content generality and equal applicability” (MERRIAM, Jesse R. **Neutral Principles**. From the Selected Works of Jesse R Merriam. December, 2007. Disponível em: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=jesse\\_merriam](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=jesse_merriam). Acesso em 28 de setembro de 2009). Merriam, por sua parte, reclama certa atualidade para Wechsler conquanto o princípio de neutralidade “[...] provides a powerful rebuttal to the Legal Realist claim that law is just another name for politics; anti-realists see neutralism as a way to restore the objectivity and reason that had once distinguished law as a discipline. Moreover, the ideal of neutrality still animates constitutional doctrine”. (saber: “[...] neutral principle consists of two elements: content generality and equal applicability” (MERRIAM, Jesse R. **Neutral Principles**, 2007).

80 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 44.

Uma abordagem desta inviabilidade da neutralidade tanto na eleição como no curso das ações humanas nos enviaria para considerações na área de conhecimento das Ciências Sociais, especialmente na Teoria da Escolha racional, algo que, por razões óbvias de fuga ao tema central deste artigo, evitaremos neste momento.

mesmo caminho, mas a crítica originalista de Scalia passa por uma posição de moderação quanto às liberdades dos juízes em sua labor hermenêutica, e esta é a de que haverá de residir uma preocupação com o sentido com que o texto legal foi positivado, ou seja, o “[...] intent of the legislature”<sup>81</sup>.

A aproximação que realiza Ely do assunto parece ser mais realista que a de Scalia na medida em que admite que ainda quando os juízes supõe, e não raro defendem, estar lançando mão de uma metodologia de identificação “objetiva” dos valores e, portanto, altamente impessoal, em verdade, não podem mais do que igualmente lançar mão de valores que residem no conjunto de suas experiências que tornaram possível a sua construção cultural e, por conseguinte, sua posição como juízes. Este tipo de argumentação, embora não usada expressamente por Ely é que nos permite chegar à mesma conclusão do autor, ou seja, que “[...] it is thus important at the outset to understand just why a “judge’s own values” approach is unacceptable: that understanding will illumine the unacceptability of the entire enterprise”<sup>82</sup>. Isto é o que Ely denomina de “falácia do realismo transformado” que haverá de admitir que, humanos, os juízes<sup>83</sup> durante seu trabalho não se desvinculam de si mesmos e se transformam em alguma espécie de categoria *noumênica* kantiana.<sup>84</sup>

Conforme diz Scalia, “[...] the judge is human, and feels the bias which the coloring of the particular cases gives”<sup>85</sup>, mas haverá um problema é quando este ser humano exercente da função judicial “[...] decide the next case differently, he has only to distinguish, and thereby make a new law. The legislature must act on general views, and prescribe at once for a whole class of cases”<sup>86</sup>. Aqui parece residir um dos pontos-chave da questão, a saber, que mesmo Scalia está pronto a assumir que alterações podem ser necessárias e, portanto, um originalismo de raiz ou, se preferirmos, um originalismo puro, pode não ser uma boa alternativa, e que, ademais, muito provavelmente, realmente não seja a de sua preferência pessoal.

Voltando aos argumentos do originalismo de Scalia, a abertura ou o caráter genérico de normas como a nona emenda apenas pode provocar-lhe temores ou, em seus termos, de que “[...] los jueces piensen que la ley es lo que ellos quieren que sea”<sup>87</sup>, com o que a consequência da aprovação de erros judiciais seria direta e inevitável. Assim, se o originalismo enfrenta seus problemas, o não-originalismo possuiria na ótica de seus detratores, a grave deficiência de não oferecer uma opção metodológica clara e objetiva ou, mesmo, um conjunto definido de valores<sup>88</sup> da forma como se encontra, posto remeter, não raro, à suspeita de que o jusnaturalismo pode encontrar-se como a

81 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 16.

82 ELY, John. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, p. 44.

83 Uma tradução livre indicaria que “[...] a ideia de que o juiz ao aplicar a Constituição deveria utilizar seus próprios valores para medir o juízo do político é uma metodologia que raramente poderia ser subscrita nestes precisos termos”.

84 A este respeito nos diz Scalia em outro momento que “[...] the judges is human, and feels the bias which the coloring of the particular case gives. If he wishes to decide the next differently, he has only to distinguish, and thereby make a new law. The legislature must act on general views, and prescribe at once for a whole class of cases”. (SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 11).

85 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 11.

86 SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**, p. 11.

87 SCALIA, Antonin. **“Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU.”**, p. 26.

88 Esta categoria kantiana remete à possibilidade de um ente abstrato cuja constituição dá-se de forma independente do mundo dos sentidos e dele independe para tudo.

razão de muitos críticos em suas argumentações anti-originalistas.

Projetando brevemente a importância da história constitucional norte-americana para o problema da interpretação constitucional, abordagem com a qual nenhuma das duas tradições em questão parece indispor-se. Se alguma diferença houver residirá no peso com que valorem a incidência de tal abordagem. Nesta tradição nos deparamos com uma jeffersoniana Declaração da Independência cuja característica central era, de fato, a de um panfleto dirigido à formar a convicção pública sobre o perfil de um novo tempo, de uma nova realidade política dotada de um estatuto de direitos e da forma de exercício do poder que se ambicionavam para a nova terra.

De qualquer sorte, como argumenta Ely, quem escreve este tipo de documento encontra-se em posição tal que “[...] no es probable que tengan la ley positiva de su lado, y por ello es aconsejable que recurran a la ley natural”<sup>89</sup>, o que, de fato, teve lugar. Contudo, ainda que recorrendo ao direito natural e, em verdade, apenas por tê-lo feito, nas origens da América ficaram gravadas formas de ver, pensar e colocar o político em sua dimensão jurídica – aqui o caráter aberto ou abstrato do direito natural que viria a influenciar a cultura jurídica norte-americana –, e este é aspecto que deve ser levado em consideração por aqueles que postam-se entre os defensores do originalismo. A disputa que se travava com a Coroa Britânica lhes retirava apoio ao argumento de direito positivo mas, por outro lado, lhes abria portas à filosofias como as de Locke.

Nestes documentos fundacionais, portanto, já se fazia presente uma característica da subsequente teoria legal norte-americana, a saber, o viés aberto de suas normas jurídicas, da qual, como vimos, a nona emenda é um exemplo vivo. Devido a este seu caráter aberto é que muitas das alegações da Declaração da Independência puderam ser retomadas no que concerne ao antiescravagismo. A desvantagem que muitos críticos do jusnaturalismo trouxeram à baila era que esta formulação poderia servir a distintos propósitos, “[...] cualquier cosa que el individuo en cuestión deseara defender”<sup>90</sup>. É certo, portanto, que muito embora muitos se inclinem intuitivamente a perceber a aplicação de princípios jusnaturalísticos como realização do justo e do ponderado, e de que seja certo de que há sobrados casos de ações e valores defendidos com base em critérios jusnaturalistas que nos poderiam parecer simpáticos (Thoreau e a fundamentação de sua desobediência civil, as raízes do direito à independência, o direito ao autogoverno, etc.), não é menos certo que há casos em que a utilização do mesmo princípio pode servir a propósitos inversos e com os quais, tão intensamente quanto se poderia simpatizar com os primeiros, nos oporíamos aos segundos. Neste sentido, não foram poucos os exemplos históricos.

Na América encontramos, por exemplo, um John Calhoun que houve por bem sustentar com base no direito natural a inferioridade dos negros bem como todo um documento legal, a Constituição de Kentucky de 1850<sup>91</sup> que igualmente recepcionou tal ideia<sup>92</sup>. Na esfera dos tribunais igualmente nos deparamos com decisões de muitíssimo duvidosa qualidade. Assim, por exemplo, em *Bradwell v. Illinois* (1872), a Corte decidiu que uma demandante não poderia exercer a advocacia por força de que contrariava a natureza da organização familiar que tinha as mulheres

89 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 70.

90 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 72.

91 A referida Constituição consagrava expressamente o regime escravocrata.

92 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 72.

à frente, dando sequência aos seus ofícios de mãe e esposa<sup>93</sup>. Em outra sentença de triste recordação para a cultura jurídica norte-americana e, em especial, para sua mais alta Corte, temos *Plessy v. Ferguson* (1896), onde novamente a argumentação acerca da natureza das coisas voltava à cena principal de modo a cercear liberdades.<sup>94</sup>

Contudo, ao mesmo tempo em que estas sentenças podem ter lugar baseadas em uma margem mais ampla de valorações, tal margem também se revela seu ponto forte na medida em que permite que o desenvolvimento legal e jurisprudencial possa incluir novos anseios. Sua deficiência pode ser medida com certa clareza pela vagueza de sua projeção teórica menos que prática. A este respeito nos diz Mangabeira Unger que

[...] Para hacer plausible una doctrina en ausencia de la verdad moral revelada por Dios, sus proponentes se basan en referencias a la opinión moral compartida por los hombres de muchas épocas y sociedades diferentes. Cuanto más concretas son las alusiones a este presunto acuerdo moral intemporal, menos convincentes resultan. Por consiguiente, para fundamentar su posición, los proponentes del valor objetivo deben limitarse a unos pocos ideales abstractos cuya vaguedad permite casi cualquier interpretación.<sup>95</sup>

Neste contexto percebemos o quanto tentativas louváveis e bem intencionadas como a de fundamentar um direito em escala universal pode absolutamente propor-nos uma outra dimensão de resultados práticos. Assim, nos diz Ely, “[...] es preciso elegir entre la trivialidad y la implausibilidad. Por consiguiente, este concepto ha desaparecido practicamente del discurso norteamericano”<sup>96</sup>, em suma, aparentemente a influência religiosa havia diminuído naquele país.<sup>97</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo o que vem sendo dito até o momento talvez ainda não tenha exposto o maior perigo que sempre ronda a atividade judicial, a saber, que, como diz Ely, “[...] razonamiento acerca de asuntos éticos no equivale al descubrimiento de la verdad ética absoluta”<sup>98</sup>. É de uma abordagem ciente deste perigo apontado por Ely que acreditamos que a labor interpretativo do Judiciário, quer ela enfoque majoritariamente os princípios mais caros ao originalismo ou àqueles mais próximos

93 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 72.

94 Nesta sentença aparece o seguinte trecho: “[...] The object of the amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguish from political equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either. Laws permitting, and even requiring, their separation, in places where they are liable to be brought into contact, do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, and have been generally, if not universally, recognized as within the competency of the state legislatures in the exercise of their police power. The most common instance of this is connected with the establishment of separate schools for white and colored children, which have been held to be a valid exercise of the legislative power even by courts of states where the political rights of the colored race have been longest and most earnestly enforced”. (ver *Plessy v. Ferguson*, 1896).

95 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 87.

96 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 73.

97 Podemos dizer com certa tranquilidade que esta influência recrudescer na era Bush, tanto na administração do pai quanto do filho, quando a projeção dos grupos religiosos voltou a fazer sentir seu impacto de forma importante na vida norte-americana. Já no que concerne à hermenêutica jurídica é interessante o apontamento de Ely sobre que nem mesmo aqueles que “[...] se consideram [personas] religiosas sostengan que el Todopoderoso habla en términos éticos suficientemente desprovistos de ambigüedad como para ayudar a dirimir los difíciles problemas de las políticas públicas”. (ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 69).

98 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 75.

ao não-originalismo, que poderemos nos aproximar de uma mais efetiva e condizente interpretação judicial.

Mas se a labor interpretativa é realmente tão árdua como se apresentou, se as normas encontram-se, pelo menos, algo abertas e se, ainda, há fatores sistêmicos operantes que reclamam por valores inversos como a abertura das normas jurídicas (como forma de manter aberto canal para sua atualização) e, por outro lado, uma demanda por maior segurança jurídica, se ponderados todos estes elementos, como poderíamos chegar à conclusão, se é que poderíamos, sobre quem seria a personagem mais adequada para interpretar o direito em tom afirmativo-normativo?

A leitura de Ely sugere que os magistrados dispõem de um perfil isolado que os favoreceria para que sua atividade hermenêutica possa ter melhores chances de êxito do que se empreendida por outros atores jurídicos. Contudo, tampouco se imagina que o ambiente em que se movem lhes faculte ou mesmo facilite

[...] adoptar una perspectiva libre de prejuicios. A menudo resulta difícil para los legisladores resistirse a la presión de sus electores, quienes reaccionan ante acontecimientos particulares (un asesinato brutal [...]), con una pasión que entra en conflicto con la moralidad común<sup>99</sup>.

Um isolamento deste tipo pode sugerir-nos de que há uma e apenas uma moralidade correta, uma única (ademais de possível) leitura moral correta com a qual possamos contar que se materialize uma vez que ao juiz se lhe possibilitem as condições de distanciamento suficiente dos fatos, algo que, como sugere o trecho acima, o legislador não possui. Contudo, qual o modelo que aceitaríamos, o de um juiz distante que em aparência decidirá sem influência mas as cartas não podem, metodológica e cientificamente falando<sup>100</sup>, deixar de estar sobre a mesa ou, então, um outro modelo onde as cartas estão sobre a mesa? Acaso não estaríamos em melhor caminho se entendêssemos que a análise judicial acerca de valores remete, inexoravelmente, como parece sugerir Ely, a “[...] favor de los valores de la clase media alta profesional de la que proviene la mayor parte de los abogados y jueces?”<sup>101</sup>. Ely não aposta na tese de que o Poder Judiciário possa e deva transformar-se em um autêntico detector dos valores populares, que sua elite não encontra-se disposta intelectualmente para uma tarefa deste gênero como, aliás, a qualquer se lhe deve confiar tal empreitada após as experiências históricas do século XX.

Indubitavelmente, a formação de todos ocorre no contexto de determinados padrões sociais, históricos e culturais os quais interferem em nossa formação tanto quanto os passos seguintes que, de forma absolutamente singular, todos experimentamos. Não parece ser que neste caso os intérpretes judiciais do direito constituíssem uma categoria também isolada senão que, ao contrário, em uma busca pelo isolamento, tornam-se sobre seus mais íntimos e arraigados referenciais. A referida Constituição consagrava expressamente o regime escravocrata.

99 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 78.

100 Ao que nos referimos aqui é que a neutralidade científica ocupa o lugar do mito no mundo científico. Portanto, pensar em manter algo similar na esfera jurídica implica tão somente um engodo, uma fantasia grotesca e um véu sob o qual ocultar os interesses que factualmente influenciam as decisões judiciais, mesmo quando isto se dê inconscientemente, algo que, suspeitamos, deve ocorrer na maioria dos casos.

101 ELY, John. **Democracia y desconfianza**, p. 80.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**BOLLING v. SHARPE.** 347 U.S. 497 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/497/case.html> Acessado em: 18 de agosto de 2015.

BORK, Robert H. **The Tempting of America.** New York: Touchstone, 1997.

BRADWELL v. STATE OF ILLINOIS. 83 U.S. 130 (1873). Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/83/130.html> Acessado em 7 de junho de 2015.

**BREITHAUPT v. ABRAM.** 352 U.S. 432 (1957). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/352/432/> Acessado em: 12 de julho de 2015.

BREYER, Stephen. **Active liberty. Interpreting our Democratic Constitution.** New York: Vintage Books, 2005. 161p.

**BROWN v. BOARD OF EDUCATION.** 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <http://www.nationalcenter.org/brown.html> Acessado em: 15 de julho de 2015.

BUENO, Roberto. As origens do constitucionalismo: em torno ao debate Jefferson-Madison. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.* No. Vol. 37, 2009.

CARTER, Lief H. **Contemporary constitutional lawmaking.** Washington: Pergamon Press PLC, 1985.

**CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA,** The. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995. 529p.

DELTORO, Pablo de Lora. **La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Boletín Oficial del Estado, 1998. 343p.

**DRED SCOTT v. SANDFORD,** 60 U.S. 393, 19 How. 393 (1856). Disponível em: [http://supreme.vlex.com/vid/dred-scott-v-sandford-20072966?ix\\_resultado=1&query%5Bbuscador\\_id%5D=109961&query%5Bcoleccion\\_id%5D=14&query%5Bct\\_resultados%5D=37&query%5Bfrase%5D=dred+scott+v.+sandford&query%5Blc\\_query%5D=texto%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29+OR+titulo%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais\\_id%5D=US&sort=score](http://supreme.vlex.com/vid/dred-scott-v-sandford-20072966?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=37&query%5Bfrase%5D=dred+scott+v.+sandford&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29+OR+titulo%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais_id%5D=US&sort=score). Acessado em 7 de julho de 2008.

DWORKIN, Ronald. “Comment”. In: SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998. P. 115-127.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002. 268p.

\_\_\_\_\_. **Democracia y desconfianza.** Santa Fé de Bogotá: Universidade de los Andes, 1997. 291p.

ESPINOSA, Manuel José Cepeda. “Presentación”. In: ELY, John Hart. **Democracia y desconfian-**

za. Santa Fé de Bogotá: Universidade de los Andes, 1997. P. xi-xv.

**GRISWOLD v. CONNECTICUT**. 381 U.S. 479 (1965). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/> Acessado em 13 de agosto de 2008.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **El Federalista**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

**MARBURY v. MADISON**, 5 U.S. 137, 1 Cranch 137 (1803). Disponível em: [http://supreme.vlex.com/vid/marbury-v-madison-20074876?ix\\_resultado=1&query%5Bbuscador\\_id%5D=109961&query%5Bcoleccion\\_id%5D=14&query%5Bct\\_resultados%5D=906&query%5Bfrase%5D=marbury+v.+madison&query%5Blc\\_query%5D=texto%3A%28marbury+AND+v.+AND+madison%29+OR+titulo%3A%28marbury+AND+v.+AND+madison%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais\\_id%5D=US&sort=score](http://supreme.vlex.com/vid/marbury-v-madison-20074876?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=906&query%5Bfrase%5D=marbury+v.+madison&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28marbury+AND+v.+AND+madison%29+OR+titulo%3A%28marbury+AND+v.+AND+madison%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais_id%5D=US&sort=score). Acessado em 13 de agosto de 2008.

**McCULLOCH v. MARYLAND**. 17 U.S., 4 Wheat; 316, 407 (1819). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html> Acessado em: 3 de agosto de 2015.

MERRIAM, Jesse R. **Neutral Principles**. Disponível em: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=jesse\\_merriam](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=jesse_merriam). Acesso em 28 de setembro de 2009

**MUSKRAT v. UNITED STATES**, 219 U.S. 346, (1911). Disponível em: [http://supreme.vlex.com/vid/muskrat-v-united-states-20027430?ix\\_resultado=1&query%5Bbuscador\\_id%5D=109961&query%5Bcoleccion\\_id%5D=14&query%5Bct\\_resultados%5D=418&query%5Bfrase%5D=muskrat+v.+united+states&query%5Blc\\_query%5D=texto%3A%28muskrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29+OR+titulo%3A%28muskrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score](http://supreme.vlex.com/vid/muskrat-v-united-states-20027430?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=418&query%5Bfrase%5D=muskrat+v.+united+states&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28muskrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29+OR+titulo%3A%28muskrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score). Acessado em 26 de setembro de 2009.

**PLESSY v. FERGUSON**. 163 U.S. 537 (1896). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/case.html> Acessado em: 12 de outubro de 2015.

**ROE v. WADE**. 410 U.S. 113 (1973). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html> Acessado em: 19 de abril de 2015.

SCALIA, Antonin. "Interpreting Constitutional Texts". In: KAVANAGH, Aileen; OBERDIEK, John. **Arguing about Law**. London / New York: Routledge, 2009. P. 426-431.

\_\_\_\_\_. **A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998. 159p.

\_\_\_\_\_. "Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU". **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**. Montevideo, 1989, p. 21-28.

TRIBE, Lawrence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008. 278p.

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review**. Lawrence, Kansas: University of Kansas Press, 1999. 299p.

**Como citar:** NETO, Alceu Fernandes. BUENO, Roberto. John Hart Ely e Antonin Scalia: A filosofia constitucional Norte-Americana. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. 3, n. 2, p. 111-135, jul/dez. 2018.