

ORIGINALISMO ARRANHA-CÉU TEMPERADO: CONTRIBUIÇÕES AO DESENVOLVIMENTO DE UMA TEORIA ORIGINALISTA ADEQUADA AO DIREITO BRASILEIRO

MODERATE SKYCRAPER ORIGINALISM: CONTRIBUTIONS TO THE DEVELOPMENT OF AN ORIGINALIST THEORY ADAPTED TO BRAZILIAN LAW

Henrique Breda¹

RESUMO

O objetivo geral do artigo é extrair, a partir da obra de Jack Balkin e do método indutivo, uma teoria sobre o originalismo enquanto método de interpretação constitucional que seja adequada à realidade específica do direito brasileiro, que é distinta da do direito estadunidense. O núcleo do referencial teórico é a descrição, por parte de Balkin, de dois modelos diferentes e contrapostos de originalismo, sendo possível que a partir da junção de elementos de ambos se elabore uma teoria originalista que seja compatível com o contexto jurídico nacional. Conclui-se que o Brasil deve acolher como modelo de interpretação constitucional por excelência o originalismo arranha-céu temperado ou moderado, uma variação substancial do originalismo arranha-céu que demonstra ser a mais condizente com as particularidades do sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Originalismo. Originalismo arranha céu. Originalismo estruturante. Interpretação constitucional.

ABSTRACT

This article aims to extract, from Jack's Balkin works and through the inductive method, a theory on originalism understood as a constitutional interpretive method that is adequate to the specifics of Brazilian law, which are different from those of US law. The core of its theoretical framework is Balkin's description of two different and counterpoint types of originalism, making it possible to create from the junction of elements from both types an originalist theory that matches the Brazilian legal context. We conclude that Brazil should adopt as its constitutional interpretation method the temperate skyscraper originalism, a substantial variation of skyscraper originalism that proves itself to be the most consistent one regarding the Brazilian legal system and its peculiarities.

Keywords: Originalism. Skyscraper originalism. Framework originalism. Constitutional interpretation.

¹ Mestre em Direito - Universidade Federal da Bahia. Analista Técnico da Defensoria Pública do Estado da Bahia

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa proporcionar, a partir das bases teóricas assentadas pela obra de Jack Balkin sobre o originalismo enquanto método de interpretação constitucional nos Estados Unidos, a elaboração de uma teoria para o emprego desse método interpretativo que seja condizente com as particularidades que caracterizam a Constituição e a evolução constitucional brasileira e as diferenciam da realidade norte-americana.

Para tanto, a metodologia aqui utilizada – teórica e de caráter jurídico anticosmopolita – assume como válidas as classificações definidas por Jack Balkin (2009) acerca do originalismo e consiste em subsumi-los à realidade jurídica brasileira para então constatar qual seria a modalidade de originalismo mais adequada ao contexto nacional. O cerne do referencial teórico do escrito é a tese de Balkin que descreve dois modelos ideais de originalismo – arranha céu e estruturante – que divergem entre si em variados aspectos, conforme será adiante destrinchado.

Neste artigo, discorrer-se-á primeira e perfunctoriamente sobre o significado de originalismo e as razões de se acolhê-lo como método preferencial de interpretação constitucional a ser adotado. Em seguida, analisar-se-ão em detalhes os dois tipos de originalismo descritos por Balkin, com enfoque específico em cada uma de suas características, para então confrontá-las uma a uma com a realidade do ordenamento jurídico brasileiro e ao fim determinar qual seria o tipo ideal de originalismo a nortear a interpretação constitucional no Brasil.

Diante do exposto, a investigação justifica-se socialmente por oferecer contribuições ao aprimoramento da interpretação constitucional no Brasil a partir da obra de um autor estrangeiro, todavia com um olhar que leva em consideração as especificidades do direito pátrio. Ademais, a investigação justifica-se teoricamente pela importância do estudo da obra de Balkin pelos juristas brasileiros, já que muitas das considerações feitas pelo professor de Yale são pertinentes para a teoria constitucional de forma geral, a despeito das variações existentes entre os ordenamentos jurídicos de diferentes países.

2 O ORIGINALISMO E SUA IMPORTÂNCIA

Paul Brest (1980) define o originalismo como a abordagem hermenêutica que vincula a autoridade judiciária ao texto da Constituição ou às intenções de seus constituintes. Relata o autor que, desde o célebre caso *Marbury vs. Madison*, no qual o *justice* John Marshall enfatizou a significância de ser a Constituição norte-americana um documento escrito, o originalismo de uma forma ou outra tem sido um tema de grande relevância na tradição constitucional daquele país.

A justificativa mais aceita para tal abordagem, esclarece Brest, consiste não somente no reconhecimento da Constituição como a suprema *law of the land*, ou seja, na noção da supremacia constitucional (SILVA, 2014) e sua legitimidade popular: a Constituição manifesta a vontade dos cidadãos soberanos dos Estados Unidos – o “*we the people*” (“nós, o povo”) reunido nas assembleias que ratificaram a Constituição e suas emendas. Esse raciocínio se encontra explícito também no preâmbulo da CF/88 no Brasil: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático [...]” (BRASIL, 1988).

Nessa esteira, portanto, a Constituição representa a vontade popular, e a tarefa do seu intérprete é averiguar essa vontade para dar-lhe cumprimento, como ensina Robert Bork (1985, p. 2-7):

Se assim não fosse, se pudessem os juízes governar áreas que não lhes fossem atribuídas por cláusulas específicas da Constituição, então não haveria direito que não a vontade do juiz. Cediço é que tal situação não se afigura legítima em uma democracia [...].

A única forma através da qual pode a Constituição limitar os juízes é se os mesmos interpretarem as palavras do documento de acordo com as intenções daqueles que elaboraram, propuseram e ratificaram suas previsões e emendas [...].

Um conceito de intenção original, um que se concentre sobre cada previsão específica da Constituição em vez de fazê-lo sobre valores generalizados, é essencial para evitar que os tribunais invadam a esfera própria do governo democrático [...].

A conclusão, creio eu, deve ser a de que apenas limitando-se às intenções históricas subjacentes a cada cláusula da Constituição é que

podem os juízes deixar de tornarem-se legisladores, deixar de impor suas próprias predileções morais, e assegurar que a Constituição seja direito (*tradução do autor*).

Esta é, assim, por si só, uma boa justificativa para o originalismo: sendo o direito, na lição de Miguel Reale (2002), uma ciência cultural, isto é, uma criação do homem para o homem, cujo objetivo é possibilitar a convivência civilizada entre os homens numa sociedade, faz sentido que este direito, ao menos em regimes democráticos, deva estar de alguma forma vinculado à vontade popular, que por sua vez é manifestada na Constituição e nas leis. Visando preservar a legitimidade da atuação dos tribunais, o originalismo prega uma postura de contenção judicial em face dos atos dos órgãos detentores de mandato popular (*judicial restraint, judicial deference*), consoante Miguel Nogueira de Brito (2005).

No entanto, o método originalista também pode se assentar sobre fundamentos de ordem mais instrumental: a adesão ao texto e às intenções do constituinte originário restringe a discricionariedade dos julgadores e garante que a Constituição seja interpretada de forma regular e consistente através do tempo (BREST, 1980), privilegiando-se, assim, outro valor ao lado da legitimidade popular: a segurança jurídica.

Assim, verifica-se de início a existência de fundados motivos para a adoção do originalismo como método de interpretação constitucional por excelência, inclusive no Brasil, devido à origem democrática da CF/88 e à reconhecida importância conferida ao baluarte da segurança jurídica pela doutrina e jurisprudência nacionais.

3 ORIGINALISMO ARRANHA-CÉU X ORIGINALISMO ESTRUTURANTE

Balkin (2009) inicialmente estabelece uma diferenciação entre dois tipos ideais de originalismo, os assim chamados originalismo arranha-céu (*skyscraper originalism*) e originalismo estruturante (*framework originalism*). Os nomes escolhidos para cada tipo se referem ao grau de liberdade que cada um deles oferece às gerações futuras para que se engajem no processo de construção e implementação constitucionais.

O originalismo arranha-céu vê a Constituição como um produto em grande parte já concluído e estabelecido, ainda que sempre sujeito a emendas posteriores na forma dos arts. 5º da Constituição norte-americana (BALKIN, 2009) e 60 da Constituição brasileira (BRASIL, 1988). Tem-se, assim, um grande espaço para a criação de futuras legislações conforme as necessidades da comunidade; contudo, isso não caracteriza uma construção constitucional propriamente dita, mas tão somente um processo legislativo ordinário que se dá sob os parâmetros já existentes da Constituição vigente.

O originalismo estruturante, por outro lado, enxerga a Constituição como um alicerce (estrutura) que dá o pontapé inicial para por em marcha o processo político e que necessita ser preenchido ao longo do tempo através da construção constitucional. O intuito é colocar em movimento as engrenagens da política e mantê-la funcionando de forma estável para que possam fazer frente às futuras demandas da comunidade. As gerações ulteriores têm muito a fazer para construir e implementar a Constituição, mas, ao fazê-lo, deverão manter-se sempre fiéis à estrutura básica.

Neste momento, é importante ressaltar que o originalismo geralmente é tido como um contraponto à noção de uma *living Constitution* (“Constituição viva”), na medida em que esta vê a Constituição não como um estático texto de autoridade, mas sim como um conjunto de normas em constante mudança, de acordo com as transformações socioculturais que ocorrem na sociedade.

Balkin (2009), todavia, após deixar evidente logo de antemão sua preferência pelo originalismo estruturante, vai adiante e acrescenta que o referido modelo e a noção de uma Constituição não apenas não entram em confronto, mas inclusive constituem “duas faces de uma mesma moeda”. O autor sustenta que, na esteira do originalismo, os intérpretes devem se guiar pelo significado original do texto constitucional e dos princípios que o regem, porém faz a ressalva de que essa fidelidade ao sentido original nem sempre corresponderá a uma fidelidade *à aplicação originalmente esperada à época da elaboração do texto*. A aplicação originalmente esperada é, na verdade, uma mera evidência de como se aplicar o texto e seus princípios, cabendo a cada geração a tarefa de decidir como melhor interpretá-los à luz das circunstâncias de seu tempo. E elas o fazem por meio da criação de instituições políticas, leis e precedentes judiciais e extrajudiciais.

Isto posto, passa-se agora neste trabalho a analisar de modo mais detalhado essa e outras distinções entre os dois modelos de originalismo, conforme os variados critérios fornecidos pela obra de Balkin. Tal análise não visa fazer um juízo de correção acerca da preferência do autor pelo originalismo estruturante no contexto do direito norte-americano, mas, em vez disso, verificar qual seria o modelo de originalismo mais adequado à realidade brasileira.

3.1 Completude e propósito da Constituição

Conforme já adiantado supra, o primeiro critério de distinção entre os originalismos é a visão da Constituição como um *corpus* em larga medida completo e concluído, segundo o originalismo arranha-céu; ou como uma estrutura predominantemente ou mesmo perpetuamente em construção, necessitando de constantes complementos, consoante prega o originalismo estruturante. Este é, por sinal, o critério do qual decorre a terminologia das aludidas classificações: arranha-céu (obra completa e robusta) *versus* estrutura (obra em andamento).

No que tange à possibilidade de emenda, assim, o originalismo arranha-céu a tem como o único método possível de construção constitucional propriamente dita, enquanto o originalismo estruturante enxerga um grande espaço para a construção e interpretação constitucionais pelos órgãos políticos e pelo Judiciário.

A visão do originalismo estruturante é a mais correta à luz do ordenamento jurídico estadunidense, regido por um sistema de *common law* anglo-saxônico e cuja Constituição data de 1787. Sob tais circunstâncias, de fato há uma larga margem para a atuação inclusive do Judiciário na construção constitucional por meio da criação de precedentes, como diz Balkin (2009), uma vez que o referido sistema tem a jurisprudência como principal fonte do direito; e dificilmente se poderia considerar, à luz de nossa realidade atual, um texto de 1787 como uma obra completa (a menos que se estivesse falando, metaforicamente, de um edifício mais que bicentenário e cujas condições de habitação estariam muito aquém dos padrões demandados no séc. XXI).

Essa mesma visão, contudo, não necessariamente é a que mais se amolda ao sistema jurídico brasileiro, cuja Constituição de 1988 é relativamente

recente, com pouco mais do que trinta anos de vigência, e regido pela matriz romano-germânica do *civil law* no qual predomina como fonte do direito a lei positivada.

Como relata Dirley da Cunha Júnior (2017), ao contrário da Constituição americana, a CF/88 é prolixa (isto é, extensa, promulgada com 245 artigos e mais de 1,6 mil dispositivos) e dogmática (isto é, reflete as ideias dominantes vigentes no momento específico de sua elaboração, ao invés de refletir uma lenta e gradual transformação da sociedade e do Estado).

As referidas características, pois, tornam a visão sobre a completude da Constituição brasileira mais condizente com o modelo do originalismo arranha-céu: uma obra já robusta e largamente concluída quando de sua inauguração, em que pese sempre sujeita ao poder de reforma do seu art. 60 (BRASIL, 1988).

Uma visão mais eclética, contudo, se faz necessária para se explicar o propósito da nossa Constituição. Para o originalismo arranha-céu, este propósito consiste em prevenir a tomada de decisões tolas e incipientes no futuro:

A Constituição é um colosso, largamente completo, legado às futuras gerações para impedir que se tornem presas da insensatez, motivações básicas, declínio e tentações humanos. O objetivo não é criar espaço para o desenvolvimento institucional, mas sim prevenir o abandono de normas básicas. Dado esse objetivo abrangente, dever-se-ia interpretar a Constituição de modo a resolver tantos detalhes quanto seja possível, dividindo claramente o que deve ser deixado para o processo político e o que não deve. A Constituição pode na verdade deixar muito a cargo da política convencional; contudo, ausente o uso do processo de emenda, essas decisões políticas não adicionam nada significativo ao plano constitucional. Elas ocorrem como atividades permissíveis dentro do plano (BALKIN, 2009, p. 557) (*tradução do autor*).

É possível constatar, de início, a adequação das considerações acima à essência da CF/88 e à noção de cláusulas pétreas, isto é, um “núcleo duro” de bastiões listados no art. 60, § 4º (BRASIL, 1988) e que não podem ser suprimidos nem mesmo por emenda constitucional. Foi a forma encontrada pelo constituinte originário para evitar que as futuras gerações, sucumbindo à própria ignorância e deixando-se levar pelo “canto da sereia”, nos dizeres de Luís Virgílio Afonso da Silva (2001), optassem por abandonar as referidas normas básicas em algum momento.

Poder-se-ia objetar que as cláusulas pétreas são exceções no texto constitucional e que, portanto, a visão do originalismo arranha-céu sobre a CF/88 estaria equivocada nesse ponto, já que a grande maioria dos dispositivos da Carta são passíveis de emenda. No entanto, o fato de a maior parte de uma Constituição poder ser emendada não desmente aquela concepção. Como assevera Balkin (2009) acima, o originalismo arranha-céu não nega que a Constituição possa deixar um amplo espaço para as decisões políticas posteriores; ele apenas ressalta que tais decisões só contribuem com algo *novo* para a Constituição na medida em que se concretizem na forma de emendas, indo assim além dos contornos já anteriormente legados pelo legislador constituinte. Caso contrário não se estaria a realizar a construção constitucional propriamente dita, mas tão somente a agir conforme o que a Constituição já abrange e preconiza.

Trata-se de uma visão mais condizente com a CF/88 do que aquela irradiada pelo originalismo estruturante, segundo a qual a Constituição – nunca finalizada – estaria sempre em constante construção por meio da política e dos precedentes judiciais. Essa construção por outras vias que não as emendas constitucionais pode sim vir a ocorrer, mas isso se dá de forma excepcional, e não constante ou corriqueira. É o que se passa a abordar na próxima Seção.

3.2 Legitimidade da construção constitucional

Devido às razões elencadas nos parágrafos anteriores, o originalismo arranha-céu e o originalismo estruturante também apresentam visões distintas acerca da legitimidade democrática da construção constitucional:

No originalismo arranha-céu, os órgãos políticos não constroem a Constituição; eles se engajam na política convencional dentro dos limites daquela (a menos que conscientemente exerçam o poder de emenda do art. 5º). De forma semelhante, o controle de constitucionalidade é consistente com a democracia somente se e quando garantir o intuito original disposto na Constituição e suas subsequentes emendas, e de resto manter-se alheio à política convencional. No originalismo estruturante a história é bastante diferente. Os órgãos políticos e o Judiciário trabalham juntos para construir a Constituição ao longo do tempo. Suas autoridades para se engajarem construção constitucional advém de sua responsabilidade compartilhada junto à opinião pública durante longos interstícios

temporais enquanto operam internamente ao espaço da estrutura básica. Ao fazê-lo, eles inevitavelmente refletem e respondem às transformações nas demandas e no costume sociais (BALKIN, 2009, p. 551) (*tradução do autor*).

Mais uma vez, aqui, é necessário fazer-se a distinção entre os contextos norte-americano e brasileiro. Ao contrário do que ocorre em muitos estados americanos, no Brasil os membros do Poder Judiciário não são eleitos, e portanto não detém a legitimidade popular que a princípio seria necessária para tomar parte na construção ou alteração da Constituição.

Isso não significa dizer que esse fenômeno seja desconhecido ou rechaçado pela tradição constitucional brasileira; é notório entre nós, afinal de contas, o instituto da **mutação constitucional**, termo que denota um processo informal por meio do qual se altera o conteúdo da Constituição através da releitura do sentido de seus dispositivos, sem contudo alterar-lhe o texto escrito.

Na lição de Anna Candida da Cunha Ferraz (2015), as mutações constitucionais são alterações legítimas do texto fundador, e exatamente por isso é que são consideradas constitucionais, na medida em que não têm o propósito de violar o espírito da Constituição.

Mutação constitucional são as modificações operadas na Constituição, gradualmente no tempo, de modo informal, sem a necessidade de emendas ou revisão, ou seja, sem atuação do Poder Reformador, mediante procedimentos jurídicos [...].

A norma jurídica tem de se adequar às exigências da comunidade e, para cumprir essa finalidade, deve estar em simetria com o progresso social. Assim, as Constituições, em seu texto, preveem o procedimento de emenda ou revisão. A mutação constitucional também tem a finalidade de atualizar os preceitos do Texto Magno, mas cumpre sua missão de modo informal, através de procedimentos não previstos em lei.

A mutação constitucional remodela a literalidade do texto até então apresentado, quer pela interpretação constitucional, quer por meio de construção jurídica, quer por práticas constitucionais ou por usos e costumes [...].

As mutações ocorrem de modo difuso, não existindo um órgão próprio que tenha como função sua criação [...]. Carecem de marco cronológico, nascem paulatinamente, de forma silenciosa, quase despercebida, espontânea, sem previsibilidade, só se fazendo sentir quando já estão com plena eficácia. Por serem lentas e graduais, não acarretam ruptura ou tensões no ordenamento jurídico, contribuindo assim para sua maior eficácia (AGRA, 2014, p. 220).

O que não se pode perder de vista, todavia, é que as mutações constitucionais caracterizam-se justamente por serem exceções na dinâmica do sistema jurídico brasileiro. A regra, entre nós, é que a construção constitucional propriamente dita fique a cargo dos órgãos políticos e se dê somente por meio do processo formal de emenda, como afinal preconiza o originalismo arranha-céu.

O controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, assim, estará a princípio de acordo com a democracia somente na medida em que der cumprimento às intenções esboçadas na Carta Magna pelo legislador constituinte. As mutações constitucionais, pois, são “pontos fora da curva” que se dão quando os juízes se deparam com a necessidade de se resguardar determinados valores jurídico-constitucionais e o fazem ao custo de se alterar no curso do processo a própria Constituição, por vezes indo de encontro aos desígnios originalmente manifestados pelo povo através de seus representantes eleitos, como aliás ficou claro no voto do ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 132 sobre a constitucionalidade das uniões homoafetivas:

Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembléia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. Confira-se abaixo:

“O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § º : ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).”

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável.

[...]

Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns – a meu ver, de forma apropriada - denominam de “relação homoafetiva”?

Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise (BRASIL, 2011).

Lewandovski, assim, embora tenha votado com a maioria de seus pares pela constitucionalidade das referidas uniões estáveis, fê-lo de modo a expor que a posição que acabaria por triunfar naquele julgamento estava em nítido descompasso com os desejos do constituinte originário. O STF chegou àquela decisão não sem alguma dificuldade, e para tanto teve de recorrer a outros dispositivos constitucionais que não o do art. 226 (BRASIL, 1988) de modo a fundamentar o agasalho das uniões estáveis homoafetivas pelo ordenamento jurídico nacional.

Trata-se aqui de uma construção, frise-se novamente, de caráter excepcional no Brasil. Fora de tais circunstâncias extraordinárias, o não-cumprimento da vontade do legislador constituinte pelo Judiciário abre as portas para o ativismo judicial e em última instância vai de encontro à democracia, conforme prega o originalismo arranha-céu. Destarte, também neste aspecto o referido modelo se mostra o mais adequado ao sistema jurídico brasileiro.

3.3 Contenção do Judiciário

Mais uma vez, as considerações da Seção imediatamente anterior fornecem adiantamentos e evidências acerca das também divergentes visões esboçadas pelos dois modelos de originalismo sobre como se deve conter o comportamento dos juízes ao interpretarem as leis:

No originalismo arranha-céu os juízes se contém quando aplicam o desígnio constitucional original valendo-se da metodologia apropriada para aferi-lo; se falharem ao fazê-lo, estarão fora de controle e simplesmente impondo suas próprias crenças. Assim, o originalismo arranha-céu vê a metodologia de interpretação correta como o fator central de contenção dos juízes. O originalismo estruturante também requer que os juízes apliquem o significado original da Constituição. Mas ele assume que isso não será suficiente para decidir um grande âmbito de controvérsias e portanto os juízes terão de se engajar em um considerável grau de construção constitucional, bem como na elaboração de construções anteriores. Daí é que não pode o significado original conter o comportamento judicial por si só. As mais importantes restrições aos juízes engajados na construção constitucional não virão do respeito às apropriadas teorias interpretativas, mas antes de contenções *institucionais*. Estas incluem os efeitos moderadores dos colegiados, nos quais o equilíbrio de poder repousa sobre juízes de meio-termo ou moderados, a triagem de candidatos através do processo de indicação de juízes federais, influências sociais e culturais no Judiciário que mantém os juízes sintonizados com a opinião pública, e a cultura e concepção profissionais sobre o papel do Judiciário (BALKIN, 2009, p. 551) (*tradução do autor*).

Novamente, devem ser feitas aqui algumas distinções importantes entre os contextos jurídicos norte-americano e brasileiro. Nos Estados Unidos faz mais sentido a visão de que o significado original das disposições da Constituição, mormente por ser ela de 1787, é muitas vezes insuficiente para solucionar um grande número de questões, havendo, portanto, uma margem maior para a atuação dos juízes na construção constitucional, como aliás já mencionado anteriormente neste trabalho.

No Brasil, ao contrário, há que se partir do pressuposto de que o significado original da Constituição, inclusive por ser esta relativamente recente, será muitas vezes suficiente para se decidir as questões trazidas ao Judiciário; e que, dessa forma, a observância da correta metodologia de interpretação para aferição daquele significado é o fator central de contenção dos juízes, muito

embora não seja o único, podendo verificar-se uma interferência mais nítida de contenções institucionais em alguns casos.

Um arquétipo emblemático dessa última situação ocorreu em 2016, em meio a um embate de forças entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Em novembro daquele ano o STF, ao julgar uma ação proposta pela Rede Sustentabilidade, formou maioria de votos no sentido de que réus em ações penais não podem ocupar cargos que estejam na linha sucessória da presidência da República, a exemplo das presidências da Câmara e do Senado – este último à época presidido pelo senador Renan Calheiros, que um mês mais tarde viraria réu junto à Suprema Corte. O julgamento, entretanto, foi suspenso por um pedido de vista do ministro Dias Toffoli (RECONDO; WEBER, 2019).

A ação tinha como base uma interpretação torta da Constituição Federal, a qual determina em seu art. 86, § 1º (BRASIL, 1988) que o Presidente da República seja suspenso de suas funções e afastado do cargo caso o STF receba contra ele denúncia ou queixa pela prática de crime comum. Dessa forma, alegava a Rede que, se a função de chefe da nação é incompatível com a condição de réu, essa vedação também se deveria estender a todos os ocupantes de cargos na linha sucessória daquele posto.

Pierpaolo Bottini (2016, p. 2-3), entretanto, esclarece que não se pode extrair essa conclusão a partir da analogia com o aludido dispositivo, tendo em vista o regramento constitucional diferenciado estabelecido para o chefe de Estado em relação a todos os demais cargos públicos:

As premissas e as conclusões da ADPF seriam corretas, não fosse um detalhe. A Constituição Federal efetivamente prevê que o presidente da República será suspenso de suas atribuições se recebida denúncia pela prática de crime comum. Mas não de qualquer crime comum, mas apenas daqueles relacionados ao exercício de suas funções, ou seja, aqueles praticados durante o mandato [...].

E se o presidente for acusado da prática de um delito sem relação com o exercício de suas funções, como, por exemplo, um crime financeiro, contra a ordem tributária, ou mesmo um ato de corrupção anterior à posse, quando ocupava outro posto? Pelo artigo 86 parágrafo 4º da Constituição Federal, ele não poderá ser responsabilizado por esses atos estranhos às suas atribuições, na vigência de seu mandato. Assim, por exemplo, se o presidente era processado antes da posse por qualquer infração, tal procedimento será suspenso até que ele deixe o cargo.

[...]

Por isso, o posto de presidente da República pode ser ocupado por réu em ação penal. O que a Constituição não admite é o exercício do cargo por alguém processado por crime relacionado ao exercício das funções de chefe do Executivo. Não há impedimento para que um réu processado por outro delito exerça — ou pretenda exercer — o cargo.

Sendo assim, aqueles que ocupam a linha sucessória do presidente (presidentes da Câmara, Senado e STF), podem assumir o posto, desde que não sejam réus denunciados por delitos relacionados ao exercício daquela função. Em geral, não o são, porque jamais ocuparam o cargo, ou se o fizeram, foi por interinidade.

O STF, portanto, errou ao formar maioria pela procedência da ação. Inobstante isso, frustrada pela suspensão do julgamento, a Rede solicitou e obteve junto ao relator Marco Aurélio Mello – que havia votado favoravelmente ao pedido – uma decisão liminar que afastava Renan Calheiros da presidência do Senado:

A decisão provocaria uma disputa jurídica e política sem precedentes na centenária história do STF, que colocava Legislativo e Executivo em choque com o Judiciário. Um encadeamento de fatos e deliberações que acabou por provocar instabilidade na relação entre os Poderes, convivência nem sempre harmônica e em que as responsabilidades pelas crises devem ser compartilhadas (RECONDO; WEBER, 2019, p. 236).

Por razões diferentes das que acometiam a decisão de mérito alcançada no julgamento, a decisão liminar era tão equivocada quanto aquela primeira. É que para a concessão de tutelas provisórias faz-se necessário o requisito do *periculum in mora*, o que não se verificava naquele caso, uma vez que não havia possibilidade iminente de que Renan assumisse a chefia suprema da nação – na eventual vacância ou impedimento do presidente Michel Temer (que assumira o cargo após o *impeachment* da presidente anterior, e portanto não tinha um vice-presidente eleito), o primeiro na linha sucessória era o presidente da Câmara Rodrigo Maia. E, ainda que outro fosse o caso, a simples assunção da presidência da República pelo senador alagoano não constituiria por si só um risco de dano irreparável. O ministro Celso de Mello, por outro lado, posteriormente apontaria na liminar a existência de um “*periculum in mora* em sentido inverso”, isto é: o afastamento precipitado de Renan é que causaria danos de difícil reparação, na medida em que teria repercussões no funcionamento da Casa legislativa (CANÁRIO, 2016).

Com apoio da Mesa Diretora do Senado, Renan reagiu descumprindo abertamente a decisão cautelar e recorrendo da mesma ao Plenário do STF, onde os ministros costuraram uma solução política: amparando-se nos argumentos expostos no parágrafo acima, decidiram por manter o recorrente na presidência da Câmara Alta com a ressalva de vedar-lhe a possibilidade de assumir a presidência da República, criando assim a figura do “meio senador”, como criticou o inconformado Marco Aurélio. Foi a saída encontrada pelo Tribunal para evitar um confronto institucional com o Legislativo e um abalo na agenda reformista do governo Temer, vista naquele momento como importante para o enfrentamento da crise econômica que assolava o país (CANÁRIO, 2016). Ao fim, portanto, o presidente do Senado permaneceu no posto, de onde não haveriam de tê-lo intentado afastar em primeiro lugar.

Eis aí, pois, um exemplo de ocasião no Brasil na qual a contenção dos juízes frente à Constituição e às leis, inicialmente ameaçada pelos entendimentos equivocados da maioria do STF e do ministro Marco Aurélio no julgamento de mérito da ADPF 402 e na concessão inicial da cautelar, acabou sendo restabelecida devido à pressão do Senado e de outros fatores ligados à ordem institucional do Estado, na esteira do que prega o originalismo estruturante. O sentido original da Constituição não aponta no sentido de que réus não possam ocupar a linha sucessória da presidência da República, e sem a resistência dos parlamentares à liminar, o desfecho poderia ter sido outro.

É necessário, contudo, novamente ressaltar que a referida situação é, tal como as mutações constitucionais, excepcional à luz do sistema jurídico brasileiro e não exatamente louvável, tendo em vista o elevado teor político da decisão final do STF. Fabricio Castagna Lunardi (2020) aponta que casos como esse constituem o fenômeno da *fulanização*, isto é, contextos nos quais a decisão do Judiciário varia conforme os atores envolvidos em cada processo.

Em circunstâncias normais não é frequente e tampouco desejável que os vetores institucionais de contenção, sejam eles internos ou externos ao âmbito do Poder Judiciário, constituam o principal fator a garantir a fidelidade ao sentido original do texto. Isso porque: I - vivemos sob um sistema de *civil law*, no qual o direito advém primariamente da lei escrita, e não das decisões dos tribunais; e II - as contenções institucionais de que trata Balkin (2009) não necessariamente têm um compromisso para com a preservação do sentido original do texto, ao

contrário de uma melhor técnica interpretativa que se destine àquele fim. O juiz pode acertar ou errar na tentativa de averiguá-la e efetivá-la, mas a princípio o que estará se buscando é sempre o sentido original. O mesmo não se pode necessariamente dizer, contudo, sobre o processo de nomeação e sabatina dos juristas indicados à Suprema Corte, por exemplo. Pode ali haver outros interesses que não o de preservar estritamente o sentido original do texto, como o de proporcionar ao Tribunal uma composição mais alinhada com a opinião pública ou a corrente político-ideológica mais proeminente em determinado momento. A Suprema Corte é uma corte política, como diz Richard Posner (2016).

Não se está aqui a refutar a tese de Balkin nesse ponto. A ideia de que a contenção dos juízes em relação ao sentido original advenha principalmente de fatores institucionais é, afinal, coerente com a realidade norte-americana de uma Constituição em constante construção e implementação pelos órgãos políticos e pelo Judiciário; ocorre que, no Brasil, por outro lado, faz mais sentido que essa incumbência recaia precipuamente sobre a consciência dos próprios juízes de intentar fazer uso da melhor técnica interpretativa a fim de aferir corretamente aquele sentido, ao estilo do originalismo arranha-céu e como decorrência do sistema de *civil law* que determina o protagonismo da lei escrita como principal fonte do direito.

3.4 Aplicações práticas para o contexto jurídico nacional

As considerações feitas até aqui podem sugerir que o presente trabalho visa defender a adoção irrestrita do originalismo arranha-céu como método de interpretação constitucional no Brasil. No entanto, há pelo menos um óbice de grande relevância para tanto, que diz respeito às suas aplicações práticas em casos concretos. É que o originalismo arranha-céu tem uma noção um tanto peculiar sobre o que denotaria o comprometimento de “significado original”:

Torna-se importante, por exemplo, transformar previsões vagas e abstratas de direitos em algo tão determinado e concreto quanto possível. Apenas então poderão essas previsões cumprir adequadamente sua função de conter o agir inconstitucional e delimitar o espaço no qual a política convencional – aqui oposta à construção constitucional – pode atuar. Uma maneira de fazê-lo é identificar tanto

quanto possível o significado original com a aplicação originalmente esperada. Interpretar previsões de direitos dessa forma pode não evitar muito, e pode engessar sobremaneira os poderes do governo federal; mas irá no mínimo evitar que as gerações futuras abandonem os compromissos e expectativas da geração constituinte.

Assim, poder-se-ia decidir por exemplo que a Cláusula de Punições Cruéis e Incomuns [da Constituição americana] proíbe apenas as punições que a geração de 1791 considerava serem cruéis e incomuns. Da mesma forma, o escopo do poder federal deveria limitar-se às expectativas da Constituição de 1787. Isso poderia evitar uma boa porção da legislação democrática produzida no nível federal – de fato, tornaria inconstitucional a maior parte das reformas administrativas e de bem-estar social e muito da proteção federal aos direitos civis. Mas ao menos preservaria o exercício estadual e local da democracia e o tipo de liberdade que os fundadores compreendiam e esperavam (BALKIN, 2009, p. 558) (*tradução do autor*).

Esses dois exemplos, segundo Balkin (2009), explicam o porquê de praticamente ninguém em última instância aderir ao originalismo arranha-céu em sua forma mais rigorosa; a maioria dos originalistas atuais aceitam que é preciso haver um considerável espaço para o desenvolvimento de poderes e direitos constitucionais ao longo do tempo. Balkin aponta que alguns deles, como o ex-*justice* Antonin Scalia, o fazem “pela tangente”, alegando que precedentes não-originalistas são uma exceção pragmática ao comprometimento com o significado original. Assim, nos Estados Unidos se tolerariam a implementação do *New Deal* e a vasta extensão dos poderes de regulação do governo federal sobre temas como saúde, segurança, economia e meio ambiente a níveis muito acima do que os *Founding Fathers* teriam imaginado porque seria simplesmente tarde demais para voltar atrás, pois as pessoas já teriam criado a expectativa de que o governo federal possui a legitimidade para exercer esses poderes. Essa abordagem, portanto, enxerga a construção do aparato estatal nos EUA do século passado como um erro – um erro que não deve ser desfeito, em nome da confiança e da segurança jurídica.

Balkin, contudo, alega que, se isso de fato é uma exceção, trata-se de uma exceção tão contundente que ameaça engolir a própria regra de fidelidade ao significado original; o referido autor, assim, prefere enxergar as reformas civis e administrativas ocorridas nos EUA do século passado não como exceções pragmáticas ao originalismo, mas antes como perfeitamente consistentes com ele (o originalismo *estruturante*):

O crescimento do Estado moderno não se amolda ao originalismo arranha-céu, que imagina um tipo de construção muito diferente. Ele se amolda bem, contudo, ao originalismo estruturante, na medida em que este último assume que a Constituição nunca foi uma coisa completa em primeiro lugar. Era um plano de governo com uma alocação inicial de poderes, direitos e responsabilidades que seriam construídas através da ação coletiva e contestação política ao longo do tempo (BALKIN, 2009, p. 559) (*tradução do autor*).

O raciocínio exposto acima por Balkin, mais uma vez, não pode ser fielmente transposto para a realidade brasileira. Nossa Constituição é, novamente ao contrário da norte-americana, **dirigente** (CUNHA JÚNIOR, 2017), isto é, já foi concebida de modo a autorizar desde o início o Estado a exercer os poderes regulatórios que viessem a ser necessários para fazer frente às demandas da comunidade. A incorporação de novos direitos e garantias fundamentais está prevista no art. 5º, § 2º (BRASIL, 1988), de forma não-exaustiva, por sinal. Os grandes passos da construção constitucional do Estado brasileiro se dão, assim, sob a égide do significado original, e não como “exceções” a ele, tal como argumentava Scalia em relação à Constituição dos EUA.

Retornando-se à questão concernente às aplicações práticas, contudo, é possível constatar que o originalismo arranha-céu, quando tomado em sua acepção mais rígida, em determinados momentos se mostrará insuficiente para fundamentar a interpretação constitucional também no Brasil. É preciso reconhecer que, sendo a evolução uma tendência natural das sociedades humanas, mais cedo ou mais tarde advirão contextos e circunstâncias nos quais o apego absoluto ao significado original conduziria a resultados absurdos, socialmente insustentáveis ou intoleráveis, e em última medida inconstitucionais (SARLET, 2019). É o tipo de raciocínio que teria, por exemplo, negado às uniões estáveis homoafetivas o devido reconhecimento perante a Justiça brasileira, conforme já anteriormente analisado.

Aqui as considerações de Balkin e sua preferência pelo originalismo estruturante e pela não-exigência irreduzível da vinculação entre o sentido original e a aplicação que dele se originalmente esperaria se afigura condizente também com a realidade brasileira, pois a inevitabilidade da mudança de circunstâncias é algo a que toda nação está sujeita:

O originalismo estruturante permite uma boa margem de sobre como a Constituição se desenha; cada uma dessas versões pode ainda ser fiel ao texto e princípio [...]. Ele não assume um determinado caminho de desenvolvimento evolutivo. Muito é deixado para as circunstâncias e o acaso, e esta nação, como todas as nações, enfrentará uma boa soma de distúrbios e desafios inesperados que irão moldar e alterar sua trajetória e seu caráter, por vezes de forma irrevogável (BALKIN, 2009, p. 559) (*tradução do autor*).

Nesse ponto, propõe-se aqui finalmente a adoção pelo país de um modelo misto que pode ser denominado originalismo arranha-céu temperado ou moderado, o qual, em que pese corresponda ao originalismo arranha-céu padrão em quase todos os seus aspectos, está aberto a ceder à visão do originalismo estruturante toda vez que se esteja evidentemente diante de conjunturas que exijam uma abordagem menos rigorosa e mais flexível quanto ao significado original do texto, caracterizando-se assim ocasionalmente uma Constituição viva que permanece todavia fiel a seus pilares (estrutura) mais básicos, conforme a teoria de Balkin.

4 CONCLUSÕES

A obra de Jack Balkin, conforme explanado acima, diferencia e contrapõe dois tipos de originalismo (arranha-céu vs. estruturante) com base em suas distintas visões acerca da forma e extensão com as quais se deve interpretar a vinculação dos juízes ao significado original das disposições de uma Constituição consoante imaginado pelo legislador constituinte. Nesse sentido, é possível identificar vários critérios nos quais as referidas visões divergem.

O originalismo arranha-céu se apresenta como o modelo mais adequado ao ordenamento jurídico pátrio no que tange: I - à completude da Constituição, pois a CF/88 podia ser considerada uma obra em grande medida já completa quando de sua promulgação; II - ao propósito da Constituição, visto que o propósito da CF/88 em sua essência mais estrita é o de impedir o abandono temerário de baluartes importantes pelas gerações futuras, sendo que a função paralela de possibilitar a formação de um aparato estatal viável por meio da política não faz parte da construção constitucional propriamente dita, salvo quando se faz uso de emendas; III - à legitimidade da construção constitucional, que no Brasil só se dá por meio das referidas emendas, à exceção do que ocorre

no âmbito das chamadas mutações constitucionais; e IV - à contenção do comportamento dos juízes, pois num sistema de *civil law* é mais consistente que a referida contenção advenha da própria consciência dos julgadores ao interpretar as leis e especialmente a Constituição conforme o seu significado original do que de mecanismos institucionais que não se propõem especificamente desenhados para garantir a da aplicação fiel daquele significado.

Uma pitada do originalismo estruturante e de uma *living Constitution*, no entanto, se faz eventualmente necessária quando alterações substanciais nas circunstâncias da sociedade ou do caso concreto tornarem muito difícil a aplicação do significado original nos termos em que imaginado à época de sua elaboração pelo legislador constituinte.

Dessa forma, por tudo quanto exposto acima, sugere-se à teoria da interpretação constitucional no Brasil a adoção da visão do originalismo arranha-céu temperado ou moderado, que combina características dos dois modelos de originalismo a fim de explicar adequadamente a realidade constitucional brasileira e poder acompanhar sua evolução.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BALKIN, Jack. Framework originalism and the living Constitution. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 103, n. 2, p. 549-614, 2009. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1221&context=ss_papers. Acesso em: 25 out. 2020.

BORK, Robert. **The great debate**. The Federalist Society, Washington, 18 nov. 1985. Disponível em: <https://fedsoc.org/commentary/publications/the-great-debate-judge-robert-h-bork-november-18-1985>. Acesso em: 4 out. 2020.

BOTTINI, Pierpaolo. Réus podem integrar linha sucessória da Presidência da República. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-08/pierpaolo-bottini-nem-todo-reu-afastado-linha-sucessoria>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Tribunal Pleno. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Arguidos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto, DJe 13/10/2011. Brasília, DF, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BREST, Paul. The misconceived quest for the original understanding. **Boston University Law Review**, Boston, v. 60, p. 135-147, 1980. Disponível em: http://fs2.american.edu/dfagel/www/Class%20Readings/ALCReadings/Brest_MisconceivedQuest.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55-113.

CANÁRIO, Pedro. No caso do senador Renan Calheiros, Supremo optou pela autopreservação. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-10/renan-calheiros-supremo-optou-autopreservacao>. Acesso em: 25 out. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

LUNARDI, Fabricio Castagna. **O STF na política e a política no STF**: poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

POSNER, Richard. The Supreme Court is a political court. Republican's actions are proof. **The Washington Post**, Washington, 9 mar. 2016. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/opinions/the-supreme-court-is-a-political-court-republicans-actions-are-proof/2016/03/09/4c851860-e142-11e5-8d98-4b3d9215ade1_story.html. Acesso em: 25 out. 2020.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

RECONDO, Felipe. WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, Seus Bastidores e Suas Crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed.. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quórum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 226, 2001, p. 11-32. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2001-RDA226-Ulisses_e_as_sereias.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.