



**POR UMA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL:
ENTRE O ORIGINALISMO E A CONSTITUIÇÃO VIVA**

**FOR A THEORY OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION:
BETWEEN ORIGINALISM AND LIVING CONSTITUTION**

<i>Recebido em:</i>	01/10/2020
<i>Aprovado em:</i>	03/12/2020

Sabrina Staats¹

Fausto Santos de Morais²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar as duas principais teorias da interpretação constitucional americana, quais sejam, o Originalismo e a Constituição Viva. Observa-se como problema de pesquisa: quais as principais teorias da interpretação constitucional norte-americana? O estudo dessas teorias se mostra relevante, pois o STF, como corte suprema, não possui ainda um modelo consolidado de interpretação

¹ Mestranda do PPGD na Faculdade Meridional - IMED, bolsista CAPES, membro do Grupo de Pesquisa: "Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade" e "Direito e Inteligência Artificial - IAJUS", sob coordenação do Prof. Dr. Fausto Santos de Morais. Editora Executiva da Revista Brasileira de Direito. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e Justiça da OAB - Passo Fundo/RS. Endereço eletrônico: sabristaats@gmail.com

² Doutor (2013) e mestre (2010) em Direito Público - UNISINOS (Capes 6), além de especialista em Direito Tributário - UPF (2006). Pesquisador na área da Hermenêutica Jurídica, Argumentação Jurídica, Direitos Fundamentais, Teoria do Direito, Direito Constitucional e Inteligência Artificial. Docente da Escola de Direito e do PPGD da Faculdade Meridional - IMED/Passo Fundo. Endereço eletrônico: faustosmorais@gmail.com



constitucional, cabendo, então, buscar na experiência norte-americana referência sobre a interpretação constitucional. Partindo das teorias do Originalismo e da Constituição Viva como marco teórico da interpretação da Constituição Norte-americana, assume-se como objetivos específicos, delinear no que consistem ambas as teorias e suas diferenças, apresentar suas metodologias de interpretação e, por fim, ilustrar seus métodos de interpretação em decisões exemplificativas do STF. A pesquisa se baseou pelo método dedutivo e entre as técnicas utilizadas no desenvolvimento da pesquisa estão a pesquisa bibliográfica na literatura referente ao assunto do trabalho e análise de decisões do STF.

Palavras-chave: Interpretação Constitucional. Originalismo. Constituição Viva. Análise de decisão

ABSTRACT

The present work aims to present the two main theories of constitutional interpretation, namely, Originalism and the Living Constitution. It is observed as a research problem: what are the main theories of the North American constitutional interpretation? The study of these theories is relevant because the STF, as supreme court, does not yet have a consolidated model of constitutional interpretation, and it is therefore necessary to seek in the North American experience reference on constitutional interpretation. Starting from the theories of Originalism and the Living Constitution as a theoretical framework for the interpretation of the American Constitution, it is assumed as specific objectives to delineate on what both theories and their differences consist of, present their methodologies of interpretation and, finally, illustrate their methods interpretations in exemplary decisions of the Supreme Court. The research was based on the deductive method and among the techniques used in the



development of the research are bibliographical research in the literature concerning the subject of work and analysis of decisions of the STF.

Keywords: Constitucional Interpretation. Originalism. Living Constitucionalism. Decision analysis.

INTRODUÇÃO

O modo como se interpreta a constituição e o sentido atribuído ao seu conteúdo é objeto de muito estudo, principalmente para o atendimento aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Também porque nenhum problema tem maior interesse para o direito do que a interpretação das leis, pois encontra-se na base das soluções que o direito pode vir a dar. Assim, é imperiosa a necessidade de uma doutrina ou teoria com ideias e critérios gerais que possam orientar o jurista na atividade interpretativa visando à aplicação correta das leis. Nesse sentido, a interpretação consiste em determinar o sentido e o alcance da norma, a partir da compreensão do que o enunciado exprime e essa atividade pressupõe que o intérprete deve procurar o que o legislador quis expressar e não o que o próprio julgador acha melhor.

A interpretação que buscava pela vontade do legislador, chamada de subjetivista, teve grande influência na teoria jurídica no século XIX. A posição dominante hoje é contrária, e sustenta que o intérprete deve buscar o sentido objetivo da lei, que pode até não coincidir com a vontade daqueles que a editaram. No direito constitucional, a tarefa interpretativa tem um papel de grande relevância em todos os momentos, isso porque neste ramo do direito, encontra-se a maior presença de princípios e conceitos abertos ou indeterminados.

A interpretação aparece como ponto crucial, também, na configuração do próprio Estado Democrático de Direito, eis que o conflito entre o *judicial review* e a representação



popular no Congresso Nacional, no caso brasileiro, leva a questionamentos sobre o grande poder dado ao STF. A Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e esta condição particular normativa, deflagra determinados aspectos que singularizam a teoria da interpretação constitucional, se confrontada com a teoria da interpretação das leis em geral, eis que a Constituição positiva é o fundamento último de validade das normas que compõem o sistema jurídico. Assim, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir da Constituição, com base nela, mas não o contrário. Além disso, a Constituição é, essencialmente, composta de princípios e regras representativos de valores e ideologias existentes, numa determinada sociedade, por isso, a interpretação constitucional deve ter mais atenção aos fatores políticos e jurídicos que influenciam as normas.

Diante disso, a Constituição norte americana, por ser a mais antiga entre as escritas, aguça a curiosidade sobre como uma norma tão antiga ainda pode servir aos dias de hoje e, como é feita a interpretação de um texto tão antigo. O tema sobre a interpretação da constituição norte-americana tem aparecido em debates para além dos tribunais, tendo sido abordados, principalmente, nas últimas campanhas presidenciais; os candidatos manifestam-se sobre quais serão os critérios utilizados para selecionar os juízes da Suprema Corte, expressando quais os interesses são predominantes e a tendência da interpretação constitucional que serão consideradas como pré-requisito. Exemplo disso foi um discurso dado pelo presidente Richard Nixon que afirmou: “Eu quero um homem na Suprema Corte que seja estritamente construtivista, um homem que interprete a lei e não que tente fazer a lei”.

Tal manifestação expressa uma corrente de juristas que buscava a interpretação original do texto da Constituição Americana e que se tornou centro do debate nas últimas décadas. Trata-se da interpretação originalista da constituição que aparece para trazer uma explicação de como deve ser feita a interpretação da Constituição norte americana, datada de 1787, buscando na intenção dos Fundadores, ou no entendimento original da Constituição,



no momento em que foi elaborada a interpretação correta para seus dispositivos. Tal teoria tem grande enfoque na doutrina constitucional moderna, entre outros motivos, pela preocupação com os excessos do judiciário e uma interpretação jurídica instável e imprevisível que, muitas vezes, sobrepõem-se ao texto normativo constitucional.

Em contraposição a essa corrente de interpretação, tem-se os não originalistas, ou a ideia de Constituição Viva, que acreditam que a norma deve ser entendida de uma maneira contextualizada e, portanto, interpretada de acordo com a contemporaneidade do tempo de sua aplicação, qual seja, com as adaptações cabíveis no momento de sua aplicação.

Diante disso, o presente trabalho pretende apresentar as teorias da Interpretação Originalista e da Constituição Viva. Tem-se, portanto, como objetivo geral apresentar as teorias do Originalismo e da Constituição Viva como marco teórico da interpretação da Constituição Norte-Americana e ilustrar seus métodos de interpretação em decisões exemplificativas do STF.

A presente pesquisa, justifica-se pela necessidade da correta fundamentação das decisões e pelo esforço interpretativo que a Constituição de 1988 exige, além do mais as teorias aqui apresentadas, podem servir como marco teórico para a interpretação constitucional brasileira. Quanto à metodologia, o presente trabalho foi desenvolvido através do método fenomenológico-hermenêutico, buscando identificar os principais conceitos das teorias de interpretação constitucional, com o esforço prático de verificar a presença de indícios desses modelos nas decisões do STF. Entre as técnicas a serem utilizadas no desenvolvimento da pesquisa, estão a pesquisa bibliográfica na literatura referente ao assunto do trabalho e coleta de decisões do STF.

1 APRESENTANDO A TEORIA DO ORIGINALISMO



Nos EUA, o debate sobre as técnicas de interpretação constitucional já passou da academia e dos tribunais para os assuntos que interessam diretamente o cotidiano dos cidadãos, tanto é assim que o assunto é abordado nas campanhas presidenciais, eis que os candidatos a presidente se manifestam sobre os critérios que adotarão para selecionar os juízes da Suprema Corte e para o Judiciário Federal, mencionando direta ou indiretamente a tendência de interpretação constitucional dos possíveis nomeados como um dos pré-requisitos para nomeação.

Exemplo disso foi um discurso dado pelo presidente Richard Nixon que afirmou: “Eu quero um homem na Suprema Corte que seja estritamente construtivista, um homem que interprete a lei e não que tente fazer a lei” (RIBAS VIEIRA, 2013, p.52). Tal manifestação expressa uma corrente de juristas que buscava a interpretação original do texto da Constituição Americana e que se tornou centro do debate nas últimas décadas. A teoria que gerou mais repercussão foi o Originalismo, que procura na intenção daqueles que elaboraram a Constituição ou no entendimento original da Constituição ao tempo em que foi adotada, a chave para a interpretação de seus dispositivos.

O Originalismo ganhou espaço pela preocupação com os excessos do judiciário e do ativismo judicial manifestada por uma interpretação jurídica instável e imprevisível pautada pela realização da justiça e que deixa de lado os textos normativos. Assim, para enfrentar tal questão nos EUA, deu-se maior atenção para a interpretação originalista que atua como meio de auto-contenção judicial.

O juiz Antonin Scalia (1997, p. 36) afirmou que a Constituição foi escrita para ser entendida pelos cidadãos, as palavras e frases foram usadas em seu sentido normal e ordinário, distinto do sentido técnico e, assim, todas as pessoas podem compreendê-la de pronto. Ao tratar a interpretação nesse sentido, os originalistas carregam uma crítica quanto as decisões que inovam a Constituição, sem que ela seja modificada através do processo de emendas, ou seja, no entendimento originalista, fazendo uma interpretação ativista.



A interpretação constitucional, no contexto norte-americano tem especial importância, pois sua Constituição tem um caráter mais conciso e a característica de ter mais de 200 anos, além disso, ela prevê que somente poderá ser emendada, se a proposta for aprovada por dois terços do Senado e da Câmara e ratificada por, pelo menos, três quartos dos Estados. Justamente por isso, a teoria originalista se delineou, buscando atribuir maior força ao texto constitucional em contraposição às decisões baseadas nas vontades dos juízes.

No momento inicial, a teoria do originalismo tratou com ênfase das intenções originais dos autores que elaboraram a Constituição, tratava-se da “jurisprudência da intenção original” (MEESE, 1986, p. 465). Esse primeiro momento de desenvolvimento do originalismo foi denominado “Pré-originalismo” eis que não havia ainda uma ideia teorizada e seus autores discutiam as intenções originais, mas não tinham uma teoria do significado original e o papel preciso que este devia desempenhar na prática constitucional. (SOLUM, 2011, p. 52) A partir dos estudos do juiz Scalia, mudou-se o rótulo da Doutrina da Intenção Original para a Doutrina do Significado Original. (SCALIA, 1986) e o estudo da teoria do originalismo, voltou-se para a busca do significado original da Constituição. Um novo originalismo surgiu em 1990, momento no qual, os originalistas começaram a endossar a distinção interpretação-construção. A interpretação refere-se a descoberta do significado linguístico do texto constitucional, enquanto a construção trata da determinação do efeito jurídico associado ao texto. (SOLUM, 2011 p.53)

O originalismo de significado público sustenta que o significado original do texto constitucional é seu “significado público” ou, mais precisamente, o conteúdo que o texto comunicou ao público no momento em que cada disposição da constituição foi estruturada e ratificada. (SOLUM, 2011, p. 62). O argumento mais importante para o originalismo de significado público é que o texto foi dirigido ao público, aos cidadãos dos vários estados dos EUA. Os originalistas de significado público, acreditam que o significado das palavras e frases que compõem o texto constitucional, decorrem das práticas linguísticas no momento em que



cada disposição da constituição foi estruturada e ratificada. (SOLUM, 2011, p. 64). Então, para saber o que a palavra “júri” significa na Sétima Emenda, deve se buscar qual era o significado semântico convencional de “júri” em 1791, o ano em que a emenda foi aprovada e submetida à ratificação. Isso porque, os significados semânticos convencionais são determinados por padrões de uso. Então, para saber o significado semântico convencional da palavra “júri” em 1791, deve se olhar para a maneira como essa palavra foi usada em jornais, cartas, diários, discursos publicados, panfletos e assim por diante. Essa prática deve ser realizada, pois conforme explica Solum, o contexto desempenha um papel importante porque o contexto da escrita pode ser usado para liquidar a ambiguidade e pode adicionar conteúdo implícito ou pressuposto, mas não declarado diretamente. (SOLUM, 2011, p. 65). E, por meio da observação do contexto da época que se chegará mais próximo da intenção do que foi estabelecido na Constituição.

Esse também é o conceito da tese da fixação, determinando que o significado linguístico do texto é fixo no tempo em que foi escrito e que deve restringir a prática interpretativa da constituição. Isso faz com que sempre se pergunte pelo sentido do texto constitucional no momento temporal em que foi criado e ratificado.

Alguns originalistas acreditam que o conteúdo comunicativo do texto constitucional é suficientemente denso para fornecer um resultado determinado em todos (ou quase todos) os casos constitucionais. Mas, outro grupo de originalistas acreditam que o texto constitucional não é totalmente determinado. A indeterminação constitucional ocorre quando o texto é vago, de textura aberta, ou ambíguo, e quando há lacunas ou contradições no texto. (SOLUM, 2012, p. 67). Essa indeterminação cria “zonas de construção”, nas quais a construção constitucional é necessária para preencher o conteúdo de disposições que são vagas, texturizadas ou irredutivelmente ambíguo.

Conforme explica Solum (2011, p. 243), as provisões vagas podem ser aprimoradas por meio de regras que desenham linhas que classificam os casos limítrofes. Como é o caso



de regras padrão gerais, por exemplo, uma regra de deferência às instituições democráticas. E pela prática precedente e histórica, ou seja, dentro de uma zona de construção, a prática precedente e histórica pode liquidar o significado disposições irreduzivelmente ambíguas ou vagas.

Após a compreensão das ideias base do Originalismo, resta destacar que o presente trabalho não pretende apresentar se há uma tendência de interpretação originalista dentro do STF, mas sim apresentar, a seguir, duas decisões que servem somente como meio exemplificativo de como funcionaria a aplicação da teoria originalista no contexto brasileiro, tanto no seu âmbito de interpretação, como de construção na análise de argumentos do STF, objetivando demonstrar que a aplicação dessa teoria como base da interpretação constitucional pode diminuir a discricionariedade e atender ao dever de uma melhor fundamentação das decisões.

1.1 Aproximação entre o modelo de interpretação Originalista e a interpretação constitucional brasileira no STF

Em 15 de agosto de 2002 foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076/Acre proposta pelo Partido Social Liberal – PSL, com fundamentos nos arts. 102, I, “a” e 103, VIII da Constituição Federal, alegando que a Constituição Estadual do Acre omitiu a expressão “sob a proteção de Deus” do Preâmbulo da Constituição Estadual, assim ocorreria ofensa ao Preâmbulo da Constituição Federal, pois trata-se de ato normativo de supremo princípio básico com conteúdo programático e de absorção compulsória pelos estados, isso porque o preâmbulo integra o texto constitucional e suas disposições têm valor jurídico. Além disso, mencionam que na Assembleia Nacional Constituinte a emenda que visava suprimir do texto constitucional, a invocação a Deus foi derrotada na Comissão de Sistematização por 74 votos contrários a somente um a favor.



No julgamento, o Ministro Carlos Velloso, relator do caso, inicia seu voto mencionando que na questão de reprodução, na Constituição de Estado, de norma da Constituição Federal o que conta é a norma federal reproduzida, ou seja, as normas centrais da Constituição que devem obrigatoriamente ser reproduzidas, como é o caso das normas de direitos e garantias fundamentais, normas de repartição de competências, de Direitos Políticos, dos princípios constitucionais, da administração pública, do Poder Judiciário e do Ministério Público, normas e princípios gerais do Sistema Tributário e normas gerais da atividade econômica e da ordem social. Para sustentar o argumento, o Ministro cita exemplos da doutrina constitucional que explicam que o preâmbulo não tem força normativa, mas vale como princípio informador da Constituição. E que a inclusão do preâmbulo em um texto constitucional encontra justificção na conveniência política do titular efetivo do poder, e que a natureza do preâmbulo deve ser buscada à luz dos fatos concretos.

Por fim, o Ministro conclui que a invocação a Deus, posta no preâmbulo da Constituição Federal, reflete um sentimento deísta e religioso, que não se encontra inscrito na Constituição, mesmo porque o Estado brasileiro é laico. Para sustentar esses argumentos, cita-se as Bases da Assembleia Nacional Constituinte constante no portal do Senado Federal, onde é possível fazer a análise das emendas propostas no momento de elaboração da Constituição de 1988 e das discussões acerca do texto constitucional. Sendo que, por exemplo, a Emenda n. 02036 que traz o texto promulgado do preâmbulo, foi aprovada mantendo-se a invocação a Deus sob a justificativa que O texto proposto se emolda melhor, ao espírito de liberdade, fraternidade e justiça que o povo brasileiro espera venha a permear os dispositivos da sua Lei Fundamental, sem perder-se de vista não se as raízes históricas que determinam a identidade cultural e social da Nação, bem como a indispensável vinculação destas raízes com seu futuro. (BRASIL, 1988)

Assim, percebe-se que o Ministro buscou a intenção da Assembleia Nacional Constituinte ao incluir a referência a Deus no preâmbulo da Constituição. Refletindo um fato



concreto da época, ou seja, a crença daqueles que escreveram a Constituição, mas que frente a laicidade do Estado, deixaram a menção a Deus somente no preâmbulo, intencionalmente, pois este não tem força normativa. Ao fazer isso percebe-se que o Ministro praticou uma das técnicas de interpretação originalista, a imersão, ou seja, a técnica que envolve imergir nos textos escritos no período para entender o contexto da época, como uma forma de fonte histórica, para entender porque tais disposições foram ratificadas.

Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF foi proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) em prol da Resolução n. 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça que “disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências” (BRASIL, 2005). A parte autora da ação fundamentou o pedido afirmando que o Conselho Nacional de Justiça tem competência constitucional para zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar a validade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário, por isso a vedação da Resolução n.07/2005 não prejudica o equilíbrio entre os poderes do Estado, nem vulnera o princípio federativo, pois não estabelece vínculo de sujeição entre as pessoas estatais de base territorial. E, principalmente, fundamenta que a vedação nepotismo é regra constitucional que decorre dos princípios da impessoalidade, igualdade, moralidade e eficiência administrativa, sendo assim, a vedação ao nepotismo constante na Resolução n. 07/2005 deve ser considerada constitucional eis que prima pela observância dos princípios de direito administrativo constantes na Constituição Federal, onde os órgãos do Judiciário se incluem.

Na decisão do caso, os ministros seguiram o voto do relator que reconheceu a constitucionalidade da Resolução do CNJ, tendo como principais fundamentos o fato do CNJ ter competência constitucional de zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar a validade dos atos administrativos do Poder Judiciário, nos termos do art. 103-B, §4º, II da



Constituição, assim, “ao elaborar a Resolução n. 07/2005 o CNJ está simplesmente levando a cabo o que dispõem os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência administrativa” (STF, 2008). A partir disso, a Ministra Carmen Lúcia cita exemplos das antigas constituições brasileiras, onde já apareciam princípios como igualdade de tratamento e não favorecimento que ganhou consagração na Constituição de 1988, onde ficaram expressos no art. 37 os princípios que regem o direito administrativo.

Na discussão sobre a vedação ao nepotismo percebe-se que o texto constitucional é vago, pois não traz essa proibição de modo explícito, mas implicitamente dentro dos princípios basilares do direito administrativo e assim, cria uma questão que não pode ser resolvida simplesmente dando efeito direto à regra do direito constitucional que corresponde diretamente ao conteúdo comunicativo do texto, tais casos são subdeterminados pelo significado do texto e estão na zona de construção. Conforme já explicou Solum (2011, p. 243), as provisões vagas podem ser aprimoradas por meio de regras que desenham linhas que classificam os casos limítrofes e pela prática precedente e histórica, ou seja, dentro de uma zona de construção, a prática precedente e histórica pode liquidar o significado disposições irredutivelmente ambíguas ou vagas. Tal técnica de construção pode ser percebida na decisão na ADC 12/DF, pois o art. 37 da Constituição, que traz os princípios de direito administrativo, serviu como caso limítrofe para a interpretação, a qual leva em conta o disposto nesse artigo é que se decidiu que a vedação ao nepotismo se encontra implícito nos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência administrativa.

2 A IDEIA DE CONSTITUCIONALISMO VIVO

Um precedente inicial pode demonstrar onde apareceu a primeira noção não-originalista ou de Constituição Viva, trata-se da decisão do caso *McCulloch v. Maryland* de 1891, em que o Juiz Marshall interpretou a Constituição ampliando os poderes do governo



federal, pois viu a Constituição como um instrumento afirmativo de princípios gerais e não um catálogo de regras definidas e de aplicação específica. (NETO, 2014, p. 32).

A corrente que evoca uma Constituição Viva, é entendida como uma constituição que envolve mudanças através dos tempos, se adapta a novas circunstâncias sem ser formalmente emendada. (STRAUSS, 2010, p. 5). Neste caso, a aceitação de que a constituição é viva, justifica-se pela conscientização de que as mudanças na sociedade americana são uma constante que podem ser melhores traduzidas no mundo jurídico por meio dos precedentes que, ao mesmo tempo, possibilitariam a mudança no entendimento do texto e agiriam como uma limitação desta mudança.

O autor Jack Balkin defende a ideia de que a expressão Constituição “viva” compara a Constituição a um organismo vivo que cresce e se modifica em resposta ao seu meio ambiente. Essa metamorfose pressupõe um processo de mudança que envolve forças sociais, políticas e econômicas mais amplas nas quais a Constituição na prática está situada. (2011, p. 279) Ainda, a ideia da Constituição Viva advoga defendendo que se a questão constitucional for complexa, uma teoria sobre a interpretação constitucional deve tratar o caso como complexo, ela deve reconhecer essa complexidade e explicar as dificuldades.

Conforme Charles Beard (1936, p. 29) define, a maioria das palavras e frases tratam dos poderes e limites do governo são vagas e devem, na prática, ser interpretadas pelas pessoas, segue-se que a Constituição como prática é uma coisa viva, assim o documento pode ser lido a qualquer momento. O que os juízes e outros expositores disseram no passado pode ser descoberto em milhares de páginas impressas. A partir de registros da história, podemos ter uma ideia das práticas passadas. Mas, o que a Constituição como prática é hoje, é o que os cidadãos, juízes, administradores, legisladores e pessoas envolvidas com a execução das leis fazem para trazer mudanças nas relações das pessoas e a propriedade.

A visão da constituição viva carrega consigo severas críticas quanto ao fato da constituição ser manipulável, pois a Constituição não é constante, afinal muda de tempos em



tempos, e alguém a está modificando. Esse "alguém", geralmente considerado, é um grupo de juízes. Assim, uma constituição viva não seria a Constituinte, é apenas uma coleção de ideias transparentes que atraem os juízes que por acaso estão no poder em um determinado momento e que impõem ao resto dos cidadãos. Na ideia de Balkin, o constitucionalismo vivo é geralmente tanto o produto dos ramos políticos, como de agências administrativas e governos estaduais e locais, quanto a mudança de práticas sociais e culturais, pois é o produto de decisões judiciais federais (2011, p. 284).

David Strauss, defende a visão da constituição viva, afirmando que o sistema constitucional norte americano recorreu a uma antiga fonte de lei, que antecede a própria Constituição por vários séculos, qual seja, o sistema da Common Law e essa traria a segurança necessária nas decisões judiciais. O autor explica que nos EUA, o sistema da Common Law dá as práticas precedentes e passadas tanta importância quanto para a própria Constituição escrita. Nesse sentido, uma constituição da Common Law seria uma constituição "viva", que busca proteger os princípios fundamentais contra a opinião pública transitória. E não deve ser entendida como aquela em que os juízes pode simplesmente manipular para adequar suas próprias ideias. (STRAUSS, 2010, p. 37).

É preciso compreender, então, que a visão da constituição viva não exclui totalmente o papel da constituição escrita de regular a vida em sociedade, eis que a constituição estabelece coisas e fornece um terreno comum entre o povo e, dessa forma, possibilita resolver disputas que poderiam ser intratáveis e destrutivas por questões que devem ficar estabelecidas e não levantar dúvidas, como é o caso dos requisitos para candidatura de um presidente ou como correrá um processo legislativo. Nas palavras de Strauss, deixadas à própria sorte, as pessoas discordam sobre várias questões, grandes e pequenas, relacionadas a como o governo deveria ser organizado e operado. Em alguns casos, como o mandato do presidente ou o número de senadores, a Constituição fornece respostas e em muitos outros casos, o texto limita o conjunto de respostas aceitáveis. (STRAUSS, 2010, p. 34).



Ademais, menciona Strauss que mesmo que as regras que a Constituição prescreve não sejam as melhores regras possíveis, elas dão respostas suficientemente boas para questões importantes, para que não tenhamos que reabrir essas questões o tempo todo. (STRAUSS, 2010, p. 34). E mesmo quando as disposições constitucionais são abertas ter o texto das cláusulas como ponto de partida compartilhado, pelo menos, restringe a gama de divergências. É isso, portanto, que torna o texto da Constituição vinculativo para a visão da Constituição Viva, o julgamento prático que segue este texto, apesar de suas deficiências, é uma coisa boa a se fazer porque resolve questões que precisam ser resolvidas de uma forma ou de outra.

O autor conclui que a Constituição não é composta apenas pelo pequeno texto que se encontra exposto na Constituição escrita. Pelo contrário, é composto uma série de precedentes, tradições e entendimentos que formam uma parte indispensável do que denomina “pequena constituição” (STRAUSS, 2010, p. 35). Esta “pequena constituição”, em conjunto com o texto constitucional, é o que denomina Constituição Viva. (JARDIM, 2012, p. 25) Strauss argumenta, assim, que a Constituição se desenvolve mediante a acumulação e a evolução dos precedentes, formatados pelos Tribunais a partir de noções de justiça e boas políticas. Nas palavras do autor, os princípios regentes no direito constitucional são produto dos precedentes e não da literalidade do texto ou do intento original dos seus criadores (STRAUSS, 2010, p. 84)

Já na hipótese de a jurisprudência não ser pacífica e clara, o juiz da Common Law decidirá o caso com base nas suas visões sobre qual decisão será mais justa ou compatível na manutenção de uma boa política social. (STRAUSS, 2010, p. 38). Afirma, no entanto, que isto não significa que os juízes da Common Law estejam livres para decidir de qualquer maneira. Eles devem seguir os precedentes e somente podem inovar em casos em que não existam julgados prévios ou em hipóteses em que seja desejável alterar um entendimento sedimentado. (JARDIM, 2012, p. 32) A abordagem da Common Law tem implicações na forma



como se interpreta o texto da Constituição. Em outras palavras, o texto deve ser interpretado da maneira mais bem calculada para fornecer um ponto em que as pessoas possam concordar e para evitar os custos de reabertura de cada questão. (STRAUSS, 2010, p. 36)

Já o juiz William Brennan (1986, p. 437), explica como é feita a interpretação nessa teoria, afirmando que para permanecer fiel ao conteúdo da Constituição, uma abordagem para interpretar o texto deve explicar a existência das escolhas substanciais de valores e deve aceitar a ambiguidade inerente ao esforço de aplicá-las às circunstâncias modernas. A tarefa dos interpretes é refletir sobre todos os princípios afirmados pelo povo americano, e usar esses princípios como um sistema de freios e contrapesos das pretensões políticas dos presentes dias.

Segundo David Strauss, quando não existem julgamentos prévios, ou quando a jurisprudência é incerta ou ambígua, a decisão na Common Law conterà argumentos sobre justiça e boas políticas, porque um resultado faz mais sentido do que outro, porque uma conclusão diversa seria danosa para algum importante interesse social (2010, p. 33). A escolha de uma determinada solução, em detrimento de outra, pode implicar a adoção ou alteração de uma política pública. Assim, a Corte deve ser sensível às escolhas que está promovendo, considerados os aspectos fáticos que dela possam resultar.

A partir disso, uma das maiores virtudes de um sistema de interpretação como o sistema da Common Law em Strauss, é ter em mente que o direito é o mecanismo oficial de resolução de conflitos sociais. Assim, mais do que teses, teorias, ou doutrinas, a interpretação do direito pelos juízes tem por escopo decidir as situações da vida, das pessoas. (JARDIM, 2012 p. 60) Então, se a questão constitucional for complexa, uma teoria sobre a interpretação constitucional deve tratar o caso como complexo; ela deve reconhecer essa complexidade e explicar as dificuldades. A virtude do critério da Common Law, assim, é justamente reconhecer as singularidades tanto de um caso complexo como de um caso simples, de forma



a assegurar um intenso debate sobre os termos da decisão, sobre a política pública que estava sendo definida. (JARDIM, 2012, p. 108)

Strauss defende o critério da *Living Constitution* como o apropriado para interpretação constitucional, pois este pode ser baseado em uma importante gama de virtudes, quais sejam, humildade intelectual; senso da complexidade dos problemas enfrentados pela sociedade; respeito pela sabedoria e pelo conhecimento acumulados no passado; e propensão para reflexão quando necessário e consistente com essas virtudes. (STRAUSS, 2010, p. 159)

Diante desses argumentos resta evidente que a teoria da interpretação, pelo entendimento da Constituição Viva, trata que as regras que regem a sociedade não podem ficar estagnadas, precisam acompanhar o dinamismo da realidade político-social e sendo assim, será capaz de acompanhar as transformações que acontecem na sociedade com o passar dos anos e essa é a principal razão pelo qual os autores defendem essa teoria.

2.1 Aproximação entre a teoria da Constituição Viva e o STF

Algumas reflexões acerca da interpretação constitucional no Brasil vão de encontro com algumas das posições adotadas pelo Supremo Tribunal de Federal nos últimos tempos. O STF tem sofrido duras críticas dos mais variados espectros políticos. Algumas vezes é acusado de ser progressista demais, como no caso do aborto (HC 124.306/RJ), outras, é acusado por ser conservador demais, como no recente caso da antecipação do início da execução da pena após acórdão em segunda instância (HC 126.292/SP). Estaria o STF atuando de maneira inconsistente, pragmática e ignorando o texto da Carta de 1988 em seus significados mais basilares.

Diante disso, nesse tópico serão analisadas duas decisões em Habeas Corpus do STF que modificaram precedentes do Tribunal por dar entendimento diferente ao disposto na Constituição e, dessa forma, causaram certa insegurança jurídica. Como já foi expresso



anteriormente, as seguintes decisões têm caráter meramente exemplificativo, procurando demonstrar somente como argumentos utilizados no STF se aproximam do que ensina a Teoria da Constituição Viva.

No que concerne ao julgamento do HC 126.292/SP, houve crítica ao Tribunal pela distorção da regra trazida pelo inciso LVII, do parágrafo 5º da Constituição Federal. Ao ignorar a expressão “trânsito em julgado”, o STF permitiu que se iniciasse a execução da pena após decisão desfavorável em segunda instância, não levando, portanto, o texto constitucional a sério.

Em síntese, o paciente do referido HC, em primeira instância, foi condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela suposta prática de crime de roubo majorado, devidamente previsto pelo Código Penal pátrio, restando, ainda, a possibilidade de, querendo, recorrer do julgamento ainda em gozo de sua liberdade. Inconformada, somente a defesa interpôs o devido recurso de Apelação direcionado ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, de pronto, negou provimento ao recurso, bem como ordenou a expedição de mandado de prisão contra o réu/paciente, nos termos supramencionados. A seu turno, em face da ordem de prisão ordenada pelo TJ/SP, a defesa impetrou Habeas Corpus, ação impugnativa de caráter autônomo, junto ao Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em função de considerar inoportuno o uso da figura de Habeas Corpus em matérias passíveis de discussão via Recurso Especial, salientando, com ênfase, o estabelecimento jurisprudencial daquela corte nesse mesmo sentido.

Assim, mais uma vez em desacordo com a decisão proferida, a defesa buscou, através de novo Habeas Corpus, agora direcionado ao Supremo Tribunal Federal, manter a liberdade do paciente. Em 5 de fevereiro de 2015, o Ministro Relator Teori Zavascki, concedeu a liminar no HC 126.292 para suspender a prisão preventiva do paciente anteriormente chancelada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ter entendido que o TJ teria embasado



sua decisão em argumentos referentes à execução penal, inobservando, sem controvérsias, as espécies preceituadas no artigo 312 do Código de Processo Penal, únicas capazes de dar ensejo a qualquer modalidade de prisão preventiva. Tendo sido a liminar aceita pelo ministro relator, o HC seguiu seu trâmite dentro do Supremo Tribunal Federal, culminando com seu julgamento de mérito pelo pleno, por maioria absoluta (7 votos a 4) a plenária decidiu no sentido de não dar provimento ao Habeas Corpus, em consonância com o posicionamento adotado pelo relator Teori Zavascki.

Quanto aos fundamentos da decisão, inicialmente Teori Zavascki pontua que o tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias perpassa por reflexões acerca do princípio da presunção de inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre tal princípio e a função efetiva da jurisdição penal, que deve atender a valores altos não apenas aos acusados, mas também à sociedade, tudo isso, é claro, face a realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal vigente. O ministro ressaltou que a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era a orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, inclusive na vigência da Constituição de 1988.

Dentro dessa cena jurisprudencial, em casos semelhantes ao objeto do Habeas Corpus 12.292, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decretada por acórdão que, em apelação, reafirmou o sentenciado em primeiro grau. Considerou o princípio da presunção de inocência, trazido no bojo do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, como um marco civilizatório para o processo penal brasileiro. Reconheceu que antes de prolatada a sentença penal se deve manter reservas de dúvida acerca do suposto comportamento contrário a ordem jurídica, atribuindo, assim, ao acusado a presunção de inocência. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, para o ministro, fica definitivamente exaurido o exame sobre os



fatos e provas da causa, com a fixação da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu mais profundo sentido, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo.

Nesse sentido, pontua uma espécie de preclusão acerca da matéria de fatos no julgamento pelos tribunais superiores – STJ e STF – pois estão comprometidos, estritamente, com matérias puramente de Direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, já no segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, para o relator, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência na forma até então observada. No mesmo caminho, elencou inúmeros países onde a presunção de inocência não se estende até o esgotamento de todos os recursos extraordinários, inclusive, defendeu ser essa uma forma de inibir os chamados “recursos protelatórios”, visto como uma das grandes mazelas da justiça criminal brasileira.

Nesse diapasão, denota-se que o voto elaborado pelo Ministro Teori Zavascki como relator do Habeas Corpus n. 12.292, enquadra-se na crítica do originalismo, qual seja, de não seguir o texto da constituição. Afinal, não foram observadas inúmeras disposições, de forma coerente, como se pressuporia de uma decisão responsável e acertada. O Ministro, portanto, atuou de maneira a extrapolar os limites pelos quais estava limitado pelos padrões dispostos pela autoridade, qual seja, a própria constituição federal, indo diretamente de encontro com o que é preceituado pela Carta Maior. No caso do Habeas Corpus 124.306/RJ, este foi impetrado, com pedido de concessão de medida cautelar, em face do Acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que não havia conhecido o HC 290.341/RJ. Tratava-se que os pacientes do referido HC mantinham clínica de aborto e foram presos em flagrante em 14.03.2013, devido à suposta prática dos crimes descritos nos arts. 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha) do Código Penal, por terem provocado “aborto na



gestante/denunciada com o consentimento desta”. Em 21.03.2013, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ concedeu a liberdade provisória aos pacientes. Todavia, em 25.02.2014, a 4ª Câmara Criminal proveu recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para decretar a prisão preventiva dos pacientes, com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Na sequência, a defesa impetrou HC no STJ, que não foi conhecido pela Corte.

O acórdão, porém, examinou o mérito e assentou não ser ilegal o encarceramento na hipótese, em decorrência disso os pacientes impetraram o HC 124.306/RJ junto ao Supremo Tribunal Federal, alegando que não estão presentes os requisitos necessários para a decretação de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, sustentaram que os pacientes são primários, com bons antecedentes e têm trabalho e residência fixa no distrito da culpa; a custódia cautelar é desproporcional, já que eventual condenação poderá ser cumprida em regime aberto; e não houve qualquer tentativa de fuga dos pacientes durante o flagrante. Pedindo a revogação da prisão preventiva.

No julgamento do HC, o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, deferiu a medida cautelar pleiteada e votou pela admissão do habeas corpus e, no mérito, pelo deferimento da ordem para afastar a custódia provisória. O Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista dos autos e proferiu seu voto que será mais detalhadamente analisado. Inicialmente Barroso trata da resolução da questão afirmando que não cabe o Habeas Corpus para substituir o Recurso Ordinário Constitucional, devendo, nos termos da jurisprudência majoritária da Primeira Turma do STF, ser o processo extinto, sem resolução do mérito, por inadequação da via processual. No entanto, afirma que “em razão da excepcional relevância e delicadeza da matéria, passo a examinar a possibilidade de concessão da ordem de ofício”, aceitando esse meio processual de pronto.



Em seguida, passa a análise do cabimento da prisão preventiva no caso e, por consequência, na concessão do Habeas Corpus. Afirma que “o decreto de prisão preventiva não apontou elementos individualizados que evidenciem a necessidade da custódia cautelar ou mesmo o risco efetivo de reiteração delitiva pelos pacientes e corréus”, isso porque não se encontram preenchidos, no caso concreto, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal que exigem, para decretação da prisão preventiva, que estejam presentes riscos para a ordem pública ou para a ordem econômica, conveniência para a instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei. Ainda, fundamentou no sentido da concessão do Habeas Corpus afirmando que os pacientes são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, compareceram aos atos de instrução do processo e cumprirão a pena, no máximo, em regime aberto, na hipótese de condenação. Concluindo que é aplicável a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é ilegal a prisão cautelar decretada sem a demonstração, empiricamente motivada, dos requisitos legais.

Nesse ponto, o Ministro já teria tomado uma decisão, fundamentada, que justifica a concessão do Habeas Corpus no caso, eis que se trata de uma discussão processual e não de mérito da questão. Entretanto, o Ministro Barroso abre novo tópico em seu voto para tratar sobre a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada até o 3º mês e, a partir daí, examina a constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes do caso e pretende demonstrar que a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade.

Para iniciar a discussão sobre o assunto, Barroso inicialmente trata dos direitos fundamentais das mulheres, afirmando que “os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas e deles resultam certos deveres abstenção e de atuação por parte do Estado e da sociedade.” Além



disso, são eles dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa.

Ainda, fundamenta que nos casos de restrição quanto nos de colisão de direitos fundamentais, a solução das situações concretas deverá valer-se do princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade. Apresentando as submáximas do princípio da proporcionalidade, quais sejam, da adequação, que identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde.

Após essa explicitação, o Ministro afirma que a controvérsia perpassa, também, o momento em que se inicia a vida e da sua proteção jurídica, mas que não há solução jurídica para esta controvérsia, ela dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida. No entanto, sedimenta seu entendimento que até o 3º mês de gestação não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação e, sendo assim, deve-se dar proteção para a mulher. A partir disso, Barroso elenca os direitos fundamentais da mulher violados pela criminalização da interrupção da gravidez, sendo eles, a violação da autonomia da mulher, protegida pelo princípio da dignidade humana no art. 1º, III da CF/88, violação do direito à integridade física e psíquica do art. 5º, caput e III da CF/88, violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, violação à igualdade de gênero e discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres. Outro argumento usado pelo Ministro foi a afirmação de que o Código Penal Brasileiro datado de 1940 está defasado e sustenta o argumento com o precedente do STF na ADPF nº 54 que descriminalizou a interrupção da gestação na hipótese de fetos anencéfalos.

Por fim, o Ministro traz a aplicação do princípio da proporcionalidade. Da análise da submáxima da adequação, Barroso demonstra que a criminalização não ocasiona a



diminuição de abortos, pelo contrário, traz pesquisa da Organização Mundial de Saúde que demonstra que em lugares em que o aborto é criminalizado a realização se dá em maior número. Conclui que, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento, trata-se de um grave problema de saúde pública. Sendo assim, a medida não é adequada, pois a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta. Em relação à necessidade, Barroso defende que uma política alternativa à criminalização do aborto, já foi implementado em outros países, é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial, ou no primeiro trimestre, desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida, como, por exemplo, na Alemanha, em que a grávida que pretenda abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias. A tutela penal também não atenderia a necessidade, pois há outros meios de impedir que sejam realizados abortos, como a conscientização com a educação sexual e métodos contraceptivos e a descriminalização no primeiro trimestre de gestação. E, referente a proporcionalidade em sentido estrito, Barroso sintetiza os argumentos elencados e afirma que a criminalização do aborto não protege os direitos fundamentais da mãe e nem da do feto, isso porque dá uma proteção deficiente aos direitos de autonomia, integridade psíquica e física, e à saúde da mulher e nem garante proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos.

Finalizando o voto, o Ministro confere interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Nesse caso, o STF atuou para além do que lhe foi requerido, uma vez que o Ministro não apenas decidiu sobre a concessão do Habeas Corpus e a inaplicabilidade da prisão preventiva, como também avançou na questão decidindo sobre



a inconstitucionalidade da criminalização do aborto, em um meio processual que não cabia tal discussão, eis que para o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei (ou artigo de lei) é imprescindível o debate em plenário dos ministros e não somente uma decisão presente em um voto isolado. O antigo ministro do STF, Eros Grau, já defendia a ideia de que o intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. Assim, a interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. (ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe 05-08-2010, do STF)

Tal entendimento segue sendo praticado no STF, conforme demonstrado na decisão do HC 126.292/SP uma vez que o Tribunal não se apegou exclusivamente ao princípio constitucional da presunção da inocência e considerou a realidade, as consequências de seu pronunciamento, emitindo uma decisão que assegurasse uma política de combate à impunidade no caso concreto. Assim, também agiu na decisão do HC 124.306/RJ, pois o Ministro Barroso decidiu sobre a inconstitucionalidade do aborto em um espaço que não cabia tal discussão, inovando um posicionamento do STF sem o debate do assunto em plenário. Sendo assim, se demonstraria que a Constituição brasileira seria uma constituição que evolui, que se altera com o tempo e se adapta a novas circunstâncias, sem que necessariamente tenha sido formalmente emendada tal qual a americana, seguindo a linha de interpretação da *living constitution*. No entanto, tais decisões ensejam críticas eis que formaram um precedente judicial que vai de encontro ao disposto no texto constitucional e em leis federais criando, assim, uma insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

No direito constitucional, a tarefa interpretativa se aflora em todos os momentos e tem grande relevância, isso porque neste ramo do direito encontra-se a maior presença de



princípios e conceitos abertos ou indeterminados. A interpretação aparece como ponto crucial, também, na configuração do próprio Estado Democrático de Direito, eis que o conflito entre o judicial review e a representação popular no Congresso Nacional, no caso brasileiro, leva a questionamentos sobre o grande poder dado ao STF. A partir dessa visão, o presente trabalho objetivou apresentar duas teorias que servem de marco teórico para a interpretação da Constituição Norte-americana, isso porque tal constituição exige um esforço interpretativo das suas disposições da mesma forma que a Constituição de 1988, por conterem dispositivos abertos e que carregam uma necessidade de interpretação no momento de aplicação do direito.

A teoria da interpretação do originalismo, procura no entendimento original da Constituição ao tempo em que foi elaborada a chave para a interpretação de seus dispositivos, assim, a ideia defendida pelo originalismo é que uma constituição escrita deve fixar normas, as quais irão ser vigentes indefinidamente, a menos que sejam modificadas por um procedimento contemplado na própria constituição, ou seja, pelas emendas.

Por outro lado, há a corrente não originalista que evoca uma Constituição Viva, ou seja, uma constituição que envolve mudanças através dos tempos e se adapta a novas circunstâncias sem ser formalmente emendada. Isso justifica-se pela conscientização de que as mudanças na sociedade são um processo contínuo que podem ser melhores traduzidas no mundo jurídico por meio dos precedentes que possibilitariam a mudança no entendimento do texto e agiriam como uma limitação desta mudança.

A partir da análise de 4 decisões do STF, sendo uma ADC, uma ADI e dois Habeas Corpus, pode-se perceber a presença de elementos de ambas as teorias aqui apresentadas, seja a interpretação e construção originalista, como o entendimento da Constituição Viva que se modifica, sem ser formalmente emendada, acompanhando as transformações e exigências sociais. Nos casos da ADC 12/DF e ADI 2.076/AC estiveram presentes elementos da Teoria Originalista, tanto de interpretação, por meio da técnica de imersão e reconstrução histórica



para analisar a constitucionalidade da invocação à Deus no preâmbulo da Constituição, como a técnica de construção para verificar a constitucionalidade da vedação ao nepotismo, já que, apesar de não estar explícito no texto constitucional, tal vedação faz parte dos princípios administrativos, não dando um novo sentido ao art. 37 da Constituição de 1988. Nesses dois casos, o STF buscou ater-se ao intuito do que foi disposto na Constituição e ambos os casos se aproximam do Originalismo, pois os Ministros fundamentaram seus votos buscando a intenção da Constituição e da constituinte, procurando manter o sentido original do texto.

Já da análise das decisões em Habeas Corpus no STF, por tratar-se de instrumento de discussão meramente processual, percebeu-se que, em ambos os casos, o STF avançou na discussão e atribuiu sentido diverso ao que está posto no texto constitucional e em seus próprios precedentes. Eis que o início do cumprimento de pena, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatório era entendimento sedimentado no STF que foi alterado na decisão do Habeas Corpus 126.292/SP, assim como a decisão sobre a inconstitucionalidade da criminalização do aborto até o 3º mês de gestação abriu um precedente contrário às disposições constitucionais e do Código Penal. Nessas decisões, o Supremo Tribunal aproximou-se mais das tendências da Constituição Viva que endossam a proposição de que os atores constitucionais, como os juízes e tribunais, podem promulgar doutrinas constitucionais que são inconsistentes com o significado original do texto constitucional, ou seja, dando interpretação conforme o que entendem atender as transformações sociais atuais. Ao contrário disso, a maior das virtudes do originalismo é apregoar que a interpretação constitucional deve iniciar e terminar pelo texto da constituição.

Diante disso, a atual crítica ao STF aponta para uma maior relevância das palavras descritas na constituição em detrimento das convicções pessoais dos ministros, buscando assim garantir a proteção dos direitos e a segurança jurídica. A análise dessas decisões não pretendeu demonstrar se há uma tendência no STF pendente para o sentido de uma das teorias, o que se pretendeu foi ilustrar os elementos do modo de interpretação dessas teorias,



pois uma delas pode servir como marco teórico de interpretação constitucional brasileira, já que a exigência de um esforço interpretativo está presente tanto na Constituição norte-americana, como na Constituição brasileira e ter uma teoria de base que apresentem elementos para definição da forma como se interpreta a Constituição serve também para não se cair num mero realismo jurídico, atendendo também a necessidade da correta fundamentação das decisões judiciais exigidas no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The Living Constitution*. **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachusetts, v. 120, p. 1737, 2007.

BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 2011.

BEARD, Charles A., **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 185, *The Constitution in the 20th Century* (May, 1936), pp. 29-34

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO – Rel. Min. Marco Aurélio – Publicado em 29 de novembro de 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf> > 51 ____.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO – Rel. Min. Teori Zavascki – Publicado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> > ____.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 12 DISTRITO FEDERAL – Rel. Min. Carlos Britto – Publicado em 20 de agosto de 2008. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840> > ____.



_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.076 ACRE** – Rel. Min. Carlos Velloso – Publicado em 15 de agosto de 2002. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>

BRENNAN JR., William J, **The Constitution of the United States: Contemporary Ratification**, Georgetown University, Washington D. C., 1985

FALLON, Richard H., A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation, **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachusetts, Vol. 100, No. 6, p. 1189-1286, 1987.

JARDIM, Flávio Jaime de Moraes. **A Doutrina da Living Constitution segundo a Ótica de David Strauss e o julgamento da Reclamação n. 11.243 e da Petição Avulsa na Extradução n. 1.085 pelo STF (caso Cesare Battisti)**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília – DF.

MEESE, Edwin. Speech Before the American Bar Association (July 9, 1985) in **The Great Debate: Interpreting Our Written Constitution** (Paul G. Cassel ed., 1986), online:< <http://www.fed-soc.org/resources/id.49/default.asp>>

McGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B., Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction, **Northwestern University Law Review**, Vol. 103, No. 2, 2009.

MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo – SP.

NETO, Arthur Ferreira. O Originalismo na América. **Revista Cadernos do Programa de PósGraduação em Direito PPGDir./UFRGS**. Porto Alegre. v. n. 4, p. 27 – 65, set. 2014.



RIBAS VIEIRA, José.; DUTRA, Deo Campos. O Debate entre Originalismo e o Constitucionalismo Democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. UNIVALI. Itajaí. v. 18, n. 1, p. 51-62 / jan-abr 2013.

REICH, Charles A., Mr. Justice Black and the Living Constitution, **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachusetts, Vol. 76, No. 4, pp. 673-754, 1963.

REHNQUIST, William H. The Notion of a Living constitution, **Texas Law Review**, Vol. 54, Issue 4, pp. 693-706, 1976.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. Princeton University Press, 1997.

SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. **University of Cincinnati Law Review**, Vol. 57, p. 849-865, 1989.

SOLUM, Lawrence B., **What is Originalism?** The Evolution of Contemporary Originalist Theory, Cambridge University Press, 2011.

SOLUM, Lawrence B., Originalism and Constitutional Construction, **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, v. 82, p. 453-537, 2013.

STRAUSS, David A. **The living constitution**, Oxford University Press, 2010.

SUNSTEIN, Cass R., There Is Nothing that Interpretation Just Is, **Constitutional Commentary, University of Minnesota Law School**, v. 30, p. 193-212, 2015.