

Teorias contemporâneas da interpretação constitucional: entrevista com o ministro Antonin Scalia, da Suprema Corte dos EUA*

Entrevistadores: *Caio F. Rodriguez** e Marcio S. Grandchamp****

Tradução e notas: *Diego Werneck Arguelhes*****

Partiremos de uma visão panorâmica e aos poucos entraremos em questões mais específicas. Primeiramente, qual é o cerne da sua teoria sobre interpretação constitucional?

Falando assim, parece que se trata de uma teoria singular, inventada por mim, mas, na verdade, é o que costumava ser a ortodoxia nos EUA. É a teoria segundo a qual a Constituição consiste em um documento estático, imutável no tempo, e que significa a mesma coisa que significava quando foi aprovado pelo povo norte-americano.¹ É o povo quem determina o significado dessa decisão.

* Entrevista realizada em 15 de maio de 2009, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embora algumas expressões repetidas e/ou excessivamente coloquiais tenham sido suprimidas, tentou-se manter o tom informal empregado pelo juiz Scalia na entrevista. Todas as expressões e citações do texto da Constituição dos EUA foram extraídas da versão oficial em português disponibilizada no site da Embaixada dos Estados Unidos no Brasil. Disponível em: <www.embaixadaamericana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>. Acesso em: 11 jul. 2009.

** Professor da FGV Direito Rio. *Master of laws* (LL.M.) pela Harvard Law School (EUA).

*** Professor da FGV Direito Rio. *Master of laws* (LL.M.) e doutorando em direito (JSD) pela Yale Law School (EUA).

**** Professor da FGV Direito Rio. Mestre em direito público pela Uerj. *Master of laws* (LL.M.) e doutorando em direito (JSD) pela Yale Law School (EUA).

¹ Na entrevista, O ministro Scalia emprega a expressão “*the people*” em dois sentidos diferentes: primeiro, o “povo” como titular do poder constituinte, responsável pela aprovação do documento que se tornou a Constituição dos EUA, bem como das suas subseqüentes emendas; segundo, o “povo” como

Então, por exemplo, quando se adotou a oitava emenda, que proíbe “punições cruéis e incomuns”, as pessoas não pensavam na época que, com isso, estariam proibindo também a pena de morte.² A morte era a única pena prevista para crimes dolosos. Todos os crimes dolosos eram puníveis com a morte, inclusive o furto de cavalos. Portanto, mesmo nos dias de hoje, a pena de morte é constitucional. Claro, pode ser que a pena de morte seja uma péssima ideia. Então, se o povo norte-americano não a quiser, não precisa tê-la. Mas nós podemos resolver isso por meio de legislação infraconstitucional.³ Não precisamos recorrer à Constituição para proibir essa prática.

A Constituição é uma exceção em um regime democrático. Como ministro da Suprema Corte, minha função mais importante é a de dizer ao povo norte-americano, à maioria, que as pessoas não podem fazer tudo que querem. É algo muito antidemocrático e a única coisa que me autoriza a agir assim é a Constituição. O povo norte-americano adotou a Constituição. Não foi uma invenção da Suprema Corte. Foi o povo limitando a si mesmo, a democracia limitando a si mesma. O povo determinou que, no futuro, buscas e apreensões arbitrárias⁴ não seriam admissíveis, que não haveria restrições à liberdade de expressão e assim por diante. É uma decisão do povo.

Nesse sentido, a principal preocupação por trás da sua teoria de interpretação constitucional é com a democracia?

Perfeitamente. A menos que sejamos governados por juízes.

Então, o senhor consideraria como uma objeção relevante à sua teoria o fato de que, em sua época, os *framers* não teriam sido um grupo representativo do povo norte-americano? Por exemplo: eles não incluíam mulheres, escravos ou pessoas pobres.

O problema desse argumento é que ele invalidaria não apenas minha teoria, mas todo o nosso sistema de governo. Temos que aceitar como um dado a existência e a legitimidade do governo. Se não acreditarmos nisso, é melhor virarmos revolucionários.

Nós, certamente, temos representação plena nos dias de hoje e, se o povo quiser que as coisas mudem, ele pode mudá-las. Mas não cabe aos tribunais fazer com

a maioria legislativa ocasional (ordinária, não constituinte) em um determinado momento da política dos EUA. Espera-se que essa diferença fique clara a partir do contexto de cada frase em que a palavra aparece na entrevista.

² A oitava emenda à Constituição dos EUA determina: “Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns”.

³ No original: *statute*.

⁴ No original: *unreasonable searches and seizures*. Scalia se refere à quarta emenda à Constituição dos EUA, que determina: “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas”.

que as coisas mudem. Por exemplo: temos uma cláusula de igualdade⁵ na nossa Constituição e está muito claro que quando o povo adotou essa emenda, criando uma exceção ao funcionamento da democracia, não tinha em mente que ela nos obrigaria a aceitar casamentos entre pessoas do mesmo sexo só porque permitimos que pessoas de sexos diferentes se casem. Talvez essa seja uma boa ideia e, se quisermos permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tudo bem, sem problema, mas não me venha dizer que estaríamos fazendo isso por força da Constituição, para seguir uma decisão do povo norte-americano! O povo *não* tomou essa decisão. E a Suprema Corte mente quando afirma que esse é o significado das palavras da Constituição. É a Corte impondo à sociedade suas próprias crenças sobre o tema.

Partindo dessas premissas e adotando essa perspectiva originalista, o caso *Brown*⁶ teria sido decidido de forma incorreta?

Essa é uma boa pergunta. Há duas respostas para ela. A menos importante é: provavelmente, não. Eu, provavelmente, teria me alinhado com a posição majoritária em *Brown*, porque teria concordado com o voto vencido em *Plessy v. Ferguson*, caso decidido no fim do século XIX, em que se determinou que negros teriam que viajar de trem em vagões separados.⁷ Nós temos uma décima quinta emenda que proíbe discriminação com base em raça.⁸ O que poderia ser mais flagrantemente

⁵ No original: *Equal Protection Clause*. Foi utilizado o termo “igualdade”, em vez da alternativa mais literal (“igual proteção”), por ser mais familiar à tradição brasileira e expressar basicamente a mesma ideia. Aqui, Scalia se refere à décima quarta emenda à Constituição dos EUA, que dispõe: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”.

⁶ Os entrevistadores se referem ao famoso caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), no qual a Suprema Corte mudou seu entendimento em relação ao caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) e declarou inconstitucional a segregação racial em acomodações públicas.

⁷ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Nessa decisão — uma das mais criticadas na história da Suprema Corte dos EUA —, a maioria dos *justices* afirmou ser constitucional a segregação racial em acomodações públicas, especialmente em vagões de trem. O argumento principal para justificar a compatibilidade desse regime de segregação com a décima quarta emenda (cláusula de igualdade) foi o de que a separação física não expressaria um juízo de inferioridade ou superioridade entre brancos e negros — ou seja, eles seriam “separados, mas iguais” [*separate, but equal*]. O voto vencido mencionado por Scalia foi do *justice* John Marshall Harlan, único dissidente na decisão. Em formulação que veio a se tornar clássica no direito constitucional dos EUA, Harlan discordou do voto majoritário afirmando que a Constituição dos EUA “não enxerga cores” [*our Constitution is color-blind*] e “não reconhece, nem tolera a existência de classes de cidadãos”.

⁸ De acordo com a décima quinta emenda à Constituição dos EUA, “O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão”. No contexto em que o dispositivo foi invocado, porém, parece plausível supor que Scalia se refere, na verdade, à décima quarta emenda (ver nota de rodapé 6).

discriminatório do que dizer que negros tinham que viajar em vagões separados? Então, a decisão em *Plessy* foi um erro e a de *Brown*, correta.

Mas, como disse, essa não é a melhor resposta. A mais importante é: e daí? Concordo que uma suprema corte ditatorial e aristocrática é capaz de fazer coisas maravilhosas, coisas que uma democracia (ou uma monarquia) funcionando solidamente não conseguiria realizar. Lorenzo di Médici podia fazer certas coisas que não estavam ao alcance do doge de Veneza. Mas isso torna o sistema melhor? Claro que não! Você não pode fazer esse tipo de juízo com base no resultado de uma decisão específica. Um relógio quebrado ainda marca a hora certa duas vezes ao dia.

Nesse caso, o senhor diria que as considerações sobre o vigor de um regime democrático são relevantes para sua teoria? Suponha, por exemplo, que a democracia não esteja funcionando bem em algum lugar. Esse seria um fator relevante na tomada de decisões judiciais?

Quem foi embora e me deixou no comando? Quem disse que cabe a mim dizer se a democracia está ou não funcionando direito? As pessoas não me coroaram rei. Sou apenas um juiz. Minha função é dar às leis promulgadas pelo povo norte-americano a interpretação mais razoável [*fairest*] possível. Uma democracia não pode funcionar de outra forma. Seria arrogância um juiz ir além desse ponto em um regime democrático. Ele deveria se candidatar à posição de rei se quisesse fazer esse tipo de coisa.

Em sua palestra proferida ontem na Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV, o senhor tratou do papel do direito internacional como um mecanismo de promoção da globalização. Se é que entendemos corretamente sua posição, o senhor afirmou que o direito internacional não deveria ter esse papel?

Não, eu disse que, idealmente, esse papel deveria ser do direito estatal, mas que é altamente improvável que isso aconteça. Então, é óbvio, o direito internacional vai acabar cumprindo esse papel. E minha mensagem principal era a de que há diferentes maneiras de se fazer direito internacional. A melhor delas é celebrar um tratado detalhado dizendo: “é com isto que estamos concordando”. A pior é celebrar um tratado com linguagem vaga, usando termos como “igualdade” ou “privacidade”, ou o que quer que seja, para então deixá-lo nas mãos de algum tribunal internacional, formado por pessoas que nunca vimos e que nem sequer são nossos compatriotas. E essas pessoas vão impor o que quer que elas pensem que essa linguagem vaga signifique. Essa é a pior maneira de se fazer direito internacional.

Então, em princípio, se as instituições internacionais se tornassem mais democráticas, o senhor estaria disposto a conceder a elas um papel maior na globalização?

As instituições internacionais não vão se tornar mais democráticas. Isso não vai acontecer [*risos*].

A pergunta foi feita porque, por exemplo, antes da adoção da Constituição dos Estados Unidos existiam os artigos da confederação. Então, em certo sentido, o que os EUA tinham era um processo em que a soberania de estados estabelecidos foi reduzida e, de certa forma, transferida para uma estrutura política mais ampla.

Sim, mas a soberania foi transferida sob condições muito detalhadas e o governo só ganhou competência sobre certas áreas específicas. Concorde que o governo federal acabou indo além dessas áreas, mas isso aconteceu porque estragamos nossa Constituição. Fizemos besteira ao eliminar a proteção aos estados na constituição original. Os estados estavam protegidos porque dominavam o Senado, que era eleito pelas legislaturas estaduais. Uma vez que esse arranjo foi alterado, como fizemos em 1913 ao estabelecer eleição direta para os senadores, os estados enquanto instituições deixaram de ter qualquer proteção e o governo federal passou a ter poder para fazer efetivamente o que quisesse. Foi isso que mudou no nosso sistema.

E, seguindo o seu raciocínio, isso teria deixado o sistema menos democrático?

Talvez tenha deixado o governo federal mais democrático, mas à custa de se remover da alçada dos estados muitos temas que seriam mais bem decididos em nível estadual. Essa é a vantagem de uma federação. Por exemplo: vamos pegar algo que a minha Corte impôs a toda a nação: aborto sob demanda.⁹ Vou ser honesto: a Constituição não diz nada a esse respeito. Nem contra, nem a favor. Não diz que se deve proibir o aborto, nem que não se pode proibir o aborto. Não diz nada. No sistema antigo, ficava a critério de cada estado. E não há razão para se pensar que as pessoas de Utah devam ter a mesma posição sobre o tema que as de Nova York. Mas uma vez que a minha Corte acredite ser possível encontrar na Constituição uma tomada de posição sobre aborto, recorrendo à cláusula do devido processo legal,¹⁰ essa liberdade legislativa em nível estadual deixa de existir. Ninguém nunca havia pensado que ela teria esse significado. De repente, de leste a oeste do país, cada estado precisa ter a mesma visão sobre o tema. De que adianta termos uma federação, se as nossas questões mais importantes e passionais são resolvidas uniformemente, em todo o país, por imposição da Suprema Corte? Fazer isso é destruir todo o valor de se ter um sistema federal.

⁹ No original: *abortion on demand*.

¹⁰ No original: *Due Process Clause*. Trata-se de uma referência à quinta emenda, que dispõe: “Ninguém será [...] privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal [...]”. Mais especificamente, Scalia se refere à leitura que a Suprema Corte fez da Constituição no caso *Roe v. Wade* (1973), primeira decisão legalizando o aborto (no primeiro trimestre de gravidez) em todo o território nacional.

No caso *Bush v. Gore*¹¹ — mencionamos esse caso apenas para entender a estrutura do raciocínio originalista, não para discutir o mérito da decisão —, a Suprema Corte dos EUA assumiu uma posição de verdadeira defesa da reputação internacional do país, que estaria — para usar suas palavras proferidas em outra entrevista — correndo o risco de se tornar “objeto de piada para o resto do mundo”. Então, os EUA decidiram interromper esse processo. O senhor acredita que essa é uma consideração relevante na tomada de decisões pela Suprema Corte?

Bem, é necessário decidir o que fazer uma vez que se tenha determinado que houve uma violação da Constituição — o que ocorreu no caso e não foi nem sequer por uma maioria apertada, já que a decisão nesse ponto foi 7 a 2.¹² O que os tribunais da Flórida haviam feito era inconstitucional. Reconhecida a inconstitucionalidade, restava apenas tomar uma decisão de equidade sobre o que fazer — isto é, se daríamos à Flórida mais duas semanas para tentar consertar as coisas ou se diríamos, “pois é, é isso aí, acabou”. E, para essa questão específica, é claro que a consideração era relevante. Todos esperavam, nós não sabíamos qual seria o novo governo, não havia como se ter qualquer período transicional, não havia para quem se transferir o poder. Uma situação terrível! Então, é uma consideração perfeitamente apropriada.

Então, com base nesse exemplo, se quisermos ter uma descrição mais completa da sua visão sobre interpretação, talvez devêssemos adicionar alguns elementos de originalismo, *stare decisis* e preocupação com estabilidade institucional. É isso?

Não, eu diria que não. Tribunais de equidade¹³ têm discricionariedade e, ao lançarem mão dessa discricionariedade, levam em consideração todo o tipo de coisas: a inconveniência para as partes, o dano que o atraso pode causar às partes, enfim, todo tipo de consideração. E, nesse ponto, eu acredito que fizemos a coisa certa. Francamente, penso que o país considera que fizemos a coisa certa. O país já não aguentava mais discutir quem teria vencido a eleição.

¹¹ Trata-se do caso *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), em que a Suprema Corte dos EUA efetivamente determinou o resultado da eleição presidencial de 2000, levando George W. Bush à presidência do país. Mais especificamente, a Corte entendeu que a forma de recontagem dos votos pedida pela Suprema Corte da Califórnia na eleição estadual violava a décima quarta emenda e que não haveria mais tempo hábil para se efetuar a recontagem com um método adequado. Como resultado, George W. Bush permaneceu como o candidato vitorioso no estado da Flórida, cujos votos no colégio eleitoral viabilizaram sua vitória por apertada margem na disputa presidencial com Al Gore.

¹² É importante notar que essa caracterização da decisão em *Bush v. Gore* como sustentada por uma maioria de sete votos contra apenas dois *justices* dissidentes não é pacífica. Há quem entenda que o resultado do confuso e delicado processo decisório da Corte nesse caso foi uma frágil maioria de 5-4. Sobre o tema, cf. Jeffrey Toobin, *The nine. The secret world inside the Supreme Court*, Anchor Books, New York, 2008.

¹³ Tradicionalmente, os sistemas de *common law* distinguem os tribunais de jurisdição ordinária ou comum (*courts of law*) dos tribunais que exercem jurisdição de equidade (*courts of equity*), podendo tomar decisões com base em considerações de justiça mais gerais e sem o mesmo grau de vinculação a precedentes que os tribunais comuns.

Gostaríamos de tratar agora de algumas questões mais institucionais, referentes ao funcionamento do tribunal. Em sua opinião, a consistência entre (e nas decisões) é um fator importante no processo decisório da Suprema Corte, levando-se em conta que se trata de um órgão colegiado? Qual o papel dos votos vencidos em uma instituição desse tipo? O senhor consideraria que, em alguns casos, é importante seguir a posição majoritária somente pelo fato de ser majoritária?

Há quem pense assim. Minha colega Ruth Ginsburg acredita que, a menos que se tenha convicções muito fortes sobre um determinado caso, deve-se votar com a posição majoritária. Não concordo. Não é essa a tradição da qual viemos, a tradição inglesa — aliás, não era essa a tradição da minha Corte nos seus primórdios, antes de John Marshall¹⁴ instituir a prática de que um único voto, escrito por um único *justice*, seria assinado por todos os outros membros da Corte. Antes, nós votávamos do mesmo jeito que as cortes superiores da Inglaterra: cada ministro assinava seu próprio voto. Então, essa é a nossa tradição — e me parece que é uma boa tradição porque, entre outros motivos, permite que os juízes sejam individualmente responsabilizados por suas decisões. Isto é, posso ser criticado por inconsistência não apenas entre os votos que escrevi, mas também entre estes e os votos de outros ministros que porventura eu tenha assinado. As pessoas podem perfeitamente dizer: “como você pôde concordar com isto aqui e também concordar com aquilo lá?” Essa é uma forma de crítica válida, que preciso aceitar. Nunca assinei um voto com o qual discordasse.

A manutenção de um ambiente amistoso entre seus membros é um fator importante nas decisões da Suprema Corte?

Claro que é. Se você não consegue ser amistoso e cooperativo com pessoas com as quais discorda a respeito de questões de direito, deveria mudar de emprego. Seu lugar não é em um tribunal colegiado. Minha melhor amiga na Suprema Corte é Ruth Ginsburg. Ela é uma boa pessoa, eu gosto dela, ela gosta de mim, mas não concordamos quando o assunto é direito. E não há problema algum nisso.

O senhor concorda com a afirmação de que a Suprema Corte de hoje está mais dividida ideologicamente?

Não, não concordo. As linhas que dividem internamente a Corte não têm nada a ver com a divisão entre conservadores e liberais. Nada a ver com esse tipo

¹⁴ John Marshall (1755-1835), político, diplomata, jurista e um dos participantes da Guerra de Independência dos EUA. Foi o quarto presidente (*chief justice*) da Suprema Corte do país, cargo que ocupou de 1801 até sua morte. Marshall é, geralmente, lembrado como o responsável pela decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison* (1803), primeira exposição sistemática da tese de que o poder da Corte de exercer controle de constitucionalidade (*judicial review*) sobre leis aprovadas pelo Congresso Nacional — um poder não expressamente previsto no texto constitucional de 1787 — era um corolário da própria existência de uma constituição escrita e rígida.

de coisa. Por exemplo: meus votos no campo do direito penal deveriam fazer de mim o queridinho dos advogados criminalistas, já que, por força da minha posição originalista, defendi os direitos dos réus em processos criminais a um julgamento por júri e à aplicação da cláusula de acareação.¹⁵ No voto que redigi e que foi vencedor, afastei uma decisão anterior da minha Corte que, fazendo uma leitura “evolutiva” da Constituição, tinha simplesmente eviscerado a cláusula de acareação. E o que eu disse foi: “não, não, vamos voltar ao sentido original da cláusula de acareação”.

Mas o senhor abriu uma exceção a essa ideia no caso *Boumediene v. Bush*¹⁶ por se tratar de estrangeiros em solo estrangeiro, certo? Seria esse o argumento central?

Bem, eles não têm direito à proteção da cláusula de acareação — nem da própria Constituição, aliás.

Pelo que entendemos do seu voto naquele caso, o raciocínio era basicamente o seguinte: “eles são estrangeiros em solo estrangeiro, logo, não temos jurisdição neste caso e deveríamos deixar a questão ser resolvida a critério das forças armadas”.

Duas coisas. A garantia de *habeas corpus* não os protegia. Essa proteção não se estende fora dos EUA, a estrangeiros. E a segunda coisa é que estrangeiros em solo estrangeiro não têm direitos sob a Constituição dos EUA. Estrangeiros nos EUA têm, mas estrangeiros em solo estrangeiro, não.

O senhor não concorda que, na prática, esse entendimento atribui às Forças Armadas certo poder de “escolher o território”, de modo que, se não quiserem proteger os direitos dos detentos, não precisam fazê-lo?

Claro que sim. Acho que eles conscientemente decidem não levar prisioneiros para dentro dos EUA. Embora, para ser sincero, mesmo quando costumávamos levar prisioneiros para dentro do país, nem nos seus sonhos mais loucos os tribunais poderiam ter proporcionado julgamentos civis aos milhares de prisioneiros alemães que tínhamos nos EUA. Ninguém nunca ouviu falar de algo assim. É loucura! Nenhum país submeteu seus prisioneiros de guerra à sua justiça comum. Sempre existiram tribunais militares. Isso é uma maluquice completa. Não faz diferença se esses prisioneiros estão fora ou dentro do país.

Então, talvez as Forças Armadas detenham um tipo de conhecimento específico que o senhor considera necessário para tomar decisões nessa esfera. Mas o senhor não acha que isto daria muita margem a manipulações?

¹⁵ No original: *Confrontation Clause*. Trata-se da parte final da sexta emenda, que dispõe: “Em todos os processos criminais, o acusado terá direito [...] de ser acareado com as testemunhas de acusação [...]”.

¹⁶ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. (2008). Nesse caso, uma estreita maioria (5-4) de ministros da Suprema Corte dos EUA, contra o voto vencido de Scalia, entendeu que os prisioneiros mantidos na baía de Guantánamo estariam abrangidos pela garantia de *habeas corpus* por força da Constituição dos EUA, declarando assim a inconstitucionalidade do *Military Commissions Act* (2006).

É questão de conhecimento específico e é também questão de necessidade. Por razões práticas, não podemos proporcionar um julgamento completo por júri, do tipo que damos a um réu em um processo criminal normal, a alguém que foi capturado no meio do campo de batalha. Vai fazer o quê? Trazer de volta todos os soldados que efetuaram a captura para testemunharem no julgamento?

Parece então que há também um elemento de raciocínio consequencialista na sua interpretação da Constituição, não?

Não, não, não. Meu raciocínio é: nós nunca fizemos as coisas desse jeito. Não é porque eu acho que seja uma boa ideia não fazer isso, mas porque nunca fizemos assim. E, diante das suas críticas, estou dando boas razões para nunca termos agido de maneira diferente.

Não estamos criticando, estamos querendo compreender.

Eu sei, eu entendo. A razão pela qual decidi daquele jeito [não estendendo a aplicação das garantias processuais constitucionais a prisioneiros de guerra] não foi por gostar da ideia, mas sim porque jamais fizemos diferentemente.

No Brasil e em outros países da América Latina foram promulgadas constituições que são quase dirigidas para a promoção de mudança social. Como o senhor vê a interpretação de constituições desse tipo?

Eu não sou contra a mudança social. Se um dispositivo constitucional requer que eu tome uma decisão que vá resultar em mudança social, tomarei essa decisão. Não tenho nada contra a mudança. Só tenho algo contra juízes fazendo coisas que não estão previstas na Constituição.

O senhor concordaria com a afirmação de que, na sua teoria sobre o sentido da Constituição, ou os dispositivos constitucionais têm o sentido original ou simplesmente não têm sentido?

Há situações para quais um originalista simplesmente não terá a resposta. É difícil saber o que os *Framers* tinham em mente em certas situações. Um exemplo clássico é um caso chamado *New York v. Saia*. Nos anos 1920, a cidade de Nova York adotou uma lei municipal vedando o uso de carros de som depois das 10 da noite. Eles não queriam que as pessoas fossem mantidas acordadas depois das 10. O que os *Framers* pensavam sobre o uso de carros de som depois das 10 da noite? Não faço a menor ideia. Mas você tem que imaginar a trajetória do raciocínio deles. Não tinham carros de som, mas tinham leis contra perturbar a vizinhança¹⁷ que abrangiam ruídos — e teriam dito que a primeira emenda não protege esse tipo de coisa. Às vezes, especialmente quando se trata de novas tecnologias, é preciso adaptar o sentido original, mas sempre se guiando pelo que os *Framers* decidiram e não decidiram. Isso é o que serve de orientação.

¹⁷ No original: *nuisance laws*.

Para muitas questões, porém, o originalismo é tão simples! Não preciso esquentar a cabeça me perguntando se a pena de morte está na Constituição. A pena de morte pode ser uma péssima ideia, mas não é preciso perder um minuto sequer discutindo sua constitucionalidade. É tudo tão claro! É mencionada no texto constitucional: a Constituição exige pronúncia por um grande júri sempre que o caso envolver pena de morte. Mesmo assim, houve um julgamento em que quatro dos meus colegas — quatro! — entenderam que a pena de morte era inconstitucional. Como pode isso? Chegou uma mensagem de Deus me dizendo que a pena de morte é inconstitucional? Isso é um ultraje!

Isto também se aplicaria à tortura?

Nossa Constituição não proíbe a tortura. Proíbe “penas cruéis e incomuns”. Temos uma lei infraconstitucional contra tortura. Mas eu não diria que a tortura é abrangida pela Constituição.

Bem, há quem discorde dessa leitura, dizendo que a tortura não é apenas um meio de se obter informação das pessoas, mas que teria também uma natureza punitiva. Que o senhor pensa dessa linha de argumentação?

Eles podem dizer isso, mas é algo simplesmente falso. Podem dizer o que quiserem. Aplicar uma pena é uma coisa, torturar para obter informação é outra. Você não está punindo a pessoa, você a está torturando. Os *Framers* estão se referindo à pena como punição para um crime. É a isso que o dispositivo está se referindo. Punição pela prática de um crime.

Não lhe parece que alguém poderia usar aqui o mesmo argumento que o senhor usou com as leis contra perturbação de vizinhança? De que, assim como não tinham carros de som, não tinham o problema da tortura?

Eles não tinham tortura? Tenho certeza de que tinham tortura em outros contextos além da aplicação de penas. Tudo que disseram foi que, como punição pela prática de um crime, você não pode esmagar dedos, eviscerar ou empregar quaisquer que fossem os métodos cruéis de punição naquela época.

Não somos historiadores, mas poderíamos dizer que eles talvez tivessem tortura, porém, não como uma política pública. Isso afetaria seu argumento?

O que me orienta no meu raciocínio é a linguagem utilizada na Constituição, que proíbe somente penas cruéis e incomuns. E “pena cruel e incomum” não é uma descrição típica da prática de tortura. Mas, veja bem, não estou aqui defendendo a tortura.

Claro, o senhor está apenas dizendo que a Constituição não diz nada a esse respeito.

Correto. E nós temos uma lei infraconstitucional contra a tortura. A Constituição não proíbe tudo que é mau, nem torna obrigatório tudo que é bom.

Depois de tudo que conversamos, seria legítimo dizer que sua teoria implica uma combinação de originalismo, *stare decisis*, estabilidade institucional,

avanços tecnológicos e algumas trajetórias de mudança? Sendo assim, já não é mais só originalismo.

Avanços tecnológicos, sem dúvida. É preciso adaptar o que os *Framers* poderiam ter pensado a respeito deste ou daquele avanço. Mas os não originalistas vão muito além disso. A pena de morte e o aborto já existiam em 1791. Sodomia homossexual já existia em 1791.¹⁸ E nada disso foi regulado pela Constituição. É uma questão para o povo decidir. Se o povo americano quiser proibir essas coisas, pode proibi-las. E se quiser permiti-las, também pode. Isso é muito diferente de simplesmente levar em consideração novos fenômenos, coisa que até mesmo um originalista precisa fazer. Mas o não originalista simplesmente reinventa o mundo por completo, não importando o que o povo decidiu quando fez emendas à Constituição. E isso é errado.

Deixe-me expor o argumento decisivo em favor do originalismo. Vou a faculdades de direito só para criar confusão. Dou palestras e provooco os estudantes. Depois da minha fala, os professores levam semanas para recolocá-los nos eixos. E tudo que digo a eles é: pergunte ao seu professor. Seu professor provavelmente não é um originalista. Isso quer dizer que ele é um não originalista. Mas isso não é uma teoria da interpretação. Significa apenas que ele discorda do Scalia. Mas, então, qual sua teoria da interpretação? Scalia sabe o que está procurando. Ele procura o entendimento que as pessoas tinham acerca da linguagem que foi utilizada. Quando você mostra para Scalia qual teria sido esse entendimento original, pronto — você o pegou. Ele está de mãos atadas — não pode sair por aí fazendo todas aquelas terríveis coisas conservadoras que gostaria de fazer com a sociedade. Agora, se você não vai controlar seus juízes dessa forma, professor, com que critério vai controlá-los? Como você vai controlar seus juízes? Quer saber? Não existe outro critério viável, exceto “o significado que este texto tinha, o significado que as pessoas atribuíam a este texto, no momento de sua adoção”. Ou se adota esse critério, ou então se estará dizendo aos seus juízes — juízes sábios, maravilhosos, que estudaram em Harvard, Stanford e talvez até em Yale — que temos a resposta para todas essas profundas questões morais, como homossexualidade, aborto, suicídio. Isso é loucura! Mas essa seria a resposta alternativa. Ou você adota o originalismo, ou diz aos seus juízes: “vocês nos governam, o que quer que vocês achem bom é bom, o que quer que vocês achem mau é mau”.

A última pergunta: O que o senhor esperava aprender em uma viagem como esta?

Aprender? Eu não vim aqui para aprender, mas, ao contrário, para ensinar. O problema da expansão do poder judicial se espalhou pelo mundo.

¹⁸ Nesse trecho, Scalia menciona o ano de 1791 — e não 1787, ano da promulgação da Constituição dos EUA — por estar se referindo ao conjunto das primeiras emendas à Constituição, aprovadas em 15 de dezembro de 1791. Essas emendas, que tratam basicamente de direitos fundamentais, são designadas no direito constitucional dos EUA como Bill of Rights (“Carta de Direitos”).