ERNANDO SIMIÃO DA SILVA FILHO

ORIGINALISMO AMERICANO

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor André Luiz Costa Corrêa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020

ERNANDO SIMIÃO DA SILVA FILHO

ORIGINALISMO AMERICANO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração em Direito do Estado, sob orientação do Professor Doutor André Luiz Costa Corrêa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020

ERNANDO SIMIÃO DA SILVA FILHO

ORIGINALISMO AMERICANO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração em Direito do Estado, sob orientação do Professor Doutor André Luiz Costa Corrêa

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof. Dr. _____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof. Dr. _____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof. Dr. _____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

RESUMO

SILVA FILHO, Ernando Simião da. **Originalismo Americano**. 2020. 132f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Neste trabalho é estudada e exposta, através de pesquisa bibliográfica em fontes preponderantemente americanas, a escola de interpretação constitucional americana chamada originalismo. Inicialmente, é elaborado um panorama geral, abordando a evolução histórica do originalismo nos Estados Unidos como reação ao ativismo judicial da Suprema Corte, comentando-se as principais decisões paradigmáticas. Após, faz-se uma exposição das correntes em que se divide, principalmente o intencionalismo e o textualismo, expondo-se as teses de Robert Bork, Raoul Berger e Antonin Scalia, bem como de outros autores que conformam o panorama atual destas doutrinas. Na terceira parte, são analisadas as objeções dos principais críticos, no ambiente americano, do originalismo, como Paul Brest, H. Jefferson Powell e David Strauss. Na conclusão retomam-se os temas expostos e discute-se a possibilidade de que o originalismo possa, de alguma forma, contribuir para a atividade judicial no Brasil.

Palavras-chave: EUA. Direito Constitucional. Interpretação Constitucional. Hermenêutica Jurídica. Constituição Americana. Originalismo. Intencionalismo. Textualismo.

ABSTRACT

SILVA FILHO, Ernando Simião da. **American Originalism**. 2020. 132p. Dissertation (Master Degree) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

In this work, through bibliographic research in prevailent american sources, the american school of constitutional interpretation called originalismo is studied and exposed. Initially, a general view is elaborated, expounding the historic evolution of originalism in the United States as reaction to judicial activism of the Supreme Court, remarking the main paradigmatic decisions. After, it's divisions are exposed, mainly intencionalism and textualism, through the ideas of Robert Bork, Raoul Berger and Antonin Scalia, and another authors that conform the actual landscape of these doctrines. On third part, the principal objections of originalism of the leadins critics are analised, in american environment, like Paul Brest, H. Jefferson Powell and David Strauss. In conclusion, the studied themes are reviewed and the possibility of the contribution of some type of the originalismo to judicial activity in Brazil are discussed.

Keywords: USA. Constitutional Law. Constitutional Interpretation. Hermeneutics. American Constitution. Originalism. Intencionalism. Textualism.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SILVA FILHO, ERNANDO SIMIÃO DA
ORIGINALISMO AMERICANO ; ERNANDO SIMIÃO DA SILVA FILHO ; orientador ANDRÉ LUIZ COSTA CORRÊA -- São Paulo, 2020.
132f
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. DIREITO CONSTITUCIONAL. 2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. 3. HERMENÊUTICA JURÍDICA. 4. CONSTITUIÇÃO AMERICANA. 5. ORIGINALISMO. I. CORRÊA, ANDRÉ LUIZ COSTA, orient. II. Título.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Edinete e Ernando (*in memorian*).

À minha esposa, Alene, e aos nossos filhos, Luísa, Cecília e Ernando Neto.

AGRADECIMENTOS

À Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, pelo apoio financeiro e institucional.

Ao Professor Doutor André Luiz Costa Corrêa, exemplo intelectual e moral, sem cuja orientação tal trabalho não teria sido finalizado.

Ao Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas – CIESA, pela iniciativa inédita de cultivar os estudos de pós-graduação no Estado do Amazonas.

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela nobre e desprendida ação de trazer seu mestrado à Região Norte do Brasil.

It is simply not compatible with democratic theory that laws mean whatever they ought to mean, and that unelected judges decide what that is.

(Antonin Scalia)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....11

2. ESCORÇO HISTÓRICO.....17

3. INTENCIONALISMO.....51

3.1. Raoul Berger.....51

3.2. Robert Bork……..68

4. TEXTUALISMO……...81

5. PODERAÇÕES CRÍTICAS AO ORIGINALISMO.....102

5.1. Paul Brest.....102

5.2. H. Jefferson Powell…….105

5.3. David Strauss……..107

6. CONCLUSÃO.....116

7. REFERÊNCIAS.....120

1. INTRODUÇÃO

Por originalismo compreende-se o movimento hermenêutico constitucional, pouco organizado, que surgiu na década de 1970 nos Estados Unidos, sendo formado por diversas vertentes que, não raro, divergem entre si. Sua principal propriedade encontra-se no fato de seus adeptos defenderem que o significado do texto da Constituição deve ser o mesmo da época em que foi editada.

Um dos principais objetivos dos originalistas é a contenção da atividade judicial legislativa e administrativa na interpretação da constituição, conforme pode ser depreendido da seguinte passagem de Randy E. Barnett:

> A constituição é uma lei projetada para restringir os legisladores. Embora a própria Constituição possa ter múltiplos propósitos e funções, sua característica de ser escrita tem poucos. Não obstante seja inteiramente possível haver constituições não escritas, constituições escritas são escritas por uma razão. Primeiramente, constituições são estabelecidas em formato escrito para melhor constranger os atores políticos imbuídos de poderes para a consecução de diversos fins públicos. Em particular, ela é escrita para que tais atores não possam eles mesmos fazer as leis pelas quais são regidos.[1] (tradução livre)

Tal movimento caracteriza-se por uma tentativa de alguns juristas americanos de estabelecer que a interpretação da Constituição Americana deve ser efetuada a partir do significado público do texto normativo fixado na época em que foi escrito. Indigitado significado será construído com base na intenção dos constituintes (originalismo de tendência intencionalista) ou com espeque no sentido público das palavras utilizadas no tempo da promulgação (originalismo de tendência textualista). Corroborando tal entendimento, colaciona-se o escólio de Lawrence B. Solum:

> (...) A história revela que a teoria originalista contemporânea evoluiu – as principais correntes do originalismo começam com uma ênfase nas intenções originais dos constituintes, mas tem-se movido gradualmente para a visão de que o "significado original" da Constituição é o "sentido

---

[1] "*The Constitution is a law designed to restrict the lawmakers. Although the Constitution itself may have multiple purposes and functions, its "writtenness" has many fewer. Though it is entirely possible to have na unwritten constitution, written constitutions are in writing for a reason. Primarily, constitutions are put in writing to better constrain the political actors it empowers to accomplish various ends. In particular, it is put in writing so these actors cannot themselves make the laws by which they make law*." (BARNETT, Randy E.. **Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 103)

público original" do texto.[2] (tradução livre)

Uma vez fixado tal significado, deve-se utilizá-lo nas aplicações aos casos concretos posteriores, ainda que decorridos séculos após a publicação do texto, até que a Constituição seja alterada pelas vias legitimamente cabíveis. Assim, percebe-se que um dos objetivos do originalismo, que seus adeptos confessam abertamente, é de certa forma tolher o poder discricionário do magistrado na aplicação dos textos normativos na atividade judicial. Neste sentido, aduz Raoul Berger que

> (...) antiativistas (originalistas) sustentam que juízes não estão autorizados a revisar a Constituição e que ela deve ser interpretada à luz das explanações dos *Founders* sobre o que eles pretendiam dizer, nem mais, nem menos.[3] (tradução livre)

Ressalte-se, ademais, que há diferença entre significado do texto e aplicação ao caso concreto, problema que será trabalhado no capítulo seguinte.

Existem diversas correntes originalistas, com muitas discrepâncias entre si, fazendo com que se chegue até a questionar-se se é possível falar-se em originalismo, por falta de pontos em comum. Todavia, conforme o ensino de Lawrence B. Solum, há dois pontos em comum, duas teses fundamentais sobre as quais todo jurista que se confessa originalista não ousa discordar, a tese da fixação (*the fixation thesis*) e a tese da contribuição (*the contribution thesis*).

Segundo Lawrence B Solum, a tese da fixação (*the fixation thesis*) consiste em concordar que o significado original da constituição é fixado no momento da elaboração do texto[4]. Já a tese da contribuição (*the contribution thesis*) é entendida como a ideia de que o significado original da constituição deve exercer um papel fundamental na doutrina

---

[2] "*The history reveals that contemporary originalist theory has evolved – the mainstream of originalist theory began with an emphasis on the original intentions of the framers but has gradually moved to the view that the "original meaning" of the constitution is the "original public meaning" of the text.*" (SOLUM, Lawrence B. **What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory**, *in* HUSCROFT, David; MILLER, Bradley W. (Org.). **The Challenge of Originalism**. 1ª ed. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 12)

[3] "*antiactivists (originalists) maintain that judges are not authorized to revise the Constitution 16 and that it is to be construed in light of the Founders' explanations of what they meant to accomplish, no more, no less*." (BERGER, Raoul. **Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment**. 2ª ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1997. pp. 21-22)

[4] SOLUM, Lawrence B. *Op. cit.* p. 33.

do direito constitucional[5]. Em suma, o indigitado autor defende que

> No domínio da teoria constitucional, originalismo é uma família de visões que se agrupam em torno de duas ideias centrais: a tese da fixação e a tese da contribuição. Todos ou praticamente todos os originalistas concordam que o sentido original da Constituição foi fixado no momento em que cada provisão foi elaborada e ratificada. Também, quase todos os originalistas concordam que o sentido original deve exercer uma função importante no conteúdo da doutrina constitucional: a maioria dos originalistas concorda que as cortes devem ver a si mesmas como restringidas pelo sentido original e que deve haver razões muito fortes para que seja legítimo afastar-se dele.[6] (tradução livre)

De mais a mais, debates sobre a escola de interpretação constitucional denominada originalismo têm sido o foco central da teoria jurídica contemporânea nos Estados Unidos nas últimas décadas, não obstante a majoritária falta de interesse no meio acadêmico brasileiro em relação ao tema.

Talvez tal apatia dê-se em virtude das diferenças jurídicas, culturais e políticas entre Brasil e Estados Unidos. A longa tradição democrática e de estabilidade institucional dos Estados Unidos, país nascido de uma revolução republicana inédita na história e cuja constituição escrita já dura mais de duzentos anos, tendo sido submetida a poucas emendas em termos relativos, despertou o interesse das instituições e dos estudiosos para a necessidade de interpretação dos textos normativos de forma a transmitir segurança jurídica aos cidadãos.

Todavia, apesar da crítica de Luís Roberto Barroso no sentido de que o originalismo é uma corrente de pensamento ultrapassada[7], em face do desenvolvimento hermenêutico do neoconstitucionalismo dos dias atuais, tal assertiva merece ser lida *cum grano salis*.

---

[5] *Idem*, p. 35.

[6] "*Within the domain of constitutional Theory, originalismo is a Family of views that cluster around two central ideas: the fixation thesis and the contribution thesis. All or almost all originalists agree that the original meaning of the Constitution was fixed at the time each provision was framed and ratified. Almost all originalists agree that original meaning must make na importante contribution to the contente of constitutionla doctrine: Most originalists agree that courts should view themselves as constrained by original meaning and that very good reasons are required for legitimate departures form that constraint.*". *Idem*, pp. 35-36.

[7] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 116-119.

No Brasil, embora o originalismo não seja objeto de estudos e seus métodos não encontrem eco no ambiente acadêmico ou judicial, algumas técnicas originalistas são, vez ou outra, adotadas em julgamentos importantes do Supremo Tribunal Federal. Por exemplo[8], no julgamento da ADPF n. 153, em que se pretendia uma reinterpretação da Lei de Anistia, uma solução tipicamente originalista foi adotada pela Corte para desfecho do caso.

No mesmo diapasão, quando o Supremo determinou qual o conceito de veículo automotor, para fins de incidência do IPVA, no Recurso Extraordinário n. 134.509-8, foi indispensável pesquisar os antecedentes históricos, inclusive com consulta às atas da Constituinte de 1988. E, dentre outros casos, quando do julgamento do Habeas Corpus n. 82.424/RS, o Relator fez uso da interpretação originalista no seu voto, transcrevendo, inclusive, o discurso feito pelo autor da emenda na Assembleia Nacional Constituinte em 03/02/1988.

Tais julgados indicam que de quando em quando o Supremo Tribunal Federal adota alguma técnica tipicamente originalista na resolução de conflitos hermenêuticos, frequentemente quando a orientação ideológica do constituinte originário vai ao encontro da ideologia do ministro relator ou da construção da maioria do plenário. É um verdadeiro exercício de adivinhação tentar prever qual a técnica de interpretação que a Suprema Corte do Brasil irá empregar em cada um dos seus julgados.

A rigor, o originalismo, conforme o escólio de Ilan Wurman, tem fulcro na forma mais natural de interpretar-se um texto, qual seja, conforme o significado das palavras utilizadas na época em que foram escritas. Se este método é o mais adequado para a aplicação dos textos constitucionais ou legais, isso é outra questão que será também analisada. Ensina o referido autor:

> (...) Quando o originalismo não era sequer algo? Originalismo é totalmente uma ideia do senso comum, depois de tudo. Ele possui várias matizes, mas nós podemos defini-lo superficialmente como a ideia de que a Constituição deveria ser interpretada como suas palavras eram originalmente entendidas pelos Constituintes que escreveram a Constituição em 1787 e pelo povo que a ratificou entre 1787 e 1789. De forma um pouco mais ampla, é a ideia de que palavras têm um significado público original ao tempo em que foram faladas ou escritas

[8] Exemplos retirados de MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. (Tese de Doutorado). São Paulo, 2011. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16042012-161140/pt-br.php, acessado em 12/12/2016.

e apresentadas ao mundo.[9] (tradução livre)

Os problemas práticos que fizeram surgir o originalismo na América são antigos e contemporâneos ao próprio advento da Constituição Americana, no final do Século XVIII, tais como a questão da normatividade e da supremacia da Constituição, o controle das normas infraconstitucionais e o advento do ativismo judicial da Suprema Corte Americana. Essas questões estão presentes na cultura constitucional desse país desde a promulgação da constituição até o presente.

Em outros termos, pode-se dizer que a questão da normatividade e da supremacia da Constituição e o controle das normas infraconstitucionais são causas remotas do originalismo, enquanto o ativismo judicial da Suprema Corte Americana, mormente no Século XX, é a principal causa próxima desse movimento.

Serão analisadas algumas decisões paradigmáticas e suas implicações para a formação do ambiente jurídico que possibilitou o nascimento do originalismo, como, *verbi gratia*, *Marbury v. Madison, McCulloch v. Maryland, Dred Scott vs. Sandford, Lochner vs. New York, Brown vs. Board of Education* e *Roe vs. Wade.*

Será abordada, então, o que se convencionou chamar de Era Warren-Burguer, por causa da presidência dos *Chief Justices* Earl Warren (1954 - 1969) e Warren E. Burger (1969 - 1986), época marcada por um ativismo judicial da Suprema Corte inédito. Esse ativismo gerou inevitavelmente uma reação conservadora nos âmbitos acadêmico, político e judicial, que foi a causa imediata do movimento que aqui se pretende estudar.

Dar-se-á um panorama geral das vertentes do originalismo surgidas a partir dos anos 1970, analisando-se do intencionalismo de Raoul Berger e Robert Bork ao textualismo de Antonin Scalia e outros autores, ressaltando a importância que o debate entre originalistas e não-originalistas tem nos dias de hoje.

O tema merece ainda mais destaque pelas recentes e futuras nomeações para a Suprema Corte, em função da posse de Donald Trump no cargo de Presidente dos Estados Unidos. Este presidente prometeu que um dos requisitos para a escolha de um candidato

---

[9] *"(...) When was originalismo ever not a thing? Originalism is quite a commonsensical idea, after all. It has many flavors, but we can define it broadly as the idea that the Constitution should be interpreted as its words were originally understood by the Framers who wrote the Constitution in 1787 and by the public that ratified it between 1787 and 1789. More broadly still, it is the idea that words have an original public meaning at the time they were spoken or written and presented to the world.*" (WURMAN, Ilan. **A Debt Against the Living - An Introduction to Originalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 11)C

à Suprema Corte é ser ele originalista.

Em capítulo próprio, será feita uma análise das objeções dos principais críticos, no ambiente americano, do originalismo, como Paul Brest, H. Jefferson Powell e David Strauss.

Por fim, serão retomados os temas expostos e discutida a possibilidade de que o originalismo possa, de alguma forma, contribuir para a atividade judicial no Brasil. Questões envolvendo segurança jurídica, separação de poderes, limites do ativismo judicial e legitimidade do Poder Judiciário para inovar no ordenamento jurídico são universais para todos os países democráticos que são regidos por constituições escritas.

2. ESCORÇO HISTÓRICO

Discussões acaloradas envolvendo a busca do sentido do texto da Constituição Americana não são exatamente novidade no ambiente acadêmico dos Estados Unidos. Desde o Século XIX discute-se a diferença entre interpretação e construção do significado. Por exemplo, estudando os problemas em torno do controle de constitucionalidade, Thomas M. Cooley, em obra clássica de 1871, tentou sistematizar a diferença entre ambos:

> Interpretação diferencia-se de construção no sentido de que aquela é o ato de descobrir-se o verdadeiro significado de qualquer forma de palavras; isto é, o significado que seu autor intentou transmitir, possibilitando que outros entendam a ideia que se quis passar. Construção, por outro lado, é a extração de conclusões a respeito de assuntos que estão à margem da expressão direta do texto, de elementos conhecidos a partir do texto; conclusões que estão no espírito, mas não na letra do texto.[10] (tradução livre)

O entrechoque entre interpretação e construção, em torno do controle de constitucionalidade das leis editadas pelo Congresso Nacional e pelos Estados, está na raiz do surgimento do originalismo.

Para que se entenda o contexto em que se deu o advento do originalismo nos Estados Unidos, é necessário fazer-se uma sucinta digressão histórica sobre o assunto, apontando-se os eventos políticos e judiciais que possibilitaram a evolução da escola de interpretação constitucional objeto deste estudo até o estágio em que se encontra hoje.

Evidentemente, o ponto de partida é a ratificação da Constituição Americana, em 1787, evento histórico que marca o aparecimento do primeiro documento escrito normativo fundante de uma república democrática. A Constituição Americana não é marcante apenas por ter sido o primeiro documento de importância internacional do tipo, mas também por ainda estar em plena vigência até a atualidade quase sem alterações. Lawrence M. Friedman tenta dar uma explicação do motivo da estabilidade e longevidade

---

[10] "*Interpretation differs from construction in that the former "is the act of finding out the true sense of any form of words ; that is, the sense which their author intended to convey; and of enabling oth-ers to derive from them the same idea which the author intended to convey. Construction, on the other hand, is the drawing of con-clusions respecting subjects that lie beyond the direct expressions of the text, from elements known from and given in the text; conclusions which are in the spirit, though not in the letter of the text.*" (COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union**. 2ª ed. Boston: Little, Brown & Company, 1871. p. 38)

dessa lei fundamental:

> A Constituição Federal era incrivelmente flexível, elaborada com grande habilidade política. A principal razão pela qual ela dura tanto tempo é que o país – à parte a crise da Guerra Civil – tem sido marcadamente estável. A primeira revolução foi a última. Mas a própria Constituição merece pelo menos um pouco do crédito. Ela não era muito rígida nem muito flexível. Ela era em essência uma moldura, um esqueleto, um esboço da forma de governo;[11] (tradução livre)

A Constituição Americana é um texto normativo, fundante de uma ordem jurídica nova, que estabelece e organiza o governo e as instituições, determinando em linhas gerais os direitos fundamentais e as liberdades individuais. Nela é definida a divisão de poderes e a sobreposição de sistemas e competências de maneira bem equilibrada, estabelecendo um governo federal relativamente forte.

Todavia, apesar de dispor sobre a estruturação básica do Estado nascente, bem como instituir os direitos e liberdades fundamentais, não há registros de eventuais discussões sobre a técnica de interpretação dos textos constitucionais que deveria ser levada em conta na aplicação dos seus dispositivos. Igualmente, quando da elaboração e aprovação das dez emendas constitucionais que formam o *Bill of Rights,* de 1791, também não é possível localizar um método específico de interpretação estabelecido pelos *Framers*.

Corroborando o que foi dito, assevera Haywood Jefferson Powell:

> Das várias opções hermenêuticas disponíveis nos dias dos constituintes – entre elas a renúncia ao todo da construção – nenhuma corresponde à moderna noção do intencionalismo. Os primeiros intérpretes usualmente aplicavam técnicas padronizadas de construção na leitura da Constituição. (...) A relação do intencionalismo moderno com essa teoria interpretativa antiga é puramente retórica. (...) Este debate não pode ser resolvido... assumindo-se que o moderno intencionalismo era a pressuposição do discurso constitucional americano. Tal assertiva é erro histórico.[12] (tradução livre)

---

[11] "The federal Constitution was marvelously supple, put together with great political skill. The main reason why it has lasted sol ong is that the coutry – aside from the Civil War crisis – has been remarkably stable. The first Revolution was the last. But the COnstitution itself desserves at least a bit of the credit. It was neither too tight nor too loose. It was in essence a frame, a skeleton, na outline of the form of government; (...)" FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of American Law**. 3ª. ed. New York: Touchstone, 2005. p. 73-74.

[12] "*Of the numerous hermeneutical options that were available in the framers' days - among them the renunciation of construction altogether – none corresponds to modern notion of intentionalism. Early interpreters usually applied standard techniques of statutory construction to the Constitution. (...) The*

Em face da omissão legislativa quanto ao método de interpretação constitucional, cedo ou tarde tal problema surgiria perante a Corte Suprema recentemente instalada. Nesse diapasão, Arthur Ferreira Neto corretamente aponta que, sob a presidência de John Marshall, uma série de decisões paradigmáticas, nas quais a autoridade da Constituição e da Suprema Corte foram postas em jogo, fez com que a questão da interpretação dos textos constitucionais viesse à tona. Segundo o autor:

> Foi a partir das decisões proferidas pela Suprema Corte Americana, no período em que presidida pelo *Chief Justice* Marshall, que se começou a questionar acerca da forma como o texto constitucional deveria ser lido. O evento paradigmático desta discussão é o sempre citado caso *Marbury v. Madison* (1803).
>
> A partir desse julgado, restou consagrado o postulado de que a Constituição, sendo a expressão maior da vontade popular, deveria controlar o exercício de poder por parte do Estado. Desta forma, não só se atribuiu força normativa ao texto da Carta Maior, mas também veio a ser-lhe afirmada a supremacia sobre todos os demais atos oriundos do Estado, o que impôs a conclusão de que seus enunciados não poderiam ser tomados como meros conselhos morais às esferas de poder.[13]

De *Marbury v. Madison* (1803) sobrevieram diversas consequências que marcariam a história do controle de constitucionalidade no direito americano para sempre. Em especial, porque por meio dessa decisão a Corte estabeleceu o que é chamado hoje de controle judicial de constitucionalidade das leis (*judicial review*). Todavia, ao contrário do que comumente se pensa, Marshall não inventou o conceito de controle de constitucionalidade.

A ideia de controle de constitucionalidade já existia na tradição jurídica anglo-saxônica. Prova disso é que Alexander Hamilton expôs tal noção no *The Federalist Papers n. 78* (*The Judiciary Department*), de onde provavelmente o *Chief Justice* assimilou e incorporou em suas decisões o indigitado instituto. Alexander Hamilton, usando o pseudônimo *Publius*, assim escreveu:

> A independência completa das cortes de justiça é peculiarmente

---

relationship of modern intentionalism to this early interpretive theory is purely rhetorical. (…) This debate cannot be resolved … by the claim or assumption that modern intentionalism was original presupposition of American constitutional discourse. Such claim is historically mistaken." POWELL, H. Jefferson. **The original understanding of Original Intent**, in: RAKOVE, Jack N. (Org.). **Interpreting the Constitution – The Debate over Original Intent**. 1ª ed. Boston: Northeastern University Press, 1990, pp. 87-88.

[13] FERREIRA NETO, Arthur. **O Originalismo na América**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, n. 4, set. 2014. Disponível em https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/50462, acessado em 03/05/2019.

> essencial em uma constituição limitada. Por constituição limitada, eu entendo aquela que contém certas e especificadas exceções à autoridade legislativa; como, por exemplo, como as que proíbem a aprovação de *bills of attainder* e leis *ex post facto*. Limitações de tais tipos não podem ser respeitadas na prática, salvo através da atividade das cortes de justiça, cuja obrigação deve ser declarar todos os atos contrários ao conteúdo manifesto da Constituição nulos. Sem isso, todas as garantias individuais seriam reduzidas a nada.
>
> A perplexidade de alguns a respeito do poder das cortes de pronunciar a nulidade de atos legislativos, porque contrários à Constituição, surgiu da imaginação de que a doutrina implicaria a superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar a nulidade de atos deve ser necessariamente superior à do órgão emissor dos atos declarados nulos. (...)
>
> Não há posição que seja mais clara do que aquela segundo a qual qualquer ato de uma autoridade delegada, contrário a uma norma constitucional, é nulo. Nenhum ato legislativo, assim, contrário à Constituição, pode ser considerado válido. [14] (tradução livre)

Todavia, não obstante *Marbury v. Madison* tenha entrado para a História como o primeiro caso concreto de controle de constitucionalidade, no qual a força normativa da Constituição foi estabelecida pela Suprema Corte, é importante esclarecer que em outra lide anterior, menos conhecida, a questão foi perfunctoriamente gizada.

Trata-se de *Chisholm v. Georgia*, de 1793, processo no qual a questão principal consistia na possibilidade, ou não, de um Estado da Federação ser processado, na condição de réu, por um cidadão de outro Estado em cortes federais.

Ali a supremacia da Constituição Americana foi afirmada sobre as constituições e leis dos Estados, aos quais foi negada soberania, conforme a seguinte passagem do acórdão:

---

[14] "*The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex-post-facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.*

Some perplexity respecting the rights of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the Constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power. It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessarily be superior to the one whose acts may be declared void. (...).

There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. (...)" (HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist Papers**. New York: Signet Classics, 2003. p. 465)

> Para, portanto, formar uma mais perfeita união, para estabelecer a justiça, para assegurar tranquilidade, para prover a defesa comum e assegurar as bênçãos da liberdade, aquele povo, dentre os quais o povo da Georgia, promulgou e estabeleceu a presente Constituição. (...) O povo dos Estados Unidos não renunciou o soberano poder para aquele Estado, mas, em consonância com os propósitos da União, retiveram-no. De acordo com o propósito da União, assim, a Georgia não é um Estado soberano.[15] (tradução livre)

Ressalte-se, ademais, que o conceito conhecido hoje na doutrina como *power of judicial review* era expresso em outros termos, mais precisamente, como dever judicial (*judicial duty*) de seguir a Lei Maior. *Exempli gratia*, em *McCulloch v. Maryland* (1819) Marshall refere-se ao controle de constitucionalidade como *the painful duty of this tribunal.*[16]

McCulloch v. Maryland é outro processo paradigmático da Suprema Corte Americana, posto que exerceu grande influência no desenvolvimento da teoria do controle judicial de constitucionalidade. Em seu voto no acórdão, o *Chief Justice* Marshall interpretou a Constituição de maneira que implicou um aumento considerável dos poderes do governo federal em face dos Estados Federados.

Como bem apontado por Arthur Ferreira Neto, ali pode ter nascido o germe do ativismo judicial moderno, reconhecendo-se que o caráter mais genérico e abstrato do texto constitucional exigiria métodos de interpretação diferenciados dos comumente utilizados em textos infraconstitucionais:

> Marshall, ali, viu a Constituição como um instrumento afirmativo de princípios gerais e não um catálogo de regras definidas e de aplicação específica. Com isso, pretendeu demonstrar que as técnicas hermenêuticas mais restritivas e semânticas não poderiam se aplicar a este documento de provisões mais amplas. Por isto, o texto da Constituição não poderia receber o mesmo tratamento e a mesma aplicação que outros enunciados normativos.[17]

---

[15] "*In order therefore to form a more perfect union, to establish justice, to ensure domestic tranquillity, to provide for common defence, and to secure the blessings of liberty, those people, among whom were the people of Georgia, ordained and established the present Constitution. (...) "People of the United states," did not surrender the supreme or sovereign power to that state, but, as to the purposes of the Union, retained it to themselves. As to the purposes of the Union, therefore, Georgia is NOT a sovereign state*." (**Chisholm v. Georgia,** (1793). Disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/2/419/, acessado em 04.02.2019)

[16] *McCulloch v. Maryland* (1819), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/ (acessado em 25.01.2020).

[17] FERREIRA NETO, Arthur. *Op. Cit.*

Nessa toada, consigne-se que em *McCulloch v. Maryland* afirmou-se, ainda que indiretamente e de forma inédita, a possibilidade de o sentido do texto constitucional evoluir ao longo do tempo. Nesse julgado, Marshall vislumbrou como necessária a adaptação dos enunciados fundamentais aos novos tempos, a fim de serem atualizados os poderes conferidos ao Estado às necessidades presentes. Neste julgamento, o debate acerca da maneira como a Constituição deveria ser lida e aplicada pelo Poder Judiciário começou a ganhar forma. Marshall, redator do voto vencedor, escreveu:

> Uma constituição, para conter detalhes acurados de todas as subdivisões de poderes governamentais admitidos, e todos os meios que podem ser utilizados para sua execução, deveria possuir a prolixidade de um código legal, e dificilmente seria entendida pela mente humana. Ela provavelmente jamais seria entendida pelo público. Sua natureza, assim, requer que apenas as linhas gerais devem ser definidas, seus objetos importantes definidos, e os ingredientes menores que irão compor esses objetos devem ser deduzidos da própria natureza deles. Que essa ideia foi intentada pelos *Framers* da Constituição Americana não deve ser inferida da natureza dos instrumentos, mas da linguagem.[18] (tradução livre)

Assim, foi em McCulloch v. Maryland que os debates acerca de como a Constituição deveria ser lida e aplicada começou a ganhar realmente importância.

Em *Dred Scott vs. Sandford* (1857)[19], importante pelo apelo da questão racial imanente, uma aparente análise da intenção dos *Framers* é utilizada, ineditamente, para fundamentar a leitura do texto constitucional.

Em breve resumo, o caso surgiu quando Dred Scott e sua esposa, Harriet Scott, ambos negros e escravos, foram transportados por seu proprietário, John Sandford, do Estado de Missouri para uma organização militar do Exército dos Estados Unidos localizada no Estado de Wiscosin, e depois levados para o Estado de Illinois. Estes dois

---

[18] "A Constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. It would probably never be understood by the public. Its nature, therefore, requires that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves. That this idea was entertained by the framers of the American Constitution is not only to be inferred from the nature of the instrument, but from the language." (*McCulloch v. Maryland* (1819), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/ (acessado em 25.01.2020))

[19] *Dred Scott vs. Sandford* (1857), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/ (acessado em 25.01.2020).

últimos Estados eram “territórios livres”, expressão pela qual eram chamados os locais onde a escravidão já havia sido banida.

Dred Scott, então, ajuizou uma ação perante o Poder Judiciário do Estado do Missouri, requerendo a declaração de que sua família estava emancipada, pelo fato de ter transitado por território livre. Inicialmente, Dred Scott venceu o caso, tendo a primeira instância declarado a emancipação em virtude de sua família ter atravessado território livre de escravidão.

Entretanto, a Suprema Corte do Estado de Missouri reverteu a decisão, julgando a pretensão autoral desfavorável. Dred Scott, destarte, acionou seu proprietário em uma corte federal, que tem competência para julgar casos envolvendo cidadãos de Estados diferentes.

Porém, havia uma questão preliminar fulcral para o deslinde da lide. Se Dred Scott fosse considerado cidadão do Estado de Missouri, ele poderia ajuizar ação contra John Sandford no tribunal federal de New York. Se não fosse considerado cidadão, o processo seria extinto sem julgamento de mérito, por incompetência.

O caso chegou à Suprema Corte, na qual se declarou que Dred Scott não era cidadão do Estado de Missouri nem dos Estados Unidos. O *Chief Justice* Taney redigiu o voto vencedor, que é dividido em duas partes. Na primeira, consignou-se que a Corte era incompetente (*lacked jurisdiction*) para o caso, pois o requerente não era possuidor da cidadania referida. Taney baseou sua argumentação na história da escravidão na América, aduzindo que os descendentes de escravos africanos não poderiam jamais tornar-se cidadãos americanos, mesmo que emancipados e tornados cidadãos por uma lei estadual.

Não obstante a declaração de incompetência, que deveria provocar a resolução imediata do caso, o relator prosseguiu no feito e avançou sobre o mérito em questão. Taney achou por bem, com intuito de resolver em definitivo as contendas envolvendo a escravidão no país, que a Corte deveria pronunciar-se sobre a lei federal que declarava alguns locais “territórios livres”, ou seja, lugares onde o escravagismo era totalmente abolido.

A lei federal objeto do *judicial review,* chamada de *Missouri Compromise,* no feito em comento designava certos territórios, incluindo o de Wisconsin, territórios livres (*free soil*). Contudo, a Suprema Corte entendeu, com fulcro no princípio do devido processo legal (*Due Process Clause*), que tal norma violou a Quinta Emenda, a qual

dispõe que *nenhuma pessoa será despida da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal*[20].

Por uma maioria de sete votos a dois, concluiu-se que a *Missouri Compromise* tinha como efeito a emancipação dos escravos que pisassem em um território livre. A Corte, destarte, estabeleceu que essa lei não poderia privar os proprietários de escravos de seus bens sem o devido processo legal, sendo, desta forma, inconstitucional. Segue abaixo trecho do voto vencedor que esclarece o aqui escrito:

> Assim, os direitos de propriedade são ligados aos direitos individuais da pessoa, e postos no mesmo patamar pela Quinta Emenda à Constituição, implicando que nenhuma pessoa será privada da vida, da liberdade e da sua propriedade sem o devido processo legal. E um ato do Congresso que retire de um cidadão dos Estados Unidos a liberdade ou a propriedade simplesmente porque ele próprio entrou com sua propriedade em um dado território dos Estados Unidos, sem ter cometido qualquer ilegalidade, dificilmente poderia ser dignificado com a qualidade de devido processo legal.[21] (tradução livre)

Esse caso, que entrou para o *anticanon* da tradição jurídica americana, ainda é motivo de amplos debates entre detratores e defensores do originalismo. Alguns dos representantes do primeiro grupo, como Edgar Bodenheimer e Haywood Jefferson Powell, referidos por Arthur Ferreira Neto, alegam que uma tendência originalista, de vertente intencionalista, pode ser verificada em *Dred Scott v. Sandford*, isso por conta do trecho do acórdão abaixo:

> **Ninguém, presumo, suporá que qualquer modificação da opinião pública ou dos sentimentos relativamente a essa desventurada raça, nas nações civilizadas da Europa ou neste país, deva induzir esta Corte a dar às palavras da Constituição um sentido mais liberal, a favor deles (os negros) do que se pretendeu tivessem quando esse**

---

[20] **Amendment V (1791)**

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, **nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law**; nor shall private property be taken for public use, without just compensation. (sem grifos no original)
Disponível em https://constitutionus.com/#x5 (acessado em 05.07.2019).

[21] "Thus, the rights of property are united with the rights of person, and placed on the same ground by the fifth amendment to the Constitution, which provides that no person shall be deprived of life, liberty, and property, without due process of law. And an act of Congress which deprives a citizen of the United States of his liberty or property merely because he came himself or brought his property into a particular Territory of the United States, and who had committed no offence against the laws, could hardly be dignified with the name of due process of law." (*Dred Scott vs. Sandford* (1857), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/ (acessado em 25.01.2020))

> **diploma foi plasmado e adotado.** Semelhante argumento seria absolutamente inadmissível em qualquer tribunal chamado a interpretá-la. **Se qualquer das suas disposições for considerada injusta, existe um meio, previsto nela própria, pelo qual ela pode ser emendada; porém, enquanto permanecer inalterada, há de ser interpretada hoje como era entendida ao tempo da sua adoção. Ela não é a mesma apenas nas palavras, é também a mesma na sua significação, e delega os mesmos poderes ao governo, reservando e assegurando ao cidadão os mesmos direitos e privilégios; e, enquanto continuar a existir soa a sua forma atual, ela falará não só pelas mesmas palavras, mas com o mesmo sentido e propósito com que falou ao sair das mãos daqueles que a modelaram e ser votada e aprovada pelo povo dos Estados Unidos da América.** Qualquer outra regra de interpretação tiraria a esta Corte o seu caráter judicial, fazendo dela apenas um reflexo da opinião popular ou da paixão do momento.[22]
>
> (tradução de Arthur Ferreira Neto[23], sem grifos no original)

Esses autores afirmam que foi nesta causa infamante em que, guardadas as devidas proporções, pode-se dizer que nasceu um originalismo incipiente, como técnica de interpretação constitucional, na sua vertente intencionalista. Ressalte-se que o debate jurídico americano em torno da intenção dos constituintes (*Framers*) firmou-se com bastante força pouco tempo depois, durante os embates da Guerra Civil (1861 - 1865). De acordo com a opinião de Haywood Jefferson Powell,

> Quando eclodiu a Guerra Civil Americana, o intencionalismo no senso moderno reinava supremo na retórica da interpretação constitucional. Em sua fala inaugural, Jefferson Davis descreveu a Constituição Confederada como 'a Constituição formada por nossos pais', um documento que diferia de velhos textos instrumentais apenas no sentido de ser explanadora do seu bem conhecido intento.[24] (tradução livre)

---

[22] "No one, we presume, supposes that any change in public opinion or feeling, in relation to this unfortunate race, in the civilized nations of Europe or in this country, should induce the court to give to the words of the Constitution a more liberal construction in their favor than they were intended to bear when the instrument was framed and adopted. Such an argument would be altogether inadmissible in any tribunal called on to interpret it. If any of its provisions are deemed unjust, there is a mode prescribed in the instrument itself by which it may be amended; but while it remains unaltered, it must be construed now as it was understood at the time of its adoption. It is not only the same in words, but the same in meaning, and delegates the same powers to the Government, and reserves and secures the same rights and privileges to the citizen; and as long as it continues to exist in its present form, it speaks not only in the same words, but with the same meaning and intent with which it spoke when it came from the hands of its framers and was voted on and adopted by the people of the United States. Any other rule of construction would abrogate the judicial character of this court, and make it the mere reflex of the popular opinion or passion of the day." (*Idem*)

[23] FERREIRA NETO, Arthur. *Op. Cit.*

[24] *"By the outbreak of the Civil War, Intentionalism in the modern sense reigned supreme in the rhetoric of constitutional interpretation. ln h is inaugural adress, Jefferson Davis described tha Confederate*

Todavia, para Antonin Scalia, que, diga-se de passagem, é totalmente avesso a interpretações que busquem uma intenção subjetiva dos constituintes, em realidade *Dred Scott vs. Sandford* é plasmado por um incipiente ativismo judicial disfarçado de intencionalismo. A decisão da Suprema Corte no caso, repita-se, foi fundamentada no princípio do devido processo legal, no sentido substantivo, esposado pela Emenda Quinta, para declarar a invalidade do *Missouri Compromisse*. Conforme bem lembrado pelo referido Autor, esta foi a primeira vez em que o devido processo legal foi usado no sentido substantivo, *verbis*:

> (...) à Cláusula do Devido Processo Legal, presente nas Emendas Quinta e Décima Quarta da Constituição dos Estados Unidos, as quais dispõem que nenhuma pessoa "será privada da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal". Ela tem sido interpretada para proibir o governo de acabar com certas liberdades além dessas que são especificamente citadas na Constituição, como liberdade de expressão e de religião. (**O primeiro caso da Suprema Corte em que se utilizou a Cláusula do Devido Processo Legal nesse sentido foi, destarte, *Dred Scott* – uma origem indesejável**). **Ora, pode ser ou não ser uma boa coisa garantir liberdades adicionais, mas a Cláusula do Devido Processo Legal, de forma completamente óbvia, não suporta tal interpretação. Pelos seus exatos termos, ela garante apenas processo.**[25] (tradução livre, sem grifos no original)

É deveras interessante essa observação de Antonin Scalia sobre o uso pela Suprema Corte da *Substantive Due Process Clause* para declarar inconstitucional a lei que garantiria a liberdade de Dred Scott. Geralmente, autores que defendem o ativismo judicial e a interpretação alargada do aludido princípio, em sua concepção substantiva, omitem que tal precedente vexaminoso é sua origem.

Nesse caminho, o surgimento do devido processo legal substantivo pode ser identificado com o próprio nascimento do ativismo judicial. Esse *standard* jurídico,

---

constitution as 'the Constitution formed by our fathers,' a document that differed from older instrument's text only 'insofar as it is explanatory of their well-known intent." (POWELL, H. Jefferson. *Idem*, p. 87)

[25] "(...) *to the Due Process Clause found in the Fifth and Fourteenth Amendments of the United States Constitution, which says that no person shall "be deprived of life, liberty, or property without due processo of law." It has been interpreted to prevent the government from taking away certain liberties beyond those, such as freedom of speech and religion, that are specifically named in the Constitution. (The first Supreme Court case to use the Due Process Clause in this fashion was, by the way, Dred Scott – not a desirable parentage.) Well, it may or may not be a good thing to guarantee additional liberties, but the Due Process Clause quite obviously does not bear that interpretation. By its inescapable terms, it guarantees only process*." (SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation – Federal Courts and The Law**. 1ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 24)

principalmente no sistema americano, é o que possibilita que o magistrado deixe de ser "*juiz boca de lei*" e passe a ler o texto normativo da forma que ache mais condizente com os valores que entenda reinantes na sociedade em dada época. Corroborando o aqui dito, Carlos Roberto Siqueira Castro aduz que

> (...) Inaugurava-se, aí, a era do "governo dos Juízes", com os Tribunais assumindo um papel de censor da vida social, política e econômica da nação. O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase "substantiva" na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata a entrada em cena de Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente "substantivo" no seio das instituições governativas.[26]

O originalismo, como movimento acadêmico e jurisprudencial relativamente organizado, constituído em torno de princípios estruturadores e com defensores confessos, apenas surgiu muito tempo depois. Mas, tais eventos relatados neste capítulo formam o espeque histórico de fatos que ensejaram seu aparecimento.

A rigor, como se está vendo, os problemas enfrentados pelo originalismo e pelo que se pode chamar de movimento da Constituição Viva (*Living Constitution*), ou dos não-originalistas, expressão também frequente, existem desde o início da atuação da Suprema Corte como efetiva corte constitucional. Concorda-se aqui com a opinião de Randy Barnett e Evan Bernick de que

> Embora sustentemos que o originalismo seja um método de interpretação tão antigo como a própria Constituição, as raízes do originalismo como uma teoria distinta de interpretação vêm dos anos 1980. Este foi o ano em que o professor da Universidade de Stanford Paul Brest publicou sua clássica crítica ao originalismo, *The Misconceived Quest for Original Understanding*, na *Boston University Law Review.* [27] (tradução livre)

---

[26] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 49.

[27] "Although we maintain that originalism as a method of constitutional interpreta-tion is as old as the Constitution itself, the roots of originalism as a distinctive theory of interpretation can be traced back to 1980. That was the year Stanford law professor Paul Brest published his now-classic critique of originalism, The Misconceived Quest for Original Understanding,19 in the Boston University Law Review." (BARNETT, Randy E; BERNICK, Evan. **The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism**. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 107 Geo. L.J. 1, 2018. Disponível em https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2000 (acessado em 24/01/2020))

Como dito no começo do capítulo, com o desenvolvimento teórico e prático do controle de constitucionalidade das leis cresceu também o poder da Suprema Corte Americana de declarar a nulidade de atos normativos de outros poderes. Mesclado com as questões em torno da interpretação/construção do sentido dos textos constitucionais, no Século XX o ativismo judicial ganhou um extraordinário relevo, calcado em grande parte das vezes no *Substantive Due Process of Law*.

Em 1905, o princípio do devido processo legal no sentido substantivo foi também invocado no conhecido caso *Lochner v. New York* (1905) para que a Suprema Corte invalidasse uma lei que limitava a jornada de trabalho dos padeiros a dez horas diárias, sob o argumento de que a lei privava os cidadãos de sua liberdade de contratar.[28] Esta decisão corrobora o que foi escrito acerca de *Dred Scott v. Sandford*, pois demonstra que a associação que se faz entre ativismo judicial e ideias progressistas, originalismo e conservadorismo, é imprópria.

O ativismo judicial, por intermédio do princípio do devido processo legal substantivo pode servir muito bem de fundamento para a prolação de decisões de cunho conservador. Conforme Oscar Vilhena Vieira,

> *Nesse período, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo. Por essa doutrina, a Corte não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também a sua razoabilidade face aos princípios da constituição. No caso Lochner, a Corte invalida legislação de cunho social, produzida pelo Estado de Nova York, em face de princípios implícitos pretensamente na Constituição.*[29]

Descendo aos detalhes do caso concreto, *Lochner v. New York* (1905) foi ajuizado por Joseph Lochner, um imigrante judeu de origem alemã, proprietário de uma pequena pastelaria localizada na pequena cidade de Utica, do Estado de Nova York. O autor requereu a declaração incidental de inconstitucionalidade da *Bakeshop Act*, lei estadual que proibia que trabalhadores desse ramo laborassem mais de dez horas diárias e sessenta semanais, com base na qual ele foi condenado a pagamento de multa por descumprimento de suas disposições. Alegou-se que a indigitada norma infringia o devido processo legal

---

[28] MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. (Tese de Doutorado). São Paulo, 2011, p. 33.

[29] VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito GV, jul./dez. 2008, p. 443.

insculpido na Décima Quarta Emenda.

Todos os nove ministros da Suprema Corte concordaram que o Estado de Nova York tinha legitimidade constitucional para regular as condições de saúde e segurança de trabalhadores do setor de pastelarias em seu território. Contudo, com relação à limitação máxima das horas de labor, por cinco votos a quatro, o Tribunal decidiu que a lei era inconstitucional e instituía um poder de polícia que ia além do permissivo constitucional.

O *Justice* Rufus W. Peckham foi o redator do voto vencedor, restando decidido que o exercício do poder de polícia por parte do Estado de Nova York, com o intuito de limitar a quantidade de horas de trabalho, era irrazoável e desproporcional, interferindo arbitrariamente na liberdade de contratar, desrespeitando o devido processo legal. Ponha-se em relevo, mais uma vez, que aqui se trata do sentido substantivo do referido princípio. Nesse diapasão, o *Justice* Peckhan consignou no acórdão que:

> Sob essa provisão, nenhum Estado pode privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. O direito de comprar ou vender trabalho é parte da liberdade protegida por esta Emenda, salvo se houver circunstâncias que excluam o direito. (...)
>
> A lei necessariamente interfere no direito de contratar entre empregadores e empregados ao tratar do número de horas em que os últimos podem trabalhar nas pastelarias dos primeiros. O direito geral de elaborar um contrato em relação a seus negócios é parte da liberdade individual protegida pela Décima Quarta Emenda da Constituição Federal. [30] (tradução livre)

No período seguinte, conhecido como Era Warren-Burguer, por causa da presidência dos *Chief Justice Earl Warren* (1954 - 1969) *e Warren E. Burger* (1969 - 1986), o ativismo judicial ganhou especial relevo, mormente a partir da decisão *Brown v. Board of Education* (1954). Neste julgado, superando um precedente dela própria, *Plessy v. Ferguson*, de 1896, a Suprema Corte pôs fim à segregação racial nas escolas.

Antes de comentar-se Brown, é necessário voltar no tempo e fazer uma breve

---

[30] "*Under that provision, no State can deprive any person of life, liberty or property without due process of law. The right to purchase or to sell labor is part of the liberty protected by this amendment unless there are circumstances which exclude the right. (...)*

The statute necessarily interferes with the right of contract between the employer and employes concerning the number of hours in which the latter may labor in the bakery of the employer. The general right to make a contract in relation to his business is part of the liberty of the individual protected by the Fourteenth Amendment of the Federal Constitution." (**Lochner v. New York** (1905), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/ (acessado em 25.01.2020))

explanação de *Plessy v. Ferguson* (1896). O caso refere-se a uma lei do Estado da Louisiana, a qual determinava que todos os trens tivessem acomodações e vagões iguais para brancos e negros, porém separados (doutrina *separate but equal*).

No caso concreto, em 1890, Plessy, descrito pela Corte como mestiço, embarcou em um vagão destinado a brancos. O maquinista ordenou que descesse, o que ele recusou, sendo então preso. Plessy, assim, ajuizou ação contra John H. Ferguson, juiz criminal que lhe condenou.

A Corte declarou a constitucionalidade da lei de Louisiana, sob o argumento de que a separação de raças em vagões era medida que estava de acordo com a razoabilidade, tendo o *Justice* Henry Brown escrito o voto vencedor, onde se consignou:

> Até aqui, então, como um possível conflito com a Décima Quarta Emenda foi alegado, o caso resume-se à questão acerca de avaliar-se se a lei de Louisiana é uma regulação razoável. Na resolução de questões de razoabilidade, é a liberdade de agir com referência aos usos, costumes e tradições do povo estabelecidos que deve ser levada em conta, sem perder de vista a promoção do bem-estar e preservação da paz pública. Medindo-se por esse parâmetro, **não podemos falar que a lei que autoriza ou mesmo requer a separação de duas raças em espaços públicos é irrazoável**, ou mais reprovável em face da Décima Quarta emenda do que os atos do Congresso requerendo escolas separadas para crianças de cor no Distrito de Columbia, cuja constitucionalidade não parece ter sido questionada, nem os atos correspondentes das legislaturas estaduais.
>
> Nós consideramos que a falácia subjacente ao argumento do autor consiste em afirmar-se que a separação das duas raças imprime n raça de cor uma estampa de inferioridade.[31] (tradução livre, sem grifos no original)

Perceba-se que, como acidamente registrou o *Justice* John Marshall Harlan, único

---

[31] "*So far, then, as a conflict with the Fourteenth Amendment is concerned, the case reduces itself to the question whether the statute of Louisiana is a reasonable regulation, and, with respect to this, there must necessarily be a large discretion on the part of the legislature. In determining the question of reasonableness, it is at liberty to act with reference to the established usages, customs, and traditions of the people, and with a view to the promotion of their comfort and the preservation of the public peace and good order. Gauged by this standard, we cannot say that a law which authorizes or even requires the separation of the two races in public conveyances is unreasonable, or more obnoxious to the Fourteenth Amendment than the acts of Congress requiring separate schools for colored children in the District of Columbia, the constitutionality of which does not seem to have been questioned, or the corresponding acts of state legislatures.*

We consider the underlying fallacy of the plaintiff's argument to consist in the assumption that the enforced separation of the two races stamps the colored race with a badge of inferiority." (*Plessy v. Ferguson* (1896), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/ (acessado em 25.01.2020))

voto vencido, o *standard* genérico da razoabilidade foi utilizado pela Suprema Corte, em atitude claramente ativista, para enfraquecimento dos comandos claros das Décima Terceira e Décima Quarta Emendas.

A Décima Terceira Emenda determina que *nem escravidão nem serviço involuntário, exceto como pena de crime onde a parte tenha sido devidamente condenada, devem existir nos Estados Unidos*[32]. Já a Décima Quarta Emenda ordena que

> Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitos destarte à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residam. Nenhum Estado promulgará ou reforçará qualquer lei que possa restringir os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; **Não poderão os Estados despojar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção legal**.[33] (tradução livre, sem grifos no original)

Nota-se que a norma impugnada poderia muito bem ser invalidada com base no trecho acima grifado, que esposa o princípio da igualdade dos cidadãos americanos perante a lei, sem qualquer distinção. O *Justice* Harlan argumentou que "*a separação arbitrária dos cidadãos com base na raça, enquanto estão numa linha férrea pública, é o mesmo que marcar alguém com a insígnia da escravidão"*[34] (tradução livre), pelo que a lei de Louisiana infringiu o princípio da igualdade (*Equal Protection*) insculpido na Décima Terceira Emenda.

Harlan também pontificou que "*a Constituição não permite que qualquer autoridade pública se baseie, para concretização de direitos subjetivos, na raça dos destinatários de tais direitos (...)",* ressaltando também que a lei impugnada ofende a

---

[32] **Amendment 13 (Slavery and Involuntary Servitude)**
"*Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States* (...)" (Disponível em https://constitutionus.com/, acessado em 05.07.2019)

[33] (Amendment 14 - Rights Guaranteed: Privileges and Immunities of Citizenship, Due Process, and Equal Protection)

1: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. Disponível em https://constitutionus.com/ (acessado em 05.07.2019).

[34] *Plessy v. Ferguson* (1896), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/ (acessado em 25.01.2020)

Décima Quarta Emenda, completando que *"a Nossa Constituição é daltônica e não conhece ou tolera classes entre cidadãos (...) em respeito aos direitos civis, todos os cidadãos são iguais perante a lei*" (trechos de tradução livre)[35].

Como bem salientado por Michael Rappaport e John McGinnis, a Suprema Corte falhou em garantir os direitos fundamentais de igualdade albergados pela Constituição, nas Emendas Décima Terceira e Décima Quarta. O próprio direito de contratar foi desprezado pela Corte, que negou às pessoas negras o direito de comprar um assento no trem em vagão destinado a brancos. Veja-se:

> Os fundamentos de *Plessy* permitiram que Estados e localidades estendessem esse regime de *apartheid* a uma variedade importante de serviços contratados. A distorção da Décima Quarta Emenda pela Suprema Corte assim tornou-se um fundamento jurídico para Jim Crow. Ademais, o Congresso jamais usou da prerrogativa da Seção 5 para retificar essa situação até o Século XX. [36] (tradução livre)

A afirmativa da Suprema Corte de que a restrição ao direito de comprar um assento em vagão destinado a raça diferente também se aplicava aos brancos e que, assim, ambas as raças teriam direitos iguais, não é convincente. Parece ficar claro que o Tribunal fez uma leitura mais aberta do que deveria da Constituição, com intuito de declarar a validade de uma lei racista, em clara infringência ao texto da Constituição.

O ativismo judicial foi utilizado nessa decisão para legitimar o racismo estatal vedado pela Carta Magna. Assim é o entendimento de Michael Rappaport e John McGinnis, para quem, se as Emendas Décima Terceira e Décima Quarta tivessem sido interpretadas com observância de seus sentidos originais da época em que foram promulgadas, certamente o desfecho do caso teria sido outro, em especial porque:

> Depois de tudo, o principal propósito da Décima Quarta Emenda era eliminar legislação de castas e promover a ideia de que uma descrição de direitos com base em raça é contra o propósito da referida norma. (...)
>
> Assim, se alguém acredita, como nós, que o tratamento dos afro-americanos permanece como a maior desgraça da história política dos Estados Unidos, **a maior acusação de má interpretação**

---

[35] *Idem.*

[36] "*The reasoning of Plessy permitted states and localities to extend this apartheid regime to a variety of important contractual services. The Supreme Court's distortion of the Fourteenth Amendment thus became a legal foundation for Jim Crow. Moreover, Congress never used its Section 5 authority to rectify this situation until well into the twentieth century*." (RAPPAPORT, Michael B.; McGINNIS, John O. **Originalism and the Good Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 110)

> **constitucional durante essa era não foi que a Corte não corrigiu a Constituição para que ela refletisse um conjunto adicional de direitos de inclusão dos afro-americanos. No lugar disso, a raiz da tragédia é que o governo, a Corte inclusa, frequentemente falhou em respeitar o sentido original das correções implementadas através do processo de emendas.**[37] (tradução livre, sem grifos no original)

Dessa forma, desenhado o contexto em que se estabeleceu o racismo institucionalizado nos Estados Unidos, sob a forma eufemística de uma doutrina chamada de *separate but equal,* reconhecida constitucional pela Suprema Corte*,* passe-se agora ao estudo de *Brown v. Board of Education* (1954). Este é um dos mais conhecidos e comentados casos da Suprema Corte, no qual os efeitos de *Plessy v. Ferguson* foram reparados, proibindo-se a segregação racial nas instituições.

A partir dos anos 1930, a Associação Nacional para o Progresso das Pessoas de Cor, NAACP, sigla em inglês de *National Association for the Advancement of Colored People*, entidade com mais de vinte anos de existência, passou a militar nacionalmente com mais força e legitimidade popular contra a segregação racial. A NAACP iniciou a campanha defendendo que educação oferecida nas escolas destinadas aos estudantes afro-americanos era de qualidade inferior à das escolas de pessoas brancas.[38]

De acordo com o relato de Lee Epstein e Thomas Walk[39], Linda Carol Brown era uma criança negra de oito anos de idade. Ela e a família viviam na cidade de Topeka, Kansas, em meio a uma vizinhança formada por famílias predominantemente brancas. Havia uma escola elementar bem próxima da residência da família, mas que era reservada, conforme os ditames da lei estadual em vigor, a crianças brancas.

---

[37] "*After all, a core purpose of the Fourteenth Amendment was to eliminate cate legislation, and permitting a description of rights in caste teerms is at odds with that purpose. (...)*

Thus, if one believes, asremais the greatest political evil in the we do, that the treatment of African Americans remains the greatest political evil in the history of the US polity, the greates indictment of constitutional interpretation during thi era is not that the Court did not correct the Constitution to reflect some set of additional provisions that the inclusion of African Americans might have prompte. Instead, the root of the tragedy is that the government, including the Court, often failed to esforce the original meaning of the corrections enacted through the amendment process." (*Idem*. pp. 110-111)

[38] BARNETT, Randy E; BLACKMAN, Josh. **An Introduction to Constitutional Law**. New York: Wolters Kluwer, 2020. p. 179.

[39] EPSTEIN, Lee; WALK, Thomas G. **Constitutional Law for a Changing America: A Short Course**. 5ª ed. Thousand Oaks: CQ Press College, 2011. pp. 611-612

Os Brown não queriam matricular Linda na escola da localidade destinada a crianças negras, pois era distante de sua casa e o caminho até tal escola era considerado perigoso. Destarte, ajuizaram a ação que deu origem ao caso perante a Suprema Corte, contra a Secretaria de Educação de Topeka, alegando que a proibição da matrícula de Linda Brown na escola próxima de casa, a qual era reservada para crianças brancas, feria seu direito à *Equal Protection Clause* esposada pela Décima Quarta Emenda.

Em *Brown v. Board of Education* a NAACP questionou a constitucionalidade das leis de segregação racial nos estados de Kansas, South Carolina, Virginia e Delaware. O feito estava previamente pautado para dezembro de 1952, mas os ministros não conseguiram chegar a uma decisão, pelo que o julgamento foi adiado para o ano seguinte.

A decisão que adiou o julgamento acabou por influenciar em seu desfecho. Isso porque o *Chief Justice* de então, Fred Vinson, faleceu em setembro de 1953, tendo o Presidente Dwight Eisenhower nomeado para seu lugar o governador da Califórnia, Earl Warren.

O *Justice* Earl Warren, líder político experiente, conseguiu costurar uma decisão unânime de declaração de inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, com fulcro na igualdade constitucionalmente assegurada (*Equal Protection Clause*) pela Décima Quarta Emenda, sendo também o relator do caso. Não é demais relembrar que esse era um dos principais fundamentos do voto dissidente do *Justice* John Marshall Harlan em *Plessy v. Ferguson.*

Entretanto, em vez de fazer-se justiça a Harlan, que sequer foi citado na decisão, boa parte do acórdão foi redigido com argumentos extrajurídicos, buscando-se aduzir, por exemplo, que os resultados experimentais das modernas ciências sociais e psicológicas demonstraram que a segregação racial pode ser prejudicial à educação das crianças negras.

Tratou-se muito da prejudicialidade da segregação para os infantes negros, uma construção do acórdão com argumentação tipicamente consequencialista, deixando-se a fundamentação propriamente dogmática para a conclusão do voto. Como exemplo, segue parte da decisão que comprova o que foi acima dito:

> Segregação de crianças brancas e de cor em escolas públicas tem um efeito negativo para as crianças de cor. O impacto é maior quando ela é sancionada pela lei, para que a política de separação de raças seja normalmente interpretada de forma a simbolizar a inferioridade da raça negra. Um senso de inferioridade afeta a motivação de uma criança para

> aprender. Segregação com fundamento em lei, assim, tem a tendência de retardar o desenvolvimento mental e educacional das crianças negras e de despi-las de alguns dos benefícios que elas poderiam gozar em um sistema educacional integrado.[40] (tradução livre)

Devido ao amplo uso da argumentação consequencialista, frequente quando os juízes almejam decidir em certo sentido que talvez não encontre muitos fundamentos nas normas postas, *Brown v. Board of Education,* da forma como a decisão foi fundamentada, serviu para mostrar ao público que a Constituição deve ser lida de uma forma mais aberta, condizente com o desenvolvimento atual da sociedade.

E, como seria lógico, o oráculo do sentido atual e necessário da vetusta Constituição é a Suprema Corte. A ideia subjacente era a de que a Constituição é um documento vivo que precisa ser atualizado continuamente pelo Poder Judiciário.

Alexander Bickel[41] aproveitou o desenvolvimento argumentativo de *Brown v. Board of Education* para alegar que o resultado do julgamento é inconciliável com qualquer interpretação tipicamente originalista. Bickel ressalta o fato de a Constituição ter sido elaborada por cidadãos brancos de uma sociedade escravagista, devendo-se concluir que o sentido original querido pelos constituintes era em favor da segregação racial.

Todavia, com explicaram Michael Rappaport e John McGinnis, em trecho supra citado[42] no qual se critica *Plessy v. Ferguson*, o desfecho *Brown v. Board of Education* é perfeitamente compatível com o originalismo. No mesmo sentido é a opinião de Michael W. McConnell, que enuncia, também comentando *Plessy v. Ferguson*:

---

[40] "*Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racial[ly] integrated school system.*" (*Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/ (acessado em 25.01.2020))

[41] BICKEL, Alexander M. **The Original Understanding and the Segregation Decision**. Harvard aw Review, V. 69 november 1955 N. 1. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4958&context=fss_papers (acessado em 03/02/2017).

[42] RAPPAPORT, Michael B.; McGINNIS, John O. **Originalism and the Good Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 110

> Há muitos fatos interessantes no caso, tratado com profundidade em um livro do historiador Charles A. Lofgren. A única questão que irei tratar é se a decisão está de acordo com o sentido original da Décima Quarta Emenda, como revelado nos debates sobre o *1875 Act*. (...)
>
> **A Corte estava errada em estabelecer a discussão em torno da dúvida se Décima Quarta Emenda objetivava promover igualdade social. A questão era se a Emenda toleraria legislação estadual promotora de desigualdade social**. (...)
>
> Como visto, **a maioria do Congresso, nos anos imediatamente seguintes à ratificação da Décima Quarta Emenda**, acreditava que o direito comum já interferia na iniciativa privada em relação às obrigações inerentes aos transportes e acomodações comuns. **Eles assim entendiam que estavam estendendo os mesmos direitos para os cidadãos negros que existiam para os brancos**.[43] (tradução livre, sem grifos no original)

Como visto, Michael W. McConnell encontrou um argumento originalista para defender um resultado diverso em Plessy v. Ferguson, trazendo à baila inclusive registros dos debates no Congresso dos Estados Unidos no século XIX acerca do alcance da Décima Quarta Emenda.

Outrossim, é de bom alvitre trazer novamente à baila a opinião de Michael Rappaport e John McGinnis[44], para quem, se as Emendas Décima Terceira e Décima Quarta tivessem sido interpretadas com observância de seus sentidos originais da época em que foram promulgadas, desde *Plessy v. Ferguson*, certamente nem teria existido *Brown v. Board of Education*. A própria linha argumentativa do único voto dissidente, do *Justice* John Marshall Harlan, em *Plessy v. Ferguson,* é bastante condizente com o argumento originalista.

---

[43] "*There are many interesting features of the case, treated at length in a book by historian Charles A. Lofgren. The only question I will address is whether the decision comports with the original understanding of the Fourteenth Amendment, as revealed in the debates over the 1875 Act. (...)*

The Court was wrong in framing the issue as whether the Fourteenth Amendment would "enforce social... equality. The question was whether the Amendment would tolerate state legislation to enforce social inequality. (...)

As has been seen, the congressional majority in the years immediately following ratification of the Fourteenth Amendment believed that the common law had already interfered with the private market with respect to the duty of common carriage and public accommodation. They therefore understood themselves simply to be extending the same rights to black citizens as already existed for whites." (McCONNELL, Michael W.. **Originalism and the Desegregation Decisions**. 81 Virginia Law Review 947 (1995). Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12624&context=journal_articles (acessado em 03/08/2018))

[44] RAPPAPORT, Michael B.; McGINNIS, John O. *Op. Cit.* p. 110.

Quanto à época da Presidência da Suprema Corte do *Chief Justice* Warren E. Burger, uma decisão polêmica e emblemática que não pode deixar de ser analisada em trabalhos sobre o originalismo é a de *Roe vs. Wade* (1973), na qual foi reconhecido o direito fundamental ao aborto, como projeção do direito à privacidade.

A decisão de *Roe vs. Wade* é considerada uma das mais polêmicas da história da Suprema Corte, ocasião em que o ativismo judicial do tribunal maior talvez tenha alcançado seu ápice, pelo que favoreceu bastante a modelação do contexto político e social que deu ensejo ao surgimento do originalismo como movimento organizado.

É a partir daqui, também, que se observa uma ligação maior no ambiente jurídico americano entre o movimento embrionário de defensores de técnicas originalistas de interpretação e os círculos intelectuais e políticos conservadores. Algum tempo depois, em 1982, surgiu uma das associações políticas mais influentes no direito americano, sendo até hoje a entidade que mais promove o originalismo na doutrina, a saber, a *The Federalist Society,* da qual já fizeram parte Robert Bork e Antonin Scalia, entre outros.

Acerca de *Roe v. Wade*, de uma maneira geral, sabe-se que os Estados Federados, cuja autonomia legislativa é muito mais ampla do que a dos entes federativos no Brasil, têm o poder de legislar sobre direito penal, criando inclusive tipos penais em abstrato. Entretanto, a questão que nesse processo se coloca é a de se perquirir se a proibição do aborto, através da criminalização, está albergada pela competência conferida pela Constituição aos Estados.

A rigor, como nos Estados Unidos a competência residual dos Estados é ampla, a pergunta mais exata seria: a Constituição veda que os Estados proíbam a prática do aborto?

O processo em comento, que chegou até a Suprema Corte pela via ordinária, depois do trâmite normal nas instâncias inferiores, foi ajuizado por Norma McCorvey, utilizando o pseudônimo Jane Roe, trabalhadora de parque de diversões no Estado do Texas, que havia engravidado em decorrência de um alegado estupro em 1969. Ela tentou retirar o feto, mas o pedido foi negado pelo hospital com base em lei estadual de 1857, que criminalizava o aborto, salvo em caso de perigo para a vida da mãe.

Na esfera estadual a autora obteve vitória.

Quando a Suprema Corte concordou em conhecer o caso, ampla parcela da sociedade mobilizou-se, com a participação de diversos grupos sociais, pró-vida e pró-

aborto. O segundo grupo defendia a inconstitucionalidade da lei texana, argumentando basicamente que a Corte deveria seguir o mesmo padrão de *Griswold v. Connecticut* (1965), onde a Corte declarou, com base em um direito constitucional à privacidade não previsto na Constituição mas deduzido da *Due Process Clause*, inválida lei do Estado de Connecticut que proibia casais de usar métodos contraceptivos.

Em *Griswold v. Connecticut* o relator, *Justice* William O. Douglas registrou a famosa passagem acerca das *penumbras* do direito, na qual disse "*algumas garantias específicas inscritas no Bill of Rights possuem penumbras, formada por emanações formadas a partir dessas garantias que ajudam a dar-lhes vida e substância.*". Ele disse mais, adicionando que várias dessas garantias insculpidas nas Emendas Primeira, Terceira, Quarta, Quinta e Nona criaram *zonas de privacidade*[45].

O caso terminou com vitória de Estelle Griswold, diretora executiva da associação civil defensora do direito ao aborto e à contracepção, declarando-se que a lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos violava o direito à privacidade que estava insculpido nas penumbras das garantias estabelecidas pelo *Bill of Rights*.

O grupo pró-vida, em conjunto com o Estado do Texas, sustentava sua posição com base no dever do Estado de garantir o direito à vida aos fetos. Juntou à exordial 24 (vinte e quatro) páginas de fotos de bebês em diversos estágios de desenvolvimento no ventre materno, para ressaltar a humanidade deles e ressaltar o dever do Estado de garantir o direito à vida[46].

O resultado final de *Roe v. Wade* foi de 7 (sete) votos a 2 (dois) pela declaração de inconstitucionalidade da lei texana. O *Justice* Harry Blackmun escreveu o voto vencedor, registrando:

> Este direito à privacidade, se estiver fundamentado no conceito de liberdade individual e nas restrições respectivas à ação estatal inscritas na Décima Quarta Emenda, como nós sentimos que seja, ou, como a corte distrital decidiu, com base nos direitos reservados ao povo na Nona Emenda, é amplo o suficiente para garantir a decisão da mulher de continuar ou interromper sua gravidez.[47] (tradução livre)

---

[45] *Griswold v. Connecticut* (1965), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/. (acessado em 03.02.2020).

[46] EPSTEIN, Lee; WALK, Thomas G. *Op. cit.* p. 498.

[47] "*This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth*

Ao final, a Suprema Corte não adotou a tese autoral das *penumbras*, prevista no precedente *Griswold v. Connecticut*, e fundamentou a decisão realmente no direito à privacidade que seria emanado da *Due Process Clause* da Décima Quarta Emenda. Entretanto, o pedido foi julgado apenas parcialmente procedente, pois o tribunal reconheceu o interesse do Estado de proteger a vida fetal a partir de certo estágio da gravidez.

Porém, seja destacado que a possibilidade conferida pela Corte para que o Estado regule e até proíba o aborto em fase avançada da gravidez não teve como fundamento a proteção da vida do bebê. Atentou-se, tão somente, à segurança e à saúde da mãe, já que as estatísticas mostram que o aborto a partir de estágio avançado de gravidez traz riscos maiores à vida da gestante, *in verbis*:

> O Estado tem um legítimo interesse em regular o aborto, como qualquer outro procedimento médico, o qual deve ser efetuado sob circunstâncias que garantam o máximo de segurança para a paciente. Este interesse, obviamente, estende-se também, pelo menos, sobre a regulamentação das atividades dos médicos e demais profissionais de saúde, das clínicas e hospitais, da disponibilidade de cuidados pós-operatórios e da adequada provisão para complicações e emergências que possam ocorrer. A prevalência de alta taxa de mortalidade em clínicas ilegais aumentam, mais do que diminuem, o interesse do Estado em regular as condições em que o aborto é realizado. Ademais, o risco para a própria saúde da mulher aumenta à medida que a gravidez avança. Assim, o Estado possui definitivamente interesse em proteger a própria saúde e segurança da mulher quando um aborto é levado em consideração em estágio avançado de gravidez.[48] (tradução livre)

A Corte determinou que os direitos ligados ao aborto, bem como a legitimidade dos Estados para a regulamentação dele, mudam ao longo dos nove meses de gravidez. No primeiro semestre, o Estado pode apenas regular a qualificação e a licença dos

---

Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy" (*Roe v. Wade* (1973), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/ (acessado em 25.01.2020))

[48] "*The State has a legitimate interest in seeing to it that abortion, like any other medical procedure, is performed under circumstances that insure maximum safety for the patient. This interest obviously extends at least to the performing physician and his staff, to the facilities involved, to the availability of after-care, and to adequate provision for any complication or emergency that might arise. The prevalence of high mortality rates at illegal "abortion mills" strengthens, rather than weakens, the State's interest in regulating the conditions under which abortions are performed. Moreover, the risk to the woman increases as her pregnancy continues. Thus, the State retains a definite interest in protecting the woman's own health and safety when an abortion is proposed at a late stage of pregnancy*." (*Idem*)

médicos e dos estabelecimentos de saúde que oferecem o serviço de aborto. Nesse período o Estado não pode proibir ou restringir o procedimento com intuito de proteger a vida do feto.

Ao longo do segundo semestre, o Estado poder regular o aborto em temas relativos à saúde maternal. Apenas no terceiro trimestre, após exames comprobatórios de viabilidade fetal, o Estado pode legislar no sentido de proteger a vida do bebê, sendo possível até a proibição total do procedimento neste estágio final de gravidez, salvo se a vida da genitora estiver em risco.

Nessa direção, o *Justice* Harry Blackmun consignou que "*a decisão permite que os Estados sejam livres para aumentar as restrições ao aborto à medida que a gravidez progride, pois tais restrições são reconhecidas como de competência dos referidos entes*"[49].

A lei texana, originalmente, apenas permitia o aborto em situações em que a vida da mãe estivesse em risco, não a saúde, pelo que foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte. Como dito acima, considerou-se que a norma infringia a *Due Process Clause,* claramente em seu sentido substantivo, da Décima Quarta Emenda.

Houve dois votos dissidentes no julgado, dos ministros Byron White e William Rehnquist. O famoso trecho do voto de Byron White, de duras palavras, é deveras importante, pois serve de sinal do perfil do movimento originalista que se seguiria, nos anos seguintes, em reação a *Roe v. Wade*:

> (...) Com todo o respeito, eu discordo. **Eu não consigo encontrar na linguagem ou na história da Constituição nada que possa servir de lastro a essa decisão**. A Corte simplesmente demonstra e anuncia **um novo direito constitucional** para mães grávidas e, sem qualquer razão ou autoridade para isso, investe este direito com substância suficiente para se sobrepor à maioria das leis estaduais sobre o aborto. O resultado final é que as pessoas e as legislaturas dos 50 Estados estão despidas do direito de sopesar a importância relativa da continuidade da existência e do desenvolvimento do feto, de um lado, e o espectro de possíveis impactos na mãe, de outro. Como um exercício grosseiro da atividade judicial, a Corte talvez tenha autoridade para fazer isso hoje em dia; mas, **em minha opinião, esta decisão é um exercício estravagante do poder de controle de constitucionalidade conferido ao tribunal pela**

[49] "*The decision leaves the State free to place increasing restrictions on abortion as the period of pregnancy lengthens, so long as those restrictions are tailored to the recognized state interests*." (*Ibidem*)

Constituição.[50] (tradução livre, sem grifos no original)

Já William Rehnquist, concordando com White, comparou o resultado do caso a *Lochner v. New York*, explicando que

> Como em *Lochner* e outros casos similares, em que se aplicou a cláusula do devido processo legal a leis que dispunham acerca de economia e bem estar social, a adoção do *standard* do interesse estadual obrigatório inevitavelmente implicará a necessidade de esta Corte examinar políticas públicas e a necessidade e adequação destas políticas, decidindo se um dado interesse estadual instituído é ou não "obrigatório". A decisão aqui de interromper a gravidez em três períodos distintos e de estabelecer as restrições permitidas que o Estado pode impor em cada um, por exemplo, denota mais um ato de legislar do Poder Judiciário do que o que foi determinado pela intenção dos constituintes da Décima Quarta Emenda.[51] (tradução livre, sem grifos no original)

Nesse contexto, em reação ao ativismo judicial levado a cabo na Era Warren-Burguer, surgiram severas críticas por parte de alguns juristas norte-americanos, como Raoul Berger, William Rehnquist e Robert Bork, a esse "governo de juízes" num país que tanto preza a vontade popular como fonte do poder. Apareceram diversos movimentos no meio jurídico americano, dentre eles o originalismo, cujo objetivo principal era viabilizar o *judicial restraint*, ou auto-contenção judicial, de modo a preservar a separação de poderes e a legitimidade democrática do Poder Legislativo.[52]

O originalismo, como movimento acadêmico e judicial, começou a ganhar corpo

---

[50] "*With all due respect, I dissent. I find nothing in the language or history of the Constitution to support the Court's judgment. The Court simply fashions and announces a new constitutional right for pregnant mothers and, with scarcely any reason or authority for its action, invests that right with sufficient substance to override most existing state abortion statutes. The upshot is that the people and the legislatures of the 50 States are constitutionally disentitled to weigh the relative importance of the continued existence and development of the fetus, on the one hand, against a spectrum of possible impacts on the mother, on the other hand. As an exercise of raw judicial power, the Court perhaps has authority to do what it does today; but, in my view, its judgment is an improvident and extravagant exercise of the power of judicial review that the Constitution extends to this Court.*" (*Ibidem*)

[51] "*As in Lochner and similar cases applying substantive due process standards to economic and social welfare legislation, the adoption of the compelling state interest standard will inevitably require this Court to examine the legislative policies and pass on the wisdom of these policies in the very process of deciding whether a particular state interest put forward may or may not be "compelling." The decision here to break pregnancy into three distinct terms and to outline the permissible restrictions the State may impose in each one, for example, partakes more of judicial legislation than it does of a determination of the intent of the drafters of the Fourteenth Amendment.*" (*Ibidem*)

[52] MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. (Tese de Doutorado). São Paulo, 2011, pp. 34/35.

a partir da década de 1970, com a publicação dos trabalhos de Robert Bork[53] e Raoul Berger[54] e da atuação de William Rehnquist, nomeado em 07.01.1972 por Richard Nixon, na Suprema Corte. Porém, o termo "originalismo" como identificador desta doutrina interpretativa surgiu pela primeira vez em 1980, em artigo publicado por Paul Brest na Boston University Law Review.[55]

É importante ressaltar que merece ser citada a obra de John Hart Ely, *Democracy and Distrust*[56], de 1980. Neste trabalho, o autor fez uma distinção inovadora entre matéria de substância e matéria de processo passíveis de controle judicial, defendendo que os magistrados não estavam autorizados a adentrar no conteúdo material das decisões substantivas realizadas por aqueles democraticamente investidos de poder para aprovar as leis, mas apenas para revisar a equidade do processo no qual tais leis foram votadas e aprovadas[57].

Em 1985 houve um evento que marcou o meio jurídico americano e que sempre é citado em trabalhos sobre a história do originalismo. Nesse ano, o então Advogado Geral dos Estados Unidos, Edwin Meese III, em discurso proferido diante da Ordem dos Advogados, defendeu enfaticamente que o único guia seguro para os julgamentos da Suprema Corte, analisando a constitucionalidade das leis democraticamente promulgadas, seria aquele que se baseasse em uma "jurisprudência da intenção original"[58]. Em suas próprias palavras,

> Acreditamos que apenas o sentimento em que a Constituição foi aceita e ratificada pela nação, e apenas o sentimento em que leis foram elaboradas e aprovadas provê um sólido fundamento para a atividade judicial. Qualquer outro método sofre do defeito de poluir velhas palavras com sentido novo, criando assim novos poderes e novos

---

[53] BORK, Robert. **Neutral Principles and Some First Amendment Problems**. Indiana Law Journal, v. 47, 1971.

[54] BERGER, Raoul. **Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment**. 2ª ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1997.

[55] BREST, Paul. **The Misconceived Quest for Original Understanding**. Boston University Law Review, vol. 60, n. 2. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/bulr60&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=204, acessado em 05.07.2019.

[56] ELY, John Hart. **Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

[57] FERREIRA NETO, Arthur. *Op. Cit.*

[58] MEESE III, Edwin. **Speech Before the BAR Association**, in: CALABRESI, Steven G. (org.). **Originalism – A Quarter-Century of Debate**. Washington: Regnery, 2007. pp. 47-54.

> direitos inexistentes na lógica de nossa Constituição e no princípio da legalidade ali insculpido.[59] (tradução livre)

O discurso de Edwin Meese III obteve ampla repercussão, pelo que o *Justice* William J. Brennan Jr., em simpósio realizado na Universidade de Georgetown, atacou com veemência a doutrina da intenção original, reputando-a técnica de interpretação totalmente inadequada para a atividade judicial de cortes constitucionais. O ministro defendeu que o intencionalismo, não obstante ter o alegado objetivo de despoliticizar o Poder Judiciário em sua atividade tipicamente judicante, em verdade almejava politizá-la, imprimindo de forma implícita valores políticos não confessados, consubstanciando-se em historicismo simplista:

> (...) Talvez o mais importante, enquanto proponentes deste historicismo simplista justificam-no como uma tentativa de despolitização do judiciário, os fundamentos de tal escolha não passam despercebidos. Uma posição que defende direitos constitucionais apenas se estiverem de acordo com específica posição dos *Framers*, com efeito, presume uma solução textual de ambiguidades que vai de encontro aos próprios direitos constitucionais. Está longe de ser claro que exista algo que justifique tal presunção contra alguma reclamação de direito. Nada intrínseco na natureza da interpretação, se é que existe alguma coisa como a "natureza" da interpretação, determina tal atitude passiva perante a ambiguidade. Esta é uma escolha não menos política do que qualquer outra; ela expressa antipatia pela busca por direitos das minorias contra a maioria. Aqueles que restringem a luta pelos direitos aos valores de 1789 especificamente articulados na Constituição estão cegos para o progresso social e evitam a adaptação abrangente dos princípios para mudanças das circunstâncias sociais.[60] (tradução livre)

---

[59] "*It is our belief that only "the sense in which the Constitution was accepted and ratified by the nation," and only the sense in which laws were drafted and passed provide a solid foundation for adjudication. Any other standard suffers the defect of pouring new meaning into old words, thus creating new powers and new rights totally at odds with the logic of our Constitution and its commitment to the rule of law*." (MEESE III, Edwin. *Idem*. p. 54)

[60] "*Perhaps most importantly, while proponents of this facile historicism justify it as a depoliticization of the judiciary, the political underpinnings of such a choice should not escape notice. A position that upholds constitutional claims only if they were within the specific contemplation of the Framers in effect establishes a presumption of resolving textual ambiguities against the claim of constitutional right. It is far from clear what justifies such a presumption against claims of right. Nothing intrinsic in the nature of interpretation- if there is such a thing as the "nature" of interpretation- commands such a passive approach to ambiguity. This is a choice no less political than any other; it expresses antipathy to claims of the minority rights against the majority. Those who would restrict claims of right to the values of 1789 specifically articulated in the Constitution turn a blind eye to social progress and eschew adaptation of overarching principles to changes of social circumstance.*" (BRENNAN, William J.. **Speech to the Text and Teaching Symposium**, in: CALABRESI, Steven G. (org.). **Originalism – A Quarter-Century of Debate**. Washington: Regnery, 2007. pp. 59.)

Aparentemente, William J. Brennan Jr. comete o mesmo erro, intencional ou não, de outros críticos do originalismo, a saber, confundir interpretação com aplicação do texto.

Aqui se faz necessário abrir parênteses para uma breve exposição sobre a diferenciação entre sentido e aplicação do texto normativo. Veja-se um exemplo bem ilustrativo elaborado por Christopher R. Green[61], acerca da diferença indigitada.

No exemplo, é suposto que em uma mesa há dois garfos, um no canto superior direito e outro no canto inferior esquerdo. Se alguém edita uma norma dizendo "sejam removidos todos os garfos da parte superior da mesa", o garfo do canto superior direito será retirado. Veja-se que a norma tem um significado relativamente claro.

Agora, suponha-se que outra norma seja editada dizendo "sejam removidos todos os garfos do lado direito da mesa". Apesar de ser uma ordem bem diversa, note-se que a consequência, a aplicação da norma, será a mesma: a retirada do garfo do canto superior direito. Ou seja, a referência (aplicação) das duas normas será o mesmo, apesar de o sentido de cada uma ser diferente.

A teoria de Christopher R. Green, na qual se busca diferenciar sentido e aplicação dos textos normativos, como confessado pelo autor, tem como objetivo conciliar o resultado prático de *Brown v. Board of Education* com o originalismo:

> Eu desenvolvo a distinção sentido-referência e seus desdobramentos a partir da filosofia da linguagem para responder a questão sobre o que pode ou não ser alterado na interpretação constitucional após a promulgação da Constituição. Eu sugiro que a referência de uma expressão constitucional pode alterar-se, mas não seu sentido. (...)
>
> Ela oferece um caminho mais promissor do que outras teorias na busca por um suporte normativo à decisão de Brown, que acabou com a segregação racial, [62] (tradução livre)

Voltando-se à linha histórica, em 1986, quando Ronald Reagan presidia os

---

[61] GREEN, Christopher R., **Originalism and the Sense-Reference Distinction**. St. Louis University Law Journal, Vol. 50, 2006. Disponível em https://ssrn.com/abstract=798466, acessado em 18.06.2020.

[62] "*I deploy the sense–reference distinction and its kin from the philosophy of language to answer the question of what in constitutional interpretation should, and should not, be able to change after founders adopt a constitutional provision. I suggest that a constitutional expression's reference, but not its sense, can change. (...)*

It offers a more successful way to give normative support to the desegregation decision in Brown than can these other theories." (*Idem*)

Estados Unidos e o Senado era dominado pelo Partido Republicano, o *Chief Justice* Warren Burger informou à Casa Branca que pretendia se aposentar. O Presidente, que em diversas ocasiões demonstrava ser a favor da auto contenção do Poder Judiciário na interpretação da Carta Magna, aproveitou a ocasião para "promover" William Rehnquist à Presidência da Suprema Corte e indicar outro originalista convicto para a vaga de *Associate Justice*.

O Advogado Geral Edwin Meese III aconselhava o Presidente quanto aos nomes dos candidatos, pelo que Reagan reduziu sua lista para dois juristas, Robert Bork e Antonin Scalia, ambos juízes da Corte de Apelações do Distrito de Columbia (D.C. Circuit). Os dois eram bem conservadores nos costumes, adeptos do originalismo e respeitados no ambiente acadêmico.

Bork era mais proeminente em termos acadêmicos, uma grande influência intelectual da época. Mas, pesou o fato de que Scalia tinha dez anos a menos, pelo que Reagan poderia exercer influência na jurisprudência da Suprema Corte, em tese, por mais tempo.

Também, a vaga seguinte seria provavelmente a de um ministro liberal e a escolha de um conservador provocaria uma inflexão jurisprudencial para a direita na Suprema Corte. Sabia-se que isso poderia originar uma verdadeira guerra para a aprovação no Senado. Ronald Reagan achou por bem, então, reservar o nome considerado mais forte, Robert Bork, para depois. Assim, para a vaga de William Rehnquist, Antonin Scalia foi o escolhido.

Conforme relatado por Lawrence Baum[63], a confirmação de Antonin Scalia para a vaga de *Associate Justice* e de William Rehnquist para *Chief Justice* foi pacífica, por alguns fatores.

Primeiramente, como já explanado, o Presidente dos Estados Unidos detinha, à época, maioria no Senado, o que já seria sinal de grande probabilidade de aprovação.

Segundo, em relação a William Rehnquist, apesar de a ala democrata do Senado ter oposto diversos empecilhos, tentando dificultar a escolha, pesou o fato de que ele que já era ministro da Suprema Corte, sendo, destarte, uma força institucional forte na cúpula dos poderes.

---

[63] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. 11ª ed. Thousand Oaks: CQ Press College, 2012. pp. 44-45.

Quanto a Scalia, como o Partido Democrata e demais grupos de pressão estavam focados em obstar a indicação de Rehnquist a *Chief Justice*, que substituiria um nome considerado liberal, Warren Burger, por ter sido indicado para substituir um nome que era considerado muito conservador, o próprio Rehnquist, não enfrentou resistência.

Outrossim, a minoria do Senado estava consciente de que não tinha cacife político para dificultar duas nomeações. Ao final, ambos foram confirmados, Scalia e Rehnquist.

Nesse contexto, o provável o ponto alto de fervor deste debate público entre originalistas e não-originalistas veio a ocorrer no ano de 1987, quando o Presidente Reagan indicou Robert Bork para ocupar vaga deixada pelo Justice Lewis Powell na Suprema Corte. A situação política aqui era outra e, agora, o Partido Democrata ocupava a maioria das cadeiras no Senado.

Frise-se que a última vez que um candidato para a Suprema Corte não havia sido aprovado pelo Senado fora em 1970, quando os representantes dos Estados se negaram a confirmar o nome de George Harrold Carswell, indicado por Richard Nixon.

Assim, em 1987 aconteceu como previsto por Ronald Reagan e Edwin Meese, surgindo mais uma vaga para a Suprema Corte, a de um ministro liberal, e o processo de aprovação seria uma verdadeira guerra. A previsão estava correta, mas não se imagina que o evento tomaria tamanha proporção.

Em verdade, o que estava em jogo naquele momento era a possibilidade de revisão dos diversos precedentes estabelecidos na era Warren-Burguer. A esfera política estava naquele momento polarizada, ante a possibilidade de desmonte dos direitos civis estabelecidos através de ativismo judicial.

Portanto, era preciso rejeitar Robert Bork, ainda que para isso fosse necessário escrutinar sua vida pessoal e explorar ao máximo aspectos polêmicos de suas ideias. Em obra sucesso de vendas escrita em 1990, após o desenrolar dos eventos, Bork escreveu:

> Minha nomeação era, como tenho dito, apenas uma batalha na duradoura guerra pelo controle da nossa cultura jurídica, que, por outro lado, era parte de uma guerra mais ampla pelo controle da nossa cultura em geral. (...)
>
> A campanha contra a nomeação foi tão grande, variada e generalizada que este relato apenas pode prover uma impressão pelo relato dos

principais acontecimentos.[64] (tradução livre)

A nomeação de Bork foi rejeitada pelo Senado Americano, sob a alegação de ele adotar a postura, na época tomada com exagero e distorção, de que o Juiz deve buscar sempre a intenção original, sob pena de estar atuando como legislador positivo sem qualquer base democrática. Entrementes, conforme visto supra, a *ratio decidendi* foi outra, bem mais ampla, envolvendo aspectos políticos que desbordam da esfera meramente jurídica e hermenêutica.

Robert Bork é o principal nome do originalismo, em sua vertente intencionalista, tendo ficado famoso mundialmente por causa da referida decisão do Senado Americano de rejeitar seu nome. Bork foi um autor muito prolífico, escrevendo vários livros e artigos durante sua vida e participado de diversos debates a palestras por todo o país.

No entanto, para fins arbitrários de simplificação, o principal do seu pensamento em relação à interpretação dos textos constitucionais encontra-se bem exposto nos artigos "*Neutral Principies and some First Amendment Problems*" [65] e "*The Original Understanding*"[66]. No capítulo seguinte, dedicado ao intencionalismo, suas ideias serão retomadas com maior detença.

Para a vaga que Lewis F. Powell, então, após a guerra vencida pelo Partido Democrata, em conjunto com os grupos de pressão de orientação progressista, foi indicado o moderado Antony Kennedy, cuja indicação foi aprovada sem maiores percalços em 18.02.1988.

Em 1991 foi nomeado para a vaga do *Justice* Thurgood Marshall, pelo Presidente George H. W. Bush, o conservador e confesso originalista Clarence Thomas, em processo de aprovação também bastante turbulento. Marshall era liberal, tendo ficado famoso por ter sustentado arguição oral em *Brown v. Board of Education* quando ainda era advogado.

Era prevista outra batalha política, já que mais uma vez se tentaria substituir um

---

[64] "*My nomination was, as I have said, merely one battleground in a* long-running war for control of our general culture. (...) *The campaign against the nomination was so enormous, varied, and widespread that this account can only provide an impression by discussing some of its main features*." (BORK, Robert. **The Tempting of America**. 1ª ed. New York: Touchstone, 1991. pp. 271-288.)

[65] BORK, Robert. **Neutral Principles and Some First Amendment Problems**. Indiana Law Journal, v. 47, 1971.

[66] BORK, Robert. **The Original Understanding**, *in* BRISON, Susan J; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (org). **Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation**. 1ª ed. Berkeley: Westview Press, 1993. pp. 47-67.

ministro liberal, ícone da defesa dos direitos civis, por um conservador e originalista. Todavia, provavelmente em função do trauma nacional ainda recente da rejeição de Robert Bork, Thomas foi aprovado por uma margem apertada de votos, 52 a 46.

Em 31.01.2006 foi nomeado Samuel Alito para a vaga da *Justice* Sandra Day O'Connor, indicado pelo Presidente George W. Bush. Como substituto e substituída são considerados conservadores, e o Partido Republicano detinha maioria no Senado naquele ano, a aprovação deu-se de forma relativamente pacífica.

Dessa forma, a partir daí a composição da Suprema Corte, em termos políticos, guinou um pouco à direita, sendo que quatro de seus componentes, John Roberts, Antonin Scalia, Clarence Thomas e Samuel Alito são adeptos, em medidas diferentes, do originalismo.

Antony Kennedy frequentemente era o voto decisivo (*swing vote*), ora votando com a ala conservadora, ora com a liberal.

Assim, após a nomeação de Alito a orientação hermenêutica da Suprema Corte chegou a um ponto de inflexão, o que ocasionaria, mais cedo ou mais tarde, o reflexo respectivo nas decisões. Destarte, conforme relatado por Cesar Morales, em 2008, no caso *District of Columbia v. Heller*, "*pela primeira vez a Suprema Corte adotou, franca e inequivocamente, a interpretação originalista, ao interpretar a Segunda Emenda segundo seu sentido original"*[67].

No caso em tela, o Distrito de Columbia havia editado uma lei criminalizando a posse de armas. Dick Heller, um cidadão do Distrito de Columbia, trabalhava como policial, portando arma institucional, na segurança de juízes federais. Heller requereu o registro de uma arma para uso pessoal em sua residência, pedido que foi negado pelo Distrito de Columbia, com base na referida lei. Assim, Heller ajuizou ação, que acabou chegando à Suprema Corte, aduzindo a inconstitucionalidade da lei distrital.

A chave para a solução do feito estava na interpretação que a suprema corte deveria dar à expressão "*the right of the people to keep and bear Arms*" (*o direito do povo de possuir e carregar armas*, em tradução livre), inscrita na Segunda Emenda. Antonin Scalia, relator do voto vencedor, deixou registrado que

> A partir de nossa revisão das fontes da época da constituinte,

[67] MORALES, Cesar Mecchi. *Op. Cit.* p. 36-37.

> concluímos que este significado natural era o mesmo que "*carregar armas*" possuía no Século XVIII. Em vários exemplos, "*carregar armas*" era inequivocamente usado para se referir a carregar armas fora de uma milícia organizada.
>
> Os exemplos mais proeminentes são aqueles mais relevantes para a Segunda Emenda: nove constituições estaduais escritas no Século XVIII ou nas duas primeiras décadas do Século XIX, as quais consagram o direito dos cidadãos de "possuírem armas para defesa própria e do Estado" ou "possuírem armas para defesa de si mesmos ou do Estado". Está claro a partir de tais formulações que "possuir armas" não se refere a carregar armas apenas enquanto membro de uma unidade militar organizada.[68] (tradução livre)

Resta claro que a Suprema Corte buscou uma solução originalista para o processo, fundamentando a decisão no sentido que as palavras da expressão "*the right of the people to keep and bear Arms*" possuíam à época em que foram escritas.

Após fazer história na Suprema Corte, por suas posições polêmicas e de cunho originalista-textualista, Antonin Scalia faleceu abruptamente em fevereiro de 2016, tendo sido substituído pelo também originalista Neil Gorsuch, por indicação do Presidente Donald Trump.

Atualmente, a composição da Corte encontra-se em relativo equilíbrio politico, havendo quatro ministros confessadamente conservadores e originalistas e quatro liberais, não-originalistas. O fiel da balança é o *Chief Justice* John Roberts, presidente do tribunal, que frequentemente vota com os originalistas, mas que vez ou outra apoia a ala liberal.

Compõem o grupo dos conservadores originalistas os *Justices* Clarence Thomas, Samuel Alito, Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh, o último aprovado em outubro de 2018 para o lugar de Anthony Kennedy, que se aposentou. Da corrente liberal e não-originalista fazem parte Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan.

Existe uma forte expectativa em torno de eventual substituição de Ruth Bader Ginsburg, visto que a mesma está com 86 anos e com uma certa frequência, ultimamente,

---

[68] "*From our review of founding-era sources, we conclude that this natural meaning was also the meaning that "bear arms" had in the 18th century. In numerous instances, "bear arms" was unambiguously used to refer to the carrying of weapons outside of an organized militia.*

The most prominent examples are those most relevant to the Second Amendment: Nine state constitutional provisions written in the 18th century or the first two decades of the 19th, which enshrined a right of citizens to "bear arms in defense of themselves and the state" or "bear arms in defense of himself and the state." [Footnote 8] It is clear from those formulations that "bear arms" did not refer only to carrying a weapon in an organized military unit." (**District of Columbia v. Heller** (2008), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/554/570/, acessado em 01.03.2020)

não comparece aos julgamentos por problemas de saúde. Ademais, a ministra, indicada pelo Presidente Bill Clinton em 1993, é uma das mais combativas juízas da ala liberal, sendo considerada uma proeminente defensora de uma interpretação aberta da Constituição que favoreça o avanço dos direitos das minorias.

Então, caso ela venha a ser substituída por algum jurista originalista e conservador, espera-se que ocorra na prática uma revolução na jurisprudência da Suprema Corte. Clarence Thomas vem emitindo opiniões urgindo para que o tribunal revise *Roe v. Wade*[69], antecipando um debate que tomará proporções descomunais caso a vedação aos Estados para restringir o aborto venha a ser retomada.

Feito este breve escorço histórico de alguns dos principais fatos que marcaram o advento do originalismo nos Estados Unidos, tem-se como preparado o caminho para o debate do tema. No ambiente acadêmico e judicial americano hodierno, o originalismo é compreendido como um importante movimento que divide opiniões apaixonadas, tanto de apoio quanto de oposição.

Como já visto, o próprio originalismo não é um conjunto de ideias uniformes. Há várias correntes internas, sendo as duas principais, que serão abordadas nos capítulos que seguem, o *intencionalismo* e o *textualismo*.

---

[69] Vide https://edition.cnn.com/2019/06/28/politics/supreme-court-alabama-abortion-clarence-thomas/index.html, acessado em 02.03.2020.

3. INTENCIONALISMO

Como estudado anteriormente, as questões acerca do sentido original do texto da constituição americana existem desde os primórdios da atuação da Suprema Corte em sua tarefa de controle de constitucionalidade. Entretanto, o originalismo propriamente dito, enquanto movimento teórico um pouco mais sistematizado, somente veio a lume entre os anos 60 e 70 do Século XX.

O foco do originalismo incipiente era a busca pelo sentido do texto constitucional segundo as intenções dos *Framers* e, indubitavelmente, Raoul Berger e Robert Bork foram os intelectuais pioneiros nesta seara.

O último, devido ao volume, à profundidade e à influência no meio acadêmico de sua obra, é considerado praticamente o pai do originalismo.

Todavia, Raoul Berger foi sem dúvidas o primeiro jurista reconhecido no meio acadêmico a tratar do tema com profundidade, abrindo caminho para o movimento originalista com seus trabalhos elaborados em reação às decisões ativistas prolatadas pela Suprema Corte durante e após o *New Deal*. Assim, começa-se o estudo do capítulo por este autor.

3.1. RAOUL BERGER

Ao longo de sua carreira, Raoul Berger produziu uma grande quantidade de escritos. Russo de nascimento, abandonou a carreira de violonista para abraçar o direito, tendo sido advogado famoso e professor das universidades de Berkeley e Harvard. Em 1997 escreveu seu último artigo[70], falecendo no ano 2000, aos 99 anos.

Raoul Berger, ao longo de sua carreira, consolidou a ideia de que uma interpretação constitucional baseada nas intenções originais é uma continuação do Estado de Direito e da separação dos poderes instituída pelos *Founders*[71]. Ele enxergava a Constituição de uma forma tradicional, como uma lei, mas uma lei fundamental, de importância e hierarquia superiores às das demais normas.

---

[70] BERGER, Raoul. **Reflections on Constitutional Interpretation**. Brigham Young University Law Review, 517, 1997.

[71] Expressão usada normalmente nos Estados Unidos em relação aos primeiros constituintes, que também participaram da Declaração de Independência.

E, para Berger, textos legais devem ser interpretados levando-se em conta as intenções do legislador, aplicando-se os métodos e convenções estabelecidos pacificamente ao longo dos séculos na tradição da *common law,* fazendo-se amplo uso da pesquisa histórica. O significado de tais textos não deve variar em resposta a eventuais necessidades históricas ou sociais.[72]

Como um positivista convicto, Raoul Berger via os direitos humanos e o direito natural como imprecisos, como instrumentos de manipulação pela Suprema Corte do primeiro quartel do Século XX para implementar sua ideologia conservadora contra leis progressistas promulgadas legitimamente[73]. Ressalte-se aqui que o primeiro acadêmico originalista era de esquerda em suas posições políticas, tendo adquirido tais ideias através de sua busca por uma teoria que servisse de esteio para uma crítica sólida à atuação ativista da Suprema Corte contra diversas leis promulgadas na época de Franklin Delano Roosevelt.

Como visto no primeiro capítulo, em comentário sobre *Lochner v. New York*, o ativismo judicial não é um movimento intrinsecamente progressista ou liberal. Ele pode ser utilizado também para a consecução de uma agenda conservadora ou reacionária.

E repita-se, foi a atuação ativista conservadora da Suprema Corte antes e durante a época do *New Deal* que levou Raoul Berger, um jurista de orientação política liberal (no sentido americano), a tornar-se positivista e originalista. Entretanto, era um homem coerente.

Mesmo sendo favorável, no mérito, às decisões de caráter liberal prolatadas pela Suprema Corte quando era presidida por Earl Warren, a partir de 1953, empreendeu duras críticas ao ativismo judicial, que alargava por demais o sentido da Décima Quarta Emenda. Veja-se:

> A própria Corte repudiava seu uso antigo dos "vagos contornos" da cláusula do Devido Processo Legal para anular leis que a maioria da Corte acreditava serem economicamente irrazoáveis. Mas, o tribunal continua a frustrar a vontade do povo quando considera escolhas sociais dele inadequadas.
>
> (...)
>
> Mas a Corte "reconstruída", como será demonstrado, estava pouco

[72] BERGER, Raoul. **The Constitution and the Rule of Law**. Western New England Law Review 1, 1978, pp. 261-275.

[73] *Idem.*

> constrangida pelos pressupostos e intenções dos *Framers*. Sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, esta revolução judicial resultou em usurpação dos poderes governamentais gerais ao pretexto de que sua autoridade derivava da Décima Quarta Emenda.[74] (tradução livre)

Berger raciocinava por meio de um estilo formal: a intenção original do legislador, imutável, uma vez identificada, estabelecia a premissa maior, como na lógica clássica. Esse método de trabalho formalista levou-o a concluir que as Cortes Warren e Burger, assim como as anteriores ao New Deal, sob a presidência de William H. Taft (1921-1930) e Charles E. Hughes (1930-1941), superaram as limitações constitucionais, em seus sentidos originais, com fulcro apenas em suas próprias convicções morais[75].

Berger sempre se identificou como de esquerda, mas rejeitava a insistência dos colegas juristas liberais que defendiam o ativismo judicial da Suprema Corte, nos anos 1960, em favor de uma agenda progressista. Defendia o originalismo como método fundamental de interpretação constitucional, embora o termo sequer houvesse sido talhado naquele tempo.

Conforme visto no capítulo 2, o vocábulo "originalismo" como identificador desta doutrina surgiu pela primeira vez em 1980, em artigo de Paul Brest[76].

O originalismo de Raoul Berger era marcado pelo enfoque no método de pesquisa histórica, defendendo o princípio majoritário como limitador da legitimidade do controle de constitucionalidade.

O Poder Judiciário, no exercício da função de controle de constitucionalidade, é naturalmente contramajoritário. Todavia, como defendia Alexander Bickel desde o final dos anos 1950, tal poder, exercido não raras vezes sem moderação, tende a enfraquecer a

---

[74] *"(...) The Court itself has repudiated its "use of the 'vague contours' of the Due Process Clause to nullify laws which a majority of the Court believed to be economically unwise. " But it continues to frustrate the will of the people when it considers their social choices unwise.*

(...)
But the "reconstructed" Court, as will appear,was little impeded by the presuppositions and intentions of the Framers. Under the leadership of Chief Justice Warren, this judicial Revolution resulted in "usurpation of general governmental powers on the pretex tthat its authority derives from the Fourteenth Amendment." (BERGER, Raoul. **The Activist Legacy of the New Deal Court**. Washington Law Review 751, 1984. Disponível em https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol59/iss4/4. (acessado em 03.03.2020)).

[75] *Idem.*

[76] BREST, Paul. *Op. Cit.*

democracia:

> Além de ser um modo de controle contramajoritário sobre os poderes legislativo e executivo, o controle de constitucionalidade pode, em sentido largo, ter uma tendência séria ao longo do tempo de enfraquecer o processo democrático. O controle de constitucionalidade expressa, obviamente, uma forma de desconfiança em relação ao poder legislativo.[77] (tradução livre)

Em seus trabalhos, Berger utiliza-se da pesquisa histórica, examinando as atas constituintes e citando diversos intelectuais do Século XVII e XVIII para comprovar a intenção dos *Framers* quando da elaboração de diversos dispositivos da Constituição. Vide como exemplo a seguinte passagem de seu livro mais conhecido, no qual procurou provar que a intenção do legislador constituinte era de que, em caso de colisão de direitos fundamentais, o direito de propriedade tinha uma importância maior do que as chamadas liberdades civis:

> A História revela que a propriedade era mais valorizada pelos *Founders* do que as liberdades civis. O mais importante fim dos homens, escreveu Locke, em aceitar a subordinação a um governo é a preservação da propriedade. Para os *Founders* a propriedade era a liberdade básica, porque até que a propriedade de um homem esteja segura, protegida de apreensão ou esbulho arbitrário, vida e liberdade pouco significam. Assim, eles endossaram firmemente a convicção de John Adams, para quem a propriedade é tão sagrada quanto as leis de Deus. Tal visão foi exposta na Convenção por Madison: "Os objetivos primários da sociedade civil são a segurança da propriedade e a segurança pública".[78] (tradução livre)

Berger já se valia da pesquisa histórica desde o começo de sua carreira acadêmica,

---

[77] "*Besides being a conter-majoritarian check on the legislature and the executive, judicial review may, in a large sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process. Judicial review express, of course, a form of distrust of the legislature*." (BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 21)

[78] *"History reveals that property actually was more highly prized by the Founders than "civil liberties." "The great and chief end ... of men," Locke wrote, in "putting themselves under government, is the preservation of their property." For the Founders property "was the basic liberty, because until a man was secure in his property, until it was protected from arbitrary seizure, life and liberty could mean little. "Hence they "warmly endorsed John Adams' deep-seated conviction that 'property is as sacred as the laws of God'; and such views were expressed in the Convention by Madison: "The primary objects of civil society are in the security of property and the public safety. "*" (BERGER, Raoul. **Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment**. 2ª ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1997. p. 288)

como, *verbi gratia*, em um artigo[79] de 1942 no qual citou evidências históricas para aduzir que o resultado de *Bridges v. California* (1941) deveu-se mais às inclinações políticas dos ministros do que do significado original da Constituição. Neste trabalho ele pergunta:

> (...) podem os liberais, após criticarem a tendência da corte pré-reconstruída de ler a doutrina *laissez-faire* na Constituição, defender um método de interpretação que foi, durante uma geração, utilizado para bloquear avanços sociais na legislação, evitar que seja usado com esse desiderato novamente?[80] (tradução livre)

A lição que Raoul Berger aprendeu dos anos 1930, e que nunca mais esqueceu, foi a de que a predominância do Poder Judiciário, em dados momentos históricos, estava invariavelmente ligada ao distanciamento das cortes das intenções originais dos *Framers* na sua atividade judicante.[81]

Ademais, o originalismo de Raoul Berger não era simplesmente antijudicial. Por exemplo, em 1969, época em que a Suprema Corte estava sob severo ataque por parte de políticos e juristas conservadores, no livro *Congress v. The Supreme Court* ele alega que o controle de constitucionalidade estava previsto originariamente nas intenções dos *Framers*, mas que o poder do Congresso de revogar decisões judiciais com fulcro no Artigo III, seção 2, da Constituição, não estava[82].

Na obra referida, Berger fez um exaustivo estudo dos documentos e atas da Convenção de Filadélfia para demonstrar que os *Framers* tinham a intenção de que as cortes federais seriam competentes para a análise da constitucionalidade das leis, mesmo sem previsão expressa na Constituição. Ele defendia:

> Meus próprios estudos, estabelecidos no livro *Congress v. The Supreme Court (1969)*, convenceram-me de que o controle de constitucionalidade foi contemplado e provido pelos *Framers*, embora

---

[79] BERGER, Raoul. **Constructive Contempt: A Post Mortem**. University of Chicago Law Review 9, 1942. pp. 602-642. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol9/iss4/5/. (Acessado em 05.03.2020)

[80] *"(...) can the liberals, aftersteadily criticizing the tendency of the pre-reconstructed court to read aissez-faire into the Constitution, afford to sanctify by their own example an interpretive approach which for a generation was employed to block social legislation and may once again be turned against themselves?"* (*Idem*)

[81] BERGER, Raoul. **Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment**. 2ª ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1997. p. 103.

[82] BERGER, Raoul. **Congress v. The Supreme Court.** Cambridge: Harvard University Press, 1969. p.279.

> limitado em matéria estritamente política.
>
> (...)
>
> Se um juiz é obrigado a cumprir uma lei em decorrência da Constituição, isto é, consistente com a Lei Maior, isso implica que ele não está obrigado por uma lei inconsistente. [83] (tradução livre)

Utilizando-se de métodos de trabalhos próprios dos historiadores, Berger, levando em conta o caráter de ato público das leis, em verdade, evitava fazer uso de argumentos referentes às intenções privadas dos legisladores e demais atores públicos da época. Ele construiu sua tese sobre o controle de constitucionalidade com base no que os *Framers* diziam em público quando dos debates legislativos.[84]

Vê-se aqui que a distância entre o intencionalismo (*original intentions*) e o textualismo (*original public meaning*) não é assim tão grande. Como será trabalhado mais adiante, o segundo movimento é uma evolução do primeiro em termos de rigor metodológico na busca do sentido original e objetivo da norma, sem referências a intenções do emissor.

Voltando ao tema do controle de constitucionalidade na visão de Berger, relativamente ao tema da cláusula de exceção (Artigo III, seção 2, da Constituição Americana), o autor adotara a posição de defesa da autocontenção judicial, no sentido mais processual, sob a influência de Henry Hart. De acordo com Johnathan O'Neil,

> Essas conclusões históricas têm implicações para o florescente debate sobre a legitimidade do controle judicial durante a era Warren-Burger. Da parte dele, Berger pensou que sua evidência era suportada pela posição de Henry Hart, um conhecido jurista defensor da autocontenção processual. De acordo com a teoria influente de Hart, a cláusula de exceção não poderia ser legitimamente usada para destruir a função essencial da Suprema Corte no plano constitucional, entendido como a proteção da vida, da liberdade e da propriedade das maiorias legislativas, através do devido processo legal. Berger concordava com

---

[83] *"My own studies, set forth in Congress v. The Supreme Court (i969), convinced me that judicial review was contemplated and provided for by the Framers, albeit limited to policing constitutional boundaries and divorced from participation in policyrnaking.*

(...)

If a judge is "bound" only by a law "in pursuance" of the Constitution, that is, consistent therewith, by necessary implication he is not bound by an inconsistent law."
(BERGER, Raoul. **Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment**. 2ª ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1997. p. 372-373).

[84] BERGER, Raoul. **Congress v. The Supreme Court.** Cambridge: Harvard University Press, 1969. p. 114.

> Hart que um poder ilimitado de regular a jurisdição, que o texto isolado da cláusula de exceção dá a entender existir, poderia de fato abolir o controle de constitucionalidade das leis inconstitucionais.[85] (tradução livre)

Influenciado por Hart, Berger defendia uma relativa supremacia judicial, em função da legitimidade do controle de constitucionalidade das normas expedidas pelos demais poderes, desde que limitada por uma metodologia de autocontenção processual e rejeitando o uso dessa supremacia para a promoção de uma "constituição viva". Ele combatia a ideia de que o significado da constituição é criado pela atividade interpretativa ou que consequências úteis da atividade jurisdicional pudessem, por si sós, legitimar decisões do Poder Judiciário que transbordem de sua atribuição original.[86]

Berger insiste neste argumento dizendo que os *Founders* entendiam a constituição como a lei fundamental que retirava sua força impositiva da soberania popular[87]. Isso estabelecia uma diferença crucial entre interpretação judicial e política partidária[88].

Ademais, ele rejeitava radicalmente a ideia defendida por Bruce Ackerman de que a Suprema Corte poderia ter um papel de educador da opinião pública ou de consciência nacional, com poderes de liderar o país na resolução dos problemas nacionais:

> Apesar de não ser papel da Corte fazer política, ativistas saudam-na como a "consciência do país". Para Bruce Ackerman, a "real significância" de *Brown v. Board of Education* repousa na "coragem da corte em confrontar os americanos modernos com uma agenda política e moral para os salvar deles mesmos". Isso não era apenas um chamado, mas uma decisão vinculante, a despeito de os cidadãos não demandarem uma "mudança fundamental em nossa lei fundamental". Ackerman lembra-nos Robespierre: "Se os franceses não forem livres e virtuosos voluntariamente, então deveríamos forçá-los a serem livres e empurrar-

---

[85] "*These historical conclusions had implications for the burgeoning Warren Court-era debate about the legitimate scope of judicial power. For his part, Berger thought his evidence supported the position of Henry Hart, a noted process-restraint scholar. According to Hart's influential theory, the exceptions clause could not legitimately be used to "destroy the essential role of the Supreme preme Court in the constitutional plan," understood as the protection from legislative majorities of life, liberty, and property through due process of law. Berger agreed with Hart that a plenary power to regulate jurisdiction, which the text of the exceptions clause alone seemed to allow, would in fact defeat judicial review as a check against unconstitutional legislation*." (O'NEILL, Johnathan. **Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press. Edição Eletrônica.)

[86] BERGER, Raoul. **Congress v. The Supreme Court.** Cambridge: Harvard University Press, 1969. pp. 188-196.

[87] *Idem*. p. 204.

[88] *Ibidem*.

> lhes a virtude garganta abaixo".[89] (tradução livre)

No mesmo sentido é sua advertência contra Paul Brest:

> Por que os próprios "princípios" da Corte são mais vinculantes do que os dos *Framers*? Se se está no nível de "valores" e "morais", Brest dificilmente consegue substituir os seus próprios pelos da Corte depois de sustentar sua "competência" especial para assentar valores fundamentais. Ele poderia submeter sua moralidade ao teste de constitucionalidade quando é a Corte que é alegadamente a guardiã da "consciência nacional".[90] (tradução livre)

Nesse diapasão, a ideia de Berger vai ao encontro da regra do erro claro (*rule of the clear mistake)*, de James Bradley Thayer, segundo a qual a Suprema Corte deveria sempre pressupor a constitucionalidade de toda norma editada pelo Poder Legislativo, em respeito ao princípio majoritário, salvo se a infringência à constituição seja praticamente indiscutível. Neste sentido, Steven G. Calabresi, para quem tal regra surgiu juntamente com o próprio direito constitucional americano, enquanto campo de estudos afirma que:

> O Direito Constitucional moderno nasceu nos Estados Unidos com a publicação, em 1893, do livro *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, de James Bradley Thayer. Em sua obra famosa, o professor Thayer defende a *regra do erro claro* nos casos envolvendo separação horizontal dos poderes, sob a qual a Suprema Corte deveria derrogar um ato normativo do Congresso ou do Presidente apenas se a norma for tão irracional que reste claro que a esfera política cometeu um erro cristalino.[91] (tradução livre)

---

[89] "*Despite the Court's exclusion from policymaking, activists hail it as "conscience to the country. "6 For Bruce Ackerman, the "real significance" of Brown v. Board of Education lies in "the Court's courage in confronting modern Americans with a moral and political agenda that calls upon them to heed the voices of their better selves". This was not a mere "call" but a binding decision, notwithstanding that the citizenry did not demand "a fundamental change in our fundamental law." Ackerman reminds us of Robespierre: "If Frenchmen would not be free and virtuous voluntarily, then he would force them to be free and cram virtue down their throats*." (BERGER, Raoul. **Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment**. 2ª ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1997. p. 333)

[90] "*Why are the Court's own "principles" more "binding" than those of the Framers? If it be on the ground of "values" or "morals," Brest can hardly substitute his own for those of the Court after maintaining its special "competence" to ascertain fundamental values. He would make his morals the test of constitutionality when it is the Court that is allegedly keeper of the"national conscience*"." (BERGER, Raoul. **Paul Brest's Brief for an Imperial Judiciary**. Maryland Law Review, v. 40, 1981. Disponível em https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2437&context=mlr, acessado em 01.08.2020)

[91] "*Modern constitutional law began in the United States with the publication, in 1893, of James Bradley Thayer's The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law.1 In this famous book, Professor Thayer argues for a rule of clear mistake in horizontal separation of powers cases, under which the Supreme Court ought to strike down an act of Congress or of the President only if it is so irrational*

Com efeito, James Bradley Thayer é a prova de que várias das questões objeto de estudo e debate dos originalistas, com a necessidade de autocontenção judicial, transpassam o debate jurídico americano desde os primórdios da república. Veja-se o que o indigitado autor escreveu já em 1893:

> O último árbitro do que é racional e permitido é em verdade o judiciário, já que as lides levam as questões diante dele. Isto faz com que nossas cortes possuam um grande e imponente poder de julgar. (...) Eles não devem assumir os passos do legislador, nem esquecer a dica de um bispo inglês, de aproximadamente dois séculos atrás, citada por Holmes:
>
> "Qualquer um que possua uma autoridade absoluta para interpretar leis escritas ou faladas é o verdadeiro legislador, para todos os intentos e propósitos, e não a pessoa que primeiro as promulgou."[92] (tradução livre)

Repise-se, a *regra do erro claro* (*rule of the clear mistake*), de James Bradley Thayer, defendida vigorosamente por Berger, consiste em definir-se que os tribunais devem presumir constitucionais as leis, salvo se a violação à constituição não comporte interpretação contrária, em respeito ao princípio majoritário[93]. Como dito acima, este era seu ponto de vista desde a época antes e durante o *New Deal*, em que a Suprema Corte utilizava o ativismo judicial para derrubar leis e atos do Presidente tidos como excessivamente progressistas.

Na Suprema Corte, o *Justice* Louis Brandeis, na primeira metade do Século XX, era notável por adotar radicalmente a posição de Thayer, tendo consignado no seu voto em *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* (1936) que

> (...) os tribunais deveriam, no exercício de sua atividade, rejeitar uma arguição a menos que a invalidade seja clara. Isso deveria ser visto como um corolário da presunção, estabelecida há muito tempo, em

---

that the political branch has made a clear mistake." (CALABRESI, Steven G. **Originalism and James Bradley Thayer**. Northwestern University Law Review, v. 113, n. 6, 2019. p. 1420)

[92] "*The ultimate arbiter of what is rational and permisible is indeed always the courts, so far as litigated cases bring the question before them. This leaves to our courts a great and stately jurisdition. (...) They must not step into the shoes of the law-maker, or be unmindful of the hint that is found in the sagacious remark of na English bishop nearly two centuries ago, quoted lately from Mr. Justice Holmes:*

'Whoever hath na absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the lawgiver, to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them.'" (THAYER, James Bradley. **Legal Essays**. Boston: The Boston Book Company, 1908. pp. 32-33.)

[93] O'NEILL, Johnathan. *op. cit*.

favor da constitucionalidade de uma lei.[94] (tradução livre)

Entretanto, a partir da década de 1950, com uma composição mais liberal, a Suprema Corte continuou em sua saga ativista, mas dessa vez em sentido contrário, com objetivo de imprimir uma agenda progressista ao país.

Nesse tempo, Berger escreveu grande parte de sua obra contra o ativismo judicial, indo de encontro ao posicionamento dos juristas liberais, que andavam empolgados com as conquistas da Corte Warren. Repita-se, Berger era politicamente liberal, mas coerente em suas posições quanto à interpretação constitucional.

Todavia, foi a partir dos anos 1970 que Berger ganhou fama nacional. Alguns artigos[95] e um livro[96] foram obras de cabeceira de congressistas no processo de impeachment de Richard Nixon, que culminou em sua renúncia. Isso fez com que ele ganhasse o *status* de referência jurídica para os oponentes políticos do Presidente.

Vários membros e assessores do Comitê Judiciário da Casa dos Representantes faziam menção constantemente às obras de Berger na condução de seus trabalhos. As críticas de Berger à *executive privilege* (prerrogativa executiva[97]) foram matéria de capa de diversos veículos de comunicação de massa, como *New York Times* e *Atlantic Monthly*.

É memorável seu discurso na Organização dos Historiadores Americanos, onde ele expôs sua metodologia originalista e argumentou que a Suprema Corte incorria em erro ao reconhecer a *executive privilege*.[98]

Em poucas palavras, pode-se dizer que a *executive privilege* é o direito que o Presidente dos Estados Unidos e seus Secretários têm de manter sigilo das comunicações, mesmo ante os demais poderes, desde que as informações veiculadas possam pôr em risco

---

[94] *"(...) courts should, in the exercise of their discretion, refuse an injunction unless the alleged invalidity is clear. This would seem to follow as a corollary of the long established presumption in favor of the constitutionality of a statute.*" (Ashwander v. Tennessee Valley Authority (1936), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/288/, acessado em 01.03.2020)

[95] Por exemplo, BERGER, Raoul. **The President, Congress, and the Courts**. Yale Law Journal, 1974, disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol83/iss6/1, acessado em 05.03.2020.

[96] BERGER, Raoul. **Impeachment: the Constitutional Problems**. Boston: Harvard University Press, 1973.

[97] Trazendo o significado do termo para o vernáculo e fazendo-se um paralelo com o sistema jurídico brasileiro, *prerrogativa* parece traduzir melhor o vocábulo *privilege* do que *privilégio*.

[98] O'NEILL, Johnathan. *op. cit*.

o exercício normal das atribuições do poder executivo e, consequentemente, da separação dos poderes. Não está prevista expressamente em qualquer trecho da Constituição Americana, mas foi reconhecido como direito implícito em *United States v. Nixon*[99] (1974) pela Suprema Corte. Em seu voto, o *Chief Justice* Warren Burger consignou:

> Qualquer que seja a natureza da prerrogativa de confidencialidade das comunicações presidenciais no exercício dos poderes dispostos no art. II, o privilégio pode ser tido como derivado da supremacia de cada um dos poderes dentro de suas próprias competências constitucionais. Certos poderes e prerrogativas originam-se da natureza dos poderes enumerados; a proteção da confidencialidade das comunicações do Presidente tem fundamentos constitucionais similares.[100] (tradução livre)

Como dito, Berger criticou duramente a decisão supra mencionada. Seus estudos sobre o *impeachment* e a *executive privilege* tiveram o condão de reforçar suas convicções sobre a necessidade de uma interpretação constitucional limitada pelas intenções historicamente aferíveis, em seu entender, dos constituintes. Em função disso, ele rejeitava radicalmente opiniões no sentido de que a *executive privilege* era uma decorrência necessária das atribuições dos governos na atualidade ou uma prerrogativa inerente ao Presidente enquanto chefe do Poder Executivo[101].

Tais abstrações, para Berger, eram naturalmente ilimitadas, dependendo tão somente das intenções do intérprete, não do constituinte. O sentido original e limitado da constituição não muda com o tempo porque a prática jurídica ou a hermenêutica são baseadas em institutos e princípios jurídicos do texto não idealizados à época da promulgação[102].

---

[99] United States v. Nixon (1974), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/683/, acessado em 01.04.2020.

[100] "Whatever the nature of the privilege of confidentiality of Presidential communications in the exercise of Art. II powers, the privilege can be said to derive from the supremacy of each branch within its own assigned area of constitutional duties. Certain powers and privileges flow from the nature of enumerated powers; the protection of the confidentiality of Presidential communications has similar constitutional underpinnings." (*Idem*)

[101] BERGER, Raoul. **Reflections on Constitutional Interpretation**. Brigham Young University Law Review, 517, 1997. Disponível em https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1997/iss3/1 (acessado em 05/02/2020).

[102] *Idem.*

Apesar da tendência do pensamento jurídico, à época[103] e ainda hoje[104], em direção a um subjetivismo judicial, embora nunca utilizando-se esta expressão, que permita manter a constituição "viva", com intuito de consecução de políticas públicas progressistas, o escólio de Berger em defesa dos métodos originalistas e tradicionais de interpretação serviu para a consecução de alguns objetivos liberais. Por exemplo, como visto acima, a crítica à *executive privilege* no contexto do *impeachment* de Richard Nixon.

Nesses trabalhos e debates em torno do escândalo Watergate e da *executive privilege*, Berger desenvolveu a noção de que a intenção do legislador é que é o direito, e que a pesquisa histórica poderia ajudar na descoberta dessas intenções. Tais estudos serviram de fundamento para a publicação de sua *magnum opus*, *Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment*, publicada pela primeira vez em 1977[105].

Seja ressaltado, o originalismo de Raoul Berger era orientado por um positivismo puro, sem o intuito de favorecimento de qualquer corrente ideológica ou de instituições. Apesar das frequentes críticas ao Poder Judiciário, em função do ativismo praticado desde os primeiros anos do Século XX, o autor fez uma defesa ferrenha do poder de controle de constitucionalidade da Suprema Corte, como visto supra, ao defender uma interpretação restritiva e originalista da cláusula de exceção (Artigo III, seção 2, da Constituição Americana).[106]

Ressaltando a busca de uma teoria interpretativa imparcial por Raoul Berger, Johnathan O'Neill aduz que

> Assim, ao mesmo tempo em que Berger atacava Nixon pelo uso da *executive privilege* para se esquivar do Congresso, sua visão da intenção original compeliu-o a alegar que Nixon poderia recorrer à Suprema Corte se pensasse que seus poderes constitucionais decorrentes da função estivessem sendo infringidos. Berger não temia a supremacia judicial nos julgamentos de conflitos entre poderes ou entre união federal e estados, representando o perigo de poder judicial ilimitado, pois o significado fixo da Constituição pode ser recuperado através da

---

[103] Por exemplo, DWORKIN, Ronald. **Social Rules and Legal Theory**. Yale Law Journal, 81, 1972. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol81/iss5/3/ (acessado em 05/02/2020).

[104] Por todos, STRAUSS, David A.. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

[105] BERGER, Raoul. **Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment**. 2ª ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1997.

[106] BERGER, Raoul. **Congress v. The Supreme Court.** Cambridge: Harvard University Press, 1969. pp. 188-196.

> investigação histórica. A Corte seria competente para resolver tais conflitos, mas no processo ela não poderia exceder o significado original e limitado da Constituição sem erodir sua própria legitimidade.[107] (tradução livre)

Ou seja, mesmo que o originalismo de Berger pudesse servir de fundamento à defesa de algumas posições liberais, ele passou a ser acusado de conservador e oponente das causas progressistas por diversos doutrinadores. Robin West listava, em 1990, Raoul Berger entre os novos constitucionalistas conservadores:

> Ao longo dos últimos anos, recentemente, um substancial e crescente número de ministros da Suprema Corte, juízes federais e alguns teóricos, incluindo **Raoul Berger**, Robert Bork, Frank Easterbrook, Michael McConnell, Sandra Day O'Connor, Richard Posner e Antonin Scalia, tem começado a articular uma interpretação profundamente conservadora da tradição constitucional.[108] (tradução livre, sem grifo no original)

Robert Post e Reva Siegel, na mesma toada, incluem Raoul Berger entre os juristas conservadores do originalismo, que classificam como veículo de mobilização conservadora:

> O originalismo atacou as decisões progressivas da Corte Warren como usurpações judiciais que necessitam de disciplina e revisão. Fazendo-se um esboço do trabalho de conservadores pioneiros como Robert Bork e **Raoul Berger**, o originalismo tornou-se um princípio organizacional central para o ataque do Departamento de Justiça de Reagan ao que era considerado como um judiciário federal liberal. O originalismo estava orgulhosamente abraçado a *Justices* conservadores agressivos como William H. Rehnquist, Antonin Scalia e Clarence Thomas. O originalismo permanece ainda agora um poderoso veículo de mobilização conservadora, como pode ser claramente percebido na

---

[107] "*Thus, at the same time that Berger attacked Nixon for using executive privilege to elude Congress, his view of original intent compelled him to argue that Nixon could appeal to the Supreme Court if he thought his constitutional rights or the powers of his office had been invaded. Berger did not regard judicial supremacy in interbranch or federal-state conflicts as presenting the danger of unlimited judicial power because the fixed and defined meaning of the Constitution was ordinarily recoverable through historical investigation*. The Court could resolve such conflicts, but in the process it could not exceed the original, limited meaning of the Constitution without undermining its own legitimacy." (O'NEILL, Johnathan. *op. cit.*)

[108] "*Over the last few years, a substantial and growing number of Supreme Court Justices, federal judges, and some theorists, including Raoul Berger, Robert Bork, Frank Easterbrook, Michael McConnell, Sandra Day O'Connor, Richard Posner, and Antonin Scalia, have begun to articulate a profoundly conservative interpretation of the constitutional tradition*."(WEST, Robin. **Progressive and Conservative Constitutionalism**. Michigan Law Review, v. 88, 1990. Disponível em https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/639/, acessado em 18.03.2020)

> recente oposição popular à citação de direito estrangeiro. [109] (tradução livre, sem grifos no original)

Entrementes, como visto acima, a convicção positivista de Raoul Berger era mais importante do que suas posições ideológicas. Concordava com o resultado material de diversas decisões da Suprema Corte na era Warren e Burger, mas condenava-as pelo que considerava ser uma usurpação da função legislativa.

Quanto às intenções originais, Berger sempre insistiu, embora a constituição possa ser mal interpretada, que os intérpretes jamais poderiam "achar" um significado que ela já não tivesse à época da promulgação do texto.

Se um significado da Constituição não poderia ser extraído do texto à época em que escrito, então esse significado não é a Constituição falando, mas a Suprema Corte. Berger concorda[110] inteiramente com Robert Bork, para quem

> A Suprema Corte regularmente insiste que seus resultados, e mais particularmente seus resultados controversos, não provêm unicamente da vontade dos *Justices* em sua maioria, mas são baseados, em verdade compelidos, por uma apropriada interpretação da Constituição. Escolha de valores são atribuídos aos Pais Fundadores, não à Corte. A forma como uma instituição proclama advertências fala acerca do que seus usuários a demandam.[111](tradução livre)

Ou seja, se a Suprema Corte, ainda que com intuito consequencialista de promover o bem da sociedade, afasta-se do sentido original do texto constitucional, não é mais a

---

[109] "*Originalists attacked progressive Warren Court decisions as judicial usurpations in need of discipline and reversal. Drawing on the work of pioneer conservative academics like Robert Bork and* ***Raoul Berger****, originalism became a central organizing principle for the Reagan Justice Department's assault on what it regarded as a liberal federal judiciary. Originalism was proudly embraced by aggressively conservative Justices like William H. Rehnquist, Antonin Scalia, and Clarence Thomas. Originalism remains even now a powerful vehicle for conservative mobilization, as can clearly be seen in recent popular opposition to the citation of foreign law*." (POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. **Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution**. Fordham Law Review, v. 75, 2006. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/171/, acessado em 21.05.2020)

[110] BERGER, Raoul. **Paul Brest's Brief for an Imperial Judiciary**. Maryland Law Review, 40, 1981, disponível em https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol40/iss1/4, acessado em 05.06.2020.

[111] "*The Supreme Court regularly insists- that its results, and most particularly its controversial results, do not spring from the mere will of the Justices in the majority but are supported, indeed compelled, by a proper understanding of the Constitution of the United States. Value choices are attributed to the Founding Fathers, not to the Court. The way an institution advertises tells you what it thinks its customers demand.*" (BORK, Robert. **Neutral Principles and Some First Amendment Problems**. Indiana Law Journal, v. 47, 1971.)

constituição que dita as regras fundamentais da nação, mas o próprio Tribunal.

Prender-se ao significado limitado do texto constitucional, estabelecido ao tempo em que foi editado, respeitando-se a intenção dos *Framers*, é o melhor caminho para se preservar o estado de direito, mantendo-se a Suprema Corte dentro dos limites do federalismo e da separação dos poderes instituídos[112].

Raoul Berger constantemente afirma que *sob a justificativa do devido processo legal substantivo, assim, (...) a Corte tem violado o princípio da separação dos poderes*[113]. Como exposto supra, o princípio do devido processo legal substantivo, insculpido na Décima Quarta Emenda, foi com frequência utilizado pela Suprema Corte para instituir direitos fundamentais não previstos na Constituição.

A importância dada por Berger à pesquisa histórica como método de descoberta do significado do texto constitucional à época em que escrito vinha de muito tempo, desde o começo de sua militância ao tempo do *New Deal*. Sua contribuição nesse sentido foi fundamental para o surgimento e desenvolvimento do originalismo nos anos 1960 e 1970.

Some-se o fato de que o ambiente político americano estava caminhando, nas décadas referidas, em uma direção conservadora que culminou na eleição de Reagan em 1980. Lógico que a esfera jurídica também sofreria influxos da política, mormente em face da tendência de reação ao ativismo judicial da Suprema Corte, sob a presidência dos *Chief Justices* Warren e Burger.

As decisões da Suprema Corte em assuntos altamente politizados, como aborto[114], provocaram reação popular contra a atuação judicial tida como invasiva da esfera política. Esse ambiente criou o clima perfeito para que o livro mais conhecido de Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, publicado em 1977, virasse um sucesso de vendas.

Berger era muito popular entre acadêmicos e políticos liberais devido ao seu trabalho durante o processo de *impeachment* de Richard Nixon. Porém, após a publicação de *Government by Judiciary* e dos artigos posteriores do autor, houve um ponto de

---

[112] BERGER, Raoul. **Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment.** 2ª ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1997. p.274.

[113] "*Under the guise of substantive due process, therefore, the Court has invaded the exclusive jurisdiction of a sister branch; it has violated the injunction of the separation of powers*," (*Idem*)

[114] Roe v. Wade (1973), por exemplo.

inflexão no público cativo.

A partir de então, os liberais desanimaram-se com Berger, que passou a ser aclamado pelos conservadores, pois *Government by Judiciary* serviu de *pedigree* acadêmico e imparcial para defesa da autocontenção judicial e ataque ao ativismo da Suprema Corte.

Government by Judiciary condensa as ideias originalistas de Berger desenvolvidas em seus trabalhos anteriores. Ao longo da obra o autor defende que a Suprema Corte subverteu a Constituição Americana, invadindo as prerrogativas dos poderes Legislativo e Executivo, federal e estaduais.

O livro é dividido em 23 capítulos e sua ideia central é a de que, como não poderia deixar de ser, o Poder Judiciário, através da atribuição de significados amplos à Décima Quarta Emenda, a qual contêm o princípio do devido processo legal aplicável aos Estados[115], desborda de suas funções constitucionais. Berger também ressalta que as decisões da Era Warren e Burger usurparam o poder de emenda constitucional, atribuído com exclusividade ao Congresso Nacional e aos Estados, sob a justificativa da interpretação constitucional. Em passagem significativa do trabalho, ele consignou que

> Sob a justificativa do devido processo legal substantivo, assim, a Corte tem invadido a competência exclusiva do poder irmão; tem violado o princípio da separação de poderes, explicitado na Constituição de Massachusetts de 1780, na qual consta que "o judiciário jamais deverá exercer o poder de legislar". E ele tem usurpado a soberania reservada aos Estados pela Décima Emenda. Vem fazendo-o isso em nome de uma autocriada doutrina para legitimar o exercício do poder sob a vestimenta de direito natural. Mas, nem os Pais Fundadores nem a Décima Quarta emenda dão suporte a tais noções.[116] (tradução livre)

---

[115] ***Section 1***. *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

[116] "*Under the guise of substantive due process, therefore, the Court has invaded the exclusive jurisdiction of a sister branch; it has violated the injunction of the separation of powers, made explicit in the 178o Massachusetts Constitution, that "the judiciary shall never exercise the legislative power." And it has encroached on the sovereignty reserved to the States by the Tenth Amendment. It has done this in the name of a self-created doctrine to legitimate the exercise of power once rationalized under the garb of natural law. But neither the Framers of the Constitution nor of the Fourteenth Amendment entertained such notions*." (BERGER, Raoul. **Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment.** 2ª ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1997. p.274.)

Berger desenvolve a ideia de que nos documentos dos debates do processo de aprovação da Décima Quarta Emenda a intenção dos legisladores era a constitucionalização apenas dos direitos básicos contidos no texto[117].

Apesar da presença de expressões genéricas na primeira seção, como *due process of law*, *equal protection* e *privilegies* e *imunities*, estas palavras, em seu entender, não foram proferidas com o intuito de expandir o significado da emenda para conferir outros direitos ali não listados[118].

Por fim, apenas mais algumas palavras sobre o significado de intenção original para Raoul Berger. O autor entendia a intenção original do legislador como se fosse um guia para o significado das palavras empregadas pelo legislador na Constituição e nas emendas.

Entender a Constituição é entender como ela era entendida por seus criadores à época em que escrita, o que poderia ser efetivado através do exame cuidados dos documentos envolvidos nos debates de aprovação, como as notas taquigráficas, suplementadas pelo estudo das técnicas de construção de leis utilizadas naquele tempo[119].

Enfim, *Government by Judiciary*, publicado quando o autor já era um jurista conhecido do grande público, em função de seu papel exercido no processo de *impeachment* de Richard Nixon, popularizou as ideias centrais do originalismo, que viriam a ser objeto de debate político e acadêmico nas próximas décadas.

A defesa de Berger da interpretação originalista como limitador da invasão do poder judiciário sobre as competências dos demais poderes, mesmo indo de encontro a suas concepções políticas pessoais, no mais das vezes, colocou-o no panteão dos clássicos do originalismo.

Larry Alexander explanou bem a importância de Raoul Berger para o debate acadêmico em torno da interpretação constitucional dos tempos presentes:

> Berger forçou todos os teóricos constitucionalistas sérios a lidar com questões referentes aos princípios apropriados de interpretação constitucional e às funções legítimas das cortes, questões que muitos teóricos, ainda animados pelas recentes decisões da Corte Warren sobre

---

[117] *Idem*. pp. 13-14.

[118] *Ibidem*. pp. 13-14.

[119] *Ibidem*. pp. 402-427.

direitos individuais, ignoravam complacentemente.[120] (tradução livre)

3.2. ROBERT BORK

Robert Heron Bork ficou internacionalmente conhecido em função da batalha política, amplamente divulgada na mídia da época, em torno de sua nomeação para a Suprema Corte em 1987, que terminou em rejeição no Senado. O próprio Bork depois escreveu sobre o processo, relatando em livro[121] que esteve na lista dos mais vendidos do New York Times, que sua nomeação por Reagan desencadeou uma guerra política sem precedentes na história das indicações para a Suprema Corte:

> Minha nomeação foi, como tenho dito, apenas uma batalha em uma duradoura guerra pelo controle de nossa cultura jurídica, que, por sua vez, era parte de uma guerra maior pelo controle de nossa cultura em geral.[122] (tradução livre)

Antonin Scalia, empossado no ano anterior (1986), aprovado por unanimidade no Senado, tornou-se anos mais tarde o grande expoente do originalismo no âmbito judicial. Entrementes, naquele tempo Scalia ainda era relativamente desconhecido e o grande nome do originalismo era Robert Bork, escritor prolífico e grande orador.

Assim, a nomeação de Bork em 1987 representava verdadeiramente um teste para o originalismo enquanto escola de interpretação constitucional e, de certa forma, naqueles anos, um símbolo da renascença do movimento político conservador. Bork, diferentemente de Raoul Berger, era muito conservador na política e nos costumes, além de católico praticante.

A nomeação de Robert Bork para a Suprema Corte era questão crucial para a esquerda americana e deveria ser combatida a todo custo. Havia nessa época a percepção generalizada de que Bork representava uma grande ameaça ao liberalismo jurídico e

---

[120] "*Berger has forced all serious constitutional theorists to deal with questions regarding proper principles of constitutional interpretation and the proper role of the courts, questions that manytheorists, basking in the warm glow of Warren Court decisions on individual rights, felt content to ignore*." (ALEXANDER, Larry A.. Modern Equal Protection Theories: A Metatheoretical Taxonomy and Critique. Ohio State Law Journal, V. 42, 1981, disponível em https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/65125/OSLJ_V42N1_0003.pdf, acessado em 01.07.2020).

[121] BORK, Robert. **The Tempting of America**. 1ª ed. New York: Touchstone, 1991. pp. 271-321.

[122] "*My nomination was, as I have said, merely one battleground in a long-running war for control of our legal culture, which, in tunr, was part of a larger war for control of our general culture*."(Idem. p. 271)

político[123].

É bastante comum o interesse de grupos de pressão sobre as indicações à Suprema Corte, mormente nas últimas décadas, conforme relata Lawrence Baum:

> Muitos grupos de interesse procuram participar das decisões da Suprema Corte, assim estes grupos frequentemente tentam influenciar a seleção dos ministros. A intensidade da atividade dos grupos tem crescido substancialmente nos últimos cinquenta anos, e agora permeia também as fases de nomeação e confirmação do processo de aprovação.[124] (tradução livre)

Conforme o mesmo autor, os grupos que tentam exercer influência na indicação ou pressão pela reprovação no Senado dependem do partido do Presidente na ocasião:

> Grupos de interesse gostaria de influenciar a escolha do Presidente. Os grupos que atualmente exercem influência nesta fase são tipicamente aqueles que são politicamente importantes para o Presidente. Presidentes democratas tendem normalmente a dar algum peso a grupos ligados aos direitos civis e trabalhistas. Presidentes republicanos frequentemente dão atenção a grupos envolvidos na defesa de posições conservadoras em temas sociais como o aborto.[125] (tradução livre)

Assim, quando o nome de Bork foi anunciado, houve protestos de diversos grupos de esquerda ligados aos direitos humanos, como Alliance for Justice, American Civil Liberties Union, the National Abortion Rights Action League e Leadership Conference on Civil Rights. Tal reação não era exatamente imprevisível, em função dos posicionamentos de Bork em temas caros a essas entidades, como o aborto em Roe v. Wade (1973).

Nesse ponto, para que se tenha uma noção mais aproximada do que representava Robert Bork em meados dos anos 1980 no meio acadêmico e político, é preciso fazer um breve relato acerca de sua produção intelectual desde os anos 1960.

---

[123] O'NEILL, Johnathan. *Op. cit*. Edição eletrônica.

[124] "*Many interest groups have a stake in Supreme Court decisions, so groups often seek to influence the selection of justices. The level of group activity has grown substantially in the past half-century, and it now pervades both the nomination and the confirmation stages of the selection process*" (BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. 11ª ed. Thousand Oaks: CQ Press College, 2012. p. 31)

[125] "*Interests groups would like to influence the president's nomination decision. The groups that actually exert influence at this stage are tipically those that are politically importante to the presidente. Democratic presidentes usually give some weight to the views of labor and civil rights groups. Republican presidentes usually pay attention to groups that take conservative positions on social issues such as abortion.*" (*Idem*)

Bork começou a carreira acadêmica na Universidade de Chicago, onde, juntamente com Richard Posner, deu corpo à área de estudos interdisciplinares chamada análise econômica do direito (*law and economics*)[126]. Bork, particularmente, virou referência no campo do antitruste, tendo escrito um livro monumental que se tornou referência, *The Antitrust Paradox*[127].

The Antitrust Paradox é um livro focado mais em economia do que em direito, cujo objeto principal é a análise das consequências práticas, jurídicas e econômicas, do *Sherman Antitrust Act*[128], de 1890. Apesar do prevalente conteúdo econômico, na obra são tratados diversos temas que depois seriam fundamentais no desenvolvimento do originalismo de Robert Bork durante sua carreira, como, por exemplo, separação de poderes, estado de direito e pesquisa histórica dos atos legislativos como fonte da intenção original.

No trabalho referido, Bork, consultando e analisando os documentos legislativos em torno do debate e da aprovação do *Sherman Antitrust Act*, afirma que a intenção original dos legisladores de 1890 era de que os tribunais usassem os resultados científicos da economia para proteção do consumidor, assegurando a competitividade dos mercados[129].

Influenciado pelos economistas da escola neoclássica de Chicago[130], Bork lecionava que para a consecução do bem estar do consumidor era necessário aumentar a eficiência econômica na alocação de recursos. Para esse desiderato, seria preciso diminuir a quantidade de empresas em dado mercado para um número pequeno, o que provocaria

---

[126] GERHART, Peter M. **The Supreme Court and Antitrust Analysis: The (Near) Triumph of the Chicago School**. The Supreme Court Review, 1982. pp. 319-349. Disponível em https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/602, acessado em 05.07.2020.

[127] BORK, Robert. **The Antitrust Paradox**. 1ª. ed. New York: Basic Books, 1978.

[128] Lei federal americana, promulgada em 1890, que regulamenta o direito da concorrência, nomeada assim em homenagem ao Senador John Sherman, seu principal autor.

[129] PRIEST, George L.. **The Abiding Influence of the Antitrust Paradox: An Essay in Honor of Robert H. Bork**. Harvard Journal of Law and Public Policy, 31(2), 2008. pp. 455-463. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/643/, acessado em 06.07.2020.

[130] Escola de pensamento econômico da Universidade de Chicago, fundada por George Stigler e Milton Friedman, que exerceu forte influência sobre vários governos no mundo, na segunda metade do Século XX, que defendia, dentre diversas outras ideias, o livre mercado, as privatizações e a estabilização da moeda através do controle da inflação. Mais de 30 laureados com o Prêmio Nobel de Economia deram aula na Universidade de Chicago.

um aumento de eficiência na economia como um todo[131].

Com base em argumentos tais, Bork criticava a própria existência de leis antitruste, as quais acusava de, em verdade, provocar ineficiência do mercado e fomentar a alta de preços, o que iria de encontro à intenção do legislador do *Sherman Antitrust Act*, que era a busca do bem-estar do consumidor. O trabalho de Bork influenciou as cortes, que passaram a adotar uma interpretação mais flexível das leis antitruste, permitindo fusões e incorporações de empresas em prol da eficiência de mercado[132].

Apesar de *The Antitrust Paradox*, de 1978, ser a primeira obra de Robert Bork que lhe rendeu reconhecimento nacional, vários de seus escritos menores, desde o começo da década de 1970[133], formaram as bases de seu pensamento em torno do originalismo.

Robert Bork foi um dos primeiros juristas a proclamar que os operadores do direito se desgarraram do caminho óbvio de que as palavras têm sentido e que os juízes podem discernir esses sentidos.

Juízes têm preconceitos, ideologias e idiossincrasias, como qualquer pessoa. Se a sociedade começa a aceitar que o direito é o que os juízes dizem o que é o direito, em um realismo radical, então, em verdade, não pode haver ciência do direito constitucional, pois se muda a composição da Suprema Corte, altera-se em última instância a norma jurídica. Nesta direção, aponta Ilan Wurman:

> Mas nós temos frequentemente esquecido acerca desta forma de fazer as coisas na era do progressivismo e do "realismo" jurídico. Professores de direito começaram a ensinar no início dos anos 1900 que juízes, por necessidade, constroem o direito, mais do que interpretam ou discernem as normas, baseados em suas próprias predisposições sociológicas inconscientes. Juízes, os realistas dizem, não podem divorciar seus próprios valores do direito, e assim não têm outra escolha a não ser colocar seus valores nas decisões.[134] (tradução livre)

---

[131] PRIEST, George L.. *op. cit.*

[132] *Idem.*

[133] Por todos: BORK, Robert. **Neutral Principles and Some First Amendment Problems**. Indiana Law Journal, v. 47, 1971.

[134] "*But we had mostly forgotten about this way of doing things in the era of progressivism and legal "realism". Law professor began teaching in the early 1900s that judges by necessity make law, rather than discern or interpret law, based on their own, unconscious sociological predispositions. Judges, the realist will say, cannot divorce their own values form the law, and so they have no choice but to pour those values into the law.*"(WURMAN, Ilan. **A Debt Against the Living - An Introduction to Originalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 14.)

Diante de tais constatações, Bork começa o artigo citado ressaltando a impossibilidade da ciência do direito constitucional, a qual passa a existir ao alvedrio da composição da Suprema Corte:

> Um aspecto perturbador do direito constitucional é sua carência de teoria, uma carência que é manifesta não apenas no trabalho das cortes, mas também nas discussões do público geral, dos profissionais do direito e até dos acadêmicos sobre o tema. O resultado, obviamente, é que os tribunais decidem sem qualquer critério e, destarte, nós temos que esperar que a natureza da Constituição mudará, com frequência de forma dramática, à medida que a composição da Suprema Corte se altera.[135] (tradução livre)

Bork foi bastante influenciado, no começo da carreira, por seu colega da Universidade de Yale, Alexander Bickel[136], adepto de uma postura de autocontenção processual, linha de pensamento que Bork entendia ser insuficiente para deter o avanço liberal sobre a interpretação da constituição.

Defendia Bork que a autocontenção judicial deveria guiar-se também por um parâmetro material de interpretação, orientado pelas intenções dos constituintes ao tempo da promulgação. Quando o magistrado se afasta da intenção original do constituinte ao interpretar a constituição, ele passa a adotar uma postura de legislador, não de juiz:

> (...) a ideia de que o sentido original é a única base legítima para uma decisão constitucional (...) Mas, quando a corte abandona a intenção daqueles que fizeram a lei, a corte está necessariamente assumindo uma postura legislativa. ela deve escrever a norma. E se a corte deve legislar, nós não podemos pedir-lhe princípios neutros (...).[137] (tradução livre)

Como já exposto anteriormente, em sua fase mais madura de vida acadêmica,

---

[135] "*A persistently disturbing aspect of constitutional law is its lack of theory, a lack which is manifest not merely in the work of the courts but in the public, professional and even scholarly discussion of the topic. The result, of course, is that courts are without effective criteria and, therefore we have come to expect that the nature of the Constitution will change, often quite dramatically, as the personnel of the Supreme Court changes.*" (BORK, Robert. **Neutral Principles and Some First Amendment Problems**. Indiana Law Journal, v. 47, 1971)

[136] BICKEL, Alexander M.. **The Original Understanding and the Segregation Decision**. Harvard Law Review, V. 69, n. 1, 1955. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4958&context=fss_papers (acessado em 03/02/2017).

[137] *"(...) the idea that the original understanding is the only legitimate basis for a constitutional decision (...) But once a court abandons the intention of those who made the law, the court is necessarily thrust into a legislative posture. It must write the law. And if the court must legislate, we cannot ask it for neutral principles (...)*" (BORK, Robert. **The Tempting of America**. 1ª ed. New York: Touchstone, 1991. p. 81)

principalmente após a rejeição de seu nome para a Suprema Corte, o originalismo de Bork, no começo intencionalista, aproximou-se do textualismo, escrevendo ele que

> Qual é o significado de uma norma que os juízes não devem mudar? É o significado entendido ao tempo em que a lei foi promulgada. Apesar de eu ter escrito sobre a intenção dos legisladores que ratificaram a Constituição, já que eles escreveram o texto e construíram o direito, esta é uma forma abreviada de expor, porque os constituintes entendiam que escrever um texto normativo deve ser feito levando-se em consideração o significado que o público dava às palavras utilizadas. É importante ser claro quanto a isso. **A busca não é pela intenção subjetiva**. Se alguém encontra uma carta de George Washington para Martha falando para ela que o entendimento dele sobre o poder de instituir tributos não era o que as demais pessoas entendiam, isso em nada mudaria o significado da Constituição. Nem as intenções subjetivas de todos os membros da convenção alteraria alguma coisa. Quando legisladores usam palavras o direito resultante é o que esses vocábulos ordinariamente significam.[138] (tradução livre, sem grifos no original)

Ou seja, em *The Tempting of America* Bork enfatiza que o intérprete não deve procurar por uma intenção subjetiva do legislador, mas pelo significado que as palavras utilizadas possuíam perante o público da época em que foram escritas, sempre insistindo que o originalismo era superior a qualquer variante das teorias da constituição viva[139].

Ao mesmo tempo em que Bork consistentemente dá relevância à necessidade de se levar em conta o sentido original dos textos normativos, salienta a importância de que os tribunais sejam deferentes em relação ao princípio democrático. Aduz que em diversas áreas da vida em sociedade as maiorias formadas eleitoralmente possuem ampla legitimidade para legislar, pelo simples fato de serem maiorias[140].

---

[138] "*What is the meaning of a rule that judges should not change? It is the meaning understood at the time of the law's enactment. Though I have written of the understanding of the ratifiers of the Constitution, since they enacted it and made it law, that is actually a shorthand formulation, because what the ratifiers understood themselves to be enacting must be taken to be what the public of that time would have understood the words to mean. It is important to be clear about this. The search is not for a subjective intention. If someone found a letter from George Washington to Martha telling her that what he meant by the power to lay taxes was not what other people meant, that would not change our reading of the Constitution in the slightest. Nor would the subjective intentions of all the members of a ratifying convention alter anything. When lawmakers use words, the law that results is what those words ordinarily mean*." (BORK, Robert. **The Tempting of America**. 1ª ed. New York: Touchstone, 1991. p. 144)

[139] BORK, Robert H.. **Commentary: The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution**. Washington University Law Quarterly, 695, 1979. Disponível em https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol1979/iss3/3, acessado em 02.07.2020.

[140] BORK, Robert. **The Tempting of America**. 1ª ed. New York: Touchstone, 1991. p. 139.

Fazendo a ligação entre originalismo e democracia, Robert Bork aduz que os constitucionalistas modernos, adeptos da constituição viva, nutrem uma verdadeira antipatia pela democracia:

> Isto leva-nos à antipatia fundamental à democracia, que se nota nos novos juristas. A Constituição original era devotada primeiramente aos mecanismos da escolha democrática. A ciência constitucional de hoje é dominada pela ideia de criação de argumentos que encoraja os juízes ao desprezo pelas escolhas democráticas. [141] (tradução livre)

Ademais, de acordo com o escólio de Bork, o crescente desenvolvimento da teoria do direito na segunda metade do Século XX tem mais a ver com a criação infindável de princípios jurídicos aptos ao aumento, na prática, da discricionariedade judicial, do que com a busca do sentido dos textos normativos e de suas fontes:

> Acadêmicos do direito de renome estão cada vez mais absorvidos pelo que eles chamam de "teoria do direito". Isso seria muito bem vindo, se fosse real, mas o que geralmente significa não é teoria sobre as fontes do direito, ou suas capacidades e limites, ou os prerrequisitos para sua validade, mas em verdade uma exploração sem fim de princípios filosóficos abstratos.[142] (tradução livre)

Em um de seus últimos livros, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges,* Bork expõe o que ele chama de *gradual substituição da democracia pelo governo judicial*[143] nos Estados Unidos e em outros países pelo mundo. Em sua visão, o crescimento do poder judicial é uma ameaça às liberdades fundamentais, organizadas sob o modelo democrático, e ao direito de autogoverno do povo:

> É um reflexo sombrio de nossos tempos que poucas pessoas além de grupos ativistas e elites culturais, que querem mais do mesmo, estejam preocupados com a gradual substituição da democracia pelo governo judicial. Essa tomada de poder não é uma questão menor de filosofia

---

[141] "*This brings into the open the fundamental antipathy to democracy to be seen in much of the new legal scholarship. The original Constitution was devoted primarily to the mechanisms of democratic choice. Constitutional scholarship today is dominated by the creation of arguments that will encourage judges to thwart democratic choice*." (BORK, Robert. **Tradition and Morality in Constitutional Law**. 1984. Disponível em https://www.aei.org/research-products/speech/tradition-and-morality-in-constitutional-law/, acessado em 05.07.2020.)

[142] "*Leading legal academics are increasingly absorbed with what they call "legal theory." That would be welcome, if it were real, but what is generally meant is not theory about the sources of law, or its capacities and limits, or the prerequisites for its vitality, but rather the endless exploration of abstract philosophical principles*." (*Idem*)

[143] BORK, Robert. **Coercing Virtue: the worldwide rule of judges**. Washington: American Enterprise Institute, 2003. p. 11.

> judicial, de interesse apenas para os inclinados à teoria. Em jogo estão as liberdades individuais. A liberdade fundamental reconhecida nas democracias é o direito do povo ao autogoverno. Direitos constitucionais específicos denotam exceções, não a regra geral. Quando, em nome de algum "direito", a corte anula o desejo da maioria, expressada através de leis, a liberdade é transferida de um grande grupo de pessoas para um pequeno grupo, da maioria para a minoria. Quando juízes derrubam uma lei com fundamento não encontrado na constituição, nós somos mais livres – livres para cometer uma ação que a maioria de nós havia decidido ser proibida. [144] (tradução livre)

Ressalte-se que, para Bork, influenciado por Chesterton, a liberdade de editar suas próprias leis é uma das características fundamentais de um povo livre. Seu escólio é na seguinte direção:

> Como Chesterton colocou, do que adiantaria dizer a uma comunidade que ela possui qualquer liberdade, exceto a de editar suas leis? A liberdade de fazer leis é o que constitui um povo livre. Os fundadores de nossa Constituição pesavam assim, por isso proveram amplos poderes para as assembleias e impuseram apenas alguns limites expresso na Constituição.[145] (tradução livre)

Tal ideia de liberdade de uma comunidade para editar suas próprias leis é fundamental no originalismo, pois diversas leis estaduais foram declaradas inconstitucionais, durante a Era Warren e Burger, por ofensa a direitos fundamentais não expressos no texto da Constituição[146].

De mais a mais, Bork alerta que eventual desrespeito pela Suprema Corte pode facilmente transformar-se em desprezo pelo que o tribunal simboliza, o ideal de governo

---

[144] "*It is a dismal reflection on our times that few people other than activist groups and cultural elites, who want more of the same, seem to be concerned about the gradual replacement of democracy by judicial rule. This takeover is not a minor matter of judicial philosophy, of interest only to the theoretically inclined. At stake are personal freedoms. The fundamental freedom recognized in democracies is the right of the people to govern themselves. Specified constitutional rights are meant to be exceptions, not the rule. When, in the name of a "right," a court strikes down the desire of the majority, expressed through laws, freedom is transferred from a larger to a smaller group, from a majority to a minority. When judges strike down a law on grounds not to be found in the constitution, we are all more free – free to act in ways that most of us had decided were unacceptable*." (*Idem*)

[145] "*What is the good of telling a community that it has every liberty except the liberty to make laws? The liberty to make laws is what constitutes a free people. The makers of our Constitution thought so too, for they provided wide powers to representative assemblies and ruled only a few subjects off limits by the Constitution.*" (BORK, Robert. **Tradition and Morality in Constitutional Law**. 1984. Disponível em https://www.aei.org/research-products/speech/tradition-and-morality-in-constitutional-law/, acessado em 05.07.2020.)

[146] Por exemplo, *Griswold v. Connecticut* (1965).

das leis no lugar do governo de homens[147].

A solução que Bork oferece para o problema é aconselhar que os juízes tentem partir, na sua atividade tipicamente judicante, sempre de um ponto de vista estritamente positivista do texto constitucional, adotando um modo de julgar mais formalista do que aquela da Suprema Corte na Era Warren e Burger.

Por exemplo, considerando-se as dez primeiras emendas constitucionais (*Bill of Rights*) como um conjunto estrito de direitos fundamentais, o magistrado não precisa perquirir se esses direitos são universalmente válidos, se foram fundamentados em religião, moralidade ou princípios filosóficos. A ordem jurídica instituída em 1787, complementada pelo *Bill of Rights* em 1791, é um sistema dado de direitos e deveres sobre os quais o juiz deve operar de forma imparcial através de um raciocínio formalista que respeita as escolhas do legislador, evitando criar normas inexistentes com fulcro em algum sentimento de justiça social[148].

Em *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*[149], Bork analisa *Griswold v. Connecticut* (1965) e demonstra como a Suprema Corte frequentemente despreza as escolhas do legislador. Como descrito no capítulo aqui dedicado ao escorço histórico do originalismo, nesse famoso caso, precursor de *Roe v. Wade* (1973), a Suprema Corte anulou uma lei estadual com fulcro em um direito à privacidade nascido das *penumbras* e *emanações* do *Bill fo Rights*.

Robert Bork conclui que em *Griswold v. Connecticut* a Suprema Corte repetiu os erros cometidos nas primeiras décadas no Século XX, com base no devido processo legal substantivo, lecionando que

> O devido processo legal substantivo requer que a Corte diga, sem qualquer direção dada pela Constituição, quais liberdades ou bens podem ser infringidas pelas maiorias e quais não. Isso significa que os antecedentes de *Griswold* também foram decididos erroneamente, e.g.: *Meyer v. Nebraska*, em que foi declarada inconstitucional uma lei estadual que proibia o ensino em outras línguas fora o inglês; *Pierce v. Society of Sisters*, em que uma lei que obrigava as crianças de Oregon a frequentar escolas públicas; *Adkins v. Children's Hospital*, que invalidou uma lei do Congresso autorizando o programa de renda

---

[147] BORK, Robert. **A Time to Speak: Selected Writings and Arguments**. Wilmington: Intercollegiate Studies Institute, 2008. p. 423.

[148] *Idem*. p. 425.

[149] BORK, Robert. **Neutral Principles and Some First Amendment Problems**. Indiana Law Journal, v. 47, 1971.

> mínima para mulheres e criança do Distrito de Columbia; e *Lochner v. New York*, na qual se invalidou uma lei que fixava jornada de trabalho máxima para confeiteiros.[150] (tradução livre)

Ou seja, a Suprema Corte cometeu o mesmo erro de *Lochner v. New York* (1905) em *Griswold v. Connecticut* (1965). Naquele caso, o Tribunal decidiu que o direito de comprar ou vender a prestação de serviços no mercado de mão de obra estava protegido pelo devido processo legal, pelo que alguma lei estadual fixando jornada máxima de trabalho seria inconstitucional em face da Décima Quarta Emenda, *in verbis*:

> A liberdade contratual relativa ao trabalho inclui ambas as partes nela; uma tem tanto direito de comprar mão-de-obra quanto a outra tem de vende-la.
>
> Não há fundamento razoável, com fulcro na proteção à saúde, para interferir na liberdade da pessoa ou no direito de contratar livremente, determinando-se as horas de trabalho, na ocupação de confeiteiro. Não pode uma lei que limita tais horas ser justificada como uma lei de salvaguarda da saúde pública ou dos indivíduos ocupantes de tal profissão. (...) Sob tal provisão, nenhum Estado pode despir qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal. O direito de comprar e de vender trabalho é parte da liberdade protegida por esta Emenda, a menos que haja circunstâncias que excluam tal direito.[151] (tradução livre)

Em *Griswold*, a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de anticoncepcionais, sob o argumento de violação a um direito à privacidade marital emanado das penumbras do devido processo legal substantivo, supostamente presente no *Bill of Rights:*

> A lei de Connecticut proibindo o uso de contraceptivos viola **o direito**

---

[150] "*Substantive due process requires the Court to say, without guidance from the Constitution, which liberties or gratifications may be infringed by majorities and which may not. This means that Griswold's antecedentes were also wrongly decided, e.g., Meyer v. Nebraska,"'which struck down a statute forbidding the teaching of subjects in any language other than English; Pierce v. Society of Sisters,which set aside a statute compelling all Oregon school children to attend public schools; Adkins v. Children'sHospital," which invalidated a statute of Congress authorizing a board to fix minimum wages for women and children in the District of Columbia; and Lochner v. New York, " which voided a statute fixing maximum hours of work for bakers*." (*Idem*)

[151] "*Liberty of contract relating to labor includes both parties to it; the one has as much right to purchase as the other to sell labor.*

There is no reasonable ground, on the score of health, for interfering with the liberty of the person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker. Nor can a law limiting such hours be justified a a health law to safeguard the public health, or the health of the individuals following that occupation. (...)Under that provision, no State can deprive any person of life, liberty or property without due process of law. The right to purchase or to sell labor is part of the liberty protected by this amendment unless there are circumstances which exclude the right." (Lochner v. New York (1905), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/, acessado em 01.07.2020)

> **à privacidade marital que está presente na penumbra das garantias específicas do *Bill of Rights***. (...) Em outras palavras, a Primeira Emenda tem uma penumbra onde a privacidade é protegida da intrusão governamental. Em tal contexto, nós temos protegido formas de "associação" que não são políticas no sentido costumeiro, mas dizem respeito aos benefícios sociais, legais e econômicos dos membros.
>
> (...) Em minha opinião, esta lei do Connecticut, como aplicada a pessoas casadas, priva-as da "liberdade" sem o devido processo legal como utilizado na Décima Quarta Emenda. Eu assim concordo com o julgamento da Corte estas convicções sob a lei de Connecticut. [152] (tradução livre, sem grifos no original)

Esse protagonismo excessivo da Suprema Corte na era Warren e Burger, colocou em perigo não apenas a legitimidade do tribunal, mas também o autogoverno do povo e a estabilidade social[153].

O lugar apropriado do Poder Judiciário em uma sociedade democrática não é a dianteira política em assuntos polêmicos, sob o pressuposto da indeterminação do texto constitucional. Tal papel pertence à esfera política, através de representantes eleitos pelo povo[154].

Enfim, os temas de direito constitucional e, como não poderia deixar de ser, de ciência política, abordados por Robert Bork em sua profícua lista de obras são em número elevado. Entrementes, grande parte deles gira em torno do *dilema madisoniano*. Para o autor, tal dilema constitui-se no problema central do direito constitucional:

> O problema central para os tribunais constitucionais é a resolução do 'Dilema Madisoniano'. Os Estados Unidos foram fundados como um sistema Madisoniano, significando que contém dois princípios opostos que devem continuamente ser conciliados. O primeiro princípio é o

---

[152] "*The Connecticut statute forbidding use of contraceptives violates the right of marital privacy which is within the penumbra of specific guarantees of the Bill of Rights. (...) In other words, the First Amendment has a penumbra where privacy is protected from governmental intrusion. In like context, we have protected forms of "association" that are not political in the customary sense, but pertain to the social, legal, and economic benefit of the members.*

(...) In my view, this Connecticut law, as applied to married couples, deprives them of "liberty" without due process of law, as that concept is used in the Fourteenth Amendment. I therefore concur in the judgment of the Court reversing these convictions under Connecticut's aiding and abetting statute." (Griswold v. Connecticut, (1965), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/, acessado em 01.07.2020)

[153] BORK, Robert. **Coercing Virtue: the worldwide rule of judges**. Washington: American Enterprise Institute, 2003. p. 11.

[154] BORK, Robert. **Tradition and Morality in Constitutional Law**. 1984. Disponível em https://www.aei.org/research-products/speech/tradition-and-morality-in-constitutional-law/, acessado em 05.07.2020.

> autogoverno, o qual significa que na maioria das áreas da vida a maioria deve governar legitimamente, se quiser, pelo simples fundamento de ser maioria. O segundo princípio é o de que, contudo, há certas coisas que a maioria não pode fazer em detrimento da minoria, algumas áreas da vida que os indivíduos devem ser livres para agir livremente dos desígnios da maioria. O dilema é que nem as maiorias, nem as minorias, são confiáveis para definir as esferas próprias da autoridade democrática e da liberdade individual. Entregar o poder a uma ou a outra envolve o risco de nascimento de uma tirania da maioria ou uma tirania da minoria.[155] (tradução livre)

Portanto, Raoul Berger pode ser considerado o fundador do originalismo, em função de ter sido o primeiro acadêmico a defender a necessidade de autocontenção judicial através do apego às intenções originais dos constituintes. Porém, Robert Bork é, sem dúvidas, o intelectual originalista de maior destaque, pela originalidade das ideias apresentadas, pelo volume de livros e artigos escritos e em consequência da quantidade de problemas levantados para a discussão posterior no meio jurídico e universitário dos Estados Unidos.

Bork defendia abertamente que o originalismo era a melhor ferramenta para conter a discricionariedade judicial, comparada às demais teorias interpretativas, encorajando um método de decisão antípoda do realismo jurídico então reinante.

Conclui-se este item referente a Robert Bork com uma citação sua de que os textos constitucionais postos não podem ser vistos como reflexo das preferências políticas do julgador, mas como um mandamento com sentido histórico objetivo, invariável ao sabor das paixões do momento:

> Estou, é claro, consciente de que esta teoria afasta-se drasticamente da linha do direito feito pelas cortes, das visões da maioria dos especialistas acadêmicos da área e que isso aparentar uma sensação de frieza para alguns libertários defensores dos direitos civis. Mas, eu insisto que o princípio do direito constitucional, visto como um conjunto de normas que o juiz pode de forma apropriada derivar do documento e de sua história, não é uma expressão de nossas simpatias políticas ou nossos julgamentos sobre o que é conveniente ou prudente.

---

[155] "*The central problem for constitutional courts is the resolution of the "Madisonian dilemma." The United States was founded as a Madisonian system, which means that it contains two opposing principles that must be continually reconciled. The first principle is self-government, which means that in wide areas of life majorities are entitled to rule, if they wish, simply because they are majorities. The second is that there are nonetheless some things majorities must not do to minorities, some areas of life in which the individual must be free of majority rule. The dilemma is that neither majorities nor minorities can be trusted to define the proper spheres of democratic authority and individual liberty. To place that power in one or the other would risk either tyranny by the majority or tyranny by the minority.*"(BORK, Robert. **The Tempting of America**. 1ª ed. New York: Touchstone, 1991. p. 139.)

> Quando o processo decisório é baseado em princípios não há nada a se falar sobre o discurso que gostamos ou que odiamos; é fácil falar sobre como a discricionariedade democrática pode governar sem que as bases do governo democrático sejam demolidas. Nada em meus argumentos abordam a questão sobre quais leis devem ser editadas. Eu gosto das liberdades individuais tanto quanto a maioria, e ficaria chocado por várias leis as quais sou obrigado a aceitar que seriam constitucionais. Todavia, também estou convencido de que meus valores pessoais em geral libertários nada têm a ver com a atuação que se espera da Suprema Corte.[156] (tradução livre)

[156] "*I am, of course, aware that this theory departs drastically from existing Court-made law, from the views of most academic specialists in the field and that it may strike a chill into the hearts of some civil libertarians. But I would insist at the outset that constitutional law, viewed as the set of rules a judge may properly derive from the document and its history, is not an expression of our political sympathies or of our judg ments about what expediency and prudence require. When decision making its principled it has nothing to say about the speech we like or the speech we hate; it has a great deal to say about how far democratic discretion can govern without endangering the basis of democratic government. Nothing in my argument goes to the question of what laws should be enacted. I like the freedoms of the individual as well as most, and I would be appalled by many statutes that I am compelled to think would be constitutional if enacted. But I am also persuaded that my generally libertarian commitments have nothing to do with the behavior proper to the Supreme Court*." (BORK, Robert. **Neutral Principles and Some First Amendment Problems**. Indiana Law Journal, v. 47, 1971)

4. TEXTUALISMO

Após a nomeação frustrada de Robert Bork para a Suprema Corte, o originalismo enquanto movimento de interpretação constitucional, ganhou amplo destaque em nível nacional, passando a ser objeto de atenção de diversos estudiosos. Tal fato provocou o desenvolvimento da teoria, a qual evoluiu, na busca pelo sentido original dos textos constitucionais, do foco na intenção original dos constituintes para o sentido público original e objetivo das palavras à época da promulgação da Constituição e das Emendas.

Os primeiros originalistas, como Raoul Berger e Robert Bork, na academia, e Edwin Meese III, na advocacia, e até o Justice William Rehnquist, nos primeiros anos de atuação na Suprema Corte, nos anos 1970, são fortemente ligados ao originalismo intencionalista. Entretanto, na fase mais madura da maioria dos primeiros originalistas é possível perceber-se uma conversão das intenções originais para o sentido público objetivo dos termos empregados na legislação.

Raoul Berger já em *Congress v. The Supreme Court*[157] dava a entender que o que interessava ao direito eram os atos públicos dos atores envolvidos na elaboração dos textos normativos, não suas intenções privadas.

Também Bork, como já exposto supra, em sua fase mais madura de vida acadêmica, aproximou-se do textualismo, escrevendo que

> Apesar de eu ter escrito sobre a intenção dos legisladores que ratificaram a Constituição, já que eles escreveram o texto e construíram o direito, esta é uma forma abreviada de expor, porque os constituintes entendiam que escrever um texto normativo deve ser feito levando-se em consideração o significado que o público dava às palavras utilizadas. É importante ser claro quanto a isso. **A busca não é pela intenção subjetiva**. Se alguém encontra uma carta de George Washington para Martha falando para ela que o entendimento dele sobre o poder de instituir tributos não era o que as demais pessoas entendiam, isso em nada mudaria o significado da Constituição. Nem as intenções subjetivas de todos os membros da convenção alteraria alguma coisa.[158] (tradução livre, sem grifos no original)

---

[157] BERGER, Raoul. **Congress v. The Supreme Court.** Cambridge: Harvard University Press, 1969. p. 114.

[158] "*Though I have written of the understanding of the ratifiers of the Constitution, since they enacted it and made it law, that is actually a shorthand formulation, because what the ratifiers understood themselves to be enacting must be taken to be what the public of that time would have understood the words to mean. It is important to be clear about this. The search is not for a subjective intention. If someone found a letter from George Washington to Martha telling her that what he meant by the power to lay taxes was not what other people meant, that would not change our reading of the Constitution in the slightest. Nor would the*

Contudo, apesar de observar-se uma objetivização da intenção original em Berger e Bork nas fases maduras de suas carreiras, ainda assim constata-se um grande distanciamento em relação ao originalismo de Antonin Scalia. Naqueles, dá-se destaque à pesquisa histórica dos atos públicos envolvidos na promulgação do texto que se pretende interpretar. Em Scalia, mais importante do que o estudo histórico do contexto legislativo da época é a análise gramatical do texto em si, conforme era entendido pelo povo à época da publicação. Em citação clássica e paradigmática, Scalia afirma que *o texto é a lei, e é o texto que deve ser observado*[159].

Antonin Scalia chega a afirmar que seria até antidemocrático atentar-se às intenções do constituinte em lugar do texto posto:

> (...) é simplesmente incompatível com o regime democrático, ou de fato, com qualquer governo justo, ter o significado das leis determinado pelo que o legislador intentou dizer, no lugar do que o legislador promulgou. Isso parece-me um pouco pior até do que os truques utilizados pelo imperador Nero: postar editos no topo dos pilares para que não pudessem ser lidos com facilidade. Governar através de intenções não expressas é tirania da mesma forma. é a lei que governa, não as intenções do legislador.[160] (tradução livre)

A essa corrente originalista, focada no texto promulgado, não nas intenções do legislador, Antonin Scalia dá o nome de textualismo[161]. Indubitavelmente, o textualismo como subdivisão do originalismo está umbilicalmente ligado a Scalia, considerado seu primeiro grande teórico e prático, enquanto ministro da Suprema Corte.

---

subjective intentions of all the members of a ratifying convention alter anything." (BORK, Robert. **The Tempting of America**. 1ª ed. New York: Touchstone, 1991. p. 144)

[159] "*The text is the law, and it is the text that must be observed.*" (SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation – Federal Courts and The Law**. 1ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 22)

[160] "*(...) it is simply incompatible with democratic government, or indeed, even with fair government, to have the meaning of a law determined by what the lawgiver meant, rather than by what the lawgiver promulgated. That seems to me one step worse than the trick the emperor Nero was said to engage in: posting edicts high up on the pillars, so that they could not easily be read. Government by unexpressed intent is similarly tyrannical. It is the law that governs, not the intent of the lawgiver*." (SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation – Federal Courts and The Law**. 1ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 17)

[161] *Idem*. p. 23.

Porém, é preciso frisar que Scalia não foi o primeiro a empregar o vocábulo. Em verdade, o *Justice* Robert H. Jackson parece ter sido o primeiro jurista a utilizar o termo, num sentido parecido com o que é de uso corrente, mas com conotação negativa:

> Algumas cláusulas não podem ser feitas inaplicáveis, como se imutáveis, por rejeição a um espaço de interpretação em função da mudança dos tempos. Eu tenho, desde antigamente e ainda hoje, dado aos poderes enumerados o escopo e a elasticidade necessárias para o que parecem ser implicações práticas razoáveis, no lugar da rigidez ditada por um **textualismo** doutrinário.[162] (tradução livre, sem grifo no original)

Antonin Scalia foi quem imprimiu a agenda originalista nos últimos anos nos Estados Unidos. Famoso pelo raciocínio aguçado e avançado, retórico nato, é de fato considerado o maior expoente do originalismo em sua versão textualista. É o jurista americano sobre quem mais se escreveu no século XXI[163], tendo a *Justice* Elena Kagan, jurista que discorda de seus métodos, dito a respeito dele:

> Suas opiniões sobre textualismo e originalismo, suas visões sobre as funções dos juízes em nossa sociedade, acerca da atividade judicial, têm realmente transformado o debate jurídico neste país. Ele é o ministro que teve o mais importante impacto em anos sobre como nós pensamos e debatemos o direito. [164] (tradução livre)

Para Gary Lawson, Antonin Scalia foi o mais proeminente dos originalistas, apesar do pioneirismo de Raoul Berger e Robert Bork, intencionalistas, por ter imprimido ao originalismo uma metodologia objetiva e revolucionária, centrada no texto:

> A articulação franca, persistente, por vezes espirituosa, do *Justice* Scalia de uma metodologia originalista de interpretação textual é possivelmente o desenvolvimento jurídico mais importante que presenciei em vida. É justo dizer-se que antes do *Justice* Scalia não houve outro engajamento sério e sustentado com esta metodologia. Várias figuras anteriores importantes, notavelmente Raoul Berger e

---

[162] "*Some clauses could be made almost unworkable, as well as immutable, by refusal to indulge some latitude of interpretation for changing times. I have heretofore, and do now, give to the enumerated powers the scope and elasticity afforded by what seem to be reasonable practical implications instead of the rigidity dictated by a doctrinaire textualism*." (Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer (1952), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/, acessado em 10.07.2020.)

[163] RING, Kevin A.. **Scalia Dissents: Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice**. Washington: Regnery Publishing, 2016. p. 19.

[164] "*His views on textualism and originalism, his views on the role of judges in our society, on the practice of judging, have really transformed the legal debate in this country. He is the justice who has had the most important impact over the years on how we think and talk about the law*." (*Idem*. p. 19)

> Robert Bork, fizeram importantes observações sobre as intenções de pessoas históricas e acerca da consistência das decisões judiciais modernas a partir dessas intenções expressas, mas o *Justice* Scalia foi o primeiro jurista proeminente a estabelecer uma metodologia sistemática para se entender o conteúdo dos textos legais tendo como referência seu significado público comunicativo original. Isso foi um desenvolvimento revolucionário.[165] (tradução livre)

O *Justice* Antonin Scalia serviu na Suprema Corte por quase 30 (trinta) anos, de setembro de 1986 a fevereiro de 2016, tendo sido um dos mais influentes ministros da história do tribunal. Era portador de opiniões bem controversas, como a de que a *Equal Protection Clause*, da Décima Quarta Emenda, não protege as mulheres contra discriminação de sexo nas empresas. Conforme relato de Allen Rostron, tal assertiva foi corroborada nas oitivas do Senado, pelo que foi uma grande surpresa que ele tenha sido aprovado por unanimidade:

> (...) A Senadora Diane Feinstein ficou ofendida com tal noção e desafiou Scalia a explicar por que os direitos de proteção à igualdade não se aplicam às mulheres. "A Décima Quarta Emenda, Senadora, não se aplica à discriminação privada," Scalia retrucou. "Eu estava falando do Título VII e das leis que proíbem discriminação privada. a Décima Quarta Emenda nada fala sobre discriminação privada, apenas sobre discriminação por parte do Estado." [166]. (tradução livre)

Na primeira metade de sua passagem pela Suprema Corte, antes da nomeação do *Chief Justice* John Roberts, em 2005, e do *Justice* Samuel Alito, em 2006, por George H. W. Bush, Antonin Scalia era quase sempre minoria nos julgamentos do tribunal. A partir

---

[165] "*Justice Scalia's forthright, persistent, and often witty articulation of an originalist methodology of textual interpretation is quite possibly the most important legal development of my lifetime. It is fair to say that before Justice Scalia, there was no serious and sustained intellectual engagement with this methodology. Some very important prior figures—most notably Raoul Berger and Robert Bork—made important observations about the intentions of historical persons and the consistency of modern judicial decisions with those expressed intentions, but Justice Scalia was the first prominent jurist to set forth a systematic methodology for understanding the content of legal texts by reference to their original public communicative meanings. That was a revolutionary development.*" (LAWSON, Gary. On Getting It Right: Remembering Justice Antonin Scalia. Boston University Law Review n. 299, 2016. Disponível em https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/700/, acessado em 08.07.2020)

[166] "*Senator Diane Feinstein took umbrage with that notion and challenged Scalia to explain why equal protection rights should not extend to women.16 "The 14thAmendment, Senator, does not apply to private discrimination," Scalia huffed. "I was speaking of Title VII and laws that prohibit private discrimination. The 14thAmendment says nothing about private discrimination, only discrimination by Government*" (ROSTRON, Allen. **Justice Scalia's Truthiness and the Virtues of Judicial Candor**. Indiana Law Journal, n. 89, suplemento n. 12, 2013. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2373277, acessado em 07.07.2020)

de então, até sua morte em 2016, figurou como o líder nato da corrente conservadora e originalista da Corte, formada também por Clarence Thomas e Samuel Alito e frequentemente seguida nos votos por Anthony Kennedy e John Roberts. Alguns jornalistas chamam esse período de *The Scalia Court*[167], tamanha a influência do ministro.

Com efeito, a marca mais importante de Antonin Scalia na Suprema Corte, e em todo o ambiente jurídico acadêmico dos Estados Unidos, foi sua constante e fundamentada defesa do originalismo, que lhe angariou até o respeito dos antagonistas, como pode ser constatado no testemunho da *Justice* Elena Kagan acima referido. Também, conforme Kevin Ring,

> Em verdade, muitos juristas conservadores influentes e importantes serviram na Alta Corte, e ainda permanecem hoje outros que comungam da filosofia textualista e originalista de Scalia. Porém, foi Scalia quem deu vida à assertiva de Aristóteles de que "não é suficiente saber o que dizer, é preciso saber como dizer".[168]. (tradução livre)

Scalia era um mestre no uso e no estudo das palavras. Para ele, o foco na busca do sentido de um texto normativo deve ser sempre a palavra escrita, sendo tudo o mais apenas acessório. Assim, a base de sua filosofia jurídica era "palavras importam". Às acusações de que o textualismo é muito formalista, ele responde, em passagem notável de seu livro mais conhecido, que o textualismo é formalista porque o próprio direito baseado na lei é formalista. Apesar de um pouco extensa, é importante a transcrição integral aqui:

> De todas as críticas levantadas contra o textualismo, a mais estúpida é a de que ele é "formalista". A resposta é, *claro que é formalista*! O próprio estado de direito é sobre forma. Se, por exemplo, um cidadão comete um ato – digamos, a venda de certa tecnologia para um país estrangeiro – que é proibido por uma lei amplamente conhecida do público, proposta pelo Governo e aprovada em ambas as casas do Congresso, mas ainda não assinada pelo Presidente. Tal venda é lícita. Não há consequência jurídica, mesmo que todos conheçam a intenção do Congresso e do Presidente de proibir tal espécie de venda. Antes da intenção tornar-se uma lei vigente, deve a norma seguir os trâmites formais e ser promulgada pelo Presidente. Não é isso formalismo? Um assassino foi pego com sangue nas mãos, debruçado sobre o corpo da

---

[167] Por exemplo, Margaret Talbot. Vide https://www.newyorker.com/magazine/2005/03/28/the-scalia-court, acessado em 09.07.2020.

[168] "*To be sure, many important and influential conservative jurists have served on the High Court, and there remain today others who share Scalia's textualist and originalist philosophy. Yet it was Scalia who gave life to Aristotle's injunction that "it is not enough to know what to say—one must know how to say it*." (RING, Kevin A.. *op. cit*. p. 09-10)

> vítima; um vizinho com uma câmera de vídeo filmou o crime e o assassino confessou o ato por escrito e em vídeo. Contudo, nós insistimos, antes que o Estado possa punir esse miserável, é necessário promover o procedimento penal completo que resulte em sentença condenatória. Não é isto formalismo? Vida longa ao formalismo. É ele que faz o governo um governo de leis, não de homens.[169] (tradução livre)

Ademais, e aqui vê-se o primeiro entrechoque entre textualismo e intencionalismo, Scalia dizia que se se o significado de uma lei é claro, a intepretação dela deve ser apenas literal, mesmo que a Corte esteja convencida de que a intenção do legislador mostre-se diversa daquela concretizada no conteúdo do texto[170].

Em junho de 1986, pouco antes de sua posse como ministro da Suprema Corte, Scalia deu uma palestra[171] no Departamento de Justiça dos Estados Unidos, na qual expôs brevemente os pontos fundamentais de seu originalismo, recomendando que os originalistas deveriam mudar o foco da doutrina da intenção original para o significado original.

Para Scalia, o significado das palavras pode evoluir ao longo do tempo. Um corolário do textualismo é o originalismo, o princípio de que um texto legal deve significar o que significava ao tempo em que foi publicado, não adquirindo novos sentidos em função da mudança semântica ao passar do tempo dos vocábulos empregados. Assim,

---

[169] "*Of all the criticisms leveled against textualism, the most mindless is that it is "formalistic." The answer to that is, of course it's formalistic! The rule of law is about form. If, for example, a citizen performs an act—let us say the sale of certain technology to a foreign country—which is prohibited by a widely publicized bill proposed by the administration and passed by both houses of Congress, but not yet signed by the President, that sale is lawful. It is of no consequence that everyone knows both houses of Congress and the President wish to prevent that sale. Before the wish becomes a binding law, it must be embodied in a bill that passes both houses and is signed by the President. Is that not formalism? A murderer has been caught with blood on his hands, bending over the body of his victim; a neighbor with a video camera has filmed the crime; and the murderer has confessed in writing and on videotape. We nonetheless insist that before the state can punish this miscreant, it must conduct a fulldress criminal trial that results in a verdict of guilty. Is that not formalism? Long live formalism. It is what makes a government a government of laws and not of men*." (SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation – Federal Courts and The Law**. 1ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 25)

[170] *Conroy v. Aniskoff* (1993). Disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/507/511/, acessado em 10.07.2020.

[171] SCALIA, Antonin. Palestra proferida em 14.06.1986 no UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF LEGAL POLICY. **Original Meaning Jurisprudence: a sourcebook**, n. 106, 1987. Disponível em https://catalog.hathitrust.org/Record/002455032, acessado em 15.07.2020. pp. 101-106.

o significado de uma lei depende de seu texto, e tal significado foi fixado quando da publicação[172].

Nesse diapasão, Scalia afirma que *se as consequências da interpretação apropriada das palavras da lei mostrarem-se injustas, como defende a parte, estamos confidentes de que o Congresso teria corrigido a injustiça ou a fará no futuro*[173].

Com efeito, um dos grandes legados de Scalia para o originalismo e para a prática do direito em geral no bojo dos julgamentos da Suprema Corte foi o posicionamento que o juiz deve ter em relação à lei. Antes de Scalia, mesmo entre os adeptos de uma visão originalista da legislação, grande parte dos operadores do direito entendiam que o trabalho das cortes, ao interpretar a Constituição ou uma lei, era a implementação da intenção do legislador. Prestava-se mais atenção nos propósitos e no contexto histórico em torno da edição de uma lei do que propriamente em seu texto.

Scalia rebelou-se contra tais métodos interpretativos. Ele acreditava que o foco do trabalho de um juiz, quando interpreta uma lei, deveria ser ler o texto e fazer o que ele determina, mesmo que o comando legal pareça-lhe injusto ou não pretendido pelo legislador. *O texto é a lei, e é o texto que deve ser observado*[174].

Veja-se um exemplo de como a Suprema Corte trabalhava na interpretação de uma lei, cujo modo de pensar serviu de mote para a reviravolta textualista de Scalia. Em *Citizens to Preserve Overton v. Volpe* (1971), o tribunal, aduzindo que a história legislativa da lei era muito ambígua, entendeu que neste caso era aconselhável observar o texto legal para se encontrar o objetivo da lei:

> A história legislativa do *§4(f) do Department of Transportation Act, 49 U.S.C. § 1653(f)* (1964 ed., Supp. V), e do *§138 of the Federal-Aid Highway Act, 23 U.S.C. § 138* (1964 ed., Supp. V) é ambígua. (...) Por causa dessa ambiguidade, está claro que devemos olhar primeiramente para a lei mesma para encontrarmos a intenção legislativa.[175] (tradução livre)

---

[172] *Idem*.

[173] *Ibidem*.

[174] SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation – Federal Courts and The Law**. 1ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 22.

[175] "*The legislative history of both § 4(f) of the Department of Transportation Act, 49 U.S.C. § 1653(f) (1964 ed., Supp. V), and § 138 of the Federal-Aid Highway Act, 23 U.S.C. § 138 (1964 ed., Supp. V), is ambiguous. (...) Because of this ambiguity, it is clear that we must look primarily to the statutes themselves*

Ou seja, era já um costume arraigado no universo jurídico americano que o texto era apenas um dos elementos para a fixação do significado da norma. Neste diapasão, Scalia escreveu que

> Nas décadas passadas, entretanto, nós temos desenvolvido uma cultura jurídica em que os advogados rotineiramente – e quero dizer rotineiramente – não fazem disinção entre as palavras do texto de uma lei e as palavras da história legislativa correspondente. Minha Corte é avisada frequentemente, em peças escritas e sustentações orais, que "o Congresso falou assim" – Quando de fato o que está sendo referido não é a lei promulgada pelo Congresso, nem mesmo algum dos textos aprovados por uma das casas do Congresso, mas em verdade a proposição de um simples comitê de uma das casas, proclamado em um relatório de algum comitê. Recorrer à história legislativa está tornando-se tão comum que se popularizou uma piada nos meios jurídicos escutada com frequência: "A pessoa deveria consultar o texto da lei," continua a piada, "apenas quando a história legislativa é ambígua." (...) A realidade superou a piada. "[176] (tradução livre)

Veja-se, então, que o originalismo textualista de Scalia é antagonista não somente das teorias construtivistas, dos adeptos da "constituição viva", mas também do originalismo intencionalista, como proposto primeiramente na década de 1970 por Raoul Berger e Robert Bork.

Gary Lawson, que foi assessor de Antonin Scalia tanto na época da Corte de Apelações do Distrito de Columbia, quanto na Suprema Corte, escreveu um pequeno artigo interessantíssimo e bem humorado que traduz bem o cerne do textualismo,

---

to find the legislative intent." (**Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe** (1971). Disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/402/#tab-opinion-1949185, acessado em 10.07.2020)

[176] "*In the past few decades, however, we have developed a legal culture in which lawyers routinely — and I do mean routinely — make no distinction between words in the text of a statute and words in its legislative history. My Court is frequently told, in briefs and in oral argument, that "Congress said thus-and-so"— when in fact what is being quoted is not the law promulgated by Congress, nor even any text endorsed by a single house of Congress, but rather the statement of a single committee of a single house, set forth in a committee report. Resort to legislative history has become so common that lawyerly wags have popularized a humorous quip inverting the oft-recited (and oft-ignored) rule as to when its use is appropriate: "One should consult the text of the statute," the joke goes, "only when the legislative history is ambiguous*." *(...) Reality has overtaken parody*" (SCALIA, Antonin. *Idem*. p. 31)

intitulado *On Reading Recipes ... and Constitutions*[177], citado por Ilan Wurman em *A Debt Against th Living*[178].

Nesse trabalho, Gary Lawson compara a forma de ler uma constituição com a leitura de uma receita de frango frito antiga, encontrada por acaso. Transcreve-se parte do artigo abaixo, deixando-se propositalmente os trechos referentes aos ingredientes e instruções de preparo em inglês:

> Suponhamos que seja encontrado um documento escondido em uma velha casa. O documento aparenta estar escrito em inglês, e tanto a análise linguística quanto as técnicas científicas de datação indicam que o documento foi produzido no final do Século XVIII na área conhecida comumente como Philadelphia, Pennsylvania. O documento lista quantidades de itens como "*one 2 1/2 pound chicken*," "*1/4 cup of flour*," "*one teaspoon of salt*," "*plenty of lard for frying*," e "*pepper to taste*." Ele também contém instruções para combinar e manipular tais ingredientes, como "*combine the one teaspoon of salt with the 1/4 cup of flour*," "*add pepper to taste to the salt and flour mixture*," "*coat the chicken with the flour*," e "*fry the coated chicken in hot lard until golden brown*." O documento, em outras palavras, aparentemente parece uma receita do final do Século XVIII para frango frito.[179] (tradução livre)

Continua Lawson, afirmando que se tal documento for encontrado por sofisticados acadêmicos do direito, eles achariam que a receita seria um grande mistério. Não poderiam nem concluir que se tratava realmente de uma receita, poderia ser um código secreto de operações militares. Poderia ser um diário escrito com técnicas de criptografia, ou até mesmo um poema[180].

---

[177] LAWSON, Gary. **On Reading Recipes... and Constitutions**. Georgetown Law Journal, n. 85, pp. 1823-1836, 1997. Disponível em https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/glj85&div=49&id=&page=, acessado em 25/04/2018.

[178] WURMAN, Ilan. **A Debt Against the Living - An Introduction to Originalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. pp. 33-35.

[179] "*Suppose that we find a document hidden in an old house. The document appears to be written in English, and both linguistic analysis and scientific dating techniques indicate that the document was produced in the lateeighteenth century in the area commonly known as Philadelphia, Pennsylvania. The document lists quantities of items such as "one 2 1/2 pound chicken," "1/4 cup of flour," "one teaspoon of salt," "plenty of lard for frying," and "pepper to taste." It also contains instructions for combining and manipulating those items, such as "combine the one teaspoon of salt with the 1/4 cup of flour," "add pepper to taste to the salt and flour mixture," "coat the chicken with the flour," and "fry the coated chicken in hot lard until golden brown." The document, in other words, appears to be a late-eighteenth-century recipe for preparing fried chicken*." (LAWSON, Gary. *Op. Cit*.)

[180] *Idem.*

Todavia, diz Lawson, *qualquer idiota consegue ver que é apenas uma receita*[181]. Não há qualquer evidência de que o documento encontrado seja outra coisa senão uma receita de frango frito.

Mas, superada a questão sobre o que o documento encontrado seja, agora o desafio passa a ser como decifrar as instruções nele inscritas. Então, Lawson explica o senso comum em relação às receitas, de que tais textos são conjuntos de instruções destinados ao atingimento de determinado fim e que são designados para serem lidas por outras pessoas fora o autor. E adiciona, o significado de uma receita é o significado público, qual seja, o sentido dado às palavras usadas pelo público ao qual é destinada ao tempo em que foi escrita:

> (...) o significado de uma receita é seu significado público – o significado que ele teria para a audiência à qual se destina o documento. E porque todo documento é criado em um particular momento no espaço e no tempo, documentos, ordinariamente, mas não invariavelmente, falam para o público do tempo de sua criação e é designado a partir deste ponto.[182] (tradução livre)

Tais considerações fazem bastante sentido, pois uma receita de frango frito seria imprestável para o público em geral se fosse escrita em código cifrado, com significados ocultos. A concepção de uma receita de frango frito é ser direcionada ao público e, por isso mesmo, emprega termos com significados correntes do público em geral do tempo em que foi escrita.

Gary Lawson continua, dizendo que a receita poderia ter como destinatário apena uma pessoa específica, parente ou amigo próximo do missivista. Neste caso, as intenções subjetivas do autor teriam que ser levadas em conta na interpretação da receita. Todavia, havendo evidências de que o documento é destinado ao público em geral, *seu significado é o significado público original das palavras empregadas*[183].

Como expõe Ilan Wurman, o fato de a receita ter que ser interpretada de acordo com o significado público original das palavras empregadas nada tem a ver com a possível

---

[181] *Ibidem*.

[182] "(...) *the meaning of a recipe is its public meaning-the meaning that it would have to the audience to which the document addresses itself. And because every document is created at a particular moment in space and time, documents ordinarily, though not invariably, speak to an audience at the time of their creation and draw their meaning from that point*." (*Ibidem*)

[183] *Ibidem*.

presença de problemas interpretativos, como ambiguidade ou termos genéricos[184]. Por exemplo, Lawson explica que algumas instruções da receita são claras e específicas, como "*combine the one teaspoon of salt with the ¼ cup of flour*" e "*one teaspoon" and "1/4 cup*". Mas há trechos imprecisos também, como "*to taste*" e "*fry the coated chicken in hot lard until golden brown*".

Em "*fry the coated chicken in hot lard until golden brown*", não está claro se o que deve ficar dourado é o frango ou o óleo. Entrementes, neste caso, pode-se fazer uso da pesquisa acerca da intenção do subscritor, que é repassar uma receita de frango frito a terceiros, pelo que se conclui ser o frango o qual deve ficar dourado[185].

Ilan Wurman, analisando o artigo da Gary Lawson, adiciona ao problema um ingrediente interessante, o da mudança de significados das palavras ao longo do tempo, aduzindo que:

> Agora, vamos supor que ao longo dos séculos os cozinheiros começaram a preparar frango frito de uma maneira diferente. Suponhamos que eles agora utilizam alecrim no lugar de pimenta, porque é o que os consumidores de frango frito preferem atualmente. Este novo hábito afeta o significado da receita? Claramente não: A receita fala 'pimenta' e se os cozinheiros modernos usam alecrim no lugar, eles não estão interpretando a receita original, mas em verdade emendando-a – talvez para melhor, todavia emendando-a. O termo 'pimenta' é simplesmente unívoco neste aspecto.
>
> A mudança através do tempo provoca o advento de uma questão bem diferente: devemos continuar seguindo a receita antiga? Talvez decidamos que ela não seja mais uma boa receita para frango frito. Ela utiliza a maioria dos ingredientes básicos de forma errada. Talvez a receita não mereça mais nossa obediência hoje porque as pessoas não gostam mais de pimenta. Entretanto, isso não muda o que a receita significa. Seu significado está fixado no tempo.[186] (tradução livre)

---

[184] WURMAN, Ilan. *Op. Cit*. p. 34.

[185] LAWSON, Gary. *Op. Cit*.

[186] "*Now, let us suppose that over the centuries, cooks began to make fried chicken in diferente ways. suppose they now substitute rosemary for pepper because that seems to be what contemporary fried-chicken eaters prefer. does this modern practice affect the meaning of the recipe? Clearly not: "The recipe says 'pepper', and if modern cooks use rosemary instead, they are not interpreting the original recipe, but rather they are amending it – perhaps for the better, but amending it nonetheless. The term 'pepper' is simply not ambiguous in this respect.*

The change over time raises a diferente inquiry entirely: Should we still follow the old recipe? Maybe we decide that it's just not a good recipe for fried chicken. It got the most basic ingrediente wrong. Perhaps the recipe no longer desserves our obedience today because people just don't like pepper anymore. But that doesn't change qhat the recipe means. Its meaning is fixed in time." (WURMAN, Ilan. *Op. Cit*. p. 34)

Nesse diapasão, independente da utilidade atual de uma lei, seu significado é fixo no tempo, estabelecido quando da publicação. O sentido dos termos empregados, em caso de dúvidas, devem ser buscados em dicionários da época. Scalia afirma que *uma das funções principais das nossas cortes é agir como um dicionário vivo e autorizado*[187] e que *em seu trabalho como lexicógrafos em tempo parcial, os juízes têm ocasião de consultar o trabalho de lexicógrafos profissionais com frequência*[188] (tradução livre).

Ademais, Gary Lawson e Ilan Wurman tocam num ponto interessante, que não é objeto da presente monografia, mas que sempre é utilizado no trabalho de interpretação dos textos constitucionais e legais quando se pretende ir além do significado literal: a legitimidade da norma e até dos legisladores. Ou seja, são questões absolutamente diferentes o significado do texto e sua adequação aos tempos presentes.

E aí passa-se a outro ponto frequentemente levantado por Antonin Scalia em suas obras e decisões judiciais: se determinado dispositivo da constituição não encontra mais eco, em relação a sua legitimidade e utilidade nos dias atuais, na sociedade, qual seria a autoridade pública legítima para alterar seu conteúdo? O juiz com mandato vitalício, não eleito democraticamente pelo povo? Ele responde: *é simplesmente incompatível com a teoria democrática que leis signifiquem algo diferente do que deveriam significar, e que juízes não eleitos decidam isso.*[189] (tradução livre).

Inclusive, reconhecendo a problemática em torno de termos excessivamente genéricos utilizados pelo legislador na redação legal, Antonin Scalia chega a aduzir que o uso de palavras e expressões de sentido muito aberto podem viciar o ato legislativo correspondente com a pecha da inconstitucionalidade, por ofensa ao estado de direito e ao princípio democrático:

> Em um sistema democrático, é claro, o estado de direito geral reivindica especial preferência, posto que é o produto normal do poder que mais responde ao povo. Chefes do Executivo e juízes lidam com casos individuais; o Legislativo generaliza. Leis que são vistas como normas de clareza ou precisão inadequadas são criticadas, por conta disto, como

---

[187] "(...) *one of the chief functions of our courts is to act as an animated and authoritative dictionary*." (SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. **Reading Law**. 1ª ed. St. Paul: Thomsom/West, 2012. Versão eletrônica)

[188] *"(...) in their work as part-time lexicographers, judges frequently have occasion to consult the work of professional lexicographers*." (*Idem*)

[189] "*It is simply not compatible with democratic theory that laws mean whatever they ought to mean, and that unelected judges decide what that is*." (SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation – Federal Courts and The Law**. 1ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 22)

> não democráticas e, em casos extremos, inconstitucionais, porque deixam muito para ser decidido por pessoas outras que não os representantes do povo.[190] (tradução livre)

Após a passagem de Antonin Scalia pela Suprema Corte, o originalismo, em sua versão mais atual, o textualismo, assumiu indubitavelmente um lugar importante no debate acadêmico e jurisprudencial americano. Um exemplo recente ilustra tal afirmação, o caso *King v. Burwell* (2015)[191], amplamente noticiado e debatido nos noticiários, pois envolvia a análise da constitucionalidade de dispositivos do *Patient Protection and Affordable Care Act – PPACA*, mais conhecido como *Obama Care* (programa de saúde pública idealizado pelo governo Barak Obama).

O *PPACA* foi aprovado pelo Congresso em 2010 sem qualquer voto de congressistas republicanos, o que contribuiu para que se previsse a dimensão política da lide se a constitucionalidade da lei fosse questionada na Suprema Corte, como de fato foi. Mas, para fins deste trabalho, a questão importante desta lide é que um dos objetos da ação era o estabelecimento do significado de um trecho da lei, *established by the State*, o qual foi alvo de grandes debates no tribunal em torno do alcance semântico da expressão.

Por 6 a 3, venceu a teses de que o excerto indigitado deveria ser interpretado como '*established by the state or the federal Department of Health and Human Services"*[192], o que representou uma vitória para o governo Obama. Na decisão final, restou afirmado que esse entendimento do texto referido, como requerido pelos advogados da parte autora, é *a leitura mais natural da frase da lei, pertinente com o restante do diploma legal*[193]. Scalia foi um dos votos contrários, consignando de forma indignada que

---

[190] "*In a democratic system, of course, the general rule of law hasspecial claim to preference, since it is the normal product of thatbranch of government most responsive to the people. Executivesand judges handle individual cases; the legislature generalizes.Statutes that are seen as establishing rules of inadequate clarity orprecision are criticized, on that account, as undemocratic-and, inthe extreme, unconstitutional-because they leave too much to bedecided by persons other than the people's representatives*." (SCALIA, Antonin. **The Rule of Law as a Law of Rules**. The University of Chicago Law Review, Volume 56 n. 4, 1989. Disponível em http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4632&context=uclrev, acessado em 24.01.2017)

[191] **King v. Burwell** (2015), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-114/, acessado em 01.07.2020.

[192] *Idem.*

[193] *Ibidem*.

> Eu sinceramente concordo com a Corte, a qual ressoa que a interpretação requer prestar-se atenção na lei como um todo, não apenas em palavras ou até seções isoladas. Contexto sempre importa. Todavia, não devemos esquecer o motivo pelo qual o contexto é importante: ele é uma ferramenta para se entender os termos da lei, não uma desculpa para os reescrever.[194] (tradução livre)

Enfim, depois de Antonin Scalia houve uma explosão de novos autores de talento dedicados ao originalismo, centrados no significado público original, nos métodos interpretativos decorrentes e até nas questões envolvendo a legitimidade da constituição. Citem-se, como exemplo, Jack Balkin[195], Randy E. Banett[196], Gary Lawson[197], Michael B. Rappaport[198], John O. McGinnis[199], Lawrence B. Solum[200], Robert W. Bennet[201], Keith E. Whittington[202] e Ilan Wurman[203].

É despiciendo dizer que a morte de Antonin Scalia em fevereiro de 2016 representou uma perda inestimável para o movimento originalista e para o próprio ambiente jurídico, acadêmico e judicial, como um todo, nos Estados Unidos. A princípio, a nomeação para seu lugar deveria recair sobre o Presidente em final de mandato, Barak Hussein Obama.

---

[194] "*I wholeheartedly agree with the Court that sound interpretation requires paying attention to the whole law, not homing in on isolated words or even isolated sections. Context always matters. Let us not forget, however, why context matters: It is a tool for understanding the terms of the law, not an excuse for rewriting them*." (*Ibidem*)

[195] BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

[196] BARNETT, Randy E. **Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

[197] LAWSON, Gary. **The Origins of the Necessary and Proper Clause.** New York: Cambridge University Presss, 2010.

[198] RAPPAPORT, Michael B.; McGINNIS, John O. **Originalism and the Good Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

[199] *Idem.*

[200] SOLUM, Lawrence B.; BENNET, Robert W. **Constitutional Originalism – A Debate**. Ithaca: Cornell University Press, 2011.

[201] *Idem.*

[202] WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation – Textual Meaning. Original Intent & Judicial Review**. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

[203] WURMAN, Ilan. **A Debt Against the Living - An Introduction to Originalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

A ideia seria nomear um jurista progressista para o lugar de Scalia, o que representaria uma reviravolta na composição da corte, pois consolidaria uma maioria de esquerda no colegiado. Ressalte-se que é comum, na história da Suprema Corte, que, na substituição de um ministro por outro de orientação ideológica oposta, haja uma verdadeira guerra política de bastidores.

Por exemplo, a nomeação de Antonin Scalia no lugar do *Justice* William H. Rehnquist, indicado para *Chief Justice*, não causou embates políticos maiores, pelo que sua nomeação foi aprovada por unanimidade. Um dos fatores para a ausência de oposição era o fato de que o próprio William H. Rehnquist era conservador e originalista confesso, tendo sido o único voto contrário em *Roe v. Wade* (1973)[204]. Na seara acadêmica, era conhecido por obras em defesa do originalismo[205], desde a década de 1970, e sobre a história da Suprema Corte[206].

Já a indicação de Robert Bork em 1987 foi uma verdadeira batalha, que terminou na recusa de seu nome no Senado. Some-se ao fato do ambiente político à época, com os Democratas ocupando a maioria das cadeiras da Casa, a circunstância de ele ter sido escolhido para a vaga do *Justice* Lewis F. Powell Jr., considerado um moderado em termos ideológicos, tendo sido o *swing vote* em diversos casos.

Em 2016 o Presidente Barak Obama indicou Merrick Brian Garland, juiz da Corte de Apelações do Circuito do Distrito de Colúmbia, que era considerado um moderado, pelo que se previa a aprovação relativamente tranquila. Entrementes, o Senado Americano, em manobra inédita, recusou-se a sabatinar o indicado, procrastinando o procedimento durante todo o ano de 2016 até a caducidade, em 03.01.2017, término da 114ª Legislatura do Congresso.

Com a nova Legislatura empossada em 2017, de maioria republicana no Senado, e tendo sido eleito o republicano Donald Trump para a Presidência, que havia se

---

[204] *Roe v. Wade* (1973), disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/, acessado em 25.01.2020.

[205] REHNQUIST, William H.. **The Notion of a Living Constitution**. Texas Law Review, V. 54, n. 4, 1976. Disponível em https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr54&div=38&id=&page=, acessado em 23.02.2020.

[206] REHNQUIST, William H.. **The Supreme Court**. New York: Vintage Books, 2002.

comprometido na campanha a indicar nomes conservadores e adeptos do originalismo para eventuais vagas na Suprema Corte, a promessa foi cumprida.

O escolhido foi Neil Gorsuch, juiz da Corte de Apelações do Décimo Circuito (Denver, Colorado), católico, 49 anos, oriundo de Harvard, onde cursou o *Juris Doctor* (J.D.), e originalista confesso. Possui diversos posicionamentos, em decisões judiciais e obras acadêmicas, em defesa do textualismo como método de interpretação constitucional e norte para a atividade decisória do magistrado. Em obra recentemente lançada, escreveu:

> Textualismo faz tudo isso. Quando interpretando leis, a tarefa do juiz é discernir o que uma pessoa nativa de língua inglesa familiar com os costumes legais poderia entender da lei ao tempo de sua publicação. Em vez de começar-se com a história legislativa ou perquirir-se acerca das consequências econômicas e sociais, um textualista inicia o trabalho a partir das definições do dicionário, das regras gramaticais e do contexto histórico em que a lei foi adotada para descobrir o que sua linguagem significa para aqueles que adotaram a lei. Neste diapasão, textualismo oferece uma metodologia conhecida e cognoscível para que os juízes possam determinar e fixar de forma imparcial o que a lei é, não simplesmente declarar o que ela deveria ser – um método para discernir o conteúdo da lei sem julgamentos de valor estranhos sobre pessoas ou políticas.[207] (tradução livre)

Textualismo, texto antes da história ou das consequências extrajurídicas, significados das palavras ao tempo da publicação, enfim, vê-se que Scalia foi substituído por outro ministro originalista e textualista. Após o procedimento de aprovação relativamente tranquilo no Senado, espera-se, destarte, que o ingresso de Neil Gorsuch na Suprema Corte não altere o equilíbrio metodológico e ideológico do tribunal.

A previsão de que Neil Gorsuch seguirá a linha textualista de Antonin Scalia parece se confirmar. Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho de seu voto no caso *Bostock v. Clayton County*, de 2020, ainda pendente de julgamento:

---

[207] "*Textualism does all this. Whe interpreting statutes, it tasks judges with discerning (only) what na ordinary English speaker familiar with the law's usages would have understood the statutory text to mean at the time of its enactment. Rather than beginning with legislative history or making economic hypotheses about social consequences, a textualist starts with dictionary definitions, rules of gramar, and the historical context in which a law was adopted to see what its language meant to those who adopted the law. In this way, textualism offers a known and knowable methodology for judges to determine impartially and fix what the law is, not simply declare what it ought to be – a method to discern the written law's content without extraneous value judgments about persons or policies.*" (GORSUCH, Neil. **A Republic, if You Can Keep It**. New York: Crown Forum, 2019. pp. 131-132)

> Quando os termos expressos de uma lei nos dá uma resposta e considerações extratextuais sugerem outra, não há dúvidas. Apenas a palavra escrita é lei, e todas as pessoas beneficiam-se de tal fato.
>
> (...)
>
> Somos uma nação de leis escritas. Juízes não são livres para negligenciar comandos legais claros com fulcro e suposições acerca das intenções ou adivinhações sobre expectativas.[208] (tradução livre)

Corroborando o que já foi dito linhas acima, o originalismo não está intrinsecamente ligado a uma agenda conservadora, ao contrário do que muitos dos detratores afirmam. Na linha do pensamento de Raoul Berger, o originalista convicto deve defender o sentido da lei que vá de encontro a suas convicções políticas, religiosas e ideológicas, se o significado resultante advier da aplicação impessoal do método interpretativo.

Nesta toada, Neil Gorsuch vem demonstrando ser metodologicamente honesto. Apesar de conservador convicto, confira-se como votou, no mérito, no caso supra referido, *Bostock v. Clayton County* (2020). Neste processo, discutia-se a aplicação do do *Title VII* do *Civil Rights Act*, de 1964, o qual veda a despedida sem justa causa um empregado por causa de raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade, a homossexuais. Decidindo que a proibição de discriminação sexual aplica-se também aos homossexuais, Gorsuch registrou em seu voto:

> No Título VII, o congresso adotou uma linguagem abrangente tornando ilegal para um empregador levar em conta o sexo quando decidir demitir um empregado. Nós não hesitamos em reconhecer hoje uma necessária consequência dessa escolha legislativa: um empregador que demite um indivíduo meramente por ser gay ou transgênero infringe a lei.[209] (tradução livre)

---

[208] "*When the express terms of a statute give us one answer and extratextual considerations suggest another, it's no contest. Only the written word is the law, and all persons are entitled to its benefit.*

(...)

Ours is a society of written laws. Judges are not free to overlook plain statutory commands on the strength of nothing more than suppositions about intentions or guesswork about expectations." (**Bostock v. Clayton County (2020)**, Disponivel em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/590/17-1618/, acessado em 04.08.2020)

[209] "*In Title VII, Congress adopted broad language making it illegal for an employer to rely on an employee's sex when deciding to fire that employee. We do not hesitate to recognize today a necessary consequence of that legislative choice: An employer who fires an individual merely for being gay or transgender defies the law*." (*Idem*)

Retornando à composição da Suprema Corte, a vaga seguinte, surgida com a aposentadoria voluntária de Antony Kennedy, em julho de 2018, diferentemente do que aconteceu com a nomeação de Neil Gorsuch, representaria um embate político bem mais acirrado. Isso porque Kennedy, que foi indicado por Reagan após o veto do Senado de Robert Bork, era tido por moderado, voto de equilíbrio, já tendo proferido opinião a favor do aborto, como em *Planned Parenthood v. Casey* (1992)[210], por exemplo.

Com efeito, o processo de oitiva e aprovação do Justice Brett Kavanaugh foi bem tumultuado e difícil, tendo surgido ao longo do feito diversas denúncias acerca de sua vida pessoal sobre fatos supostamente ocorridos décadas antes. Todavia, o Senado, controlado pelo Partido Republicano, através de sua Comissão Judiciária, declarou infundadas as acusações, permitindo sua aprovação em outubro de 2018 por 50 votos a 48.

Os obstáculos impostos pela oposição Democrata eram previsíveis, afinal, Brett Kavanaugh é um católico conservador confesso. Escreveu em defesa do textualismo, quando dava aulas na Notre Dame University, em 2014, ocasião em que defendeu a neutralidade ideológica do método textualista de intepretação:

> Essas decisões paradigmáticas mostram-nos que em casos envolvendo estrutura e separação de poderes, o texto é crucial. Padrões contemporâneos do que é bom, eficiente ou decente não vinculam; o texto da Constituição vincula. Este textualismo constitucional não é uma província exclusiva dos chamados juízes conservadores. Juízes de todas as supostas matizes ideológicas vêm prestando atenção no texto em processos envolvendo estrutura e separação de poderes. E estes casos exemplificam que textualismo – textualismo constitucional e legal – é politicamente neutro quando aplicado de maneira geral.[211] (tradução livre)

Então, talvez a aprovação de Brett Kavanaugh represente uma mudança importante na orientação metodológica e política da Suprema Corte, o que somente

---

[210] **Planned Parenthood v. Casey (1992)**, disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/, acessado em 11.07.2020.

[211] "*Those landmark decisions show us that in structural and separation ofpowers cases, the text is critical. Contemporary standards of what's good ordecent or efficient do not control; the precise text of the Constitution controls. This constitutional textualism is not the unique province of the so-called conservative judges. Judges of all supposed ideological stripes havepaid close attention to the text in structural and separation of powers cases.And these cases exemplify that textualism—constitutional textualism andstatutory textualism—is politically and policy neutral when applied across the board*." (KAVANAUGH, Brett M. **Our Anchor for 225 Years and Counting: The Enduring Significance of the Precise Text of the Constitution**. Notre Dame Law Review, n. 89, 2014. Disponível em https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol89/iss5/1, acessado em 08.07.2020.)

poderá ser melhor auferido no decorrer dos próximos anos. Todavia, os sinais recentes são no sentido de que ele é bem mais conservador do que o ministro substituído.

Por exemplo, Kavanaugh foi voto vencido em *Bostock v. Clayton County* (2020), relatado por Neil Gorsuch e acima referido, no qual afirma que a discriminação sexual entalhada no *Title VII* do *Civil Rights Act*, em 1964, referia-se a sexo biológico, não a orientação sexual. Aduziu também que a Suprema Corte usurpou a função legislativa ao equiparar sexo a orientação sexual. Seguem trechos do voto:

> A questão aqui é se o Title VII deveria ser expandido para proibir discriminação por causa de orientação sexual. Sob a separação de poderes esposada pela Constituição, a responsabilidade para amendar o Title VII pertence ao Congresso e ao Presidente no processo legislativo, não a esta Corte
>
> (...) Mas nós somos juízes, não membros do Congresso. (...) Nossa função não é elaborar ou emendar a lei. Como escrito, o Title VII não proíbe a discriminação de empregados por causa da orientação sexual.
>
> (...)
>
> Em respeito à separação dos poderes da Constituição, entretanto, eu acredito que era função do Congresso, não desta Corte, emendar o Title VII. Eu, destarte, respeitosamente voto de forma divergente neste julgamento.[212] (tradução livre)

Hoje, pode-se dizer que há 04 (quatro) juízes de tendência originalista e conservadora, Clarence Thomas, Samuel Alito, Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh, e 04 (quatro) alinhados ao liberalismo e adeptos de uma interpretação atualizada da constituição (*living constitution*), Ruth Bader Gisburg, Stefen Breyer, Sonia Sotomayor e Elena Kagan.

O ponto de equilíbrio, então, passou a ser o Chief Justice John Roberts, tido como entre moderado e conservador. Nos Estados Unidos, a orientação ideológica dos ministros da Suprema Corte é objeto de estudo de diversos grupos. Há alguns, inclusive, que

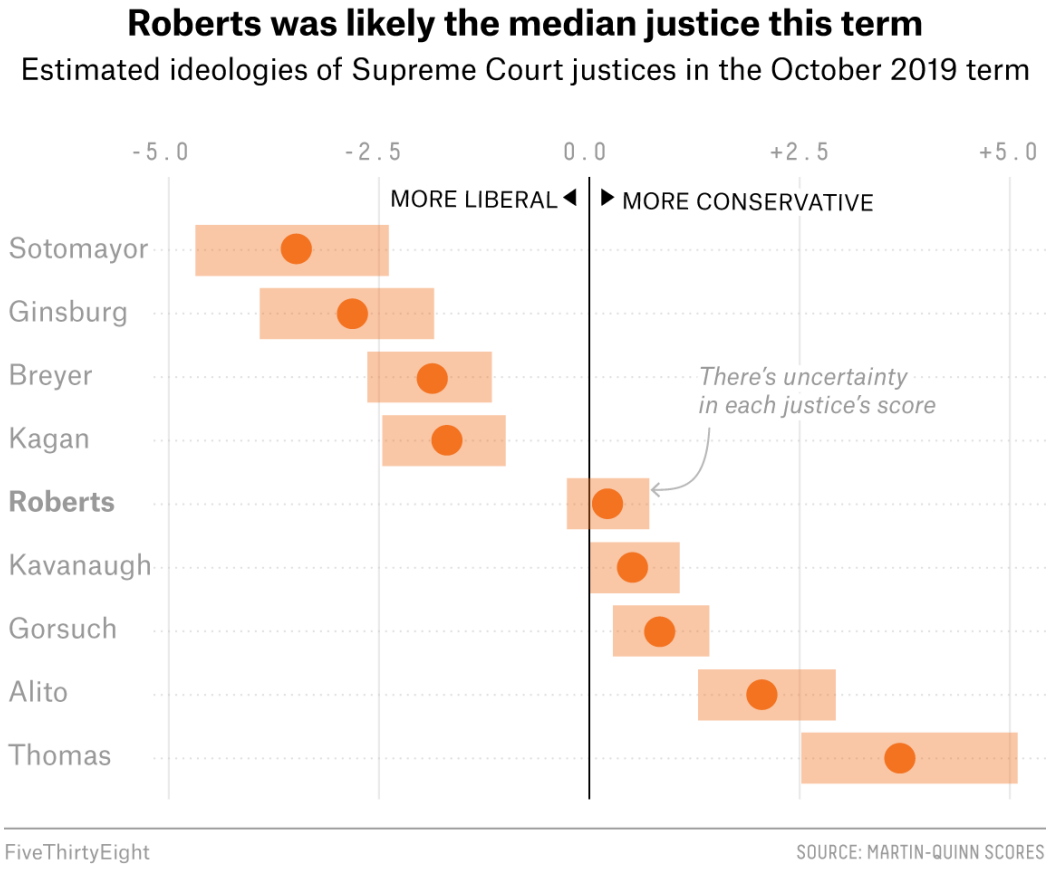
---

[212] "*The question here is whether Title VII should be expanded to prohibit employment discrimination because of sexual orientation. Under the Constitution's separation of powers, the responsibility to amend Title VII belongs to Congress and the President in the legislative process, not to this Court.*

(...) But we are judges, not Members of Congress. (...) Our role is not to make or amend the law. As written, Title VII does not prohibit employment discrimination because of sexual orientation.

(...)
Under the Constitution's separation of powers, however, I believe that it was Congress's role, not this Court's, to amend Title VII. I therefore must respectfully dissent from the Court's judgment." (**Bostock v. Clayton County (2020)**, Disponivel em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/590/17-1618/, acessado em 04.08.2020)

elaboram gráficos sobre o espectro político dos integrantes da Corte. Por exemplo, o Martin-Quinn Scores[213] elenca o *Chief Justice* John Roberts, hoje, como de centro, conforme figura abaixo:



Os votos de John Roberts em *Bostock v. Clayton County* (2020) e no caso *June Medical Services L.L.C. v. Russo* (2020) confirmam o que alega o Martin-Quinn Scores, que o Chief Justice vota com frenquência concordando com a ala liberal. Inclusive, em *June Medical Services L.L.C. v. Russo* (2020) foi o fiel da balança, sendo declarada inconstitucional uma lei do Estado de Louisiana que proibia a prática do aborto em certas condições, em clínicas que estivessem a menos de trinta milhas de um hospital.

John Roberts opinou pela inconstitucionalidade da lei indigitada, fazendo referência a precedentes nos quais restrições do tipo foram tidas por infringentes ao Devido Processo Legal, conforme as seguintes passagens de seu voto:

> O caso de hoje é a alegação de inconstitucionalidade de uma lei de Louisiana por diversos provedores e clínicas de aborto, idêntica à lei do Texas declarada inconstitucional em *Whole Woman's Health*. Como a lei do Texas referida, a lei de Louisiana requer que médicos somente

[213] https://mqscores.lsa.umich.edu/measures.php.

> possam realizar abortos se houver um hospital, no qual esteja habilitado, localizado a menos de trinta milhas do local do procedimento. (...)
>
> A doutrina jurídica do *stare decisis*, requer que, exceto em circunstâncias especiais, casos iguais sejam tratados igualmente. A lei de Louisiana impõe um obstáculo ao aborto tão serero quanto o da lei do Texas, pelas mesmas razões. Assim, a lei de Louisiana não pode ser mantida em face de nossos precedentes.[214] (tradução livre)

Frise-se que o aborto é um dos temas que mais dividem opiniões políticas nos Estados Unidos, havendo quem acuse o *Chief Justice* de liberal, após seu voto em *June Medical Services L.L.C. v. Russo* (2020)[215]. Enfim, as decisões de John Roberts nos últimos anos foram desanimadoras para os conservadores, os quais almejavam pela tão sonhada maioria conservadora após a confirmação de Brett Kavanaugh no lugar de Anthony Kennedy.

Alguns jornalistas afirmam que a ala conservadora da Suprema Corte esteja adiando, o máximo possível, o julgamento de casos envolvendo a Segunda Emenda (posse de armas), temendo o voto de John Roberts[216]. Assim, é possível que a próxima vaga aberta enseje uma guerra política no Senado épica, de mesma proporção do processo de Robert Bork, mormente se for decorrente de um ministro da ala liberal.

Enfim, eis o breve panorama do originalismo nos Estados Unidos hoje, em que a vertente textualista parece ser a dominante nos meios judiciais e acadêmicos.

---

[214] "*Today's case is a challenge from several abortion clinics and providers to a Louisiana law nearly identical to the Texas law struck down four years ago in Whole Woman's Health. Just like the Texas law, the Louisiana law requires physicians performing abortions to have "active admitting privileges at a hospital . . . located not further than thirty miles from the location at which the abortion is performed. (...)*

The legal doctrine of stare decisis requires us, absent special circumstances, to treat like cases alike. The Louisiana law imposes a burden on access to abortion just as severe as that imposed by the Texas law, for the same reasons. Therefore Louisiana's law cannot stand under our precedents." (**June Medical Services L.L.C. v. Russo (2020)**. Disponível em https://supreme.justia.com/cases/federal/us/591/18-1323/, acessado em 04.08.2020)

[215] Por exemplo: https://slate.com/news-and-politics/2020/07/john-roberts-june-medical-abortion-moving-left.html.

[216] Por exemplo: https://br.noticias.yahoo.com/supreme-court-conservatives-reportedly-dont-163000813.html.

5. PODERAÇÕES CRÍTICAS AO ORIGINALISMO

O objetivo do presente trabalho é apresentar um panorama geral da escola hermenêutica jurídica americana chamada originalismo, a qual se divide, como visto, em vertentes e autores bem divergentes entre si.

Foram gizados, nos capítulos anteriores, o breve escorço histórico e o resumo da vida e das ideias de alguns dos principais expoentes do originalismo, como Robert Bork, Raoul Berger e Antonin Scalia, citando-se outros acadêmicos no bojo da apresentação.

Entrementes, para que o quadro que se pretende expor seja melhor compreendido, é *conditio sine qua non* a visualização do objeto de estudo através de outras perspectivas; logo, é aconselhável, e até necessário, apresentar-se a opinião de alguns dos mais ferrenhos opositores e críticos do originalismo, o que se fará no presente capítulo.

5.1. PAUL BREST

Paul Brest é uma escolha óbvia para se começar um apanhado das críticas ao originalismo. Além de ter sido um dos primeiros adversários no meio acadêmico desse movimento, atribui-se a ele a autoria do próprio termo "originalismo", no conhecido artigo escrito em 1980, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*[217], na Boston University Law Review.

Neste trabalho, escrito quando o originalismo ainda era centrado na busca das intenções originais do constituinte como objetivo da interpretação, Paul Brest procurou desconstruir a noção de que existiria algo como a intenção coletiva dos *Pais Fundadores*. Assim, Brest procurou definir o que seja o originalismo nos seguintes termos: *Por originalismo eu quero dizer a abordagem familiar na jurisdição constitucional de acordo com a qual a autoridade vinculante da Constituição provém de seu texto* ***ou*** *da intenção do legislador*[218] (tradução livre, sem grifo no original).

---

[217] BREST, Paul. **The Misconceived Quest for Original Understanding**. Boston University Law Review, vol. 60, n. 2. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/bulr60&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=204, acessado em 05.07.2019.

[218] "*By "originalism" I mean the familiar approach to constitutional adjudication that accords binding authority to the text of the Constitution or the intentions of its adopters*." (*Idem*)

Conforme apontado por Lawrence B. Solum, a conjunção alternativa "ou" acima é deveras interessante, pois adiantou um debate que se estenderia pelos anos seguintes:

> A conjunção disjuntiva "ou" na oração final da definição de Brest pressagiou um debate entre originalistas, mas o que é mais impressionante sobre esta passagem é a suposição de Brest de que sua plateia já entendia os conceitos da visão que ele estava prestes a criticar. O neologismo de Brest popularizou-se, e as palavras "originalismo" e "originalista" passaram a partir de então a ser de uso corrente. [219] (tradução livre)

Como se determinar uma intenção coletiva de um grupo de pessoas como a Convenção Constitucional? E se vários dos constituintes pensavam de forma diferente acerca das normas insculpidas no texto? São algumas das questões levantadas por Brest no artigo, referindo-se ao originalismo de cunho intencionalista.

Outrossim, Brest trata da linguagem naturalmente mais genérica dos vocábulos e expressões utilizados em um texto constitucional, o que implica uma maior importância dada aos propósitos gerais da Constituição como um todo do que ao significado original das palavras[220].

Sobre a dificuldade de se descobrirem as intenções por trás das normas constitucionais estabelecidas em um texto aprovado por diversos corpos legislativos de vários Estados, escreveu:

> Se o único caminho que um magistrado poderia trilhar para encontrar a intenção legislativa seria pesquisar as intenções individualmente, sua tarefa seria impossível, mesmo em relação a uma única casa legislativa e *a fortiori* quando o consentimento de várias coletividades é requerido.[221] (tradução livre)

---

[219] "*The disjunctive "or" in thelast clause of Brest's definition presaged a debate among originalists, but what is most striking about this passage is Brest's assumption that his audience already understood the features of the view that he was about to criticize. Brest's neologism caught on, and the words "originalism" and "originalist" appear frequently from 1981 onward*." (SOLUM, Lawrence B.. **What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory**. 2010. Disponível em https://ssrn.com/abstract=1825543, acessado em 24/01/2017)

[220] BREST, Paul. *Op. Cit.*

[221] "*If the only way a judge could ascertain institutional intent were to count individual intention-votes, her task would be impossible even with respect to a single multimember law-making body, and a fortiori where the assente of several such bodies were required*." (*Idem*)

Em suma, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, um dos artigos que mais influenciaram as críticas ao originalismo, servido de fundamento para o enfraquecimento de sua vertente intencionalista, trouxe para o debate público diversas questões cruciais sobre o tema, dentre as quais[222]:

a. A dificuldade de apuração da intenção coletiva de uma coletividade de pessoas em geral;

b. Problemas associados com a identificação do intento dos membros da Convenção de Philadelphia juntamente com cada uma das convenções estaduais que ratificaram a Constituição;

c. Problemas referentes ao nível de generalidade e especificidade das intenções dos *Framers* e dos *Ratifiers*;

d. Dificuldade de inferirem-se intenções a partir do texto constitucional.

Outrossim, Paul Brest trata de outras questões atinentes ao originalismo, mas que não são estritamente jurídicas, referentes à interpretação das normas constitucionais, como, por exemplo, o problema da legitimidade democrática de uma constituição promulgada séculos antes sem a participação de mulheres e escravos e a instabilidade social em potência em função da inflexibilidade da ordem constitucional ao longo do tempo.

Brest também analisou o problema referente às intenções interpretativas dos *Framers* e dos *Ratifiers*, ou seja, ao modo como eles almejavam que suas intenções fossem interpretadas, antecipando o debate lançado por Jefferson Powell em 1985[223]. Brest cuidou de vários outros temas, criticando o originalismo, mas esta pequena lista aqui exposta é suficiente para que se tenha uma ideia da reação no ambiente acadêmico gerada pelos trabalhos de Raoul Berger e Robert Bork, dentre outros, no final dos anos 1970 e início dos anos 1980[224].

---

[222] SOLUM, Lawrence B.. **What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory**. 2010. Disponível em https://ssrn.com/abstract=1825543, acessado em 24/01/2017

[223] POWELL, H. Jefferson. **The Original Understanding of Original Intent.** Harvard Law Review, Volume n. 98, n. 5, 1985. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1973768, acessado em 05/06/2018.

[224] SOLUM, Lawrence B.. *Op. Cit*.

5.2. HAYWOOD JEFFERSON POWELL

O artigo *The Original Understanding of Original Intent*[225] foi escrito pelo então jovem professor da University of Iowa, Haywood Jefferson Powell, em 1985, com o intuito confesso de

> (...) examinar a validade histórica da afirmação de que a "intenção interpretativa" contida na Constituição era uma expectativa de que futuros intérpretes poderiam buscar o significado instrumental nas intenções dos delegados da Convenção Constitucional de Philadelphia de 1787.[226] (tradução livre)

Powell interroga, então, a afirmativa dos originalistas, de vertente intencionalista, de que os próprios *Framers* esperavam que a Constituição fosse interpretada de acordo com suas intenções. Embora Powell aceitasse a existência de referências às intenções dos *Framers* nos documentos da época da elaboração e aprovação da Constituição Americana, ele argumenta que a expectativa dos constituintes era a de que o documento fosse interpretado de acordo com sua linguagem expressa:

> A principal expectativa dos *Framers* da Philadelphia quanto à interpretação constitucional era a de que a Constituição, como qualquer outro documento legal, deveria ser interpretado de acordo com sua linguagem expressa. Esta expectativa é evidente nas numerosas tentativas de refinamento das palavras do texto, para eliminar a imprecisão ou para acalmar o receio de que uma linguagem muito precisa poderia ser tomada ao pé da letra, o que faria com que algum fim da norma viesse a ser frustrado. Debates sobre a linguagem do documento foram abundantes, todavia em nenhum deles qualquer delegado sugeriu que os futuros intérpretes poderiam evitar má interpretação do texto através da consulta de evidências das intenções articuladas na convenção.[227] (tradução livre)

---

[225] POWELL, H. Jefferson. *Op. Cit*.

[226] "*(...) to examine the historical validity of the claim that the "interpretive intention" informing the Constitution was na expectation that future interpreters would seek the instrument's meaning ins the intentions of the delegates to the 1787 Constitutional Convention in Philadelphia*." (*Idem*)

[227] "*The Philadelphia framer's primary expectation regardin constitutional interpretation was that the Constitution, like any other legal document, would be onterpreted in accord with its express language. This expectatioin is evidente in the framer's numerous attenpts to refine the wording of the text, either to eliminate vagueness or to allay fears that overprecise language would thus be defeated. Debates over the language of the document were abundant, yet in none of them did any delegate suggest that future interpreters could avoid misconstruing the text by Consulting evidence of the intentions articulated at the convention.*" (*Ibidem*)

Atente-se para o fato de que o artigo de Jefferson Powell carrega um efeito grave sobre a tese defendida pelos intencionalistas. A implicação mais marcante do trabalho é a de que o originalismo de intenções originais é autodestrutivo, pois ele requer que as intenções dos Framers acerca do método de interpretação constitucional sejam respeitadas. Entrementes, Powell afirma que essas intenções implicam a necessidade de serem desrespeitadas.

Ou seja, na opinião do autor a intenção dos *Framers* era a de que suas intenções não deveriam governar o futuro. Assim, o originalismo intencionalista era intrinsecamente contraditório e qualquer um que quisesse levar em consideração as intenções dos constituintes não poderia ser tido por originalista[228]. Powell frisa ao longo de grande parte do artigo que o intuito dos Framers era que o texto fosse levado em conta pelo público, devendo o documento ser interpretado por intermédio dos métodos tradicionais de interpretação da *Common Law*:

> Debates constitucionais não são invenção da América Revolucionária e a invocação de documentos escritos uma tradição inglesa comum em casos de controvérsias políticas graves. A inovação da América foi identificar "a Constituição" com um documento normativo único no lugar da tradição histórica, criando assim a possibilidade de considerar a interpretação constitucional como um mero exercício tradicional de interpretação legal de um instrumento escrito. Os procedimentos da Convenção da Philadelphia refletem a consciência dos delegados dessa inovação e seus desejos de elaboração de um documento que pudesse ser entendido, pelo menos em parte, através dos meios tradicionais de interpretação jurídica.[229] (tradução livre)

Ademais, Powell, ao atacar o originalismo intencionalista da forma que fez, aduzindo que o texto do documento é que deve ser levado em consideração pelo intérprete, independentemente de qualquer intenção subjetiva, adianta o fulcro das ideias textualistas defendidas por Antonin Scalia.

---

[228] *Ibidem*.

[229] "*Constitutional debate was not the invention of Revolutionary America, and the invocation of written documents was a wholly traditional move in English high political controversy. America's inovation was to identify "the Constitution" with a single normative document instead of a historical tradition, and thus to create the possibility of treating constitutional interpretativos as na exercise in the traditional legal activity of construing a written instrument. The proceedings of the Philadelphia convention reflect the delegates awareness of this innovation and their desire to craft a document that would be understood, at least in part, through the traditional processes of legal interpretation.*" (*Ibidem)*

Paul Brest evidenciou a dificuldade de inferirem-se as intenções dos *Framers* e dos *Ratifiers*, mormente por serem coletividades. H. Jefferson Powell foi ainda mais longe, afirmou que a vontade dos constituintes era a de que o texto fosse interpretado por si mesmo, sem ilações acerca de intentos subjetivos. Assim, muito do que esse autor escreveu, dentre vários outros deixados de fora, face os limites do presente trabalho, serviu de esteio para que o originalismo evoluísse da posição intencionalista para a de sentido público do texto (textualismo).

5.3. DAVID A. STRAUSS

David A. Strauss é um conhecido advogado americano, que milita com frequência perante a Suprema Corte, formado em Harvard e Oxford e atualmente professor da Universidade de Chicago. Foi escolhido aqui para representar um dos críticos proeminentes do originalismo em função de seu livro chamado *The Living Constitution*[230], de 2010. O trabalho foi um sucesso de vendas, pelos argumentos profundos que servem de fulcro aos adversários do originalismo, mesmo em sua versão textualista atual.

A obra merece um pouco mais de detença, neste capítulo, porque é um trabalho que esposou críticas bastante robustas ao originalismo, sendo referência para qualquer pessoa interessada no assunto, independentemente de seu posicionamento prévio.

Apesar do título obra, que pode levar o leitor a pensar tratar-se da defesa de alguma teoria específica de interpretação constitucional, o livro é, em verdade, um conjunto de argumentos robustos contrários ao originalismo e a favor de uma constituição viva, mas sem a defesa de uma alternativa hermenêutica em especial.

Em *The Living Constitution*, David Strauss apresenta diversas questões contra as defesas do originalismo de Robert Bork, Antonin Scalia, Clarence Thomas e outros, explicando em linguagem acessível ao público alheio ao universo jurídico como a Constituição pode evoluir sem se flexibilizar excessivamente. O autor começa o livro definindo o que é uma constituição viva e afirmando que não há outra alternativa a tal ideia, mormente em função da dificuldade de emenda:

---

[230] STRAUSS, David A.. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

> Nós temos uma constituição viva? Queremos ter uma constituição viva? Uma "constituição viva" é aquela que evolui, muda ao longo do tempo e adapta-se a novas circunstâncias sem ser formalmente emendada. Por outro lado, a resposta tem que ser sim: não há alternativa realista a uma constituição viva. a Constituição Americana, o documento sob o vidro nos Arquivos Nacionais, foi adotada mais de 220 anos atrás. Ela pode ser emendada, mas o processo de emenda é muito penoso. As emendas mais importantes foram adicionadas à constituição há mais de um século e meio, no rastro da Guerra Civil, e desde então muitas das emendas posteriores trataram apenas de assuntos menores.[231] (tradução livre)

Veja-se que o conceito de constituição viva adotado por Strauss, como alteração constitucional sem mudança de texto parece muito com a ideia de transição constitucional, de J. J. Gomes Canotilho, segundo o qual

> considerar-se-á como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.[232]

A título de curiosidade, frise-se aqui que Canotilho não aceita a mutação constitucional interpretativa como alternativa legítima da alteração normativa da constituição, apesar de fazer uma ressalva:

> O problema que agora se nos põe é o de saber se, através da interpretação da constituição, podemos chegar aos casos-limite de mutações constitucionais ou se, pelo menos, a mutação constitucional não deve transformar-se em princípio «normal» da interpretação (K. Stern). Já atrás ficou dito que **a rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional nos leva à exclusão de mutações constitucionais operadas por via interpretativa**. (...)
>
> A rejeição da admissibilidade de mutações constitucionais por via interpretativa não significa qualquer aval a um entendimento da constituição como um texto estático e rígido, completamente

---

[231] "*Do we have a living constitution? Do we want to have a living constitution? A "living constitution" is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended. On the one hand, the answer has to be yes: there's no realistic alternative to a living constitution. The written U.S. Constitution, the document under glass in the National Archives, was adopted more than 220 years ago. It can be amended, but the amendment process is very difficult. The most important amendments were added to the Constitution almost a century and a half ago, in the wake of the Civil War, and since that time many of the amendments have dealt with relatively minor matters*." (*Idem*. p. 1)

[232] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1228.

> indiferente às alterações da realidade constitucional.[233] (sem grifos no original)

No Brasil, diversos autores, na esteira do neoconstitucionalismo que aqui encontrou guarida, entendem legítima e necessária a mutação constitucional por via interpretativa. Por todos, Luís Roberto Barroso:

> A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito.[234]

Quanto ao sistema jurídico brasileiro, talvez seja bastante questionável a legitimidade da mutação constitucional interpretativa pela via judicial, pois a alteração do texto da Constituição Brasileira é relativamente simples, necessitando apenas de aprovação no Congresso Nacional por maioria de três quintos em ambas as Casas, em dois turnos – em comparação com outros sistemas de alteração constitucional.

O Supremo Tribunal Federal como porta voz das mudanças de valores da sociedade, à revelia da vontade popular consubstanciada no Poder Legislativo, tema deveras interessante, merece um trabalho à parte. Contudo, tal tema foge ao escopo desta dissertação, limitada à exposição do originalismo na América.

Já nos Estados Unidos, a discussão recobre-se de contornos diferentes. Isso porque, naquele país, o procedimento de emenda do texto constitucional é complexo e difícil. Conforme o artigo V da Carta, somente por iniciativa de dois terços dos membros da Câmara e do Senado ou a pedido de dois terços das legislaturas dos 50 Estados (33 dos 50 Estados), poderá ser emendada a Constituição e, para a emenda entrar em vigor, é necessário que seu texto seja ratificado por três quartos dos Estados.

---

[233] *Idem*. pp. 1228-1229.

[234] BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153.

Destarte, nos Estados Unidos, em função do engessamento do texto da Constituição, faz todo o sentido que a mutação pela via interpretativa seja vista como alternativa legítima de atualização normativa.

Assim, voltando-se a David Strauss, este autor defende que a constituição viva não é somente uma possibilidade genuína, mas de fato a única possibilidade realista disponível para que a sociedade americana possa contar com uma carta constitucional condizente com os valores atuais reinantes. Já o originalismo é definido da seguinte forma:

> O originalismo é a antítese da ideia de que temos uma constituição viva. Ele é a visão de que as provisões constitucionais significam o que o povo que a promulgou – nos anos 1790 ou 1860, tanto faz – entendiam que deveriam significar. (Há diferentes formas de originalismo, mas esta caracterização captura todos elas de forma aproximada).[235] (tradução livre)

A definição de originalismo de David Strauss abarca o intencionalismo e o textualismo, e vai ao encontro da conceituação de Lawrence Solum, exposta no primeiro capítulo desta monografia, acerca da necessidade da presença de duas ideias para que uma teoria possa ser reconhecida como originalista, a saber, a tese da fixação (*the fixation thesis*) e a tese da contribuição (*the contribution thesis*)[236].

Strauss alega que o originalismo, em qualquer de suas correntes, sofre de numerosos defeitos que o tornam impraticável. O primeiro capítulo do livro é intitulado "Originalismo e seus pecados"[237], que é o de maior interesse para este trabalho. Nele, o autor descreve alguns problemas que, em sua opinião, ferem de morte o originalismo.

A primeira grande falha do originalismo é de cunho totalmente consequencialista, aduzindo Strauss que a teoria implica a ocorrência de resultados não plausíveis no mundo

---

[235] "*Originalism is the antithesis of the idea that we have a living constitution. It is the view that constitutional provisions mean what the people who adopted them—in the 1790s or 1860s or whenever—understood them to mean. (There are different forms of originalism, but this characterization roughly captures all of them.)*" (STRAUS, David. A.. *Op. Cit*. p. 3)

[236] SOLUM, Lawrence B. **What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory**, *in* HUSCROFT, David; MILLER, Bradley W. (Org.). The Challenge of Originalism. 1ª ed. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 33.

[237] "*Originalism and Its Sins*" (STRAUS, David. A.. *Op. Cit*. pp. 7-31)

atual. Aqui, ele dá diversos exemplos. Um deles é a dificuldade de sustentação de *Brown v. Board of Education* (1954) sob a égide do originalismo. Segundo o autor

> No famoso caso de Brown v. Board of Education, a Suprema Corte decidiu que a segregação racial nas escolas públicas era inconstitucional sob a *Equal Protection Clause* da Décima Quarta Emenda. Mas está claro que quando a Décima Quarta Emenda foi adotada, ela não era entendida como uma proibição à segregação racial nas escolas públicas. (...) mesmo a Suprema Corte que decidiu Brown, uma corte que tinha todos os incentivos para invocar os entendimentos originais, pois era sabido que o acórdão seria atacado como inconstitucional, essencialmente concedeu que o sentido original não suportava o decidido, afirmando "não podemos voltar relógio até 1868 quando a Décima Quarta Emenda foi adotada".[238] (tradução livre)

Não obstante Strauss, neste argumento, confunda sentido da norma com sua aplicação, diferenciação já discutida nesta dissertação, o que talvez possibilitasse a manutenção de *Brown v. Board of Education,* mesmo assim o argumento permanece válido e forte. Na mesma toada, Strauss defende que o originalismo, levado às últimas consequências de maneira coerente com seus princípios, implicaria diversos absurdos, como a possibilidade da discriminação de gênero pelos Estados, a insubmissão dos Estados ao Bill of Rights, a inconstitucionalidade de diversas leis federais sobre direito do trabalho, ambiental e do consumidor[239].

Outra falha crucial do originalismo que Strauss relata é o que ele chama de "problema de tradução" (*The Problem of Translation*)[240]. Neste ponto a questão refere-se à assertiva de que mesmo que os juízes pudessem captar o sentido original do texto normativo, seria muito difícil traduzir tal sentido para a sociedade hodierna na fase de aplicação do direito posto. Então ele cita um exemplo utilizando o direito de portar armas, insculpido na Segunda Emenda:

> Suponha-se que sabemos com certeza que, por exemplo, a Segunda Emenda era entendida como garantia individual dos cidadãos de posse

---

[238] "*In the famous case of Brown v. Board of Education, the Supreme Court held that state-imposed racial segregation of schools is unconstitutional under the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment. But it is clear that when the Fourteenth Amendment was adopted, it was not understood to forbid racial segregation in public schools. (...)But even the Supreme Court that decided Brown—a Court that had every incentive to invoke the original understandings, since it knew its decision would be attacked as lawless—essentially conceded that the original understandings did not support its holding, saying, "we cannot turn the clock back to 1868 when the [Fourteenth] Amendment was adopted.'*"" (*Idem*. p. 12)

[239] *Ibidem*. pp. 11-17.

[240] *Ibidem*. pp. 21-23.

> de armas em seus lares para autodefesa. Haveria um problema futuro fundamental. Os *Founders*, nesta hipótese, desejavam estabelecer esse direito na sociedade *deles*. Eles queriam que as pessoas possuíssem tal direito num país pequeno, relativamente homogêneo e predominantemente rural, em que, comparado a hoje, armas eram primitivas e a mobilidade delas e do próprio povo era limitada.
>
> Dá não se pode concluir que os *Founders* iriam querer a mesma coisa para *nossa* sociedade. É possível que, se pudessem prever o Século XXI, eles teriam dito que a posse de armas de fogo poderia ser extensivamente regulamentada. Claro, não sabemos isso ao certo, é apenas especulação. Mas, este é o ponto.[241] (tradução livre)

Cabe aqui um aparte, inspirado na tese de doutorado de André Luiz Costa Corrêa[242]. Na linguagem jurídica, o círculo de incertezas em torno da atividade interpretativa é potencializado, pois esta é uma tradução da linguagem natural do meio onde se encontra situado o sistema jurídico (linguagem-plano), razão pela qual um mesmo grafema pode apresentar uma diversidade representativa na linguagem jurídica e na linguagem-plano desta.

Assim, um grafema na linguagem natural do meio pode representar uma "realidade" fenomênica do meio linguístico natural (isto é, um "ser") diversa da "realidade" fenomênica do meio linguístico jurídico (isto é, um dever-ser) que seja expressa por grafema homônimo àquele. Conforme Hans-Georg Gadamer, isso ocorre porque "*cada ciência apresenta uma linguagem própria que está em conformidade com as condições paradigmáticas aceitas e que é pertinente ao seu campo de atuação e suas pretensões cognitivas*"[243].

---

[241] "*Suppose we know for certain, for example, that the Second Amendment was understood to guarantee individual citizens the right to keep firearms in their homes for self-defense. There would be a further, more fundamental problem. The founders (on this hypothesis) wanted to establish this right—in their society. They wanted people to have that right in a small, relatively homogeneous, predominantly rural country in which, compared to today, weapons were primitive and the mobility of both people and weapons was limited.*

It does not follow that the founders would want the same thing for our society. It is possible that, if they had been able to envision the twenty-first century, they would have said that firearms could be extensively regulated. Of course, we don't know that for sure; it's just speculation. But that's the point." (*Ibidem*. pp. 21-22)

[242] CORRÊA, André Luiz Costa. **Crítica à desconsideração do campo objetivo dos pontos-limites de reconhecimento quando da transformação autopoiética destes em enunciados jurídicos pelos agentes-comunicantes legítimos - implicações cibernéticas da determinação do conteúdo (significado) e do sentido (significação) dos pontos-limites de reconhecimento para a transformação autopoiética das normas jurídicas no sistema jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011.

[243] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 15ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2016. pp. 500-501.

Ademais, na medida em que qualquer signo, na linguagem-plano ou em linguagem jurídica, expressa uma representação convencional, não existe uma relação necessária entre os signos linguísticos (de um lado) e os objetos. Isto porque tanto a interpretação quanto a tradução não passam de "reformulações de textos" – visto que a tradução é a reformulação de um determinado texto em uma outra língua diferente daquela na qual o texto é expresso; enquanto que a interpretação é a reformulação de um texto, não importando se na mesma língua em que é formulado ou em outra língua diferente.

O produto da atividade de interpretação (a saber: a norma jurídica) expressa um conjunto de enunciados jurídicos de outra forma – geralmente, a linguagem dos enunciados jurídicos é expressa em linguagem coloquial técnica, enquanto a linguagem do intérprete é por vezes apenas coloquial.

Ocorre assim porque toda tradução implica que seja realizada uma decifração do exposto em uma linguagem a ser traduzida para outra linguagem e, por consequência, toda tradução implica na realização de uma tarefa hermenêutica e em uma atividade de interpretação da linguagem-plano.

Nessa toada, segundo Gadamer[244], a tradução, como qualquer interpretação, implica uma *reiluminação*, a qual pode, inclusive, reconhecer novas nuances do objeto interpretado ou desconhecer nuances que já estavam percebidas neste, posto que o intérprete-tradutor precisa indicar em linguagem própria o que ele compreende que esteja representado na outra linguagem – o que possibilita concluir, como Gadamer[245], que a situação do intérprete e do tradutor seja a mesma, sob o ponto de vista da elaboração de um interpretante sobre um dado.

Retornando a Strauss, outro ponto que o autor trabalha em seu livro é o chamado "Problema de Jefferson" (*Jefferson's Problem*)[246]. Aqui se tem uma questão mais política e filosófica do que propriamente de interpretação jurídica.

Tal problema foi proposto por Thomas Jefferson, em setembro de 1789, em carta endereçada a James Madison, na qual escreveu *que a terra pertence aos vivos, e que os*

---

[244] *Idem.*

[245] *Ibidem*.

[246] *Ibidem*. pp. 24-25.

mortos não têm poderes ou direitos sobre ela[247]. A partir de tal trecho da carta, conclui-se que a ideia é a de que as palavras de uma geração não podem vincular a geração seguinte. Seguindo o raciocínio, Strauss pergunta por que devemos ser obrigados a seguir o entendimento constitucional de pessoas que morreram há muito tempo[248].

David Strauss não analisa o fato de que o *problema de Jefferson* se refere mais à questão da legitimidade de uma constituição escrita há dois séculos do que do método de interpretação constitucional. Mesmo assim tal questão vem sendo uma pedra no caminho dos originalistas há muito tempo.

A própria resposta de James Madison a Thomas Jefferson serve de esteio para que se tente resolver o problema:

> Se a terra é o presente da natureza para os vivos, esse título pode ser válido para a terra em seu estado natural apenas. As melhorias feitas pelos mortos formam um débito contra os vivos que as herdaram. Essa dívida não pode ser adimplida sem uma obediência proporcional à vontade dos autores das melhorias. [249] (tradução livre)

Ilan Wurman, com fulcro na resposta de Madison supra referida, defende a vinculação das gerações atuais à dos *Founders*, escrevendo que o método originalista de interpretação constitucional é o único legítimo em decorrência de tal dívida:

> (...) a ideia de que a Constituição deveria ser interpretada como era originalmente entendida pelos *Framers* que a escreveram e pelo público que a ratificou é o único método de interpretação constitucional que fielmente solve essa dívida. Este livro é uma pequena introdução e defesa do originalismo e dos *Founders*. [250] (tradução livre)

---

[247] "*(...) that the earth belongs in usufruct to the living;" that the dead have neither powers nor rights over it.*" (Disponível em http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jefl81.php, acessado em 17.07.2020)

[248] STRAUSS, David. A.. *Op. Cit*. p. 24.

[249] "*If the earth be the gift of nature to the living, their title can extend to the earth in its natural State only. The improvements made by the dead form a debt against the living who take the benefit of them. This debt cannot be otherwise discharged than by a proportionate obedience to the will of the Authors of the improvements*." (Carta de James Madison a Thomas Jefferson. Disponível em https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-13-02-0020#JSMN-01-13-02-0020-fn-0006)

[250] *"(...) the idea that the Constitution should be interpreted as it was originally understood by the Framers who wrote it and the public that ratified it, is the only method of constitutional interpretation that faithfully discharges this debt. This book is a short introduction to, and defense of, originalism and the Founding*." (WURMAN, Ilan. **A Debt Against the Living - An Introduction to Originalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 3)

Todavia, o argumento de Ilan Wurman não parece muito convincente. Há outros também, de caráter político e pragmático, como os trazidos por Michael B. Rappaport e John O. McGinnis, de que os textos constitucionais são feitos naturalmente para durarem por várias gerações e que frequentes alterações de suas normas, formais ou informais, despojam o direito e as instituições políticas da reverência necessária à estabilidade da nação[251].

Enfim, David A. Strauss, em um pequeno livro, de menos de 200 páginas, trouxe ao público, de forma didática, diversos obstáculos ao originalismo, de caráter intencionalista ou textualista, como método adequado de interpretação e aplicação da constituição. Várias das questões levantadas ainda estão abertas e talvez nunca sejam respondidas a contento.

---

[251] McGINNIS, John O.; RAPPARPORT, Michael B. **Our Supermajoritarian Constitution**. Texas Law Review, v. 80, n. 4, 2002. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=288344, acessado em 05.05.2020.

6. CONCLUSÃO

Foram expostos aqui os principais delineamentos da escola de interpretação constitucional chamada originalismo, a qual se divide em algumas vertentes bem díspares entre si, havendo quem diga haver não o originalismo, mas vários originalismos[252].

Entrementes, como visto, há pelo menos duas características fundamentais, apontadas por Lawrence Solum[253], que estão presentes em qualquer teoria que possa ser classificada como originalista. São elas a tese da fixação (*the fixation thesis*) e a tese da contribuição (*the contribution thesis*). A assertiva de Solum foi aceita pelos teóricos, pelo que Ian Bartrum[254], por exemplo, chegue a classificar as duas teses de dogmas do originalismo.

A tese da fixação (*the fixation thesis*) traduz-se na ideia de que o significado do texto normativo é estabelecido ao tempo da promulgação, sendo este significado baseado na intenção do legislador ou na interpretação puramente textual das palavras, como entendidas à época. De caráter temporal, este é o principal dogma originalista. Sem ele, não há que se falar, absolutamente, em originalismo.

A tese da contribuição (*the contribution thesis*) estriba-se na noção de que o significado original da Constituição, estabelecido conforme a tese da fixação, deve exercer o papel central na ciência do direito constitucional. Este postulado vai de encontro ao conceito de emanações das penumbras normativas, tais como idealizadas pelo *Justice* William O. Douglas em *Griswold v. Connecticut* (1965).

Explicitados os dois dogmas presentes em qualquer movimento originalistas, foi efetuada uma breve digressão histórica de várias decisões da Suprema Corte que influenciaram, ainda que tardiamente, o advento do originalismo, como, por exemplo, *Marbury v. Madison, McCulloch v. Maryland, Dred Scott vs. Sandford, Lochner vs. New*

---

[252] SOLUM, Lawrence B.. **What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory**, in HUSCROFT, David; MILLER, Bradley W. (Org.). **The Challenge of Originalism**. 1ª ed. New York: Cambridge University Press, 2011. pp. 32-33.

[253] *Idem*. pp. 35-36.

[254] BARTRUM, Ian. **Two Dogmas of Originalism**. Washington University Jurisprudence Review, v. 7, n. 2, 2015. Disponível em https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1120&context=law_jurisprudence, acessado em 04.08.2020.

York, Brown vs. Board of Education e *Roe vs. Wade.*

As duas principais vertentes do originalismo são o intencionalismo e o textualismo. O primeiro, em que o fator fundamental para estabelecimento do significado original da constituição é a intenção do constituinte, surgiu nos anos de 1970 e teve como principais ícones Raoul Berger e Robert Bork.

O textualismo, em que o centro da atividade interpretativa se deslocou da intenção dos *Framers* para o significado público objetivo do texto, à época da promulgação, teve como seu primeiro e grande promotor, na academia e no âmbito judicial, principalmente, Antonin Scalia. O textualismo hoje é a vertente dominante, mas ainda há uns poucos autores[255] em defesa da matiz intencionalista.

Trabalhou-se sobre as ideias principais de Raoul Berger, Robert Bork e Antonin Scalia, trilhando-se o caminho temporal do intencionalismo ao textualismo, sempre transpassando as ideias expostas com as opiniões de outros autores, antigos e contemporâneos.

De mais a mais, como o originalismo rechaça o conceito de mutação constitucional, fez aqui uma breve exposição da válvula de escape originalista para o problema da incidência de normas antigas sobre situações novas e imprevistas pelo legislador originário. Tal solução descansa na diferenciação entre interpretação do sentido e aplicação da norma, dois momentos distintos da atividade jurídica, desenvolvida por Christopher R. Green[256] e comentada por Ilan Wurman em *A Debt Against the Living*[257].

Como todo estudo que pretenda expor alguma teoria por diversos prismas, com intuito de melhor apreender o objeto de estudo, foram exibidas, em capítulo próprio, algumas objeções ao originalismo dos principais críticos, no ambiente americano, como Paul Brest, H. Jefferson Powell e David Strauss.

---

[255] Por exemplo: ALEXANDER, Larry. **Connecting the Rule of Recognition and Intentionalist Interpretation: An Essay in Honor of Richard Kay**. San Diego Legal Studies Paper n. 19, (2019). Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3448695, acessado em 04.08.2020.

[256] GREEN, Christopher R., **Originalism and the Sense-Reference Distinction**. St. Louis University Law Journal, V. 50, 2006. Disponível em https://ssrn.com/abstract=798466, acessado em 18.06.2020.

[257] WURMAN, Ilan. **A Debt Against the Living - An Introduction to Originalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 11.

Deu-se maior relevo à obra de David Strauss, *The Living Constitution*[258], em função dos fortes argumentos ali esposados. Com efeito, o principal problema do originalismo, que ainda se encontra em aberto, sem solução satisfatória, é o *Problema de Jefferson* (*Jefferson Problem's*).

Os originalistas americanos têm a difícil missão de encontrar uma justificativa legítima e convincente para que a mão dos mortos do passado (*dead hand of the past*) distante continue a governar a geração presente, que não participou da elaboração da Lei Fundamental do país.

Espera-se que tenha sido cumprido o desiderato deste trabalho, qual seja, fazer uma breve exposição em língua pátria da escola de interpretação constitucional americana originalismo. É possível especular-se se o originalismo poderia ser aplicado no Brasil, principalmente no tempo atual, em que o Supremo Tribunal Federal assumiu um papel protagonista na implementação de políticas públicas.

Tal especulação foge ao escopo desta dissertação. Mas, não deixa de ser interessante a reflexão. Nos Estados Unidos, o principal obstáculo a ser transposto pelo originalismo para ser aceito amplamente como método legitimo de interpretação é o Problema de Jefferson, agravado pelo dificultoso, quase impossível, procedimento de emendas à constituição daquele país.

Repita-se, conforme o artigo V da Constituição Americana, somente por iniciativa de dois terços dos membros da Câmara e do Senado ou a pedido de dois terços das legislaturas dos 50 Estados (33 dos 50 Estados), poderá ser emendada a Constituição e, para a emenda entrar em vigor, é necessário que seu texto seja ratificado por três quartos dos Estados.

Ou seja, nos Estados Unidos a constituição foi escrita em sua maior parte há mais de dois séculos e o processo de emenda é extremamente difícil, o que provoca um certo engessamento da constituição.

Porém, o Brasil não enfrenta tais obstáculos. Não há o Problema de Jefferson aqui, como lá. A Constituição do Brasil é relativamente nova, tendo sido promulgada em 1988, e já foi emendada mais de cem vezes. Ademais, como é de se concluir, o procedimento de aprovação de uma emenda constitucional no Brasil é relativamente simples,

---

[258] STRAUSS, David A.. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

demandando apenas a aprovação de ambas as casas legislativas federais por três quintos dos votos, em dois turnos de votação, sem necessidade de consulta aos Estados.

Portanto, é questão interessante o estudo da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para alterar ao seu talante os sentidos das normas insculpidas nos textos constitucionais, posto que aqui não há o Problema de Jefferson. O originalismo nas terras brasileiras poderia, talvez, servir de fundamento para algum plano de limitação da atividade legiferante, através do ativismo judicial, da Corte Suprema.

Segurança jurídica, separação de poderes, limites e legitimidade do Poder Judiciário para inovar no ordenamento jurídico de um país, em que a constituição garante a renovação de seu texto com relativa facilidade, são temas por excelência a serem gizados por algum jurista sob a metodologia do originalismo. Todavia, como dito, tal pesquisa foge ao escopo desta dissertação, que era a exposição do originalismo nos Estados Unidos, podendo vir a ser objeto de trabalho do missivista em eventual empreitada futura.

7. REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry. **Connecting the Rule of Recognition and Intentionalist Interpretation: An Essay in Honor of Richard Kay**. San Diego Legal Studies Paper n. 19, (2019). Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3448695, acessado em 04.08.2020.

BALKIN, Jack M. **Abortion and Original Meaning**. Faculty Scholarship Series. Paper 228, 2007. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/228 (acessado em 24/01/2017).

_____. **Clarence Thomas's Originalism**. Balkinization, 2007. Disponível em https://balkin.blogspot.com/2007/07/clarence-thomass-originalism.html (acessado em 04/01/2019).

_____. **Framework Originalism and the Living Constitution**. Northwestern University Law Review, 2009. Disponível em https://ssrn.com/abstract=1290869 (acessado em 24/01/2017).

_____. **Living Originalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

_____. **Original Meaning and Constitutional Redemption.** Constitutional Commentary, Vol. 24, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 140. Disponível em https://ssrn.com/abstract=987060 (acessado em 24/01/2017).

_____. **The New Originalism and the Uses of History**. Fordham Law Review, Forthcoming; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 303, 2013. Disponível em https://ssrn.com/abstract=2303980 (acessado em 24/01/2017).

_____. **Why are Americans Originalist?** Yale Law School, Public Law Research Paper No. 492, 2014. Disponível em https://ssrn.com/abstract=2379587 (acessado em 24/01/2017).

BARBER, Sotirius A.; FLEMING, James E. **Constitutional Interpretation: The Basic Questions**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

BARNETT, Randy E. **An Originalism for Nonoriginalists**. The University of Chicago Law Review, VOLUME 56 NUMBER 4 FALL, 1989. Disponível em http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2243&context=facpub (acessado em 24/01/2017).

_____. **Interpretation and Construction**. Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 34, 2011; Georgetown Public Law Research Paper No. 12-034, 2012. Disponível em https://ssrn.com/abstract=2021318 (acessado em 24/01/2017).

_____. **Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

_____. **Scalia's Infidelity: A Critique of Faint-Hearted Originalism**. University of Cincinnati Law Review, Vol. 75, No. 7, 2006; Boston University School of Law Working Paper No. 06-01; Georgetown Public Law Research Paper No. 880112. Disponível em https://ssrn.com/abstract=880112 (acessado em 24/01/2017).

_____. **The Original Meaning of the Judicial Power**. Boston Univ. School of Law Working Paper No. 03-18, 2003. Disponível em https://ssrn.com/abstract=437040 (acessado em 24/01/2017).

BARNETT, Randy E; BLACKMAN, Josh. **An Introduction to Constitutional Law**. New York: Wolters Kluwer, 2020.

BARNETT, Randy E; BERNICK, Evan. **The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism**. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 107 Geo. L.J. 1, 2018. Disponível em https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2000 (acessado em 24/01/2020).

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARTRUM, Ian. **Two Dogmas of Originalism**. Washington University Jurisprudence Review, v. 7, n. 2, 2015. Disponível em https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1120&context=law_jurisprudence, acessado em 04.08.2020.

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. 11ª ed. Thousand Oaks: CQ Press College, 2012.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. **Originalismo e Interpretación – Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional**. Madri: Editorial Civitas, 1989.

BERGER, Raoul. **Government by Judiciary – The Transformation of the Fourteenth Amendment**. 2ª ed. Indianápolis: Liberty Fund, 1997.

_____. **Congress v. The Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1969.

_____. **Impeachment: the Constitutional Problems**. Boston: Harvard University Press, 1973.

_____. Paul Brest's Brief for an Imperial Judiciary. Maryland Law Review, v. 40, 1981. Disponível em https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2437&context=mlr, acessado em 01.08.2020.

_____. **Reflections on Constitutional Interpretation**. Brigham Young University Law Review, 517, 1997. Disponível em https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1997/iss3/1 (acessado em 05/02/2020).

_____. **The Activist Legacy of the New Deal Court**. Washington Law Review 751, 1984. Disponível em https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol59/iss4/4. (acessado em 03.03.2020).

_____. **The President, Congress, and the Courts**. Yale Law Journal, 1974, disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol83/iss6/1, acessado em 05.03.2020.

_____. **Constructive Contempt: A Post Mortem**. University of Chicago Law Review 9, 1942. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol9/iss4/5/, acessado em 05.03.2020.

_____. **Paul Brest's Brief for an Imperial Judiciary**. Maryland Law Review, 40, 1981, disponível em https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol40/iss1/4, acessado em 05.06.2020.

BERMAN, Mitchell N., **Originalism is Bunk**. New York University Law Review, V. 84 april 2009 N. 1. Disponível em https://ssrn.com/abstract=1078933 (acessado em 03/02/2017).

BERNS, Walter. **Democracy and the Constitution**. 1ª ed. Washington (DC): Aei Press, 2006.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. **The Original Understanding and the Segregation Decision**. Harvard Law Review, V. 69, n. 1, 1955. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4958&context=fss_papers (acessado em 03/02/2017)..

BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 5ª ed. St. Paul Minn: West Publishing, 1979.

BOOHER, Troy L., **Putting Meaning in Its Place: Originalism and Philosophy of Language**. Law & Philosophy, July 2006. Disponível em https://ssrn.com/abstract=901540 (acessado em 03/02/2017).

BORK, Robert. **Coercing Virtue: the worldwide rule of judges**. Washington: American Enterprise Institute, 2003.

_____. **Commentary: The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution**. Washington University Law Quarterly, 695, 1979. Disponível em https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol1979/iss3/3, acessado em 02.07.2020.

_____. **Tradition and Morality in Constitutional Law**. 1984. Disponível em https://www.aei.org/research-products/speech/tradition-and-morality-in-constitutional-law/, acessado em 05.07.2020.

_____. **A Country I Do Not Recognize: The Legal Assault on American Values**. 1º ed. Stanford(CA): Hoover Institution, 2005.

_____. **Neutral Principles and Some First Amendment Problems**. Indiana Law Journal, v. 47, 1971.

_____. **The Antitrust Paradox**. 1ª. ed. New York: Basic Books, 1978.

_____. **The Tempting of America**. 1ª ed. New York: Touchstone, 1991.

_____. **A Time to Speak: Selected Writings and Arguments**. Wilmington: Intercollegiate Studies Institute, 2008.

BRENNAN, William J.. **Speech to the Text and Teaching Symposium**, *in*: CALABRESI, Steven G. (org.). **Originalism – A Quarter-Century of Debate.**

Washington: Regnery, 2007. pp. 55-70.

BREST, Paul. **The Misconceived Quest for Original Understanding**. Boston University Law Review, vol. 60, n. 2. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?lname=&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/bulr60&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=204, acessado em 05.07.2019.

BRISON, Susan J; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter (org). **Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation**. 1ª ed. Berkeley: Westview Press, 1993.

CALABRESI, Steven G. (org.). **Originalism – A Quarter-Century of Debate**. Washington: Regnery, 2007.

_____. **Originalism and James Bradley Thayer**. Northwestern University Law Review, v. 113, n. 6, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union**. 2ª ed. Boston: Little, Brown & Company, 1871.

CORRÊA, André Luiz Costa. **Crítica à desconsideração do campo objetivo dos pontos-limites de reconhecimento quando da transformação autopoiética destes em enunciados jurídicos pelos agentes-comunicantes legítimos - implicações cibernéticas da determinação do conteúdo (significado) e do sentido (significação) dos pontos-limites de reconhecimento para a transformação autopoiética das normas jurídicas no sistema jurídico brasileiro**. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011.

CROSS, Franklin. **The Failed Promise of Originalism**. 1ª ed. Stanford: Stanford Law Books, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

_____. **A Matter of Principle**. Oxford: Oxford University Press, 1985.

_____. **Social Rules and Legal Theory**. Yale Law Journal, 81, 1972. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol81/iss5/3/ (acessado em 05/02/2020).

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EPSTEIN, Lee; WALK, Thomas G. **Constitutional Law for a Changing America: A Short Course**. 5ª ed. Thousand Oaks: CQ Press College, 2011.

EPSTEIN, Richard A. **How Progressives Rewrote the Constitution**. Washington: Cato Institute, 2007.

_____. **The Classical Liberal Constitution: The Uncertain Quest for Limited Government**. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

FERREIRA NETO, Arthur. **O Originalismo na América**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, n. 4, set. 2014. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/50462. (acessado em 03/05/2019).

FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of American Law**. 3ª. ed. New York: Touchstone, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 15ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

GORSUCH, Neil. **A Republic, if You Can Keep It**. New York: Crown Forum, 2019.

GERHART, Peter M. **The Supreme Court and Antitrust Analysis: The (Near) Triumph of the Chicago School**. The Supreme Court Review, 1982. pp. 319-349. Disponível em https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/602, acessado em 05.07.2020.

GREEN, Christopher R., **Originalism and the Sense-Reference Distinction**. St. Louis University Law Journal, V. 50, 2006. Disponível em https://ssrn.com/abstract=798466, acessado em 18.06.2020.

GREENE, Jamal, **On the Origins of Originalism**. Texas Law Review, Vol. 88; Columbia Public Law Research Paper No. 09-201, 2009. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1357541 (acessado em 25/07/2018).

GREY, Thomas C.. **Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought**. Stanford Law Review Vol. 30, No. 5, 1978.

Disponível em https://www.jstor.org/stable/1228166 (acessado em 28/05/2018).

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist Papers**. New York: Signet Classics, 2003.

HAYWARD, Stefen F. **Two Kinds of Originalism**. National Affairs n. 30, 2017. Disponível em http://www.nationalaffairs.com/publications/detail/two-kinds-of-originalism (acessado em 24/01/2017).

HORNBY, A. S. **Oxford Advanced Learner's Dictionary**. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

HUSCROFT, David; MILLER, Bradley W. (Org.). **The Challenge of Originalism**. 1ª ed. New York: Cambridge University Press, 2011.

KAVANAUGH, Brett M. **Our Anchor for 225 Years and Counting: The Enduring Significance of the Precise Text of the Constitution**. Notre Dame Law Review, n. 89, 2014. Disponível em https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol89/iss5/1, acessado em 08.07.2020.

KAY, Richard. **"Originalist" Values and Constitutional Interpretation**. Faculty Articles and Papers. 93, 1996. Disponível em https://opencommons.uconn.edu/law_papers/93 (acessado em 05/07/2018).

LAWSON, Gary. **On Reading Recipes... and Constitutions**. Georgetown Law Journal, n. 85, pp. 1823-1836, 1997. Disponível em https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/glj85&div=49&id=&page=, acessado em 25/04/2018.

_____. **On Getting It Right: Remembering Justice Antonin Scalia**. Boston University Law Review n. 299, 2016. Disponível em https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/700/, acessado em 08.07.2020.

LEVY, Robert; MELLOR, William. **The Dirty Dozen: How Twelve Supreme Court Cases Radically Expanded Government and Eroded Freedom**. Washington: Cato Institute, 2010.

MALTZ, Earl M., **Originalism and the Desegregation Decisions-A Response to Professor Mcconnell**. Constitutional Commentary. 288. Disponível em https://scholarship.law.umn.edu/concomm/288 (acessado em 25/08/2018).

MANNING, John F., **Textualism and the Equity of the Statute**. 101 Colum. L. Rev. 1, 2001. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2849561 (acessado em 01/06/2018).

_____. **Textualism As a Nondelegation Doctrine**. 97 Colum. L. Rev. 673, 1997. Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=2849460 (acessado em 01/06/2018).

McCONNELL, Michael W.. **Originalism and the Desegregation Decisions**. 81 Virginia Law Review 947 (1995). Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12624&context=journal_articles (acessado em 03/08/2018).

MEESE III, Edwin. **Speech Before the BAR Association**, in: CALABRESI, Steven G. (org.). **Originalism – A Quarter-Century of Debate**. Washington: Regnery, 2007. pp. 47-54.

MERRILL, Thomas W. **Originalism, Stare Decisis and the Promotion of Judicial Restraint**. Constitutional Commentary n. 1092, 2005. Disponível em https://scholarship.law.umn.edu/concomm/1092 (acessado em 03/07/2018).

MONAGHAN, Henry P.. **Our Perfect Constitution**. 56 N.Y.U. L. Rev. 353, 1981.

Dsiponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/778 (acessado em 18/06/2018).

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. (Tese de Doutorado). São Paulo, 2011. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16042012-161140/pt-br.php, acessado em 12/12/2016.

O'NEILL, Johnathan. **Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press. Edição Eletrônica.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B.. **Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution**. Fordham Law Review, v. 75, 2006. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/171/, acessado em 21.05.2020.

POWELL, Haywood Jefferson. **The Original Understanding of Original Intent**.

Harvard Law Review, Volume n. 98, n. 5, 1985. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1973768, acessado em 05/06/2018.

_____. **Rules For Originalists**. 73 Virginia Law Review 659-699, 1987. Dsiponível em https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/444/ (acessado em 01/06/2018).

PRIEST, George L.. **The Abiding Influence of the Antitrust Paradox: An Essay in Honor of Robert H. Bork**. Harvard Journal of Law and Public Policy, 31(2), 2008. pp. 455-463. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/643/, acessado em 06.07.2020.

RAKOVE, Jack N. (Org.). **Interpreting the Constitution – The Debate over Original Intent**. 1ª ed. Boston: Northeastern University Press, 1990.

_____. **The Annotated U.S. Constitution and Declaration of Independence**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAPPAPORT, Michael B., **Originalism and the Colorblind Constitution**. San Diego Legal Studies Paper No. 13-115, 2013. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2244610 (acessado em 01/09/2018).

RAPPAPORT, Michael B.; MCGINNIS, John O.; SHAPIRO, Ilya; WALSH, Kevin C.; WURMAN, Ilan. **The Legal Turn in Originalism: A Discussion**. San Diego Legal Studies Paper No. 18-350, 2018. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3201200 (acessado em 30/07/2018).

RAPPAPORT, Michael B.; SMITH, Steven Douglas; BAUDE, William; SACHS, Stephen E. **The New and Old Originalism: A Discussion** San Diego Legal Studies Paper No. 15-178, 2014. Disponível em : https://ssrn.com/abstract=2562531 (acessado em 17/08/2018).

RAPPAPORT, Michael B.; McGINNIS, John O. **Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction** (May 19, 2009). Northwestern University Law Review, Vol. 103, No. 2, 2009. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1407274 (acessado em 05/08/2018).

_____. **Originalism and the Good Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

_____. **A Pragmatic Defense of Originalism**. Northwestern University Law Review, Vol. 101, 2007. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=956477 (acessado em 07/08/2018).

_____. **Original Interpretative Principles as the Core of Originalism**. San Diego Legal Studies Paper No. 07-82, 2007. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=962142 (acessado em 08/08/2018).

_____. **Our Supermajoritarian Constitution**. Texas Law Review, v. 80, n. 4, 2002. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=288344, acessado em 05.05.2020.

_____. **Reconciling Originalism and Precedent**. Northwestern University Law Review, Vol. 103, No. 2, 2009. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1399504 (acessado em 05/07/2018).

REHNQUIST, William H.. **The Supreme Court**. New York: Vintage Books, 2002.

_____. **The Notion of a Living Constitution**. Texas Law Review, V. 54, n. 4, 1976. Disponível em https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlr54&div=38&id=&page=, acessado em 23.02.2020.

RING, Kevin A.. **Scalia Dissents: Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice**. Washington: Regnery Publishing, 2016.

ROSTRON, Allen. **Justice Scalia's Truthiness and the Virtues of Judicial Candor**. Indiana Law Journal, n. 89, suplemento n. 12, 2013. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2373277, acessado em 07.07.2020.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional – Teoria, História e Método de Trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: 2014.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation – Federal Courts and The Law**. 1ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1998.

_____. **The Rule of Law as a Law of Rules**. The University of Chicago Law Review, VOLUME 56 NUMBER 4 FALL, 1989. Disponível em http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4632&context=uclrev (acessado em 24/01/2017).

_____; GARNER, Bryan A. **Reading Law**. 1ª ed. St. Paul: Thomsom/West, 2012.

Versão eletrônica.

_____. Palestra proferida em 14.06.1986 no UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF LEGAL POLICY. **Original Meaning Jurisprudence: a sourcebook**, n. 106, 1987. Disponível em https://catalog.hathitrust.org/Record/002455032, acessado em 15.07.2020. pp. 101-106.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SCHAUER, Frederick. **Defining Originalism**. 19 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 343 (1995-1996). Disponível em https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hjlpp19&div=32&id=&page= (acessado em 28/02/2018).

SOLUM, Lawrence B. **Originalism and the Natural Born Citizen Clause**. Illinois Public Law Research Paper No. 08-17, 2010. Disponível em https://ssrn.com/abstract=1263885 (acessado em 02/02/2017).

_____. **A Reader's Guide to Semantic Originalism and a Reply to Professor Griffin**. Illinois Public Law Research Paper No. 08-12, 2008. Disponível em https://ssrn.com/abstract=1130665 (acessado em 02/02/2017).

_____. **Semantic Originalism**. Illinois Public Law Research Paper No. 07-24, 2008. Disponível em https://ssrn.com/abstract=1120244 (acessado em 02/02/2017).

_____. **What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory**. 2010. Disponível em https://ssrn.com/abstract=1825543 (acessado em 24/01/2017).

SOLUM, Lawrence B.; BENNET, Robert W. **Constitutional Originalism – A Debate**. Ithaca: Cornell University Press, 2011.

SOLUM, Lawrence B.. **The Constraint Principle: Original Meaning and Constitutional Practice**. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2940215 (acessado em 07/08/2018).

_____. **The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning**. 91 Notre Dame Law Review 1, 2015. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2559701 (acessado em 02/08/2018).

_____. **What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist**

Theory, in HUSCROFT, David; MILLER, Bradley W. (Org.). **The Challenge of Originalism**. 1ª ed. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 12.

SOMIN, Ilya. **The Borkean Dilemma: Robert Bork and the Tension between Originalism and Democracy**. The University of Chicago Law Review Dialogue, Vol. 80, pp. 243-255, 2013. Disponível em https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/Dialogue/Somin_Online.pdf#page=1&zoom=auto,-30,792 (acessado em 24/01/2017).

_____. **Originalism and Political Ignorance**. Minnesota Law Review, Vol. 97, No. 2, pp. 625-668, December 2012; George Mason Law & Economics Research Paper No. 12-28, 2012. Disponível em https://ssrn.com/abstract=2015006 (acessado em 03/02/2017).

STRANG, Lee J., **An Originalist Theory of Precedent**. New Mexico Law Review, Vol. 36, p. 419, 2006. Disponível em https://ssrn.com/abstract=772165 (acessado em 03/02/2018).

STRAUSS, David A.. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. **Antonin Scalia, Living Constitutionalist**. Harvard Law Review, Forthcoming; Harvard Public Law Working Paper No. 16-15, 2016. Disponível em https://ssrn.com/abstract=2759938 (acessado em 02/02/2017).

THAYER, James Bradley. **Legal Essays**. Boston: The Boston Book Company, 1908.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, jul./dez. 2008, p. 441-464.

VOLLI, Ugo. **Manual de Semiótica**. 1ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

WEST, Robin. **Progressive and Conservative Constitutionalism**. Michigan Law Review, v. 88, 1990. Disponível em https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/639/, acessado em 18.03.2020.

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

_____. **Originalism, Constitutional Construction, and the Problem of Faithless**

Electors. Arizona Law Review, 59-4, 2017. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2927464 (acessado em 01/08/2018).

WURMAN, Ilan. **A Debt Against the Living - An Introduction to Originalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

_____. **The Original Understanding of Constitutional Legitimacy**. Brigham Young University Law Review, 819, 2015. Disponível em: https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2014/iss4/3 (acessado em 28/06/2018).