



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FELIPE BRITO DA ROCHA MIRANDA

ORIGINALISMO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO
ATIVISMO JUDICIAL

Salvador – BA
2019

FELIPE BRITO DA ROCHA MIRANDA

**ORIGINALISMO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO
ATIVISMO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito básico para a conclusão da graduação em Direito.

Orientador: Professor André Luiz Batista Neves

Salvador – BA

2019

FELIPE BRITO DA ROCHA MIRANDA

**ORIGINALISMO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO
ATIVISMO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito básico para a conclusão da graduação em Direito.

Aprovado em 28 de novembro de 2019.

André Luiz Batista Neves – Orientador _____

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador.

Técio Spínola Gomes _____

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo.

Paulo Augusto de Oliveira _____

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra (FDUC), Coimbra.

A todos aqueles que possuem a coragem necessária para defender suas convicções com firmeza e caráter. Que não se acovardam diante das intimidações morais exercidas por terceiros. Que têm orgulho de sua independência e não temem nadar contra a corrente.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Lenise e Sidney, por serem a base de meu caráter e de minha força. Ao meu irmão, Fábio, pelo papel fundamental que sempre desempenhou no meu desenvolvimento.

Ao meu orientador, professor André Luiz Batista Neves, exemplo de conduta profissional tanto no serviço público quanto como educador. Figura que inspira seus alunos a conduzirem a vida profissional com seriedade, responsabilidade e respeito às ideias contrárias.

Aos professores John Paul Rollert e George Wendt, por despertarem em mim uma paixão pela ciência política e por terem conduzido o amadurecimento de minhas ideias. À John Phipps, meu primeiro chefe e companheiro de discussões que me levaram à defesa do tema desta monografia com tanta veemência.

Aos meus queridos amigos Carolzinha, Carol, Cavalca, Jhones, Joyce, Nathália e Zeca, por serem minha família na Faculdade de Direito com quem tive a honra de conviver durante todos esses anos.

À Ana Luiza, minha grande companheira nessa jornada. Serei eternamente grato pela paciência, dedicação, companheirismo e carinho que você demonstrou durante todo esse processo, bem como pela ajuda e motivação sem os quais certamente não teria concluído esse trabalho de forma tão satisfatória.

Ao professor e grande amigo Paulo Augusto de Oliveira, pessoa ímpar na minha trajetória, por ter acreditado em meu potencial desde o início e por ter me dado tantas oportunidades para crescer profissionalmente e amadurecer enquanto ser humano.

Law, without equity, though hard and disagreeable, is much more desirable for the public good than equity without law: which would make every judge a legislator and introduce most infinite confusion.

William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 1770.

MIRANDA, Felipe Brito da Rocha. Originalismo como Instrumento de Combate ao Ativismo Judicial. 2019. Orientador: André Luiz Batista Neves. 100 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

A presente monografia se propõe a demonstrar a necessidade da aplicação da teoria hermenêutica denominada Originalismo no Direito brasileiro, de forma a conter o avanço do ativismo judicial. Busca-se alcançar este objetivo através da revisão bibliográfica de obras que tratam do tema, de uma análise de Direito comparado e do estudo de casos relevantes. O trabalho tem início a partir de uma introdução geral ao Originalismo, mediante apresentação de conceitos e exemplos jurisprudenciais, bem como pelo confronto com as principais críticas dirigidas à teoria. Em seguida, foi feita semelhante abordagem geral acerca do ativismo judicial, de modo a identificar seus principais fundamentos e exemplos práticos de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, a análise se volta ao Brasil, para que seja analisado o atual panorama no Poder Judiciário, assim como seja feita demonstração de aplicação do método originalista na prática brasileira. Em conclusão, foram feitas considerações acerca da necessidade de aplicação do método originalista a fim de que se promova um retorno a autocontenção judicial no país.

Palavras-chave: Originalismo; ativismo judicial; Direito Constitucional; hermenêutica constitucional; autocontenção judicial; Supremo Tribunal Federal.

MIRANDA, Felipe Brito da Rocha. Originalism as Counter to Judicial Activism. 2019. Advisor: André Luiz Batista Neves. 100 s. Graduation Thesis (Graduation in Law) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

The present monograph purports to demonstrate the necessity of applying the hermeneutical theory known as Originalism to Brazilian Law, so as to contain the advance of judicial activism. This thesis seeks to achieve that objective through a bibliographic review of the works that relate to the subject, an analysis of comparative Law and a case-study of the relevant decisions. The thesis begins by presenting a general introduction to Originalism through the presentation of concepts and practical examples, as well as by addressing the main critics directed towards the theory. Furthermore, the monograph proposes a similar general approach towards judicial activism, identifying its main foundations and examples of its utilization in the Supreme Federal Tribunal. Afterwards, the analysis turns towards Brazil through an analysis of the current scenario in the country's Judiciary branch. Also, the thesis promotes a demonstration regarding the application of Originalism in the Brazilian legal practice. In conclusion, considerations are made regarding the necessity of applying the originalist method in Brazil, with the goal of promoting a return to judicial self-restraint in the nation.

Keywords: Originalism; judicial activism; constitutional hermeneutics; Constitutional Law; judicial self-restraint; Supreme Federal Tribunal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
HC	Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ORIGINALISMO	14
2.1 CONCEITUAÇÃO E CONTEXTO DE SURGIMENTO	14
2.2 METODOLOGIA ORIGINALISTA	16
2.3 PRINCIPAIS CORRENTES ORIGINALISTAS	17
2.3.1 TEORIA DA INTENÇÃO ORIGINAL	17
2.3.2 TEORIA DO SIGNIFICADO ORIGINAL PÚBLICO	19
2.3.3 TEORIA DOS MÉTODOS ORIGINAIS	20
2.4 ORIGINALISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA	21
2.5 ORIGINALISMO NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS	23
2.5.1 ANTONIN SCALIA: CASO <i>OBERGEFELL V. HODGES</i>	23
2.5.2 CLARENCE THOMAS: INTENÇÕES DOS FUNDADORES NO CASO <i>OBERGEFELL</i>	26
2.5.3 NEIL GORSUCH: ORIGINALISMO E PENA CAPITAL	30
2.5.4 BRETT KAVANAUGH: CASO <i>GARZA V. HARGAN</i> E INTERPRETAÇÃO RESTRITA DE PRECEDENTES	33
2.6 PRINCIPAIS CRÍTICAS AO ORIGINALISMO	37
2.6.1 DIFICULDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO SIGNIFICADO ORIGINAL	37
2.6.2 ENRIGESSIMENTO EXCESSIVO DO DIREITO	38
2.6.2.1 MUDANÇAS SOCIAIS	39
2.6.2.2 MUDANÇAS TECNOLÓGICAS	40
2.6.3 ORIGINALISMO E CONSERVADORISMO POLÍTICO	41
2.6.4 CONCEITOS INDETERMINADOS E LACUNAS DEMANDAM ATIVIDADE CRIATIVA DO INTÉRPRETE	44
3 ATIVISMO JUDICIAL	46
3.1 ORIGENS E CONCEITOS DO TERMO	46
3.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL	48
3.2.1 TEORIA DA <i>LIVING CONSTITUTION</i>	48
3.2.2 LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO	50
3.2.3 DEMOCRACIA SUBSTANTIVA	52
3.3 JUDICIALIZAÇÃO E CRESCIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL	54
3.4 ATIVISMO JUDICIAL NO STF	56
3.4.1 ADI Nº 4277/DF E ADPF Nº 132/RJ	56
3.4.1.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR	58

3.4.1.2 VOTOS DOS DEMAIS MINISTROS	60
3.4.2 HC Nº 126.292/SP	65
3.4.2.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR	66
3.4.2.2 VOTOS DOS DEMAIS MINISTROS	69
3.4.2 JULGAMENTO DA ADC Nº 43/DF/ADC 44/ADC 54: VIRADA JURISPRUDENCIAL EM 2019	71
4 APLICAÇÃO DO ORIGINALISMO NO BRASIL.....	73
4.1 NECESSIDADE DO ORIGINALISMO FRENTE À SITUAÇÃO ATUAL DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	73
4.2 DOCTRINA BRASILEIRA DA RESTRIÇÃO JUDICIAL.....	75
4.3 ANÁLISE ORIGINALISTA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	77
4.3.1 ADI Nº 4277/ADPF Nº 132	78
4.3.2 HC Nº 126.292/SP	83
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O NECESSÁRIO CONFRONTO AO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO	86
REFERÊNCIAS	88

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas contemporâneos do sistema judiciário brasileiro é o ativismo judicial. Entende-se por ativismo judicial a atividade criativa do magistrado, que vai além dos limites da competência do Poder Judiciário estabelecidos constitucionalmente, invadindo assim a esfera de atribuições do Poder Legislativo. Tal postura do Poder Judiciário coloca em risco os princípios constitucionais da separação dos poderes, consagrado no art. 2º, e da segurança jurídica, previsto no art. 5º, XXXVI e art. 103-A, §1º, ambos dispositivos da Constituição da República de 1988. Como consequência, a soberania popular, expressada através de seus representantes democraticamente eleitos no Poder Legislativo, é substituída pela vontade individual do magistrado, que carece de legitimidade para atuar de tal maneira, visto que não referendado pelo voto popular.

Neste contexto, a teoria de interpretação constitucional denominada de Originalismo se mostra como possível ferramenta útil na prevenção e combate ao ativismo judicial. A teoria originalista foi compilada e formalizada no início do século XX nos Estados Unidos, em um contexto de crescente expansão dos poderes interpretativos da Suprema Corte do país. A teoria originalista possui diversas vertentes. Logo, faz-se mister a especificação de qual conceito será utilizado no presente trabalho. Sendo assim, entende-se por Originalismo o conceito adotado pela vertente teórica chamada de Teoria do Significado Original, que tem como maior expoente o ex-membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, Antonin Scalia. Para Scalia, o Originalismo propõe que o magistrado intérprete as normas constitucionais de acordo com o significado que as palavras que ali constam possuíam ao tempo de sua positivação. A fim de ilustrar seu entendimento, Scalia traz a seguinte reflexão: “o que uma pessoa razoável, vivendo ao tempo da ratificação daquela norma, teria entendido como sendo o significado daquelas palavras?”

O Originalismo se coloca em contraponto à chamada Teoria da *Living Constitution*,¹ como é denominada a corrente doutrinária norte-americana defensora de maiores poderes criativos ao magistrado, e a outras teorias como a leitura moral da Constituição e a democracia substantiva. Ambas estas correntes, com adaptações e diferenças pontuais, formam a base do pensamento majoritário na doutrina constitucionalista brasileira atual. Isto explica, em parte, as inúmeras ocorrências de ativismo judicial no país.

¹ Constituição viva.

O presente trabalho de monografia objetiva, primeiramente, apresentar o Originalismo, introduzindo seu conceito como desenvolvido pela doutrina jurídica americana, tendo em vista que esta teoria não se encontra suficientemente difundida na doutrina e ensino jurídico brasileiro. A partir deste ponto inicial, busca-se a demonstração de sua importância e relevância prática. Em seguida, tendo sido estabelecido o conceito, parte-se para a análise das possibilidades de sua aplicação na prática jurídica brasileira, onde será demonstrada a peculiar aptidão das técnicas originalistas na prevenção e combate ao ativismo judicial.

Estruturalmente, o trabalho será dividido em 5 capítulos, iniciando-se a partir desta introdução. No segundo capítulo, será feita uma exposição geral sobre o Originalismo, apresentando seus desenvolvimentos doutrinários e práticos, bem como uma análise de como o Originalismo se insere entre aos demais métodos de interpretação constitucional. Serão analisadas as três principais correntes de Originalismo, quais sejam, a Teoria da Intenção Original, a Teoria do Significado Original Público e a Teoria dos Métodos Originais. Para este fim, será feito um estudo comparado da moderna doutrina originalista, capitaneada pelos juristas Lawrence Solum, Robert Bork e Antonin Scalia. Serão também analisadas decisões judiciais emblemáticas dos atuais membros da Suprema Corte que subscrevem à teoria originalista, quais sejam, os *Associate Justices* Clarence Thomas, Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh. Por fim, serão trazidas as principais críticas tecidas ao Originalismo por juristas adeptos de outras correntes de interpretação.

Já no terceiro capítulo, será analisada a atual proliferação das correntes hermenêuticas que propagam o ativismo judicial na teoria e prática jurídicas brasileiras. De forma espelhada ao segundo capítulo, serão apresentados os diversos conceitos de ativismo, suas principais bases teóricas e seu desenvolvimento no Brasil. Em seguida, serão analisadas duas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que podem ser tidas como exemplos de práticas ativistas no âmbito da maior corte do Poder Judiciário brasileiro, assim como suas consequências negativas à ordem constitucional.

No quarto capítulo, será demonstrada a aplicabilidade do Originalismo no Brasil e sua capacidade de corrigir os problemas gerados pelo ativismo judicial. Serão analisados os trabalhos de juristas brasileiros simpáticos à restrição judicial, a exemplo de Elival da Silva Ramos, Lênio Streck e o Ministro Ives Gandra Martins Filho. Em seguida, as decisões do STF trazidas no terceiro capítulo serão novamente apresentadas, para que dessa vez faça-se uma demonstração de como os casos concretos teriam sido decididos se analisados sob a ótica de uma interpretação originalista.

Por fim, no quinto capítulo, será feita a conclusão final de que o Originalismo possui peculiar aptidão a prevenir e combater a prática exacerbada de ativismo judicial, levando dessa forma à proteção dos princípios constitucionais da separação dos poderes e segurança jurídica, assim como ao aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

2 ORIGINALISMO

O segundo capítulo deste trabalho busca uma apresentação geral do Originalismo. Desta forma, será feita uma conceituação da teoria, bem como uma breve explanação acerca de seu desenvolvimento histórico. Em seguida, serão apresentados os principais pontos da metodologia originalista, de acordo com as lições do *Justice*² Neil Gorsuch. Posteriormente, serão exibidas as três principais vertentes da teoria. Vencidas estas considerações iniciais, serão feitas algumas observações a respeito da correlação entre Originalismo e legitimidade democrática. Logo mais, passa-se a uma análise da teoria em prática, a partir de decisões de notáveis membros originalistas da Suprema Corte dos Estados Unidos. Por último, serão analisadas as principais críticas direcionadas ao método, bem como contrapontos a elas.

2.1 CONCEITUAÇÃO E CONTEXTO DE SURGIMENTO

Originalismo é um método de interpretação constitucional cuja ideia central é que a norma constitucional deve ser interpretada de forma a buscar o sentido original das palavras à época de sua criação. Nesse sentido, o Centro para o Estudo do Originalismo Constitucional da Universidade de San Diego apresenta a seguinte definição: “Originalismo é a ideia de que a Constituição deve ser interpretada de acordo com seu sentido original - ou seja, o sentido que tinha ao tempo de sua promulgação”.³ Portanto, essa corrente hermenêutica ressalta a noção de sentido fixo das normas constitucionais, não podendo um intérprete distorcer ou modificar este significado.⁴ Busca-se, assim, preservar o papel da Constituição escrita como estabelecadora de normas que vigoram indefinidamente.⁵

Conforme ensina Lawrence Solum, a teoria centra-se ao redor de duas ideias principais: as chamadas Tese de Fixação e Tese de Contribuição.⁶ A primeira diz respeito à noção de que

² Título dado aos membros da Suprema Corte americana.

³ UNIVERSIDADE DE SAN DIEGO. Center for the Study of Constitutional Originalism. Disponível em <https://www.sandiego.edu/law/centers/csco/>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁴ GOLDFORD, Dennis. **The American Constitution and the Debate Over Originalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 96.

⁵ MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. Orientador: Alexandre de Moraes. 2011. 274 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

⁶ SOLUM, Lawrence. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. **Georgetown Law Faculty Publications and other Works**. Washington, DC, n. 1353, jan. 2011, p. 33.

o sentido de uma Constituição é fixado no momento de sua escrita e ratificação.⁷ Cabe ao intérprete, portanto, o resgate deste sentido. Por outro lado, a Tese de Contribuição remete à ideia de que significado original deve ter importância substancial no conteúdo da doutrina constitucional. A maior parte dos originalistas defende uma versão ainda mais forte desta proposta, qual seja, que o sentido original vincula a interpretação constitucional, ressalvadas circunstâncias excepcionais. Esta última noção é chamada de Princípio da Restrição.⁸ Comentando acerca deste limite ao papel do julgador no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos, Antonin Scalia sintetiza perfeitamente as noções expostas por Solum: “A visão adotada pelos chamados originalistas é que a Constituição não se muda. Caso queira-se mudá-la, existe uma previsão de emenda. Não cabe à Suprema Corte escrever uma nova Constituição.”⁹

A noção de que a interpretação constitucional deve buscar o significado original das palavras esteve presente no Direito americano desde a fundação do país no século XVIII.¹⁰ No entanto, tal ideia fez parte do *corpus* jurídico internacional antes mesmo deste período. Em verdade, o sentido fixo das normas é um dos primeiros e principais cânones de interpretação.¹¹ O próprio conceito de interpretação constitucional esteve intrinsecamente ligado ao ato de investigação do sentido fixo, original da norma.¹² Apesar deste longo histórico na tradição jurídica global, o termo Originalismo surge pela primeira vez em 1980 através dos escritos de Paul Brest.¹³ A partir deste marco, iniciou-se a sistematização doutrinária da teoria, através dos esforços de juristas como Robert Bork, Lawrence Solum, William Rehnquist e Antonin Scalia.

Apesar do Originalismo inegavelmente encontrar seu maior número de adeptos na prática jurídica dos Estados Unidos, não se pode afirmar que é uma teoria exclusivamente americana. Traços originalistas estão presentes nos ordenamentos de países como Japão, Canadá, Itália,

⁷ SOLUM, Lawrence. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. **Georgetown Law Faculty Publications and other Works**. Washington, DC, n. 1353, jan. 2011, p. 29.

⁸ SOLUM, Lawrence. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. **Georgetown Law Faculty Publications and other Works**. Washington, DC, n. 1353, jan. 2011, p. 32.

⁹ SELECTIVE VIDEOS. **A Conversation on the Constitution: Judicial Interpretation Part 1 Volume 1**. Washington: SELECTIVE VIDEOS, 2014. 1 vídeo (23 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VGKqJdW55nc>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

¹⁰ O'NEILL, Johnathan. **Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History**. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2007. p. 5.

¹¹ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. Saint Paul: West, 2012. p. 78.

¹² O'NEILL, Johnathan. **Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History**. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2007. p. 12.

¹³ BREST, Paul. The Misconceived Quest for Original Understanding. **Boston University Law Review**, Boston, MA, v. 60, n. 1, p. 204-238, jan. 1980.

Chile e, especialmente, Austrália.¹⁴ Não obstante, é notável que esta teoria hermenêutica alcançou maior relevância e difusão no sistema americano.

2.2 METODOLOGIA ORIGINALISTA

Conforme leciona Neil Gorsuch, um originalista inicia sua leitura de uma norma examinando as definições dadas às palavras por dicionários à época da produção textual. Consulta-se também outras fontes escritas contemporâneas à norma. Busca-se assim o significado conforme entendido à época. Tendo em vista que uma Constituição utiliza termos jurídicos de natureza técnica, o intérprete analisará também a literatura especializada, a fim de estudar os sentidos dados pela doutrina. Por último, procede-se à comparação de seu próprio entendimento da norma com a prática inicial, verificado logo após à promulgação.¹⁵

A título exemplificativo, considere-se a vedação na Constituição brasileira à promoção de cultos religiosos pelo Estado.¹⁶ Analisando-se a prática imediatamente após a promulgação da Lei Maior em 1988, percebe-se que diversas instituições públicas, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, utilizavam símbolos cristãos para adornar seus espaços. Esta atitude não foi interrompida com o advento da Constituição. Sendo assim, chega-se à conclusão de que tal prática não fere a norma constitucional em questão, sendo este, inclusive, o posicionamento do Conselho Nacional de Justiça.¹⁷

Em sua busca pelo significado original, um magistrado originalista conta também com o apoio de outros instrumentos essenciais. O advento da internet facilitou sobremaneira o acesso a um vasto arcabouço de produção literária que auxilia o intérprete em sua análise histórica. A participação dos *amici curiae* também se revela como importante instrumento de auxílio. Instituições interessadas nos processos sob análise são capazes de produzir detalhados materiais

¹⁴ MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. Orientador: Alexandre de Moraes. 2011. 274 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

¹⁵ GORSUCH, Neil. **A Republic, If You Can Keep It**. Nova Iorque: Crowd Forum, 2019. p. 123-124.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Art. 19, I.

¹⁷ MIURA, Douglas. Uso de crucifixo não fere o caráter laico do Estado, diz CNJ. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 29 de maio de 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mai-29/uso_simbolo_nao_fere_carater_laico_estado_cnj. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

de pesquisa histórica, facilitando ainda mais a recuperação do sentido das normas.¹⁸ Todos estes instrumentos possibilitam a interpretação conforme o significado original do texto normativo.

2.3 PRINCIPAIS CORRENTES ORIGINALISTAS

Ao longo de sua existência, o Originalismo abarcou diversas correntes de pensamento. A distinção entre essas correntes faz-se importante, tendo em vista as frequentes confusões que fazem os críticos. Uma análise do desenvolvimento histórico da teoria revela a peculiar importância de três principais vertentes: a Teoria da Intenção Original, a Teoria do Significado Original Público e a Teoria dos Métodos Originais.¹⁹ Não obstante sua ocasional sobreposição, as vertentes possuem diferenças marcantes. As particularidades de cada uma delas serão objeto de nossa análise a seguir.

2.3.1 TEORIA DA INTENÇÃO ORIGINAL

A Teoria da Intenção Original surge a partir da doutrina clássica britânica de William Blackstone, produzida no século XVIII.²⁰ O contexto histórico da época revela uma preocupação dos juristas em garantir a supremacia do Parlamento. Em outras palavras, buscava-se assegurar o *rule of law*,²¹ em oposição a governos autocráticos guiados pela vontade do soberano. Sendo assim, adotou-se o posicionamento de que a forma mais eficaz de preservar a Constituição seria interpretá-la conforme à intenção original dos legisladores.²²

Tal entendimento carregou-se para a prática jurídica americana. Ao longo dos séculos XVIII e XIX, esta doutrina ocupou a posição de teoria hermenêutica constitucional mais amplamente aceita no país. Joseph Story, membro da Suprema Corte durante este período, ensina que “a primeira e fundamental regra de interpretação de todos os instrumentos é construí-

¹⁸ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. Saint Paul: West, 2012. p. 401.

¹⁹ SOLUM, Lawrence. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. **Georgetown Law Faculty Publications and other Works**. Washington, n. 1353, jan. 2011, p. 28.

²⁰ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes selected from the editions of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes.** v. 1. Filadélfia: J.B. Lippincott, 1893. p. 59. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/2140>. Acesso em: 26 de novembro de 2019.

²¹ Primado do Direito.

²² O'NEILL, Johnathan. **Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History**. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2007. p. 13-14.

los de acordo com o sentido dos termos e a intenção das partes”.²³ Portanto, seguindo os conceitos posteriores de Lawrence Solum, pode-se afirmar que o sentido da norma constitucional seria fixado pelas intenções originais daqueles que a construíram. A função do intérprete seria recuperar estas intenções, a fim de aplicar a norma conforme seus criadores objetivaram. Nesse sentido, observa-se uma conexão com a hermenêutica bíblica, cujos preceitos determinam a interpretação literal do texto, devido à sua natureza sagrada enquanto instrumento de comunicação com Deus.²⁴

O principal obstáculo à aplicação desta teoria está justamente em seu principal recurso, qual seja, a busca pela intenção do legislador. A natureza subjetiva dos propósitos individuais de cada pessoa nos parece apresentar barreira significativa à Teoria da Intenção Original. Por essa razão, a corrente é veementemente criticada pela doutrina originalista moderna. Assim, Scalia argumenta que tal conceito representa em verdade uma violação ao *rule of law*. A supremacia do Direito, um dos pilares de qualquer Estado democrático, significa vinculação ao que as leis determinam, através do texto promulgado, não às intenções meramente subjetivas de indivíduos.²⁵ Em uma de suas célebres decisões como membro da Suprema Corte, o magistrado sintetiza seu posicionamento ao afirmar que o foco para o intérprete não deve ser buscar o que o legislador teria desejado, mas o que efetivamente promulgou.²⁶

Por sua vez, Carlos Maximiliano atenta para outro aspecto falho da teoria, qual seja, o fato de que, eventualmente, a vontade do legislador não será expressão das intenções da maioria dos parlamentares que tomaram parte na votação, tendo em vista que as deliberações plenárias são rotineiramente feitas sob a direção dos líderes partidários e das bancadas.²⁷

A Teoria da Intenção Original recebe críticas não apenas de originalistas modernos, mas também de doutrinadores filiados a outras teorias. Em verdade, muitas das críticas voltadas ao Originalismo como um todo são erroneamente direcionadas à busca pela intenção legislativa.

²³ STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the United States**. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1833. p. 40.

²⁴ SMITH, Peter. TUTTLE, Robert. Biblical Literalism and Constitutional Originalism. **Notre Dame Law Review**, South Bend, IN, v. 86, n. 02, p. 693-764, 2011.

²⁵ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. Saint Paul: West, 2012. p. 375.

²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Argentina v. Weltover, Inc.**, 504 US 607 (1992). Opinião da Corte. Autor: República da Argentina. Réu: Weltover, Inc. Washington, DC, 11 de junho de 1992. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/607/#tab-opinion-1959034>. Acesso em: 15 de outubro de 2019.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 19-20.

Em certas ocasiões, chega-se até mesmo a definir Originalismo apenas como corrente hermenêutica que busca a interpretação constitucional conforme à intenção dos autores e ratificadores do documento.²⁸ No entanto, o atual consenso na doutrina originalista é o repúdio à Teoria da Intenção Original.²⁹

2.3.2 TEORIA DO SIGNIFICADO ORIGINAL PÚBLICO

Durante a década de 1980, o Originalismo sofreu significativa mudança de paradigma. A maior parte de seus autores decidiu gradualmente abandonar sua busca pelas intenções originais dos legisladores em favor do significado original público.³⁰ A expressão indica a ideia de que os termos trazidos no texto constitucional significam o que seu público-alvo teria entendido à época de sua escrita.³¹ Busca-se, portanto, o que o “homem médio” teria entendido, ao tempo da elaboração da norma, como sendo o significado dos termos que devem ser interpretados pelo operador do Direito. Por esta razão, a vertente é denominada de Teoria do Significado Original Público.

Em contraponto à Teoria da Intenção Original, a nova corrente defende que o significado de uma Constituição é fixado pelo sentido original que era dado a este documento pelo público.³² Sendo assim, o objeto de análise deixa de ser a intenção do legislador e passa ao significado dado às palavras pela sociedade em geral. Nesse aspecto, é possível fazer correlação com o princípio da coloquialidade, presente no Direito brasileiro, através do qual a interpretação constitucional deve ser feita preferencialmente pelo sentido coloquial, devido ao fato da norma ter sido produzida pelos representantes do povo e a ele se destinar.³³

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 304.

²⁹ SOLUM, Lawrence. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. **Georgetown Law Faculty Publications and other Works**. Washington, n. 1353, jan. 2011, p. 1.

³⁰ SOLUM, Lawrence. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. **Georgetown Law Faculty Publications and other Works**. Washington, n. 1353, jan. 2011, p. 1.

³¹ HUSCROFT, Grant. MILLER, Bradley. The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation. *In*: HUSCROFT, Grant. MILLER, Bradley. **The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 1-11.

³² SOLUM, Lawrence. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. **Georgetown Law Faculty Publications and other Works**. Washington, n. 1353, jan. 2011, p. 15.

³³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 65.

Esta corrente possui notáveis semelhanças com outra teoria hermenêutica, o Textualismo. A premissa principal dessa teoria é que o texto normativo deve ser interpretado conforme o entendimento original do público, mantendo o sentido da norma fiel ao que foi democraticamente acordado.³⁴ A partir deste conceito, ficam evidentes as convergências entre as teorias, ao ponto que pode-se dizer que são apenas diferentes formas de expressar a mesma ideia.³⁵ A diferença está apenas na norma que será objeto de interpretação. Enquanto o Textualismo busca a aplicação de leis infraconstitucionais conforme o significado comum que tinham à época de sua promulgação, o Originalismo busca fazer o mesmo em relação à Constituição.³⁶

Ante o exposto, a Teoria do Significado Original Público parece, ao ver deste trabalho, ser o critério de interpretação constitucional mais em linha com os princípios de representação democrática, sobretudo por ressaltar a fundamental importância do entendimento popular das palavras contidas no texto constitucional. Somado ao fato de que, atualmente, tal corrente é majoritária entre os autores originalistas, o presente trabalho opta por utilizar esta vertente como parâmetro para a análise de uma possível aplicação do Originalismo na prática jurídica brasileira, que será realizada no quarto capítulo da monografia.

2.3.3 TEORIA DOS MÉTODOS ORIGINAIS

A mais recente contribuição doutrinária é denominada de Teoria dos Métodos Originais. Construída pelos juristas Michael Rappaport e John McGinnis no ano de 2009, baseia-se na noção de que o sentido original de uma constituição não pode ser recuperado apenas através da linguagem e gramática do texto. É necessário também recorrer às regras de interpretação seguidas ao tempo em que a norma foi criada.³⁷ O uso destes métodos se justificaria devido ao

³⁴ RUBENFELD, Jeff. The Moment and the Millennium. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**. New Haven, CT, v. 66, n. 5/6, p. 1085-1111, jul./ago. 1998.

³⁵ GORSUCH, Neil. **A Republic, If You Can Keep It**. Nova Iorque: Crowd Forum, 2019. p. 106.

³⁶ GORSUCH, Neil. **A Republic, If You Can Keep It**. Nova Iorque: Crowd Forum, 2019. p. 106-107.

³⁷ RAPPAPORT, Michael. Original Methods Originalism Part I: The Basic Idea and the Different Versions. **Law and Liberty**. San Diego, CA, 26 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.lawliberty.org/2017/05/26/original-methods-originalism-part-i-the-basic-idea-and-the-different-versions/>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

fato de que os legisladores, assim como o povo à época, teriam esperado que estes fossem os instrumentos a serem utilizados posteriormente pelos aplicadores do Direito.³⁸

Os autores desta teoria a apresentam como uma conciliação entre as duas outras vertentes. Argumentam que os objetivos das demais correntes podem ser alcançados através de um recurso aos métodos originais. Caso queira-se descobrir a intenção original do constituinte, por exemplo, primeiramente deve-se analisar quais os métodos de interpretação que utilizava. Por outro lado, uma busca pelo sentido original público passaria inevitavelmente por um estudo da prática interpretativa costumeira à época da edição do texto.³⁹

Desta forma, coloca-se a Teoria dos Métodos Originais como ponto comum tanto à Teoria das Intenções Originais quanto à Teoria do Significado Original, em uma tentativa de reunião das duas.

2.4 ORIGINALISMO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Um elemento que ressalta ainda mais a importância do Originalismo é sua correlação direta com a legitimidade democrática dos legisladores eleitos pela população, e a falta de legitimidade do Poder Judiciário. Como já é bem assentado no âmbito da Teoria Geral da Constituição, legislar é função típica primária do Poder Legislativo.⁴⁰ Através do processo democrático das eleições, a população escolhe seus representantes, que irão legislar representando os interesses dos segmentos sociais que os elegeram. Por ser a forma mais aberta e democrática de escolha presente em nosso sistema constitucional, o sufrágio popular é o único instrumento capaz de investir um indivíduo de legitimidade para representar os cidadãos do país. Sendo assim, após terem sido eleitos, os candidatos se tornam representantes do povo, habilitados a tomarem as decisões necessárias ao exercício de suas funções. Portanto, denota-se a relevância ímpar do voto popular, pois este possui o condão de investir um indivíduo de legitimidade democrática.

³⁸ SOLUM, Lawrence. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. **Georgetown Law Faculty Publications and other Works**. Washington, n. 1353, jan. 2011, p. 19.

³⁹ MCGINNIS, John. RAPPAPORT, Michael. Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction. **Northwestern University Law Review**, Chicago, IL, v. 103. n. 02. p. 751-802, ago. 2009.

⁴⁰ JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 882.

No entanto, o sufrágio possui uma delimitação temporal específica. Durante o processo eleitoral, os cidadãos devem chegar às suas conclusões sobre os candidatos baseados em posicionamentos ideológicos, programas de governo, plataformas partidárias e pronunciamentos que são específicos àquele momento. Logo, assume-se que os candidatos que foram eleitos alcançaram o triunfo eleitoral pois possuíam identificação com os posicionamentos políticos de parcela significativa da população. Sendo assim, o povo escolheu aqueles candidatos, naquelas circunstâncias, baseado nas informações que possuía àquele tempo. Além do mais, a Constituição confere à legitimidade democrática dos representantes eleitos uma validade temporal predefinida, qual seja, o tempo de mandato.⁴¹ Em face a esta realidade, os trabalhos legislativos realizados pelos políticos eleitos só terão legitimidade se confinados à delimitação temporal estabelecida pela Lei Maior.

Ademais, os impactos negativos de interpretações expansivas são ainda mais graves no âmbito constitucional, tendo em vista a posição hierárquica que uma constituição ocupa no ordenamento jurídico.⁴² Tal questão será analisada a fundo no terceiro capítulo do presente trabalho, onde serão trazidos os julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal da ADI nº 4277/ADPF nº 132 e do HC nº 126.292/SP, bem como as consequências negativas do ativismo exercido nestas ocasiões pela Corte.

Nesse diapasão, o Originalismo possui capacidade singular enquanto teoria hermenêutica para confrontar este problema. Ao utilizar técnicas promovidas pela Teoria do Significado Original, o intérprete das leis busca o sentido dado às palavras pelo cidadão comum à época da ratificação da norma em questão. Tendo em vista que o próprio cidadão elegeu os representantes que produziram aquela norma, e que esta produção reflete os desígnios da sociedade naquele momento, o método originalista se coloca como garantidor da vontade popular ao tempo em que foi confiada, através do voto, ao legislador. Outrossim, a Tese de Fixação de Lawrence Solum também se mostra condizente com os princípios de um Estado democrático. Ao determinar a fixação do sentido de uma norma ao momento de sua produção, garante-se que futuras interpretações serão condizentes com a os desejos expressados nas urnas.

⁴¹ A Constituição estabelece os limites temporais dos mandatos do Poder Legislativo em seu art. 48, parágrafo único, e do Poder Executivo no art. 82, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 16/1997.

⁴² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 155.

Por outro lado, caso um intérprete decidisse expandir o sentido de uma norma, buscando atualizá-la ao atual contexto social, por exemplo, haveria uma deturpação da vontade popular, expressada pelo texto normativo à época de sua produção. Tal deturpação carece de legitimidade democrática, tendo em vista que a norma foi produzida pelo representante eleito para exercer suas funções em um marco temporal específico. Por outro lado, juízes não-eleitos não são investidos de legitimidade, conferida através do processo eleitoral. Assim, tal vontade será mais precisamente demonstrada através dos legisladores eleitos pelo povo para representá-los.⁴³

Sendo assim, conferir a uma norma sentido diverso daquele originalmente entendido pela população é uma forma de burlar o processo democrático,⁴⁴ tendo em vista que modifica-se, fora do devido processo de alteração, um texto que foi produzido no seio da legitimidade democrática concedida pelo voto popular. Tal prática se mostra, portanto, antidemocrática e contrária ao sistema representativo.

2.5 ORIGINALISMO NA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

A Suprema Corte americana ocupa papel de destaque na aplicação do Originalismo. Alguns dos maiores teóricos do método ocuparam posições no Tribunal, redigindo votos que representam exemplos práticos da tese. Portanto, cumpre apresentar algumas decisões de alguns desses magistrados, quais sejam, os *Justices* Antonin Scalia, Clarence Thomas, Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh. Tendo em vista o enfoque do presente trabalho, serão apresentadas apenas brevemente as questões processuais e preliminares em torno dos casos em análise, para que assim se possa conferir maior atenção ao mérito das demandas.

2.5.1 ANTONIN SCALIA: CASO *OBERGEFELL V. HODGES*

Antonin Scalia foi um dos maiores impulsionadores da teoria originalista. Desde sua entrada na *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*,⁴⁵ considerada a segunda corte de maior prestígio no país, até seus anos de serviço na Suprema Corte, de 1986 até seu

⁴³ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. Saint Paul: West, 2012. p. 407.

⁴⁴ REHNQUIST, William. The Notion of a Living Constitution. **Texas Law Review**, Austin, TX, v. 54, n. 04, p. 693-706, mai. 1976.

⁴⁵ Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia.

falecimento em 2016, foi autor de diversas decisões que impulsionaram o renascimento do Originalismo como teoria jurídica aceita nos mais altos níveis do Judiciário americano. Por estas razões, pode-se considerá-lo o ideólogo de maior significância para o desenvolvimento da teoria nos tempos atuais.

Uma de suas mais marcantes e controversas decisões surge de seu voto divergente proferido no caso *Obergefell v. Hodges*. O caso em questão, julgado pela Suprema Corte em 2015, se tornou célebre por ter sido a oportunidade em que reconheceu-se um direito constitucional à união homoafetiva. Inicialmente, a demanda foi levada ao Judiciário devido à existência de leis nos estados de Michigan, Ohio, Kentucky e Tennessee que definiam o casamento como sendo a união entre homem e mulher.⁴⁶ Historicamente, as definições de casamento haviam sido deixadas à cargo dos Estados-membros da federação americana, conforme à Décima Emenda à Constituição, que estabelece a competência legislativa residual dos Estados.⁴⁷ No entanto, diversos casais homoafetivos nos referidos Estados buscaram o reconhecimento legal de suas uniões, pedidos estes que foram negados pelas autoridades locais. Sendo assim, optaram por judicializar suas demandas, que eventualmente chegaram à Suprema Corte, onde foram reunidas para julgamento conjunto.

Apesar de não haver menção a qualquer tipo de casamento ou união, seja civil ou religiosa, no texto constitucional americano, os autores da ação buscaram o reconhecimento judicial de seu direito através de uma interpretação de outros dispositivos. O argumento se embasava na Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, especificamente nas chamadas Cláusula de Devido Processo Legal e Cláusula de Igual Proteção.⁴⁸ Defendia-se que, a partir desta Emenda, haveria um direito constitucional à união homoafetiva, o que impediria os Estados-membros de estabelecerem leis que vedassem esta prática. Em um resultado acirrado, cinco dos nove membros da Corte acataram os argumentos dos autores, considerando

⁴⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015)**. Voto Dissidente de Antonin Scalia. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁴⁷ “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem vedados por esta aos Estados, são reservados aos Estados, respectivamente, ou ao povo.”

⁴⁸ As referidas cláusulas estão contidas na segunda metade da primeira seção da Décima Quarta Emenda, onde se lê: “ Nenhum Estado fará ou aplicará qualquer lei que reduza os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá qualquer Estado privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.”

que havia um direito fundamental à união homoafetiva, com base nas referidas cláusulas da Décima Quarta Emenda.⁴⁹

Ao final do julgamento, Scalia optou por redigir uma Voto Dissidente. O juiz inicia sua Opinião fazendo a importante ressalva de que o grande equívoco deste julgado não está em seu resultado material, qual seja, o reconhecimento de um direito constitucional à união homoafetiva, mas sim no perigoso precedente que estabelece sobre quem efetivamente governa o país. O já expansivo uso dos poderes criativos da Corte foi levado aos extremos neste caso, gerando uma realidade em que uma maioria de nove advogados não eleitos possui o controle sobre as direções políticas da nação. Dessa forma, o povo é privado de sua capacidade de autogoverno, enraizada como um dos pilares da ordem constitucional americana.

Passa-se então para uma análise originalista do significado das palavras contidas na Décima Quarta Emenda ao tempo de sua ratificação, em 1868, em um excelente exemplo prático da Teoria do Significado Original. Observa-se facilmente que, àquele tempo, todos os Estados da federação limitavam o casamento a um homem e uma mulher. Não havia debates constitucionais acerca do tema. Portanto, é inegável que esta prática de limitação do conceito legal de casamento está inteiramente abarcada pela Constituição. Tal posicionamento é encapsulado na seguinte passagem:

No que tange à determinação do significado de uma norma constitucional vaga - como “devido processo legal” ou “igual proteção das leis” - **é inquestionável que o Povo que ratificou esta norma não a compreendia como vedação a uma prática que continuou tanto universal como incontroversa anos após sua ratificação.** Nós não temos base para derrubar uma prática que não é expressamente proibida pela Décima Quarta Emenda, e que possui respaldo de uma longa tradição de uso aberto, amplo, e incontroverso durante séculos desde a ratificação da Emenda. **Já que não existe dúvida alguma de que o Povo nunca decidiu proibir a limitação do casamento a casais de sexo oposto, deve-se permitir que o debate público sobre o casamento entre pessoas de mesmo sexo continue.**⁵⁰ (grifos nossos)

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015)**. Voto Dissidente de Antonin Scalia. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁵⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015)**. Voto Dissidente de Antonin Scalia. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

Através deste trecho, fica evidenciada a utilização das técnicas originalistas. Para chegar a uma solução ao caso posto, retorna-se às origens da ratificação do texto constitucional, buscando identificar o sentido que era dado àquelas palavras pelo cidadão americano comum. Denota-se também a correlação entre Originalismo e legitimidade democrática, tendo em vista que Scalia reforça a noção de que, à época da ratificação da Décima Quarta Emenda, a soberania popular não a entendia como uma vedação à prática de delimitação do casamento como instituto celebrado entre homens e mulheres.

Esta correlação fica ainda mais clara se apresentarmos o seguinte questionamento: teria o povo americano ratificado a Emenda se a entendesse como limitadora desta prática? Considerando o contexto social e os valores da sociedade à época, chegamos a uma provável resposta negativa.⁵¹ Considerando que o Poder Judiciário não possui a legitimidade democrática concedida pelo voto popular, torna-se extremamente perigoso o fato de ter a Suprema Corte impulsionado tamanha mudança social no país. A atitude do Tribunal coloca em questão o próprio conceito de democracia, como bem pontua Scalia na última passagem de sua Voto Dissidente, ao se referir à efetiva expansão de poderes que a Suprema Corte assume para si com este julgamento:

Esta é uma clara reivindicação a um poder legislativo - em verdade, *super legislativo*; uma reivindicação fundamentalmente contrária a nosso sistema de governo. Exceto quando limitados por uma norma constitucional acordada pelo Povo, os Estados são livres para adotar quaisquer leis quiserem, mesmo aquelas que ofendem o “juízo razoável” dos estimados membros da Corte. **Um sistema de governo que faz do Povo subordinado a um comitê não-eleito de nove advogados não merece ser chamado de democracia.** (grifos nossos)

Portanto, a fala do magistrado denota os graves riscos trazidos pela decisão da Corte no que diz respeito ao equilíbrio entre os Poderes estatais, algo que em nossa opinião merece ser observado na futura atuação do Tribunal.

2.5.2 CLARENCE THOMAS: INTENÇÕES DOS FUNDADORES NO CASO *OBERGEFELL*

⁵¹ Pode-se ter ainda mais certeza dessa resposta ao considerarmos que somente em 2003, no caso *Lawrence v. Texas*, a Suprema Corte considerou inconstitucional a prática de diversos Estados-membros da federação de proibir relações sexuais homoafetivas. O caso em questão analisou a constitucionalidade das chamadas “leis de sodomia”, adotadas pelo Texas e treze outros Estados.

Clarence Thomas é o atual decano da Suprema Corte americana. É o segundo juiz negro na história do órgão, tendo substituído Thurgood Marshall no ano de 1991. É usualmente comparado a Scalia pelo conservadorismo e afincado com que ambos subscrevem ao Originalismo.⁵²

Assim como Scalia, Thomas se colocou contrário à maioria na decisão do caso *Obergefell v. Hodges*, tendo escrito sua própria Voto Dissidente.⁵³ No entanto, pode-se afirmar que os magistrados se diferenciam por duas principais razões. A primeira delas se deve a uma maior ênfase dada por Thomas a questionamentos filosóficos, perceptível pelas frequentes menções a John Locke e aos debates em torno do significado de palavras como liberdade e dignidade. Em segundo lugar, o juiz faz diversas referências, ao longo de seu voto, à importância das intenções dos Pais Fundadores⁵⁴ ao elaborarem a Constituição. Apesar destas intenções também serem citadas pontualmente por Scalia, nota-se que a análise de Thomas as coloca com um dos alicerces de sua argumentação, revelando assim seu peculiar entendimento do método originalista.⁵⁵

Estas diferenças se mostram evidentes no primeiro parágrafo do voto, onde se destaca como a decisão da maioria vai de encontro não só ao significado original das palavras contidas na Constituição, mas à própria razão de ser do Estado conforme os desígnios dos Pais Fundadores. Ressalta-se também a visão do decano sobre o papel constitucional de um governo, tendo em vista que argumenta por um Estado restrito e menos envolvido nas relações individuais:

A decisão da Corte hoje contraria não só à Constituição, mas aos princípios sobre os quais nossa Nação foi construída. Desde bem antes de 1787, liberdade tem sido entendida como liberdade frente à ação governamental, não direito a benefícios governamentais. **Os Fundadores criaram nossa Constituição para preservar este entendimento de liberdade. No entanto, a maioria invoca nossa Constituição em**

⁵² OYEZ. Clarence Thomas. **OYEZ**, Washington. Disponível em: https://www.oyez.org/justices/clarence_thomas. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁵³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015)**. Voto Dissidente de Clarence Thomas. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁵⁴ Termo utilizado nos Estados Unidos para se referir aos principais responsáveis pela idealização e construção do Estado americano, da independência do país até a entrada em vigor da Constituição Federal, em 1789.

⁵⁵ MAGGS, Gregory. Which Original Meaning of the Constitution Matters to Justice Thomas? **New York University Journal of Law and Liberty**, Nova Iorque, NY, v. 04, n. 03, p. 494-516, 2009.

nome de uma ‘liberdade’ que os Fundadores não teriam reconhecido, em detrimento da liberdade que eles buscaram proteger. Ao longo do caminho, rejeita-se a ideia - captada em nossa Declaração de Independência - de que a dignidade humana é inata e sugere, ao invés, que vem do Governo.⁵⁶ (grifos nossos)

Além do mais, Thomas tece críticas à doutrina do devido processo material, utilizada para embasar a Opinião da Maioria.⁵⁷ Tendo em vista o recorte temático da presente monografia, será feita apenas uma breve apresentação ao conceito, considerando que a complexidade da discussão em torno do termo levaria a um desvio dos objetivos do trabalho. O conceito remete à ideia de que a cláusula do devido processo legal pode ser uma fonte não só de direitos processuais, mas direitos materiais.⁵⁸ O magistrado adequadamente critica esta noção, ressaltando que a cláusula do devido processo legal contida na Décima Quarta Emenda jamais deveria criar direitos, mas sim ditar a forma com que certos direitos podem ser retirados:

Distorce o sentido do texto constitucional, que garante apenas o ‘processo’ que é ‘devido’ para que uma pessoa seja privada de vida, liberdade e propriedade. Pior, convida os juízes a fazerem exatamente o que a maioria fez aqui - ‘vagar erroneamente pelo campo constitucional’ guiados apenas pelas suas opiniões pessoais em relação aos ‘direitos fundamentais’ protegidos por este documento.⁵⁹

Em seguida, questiona-se o próprio conceito de liberdade, no contexto da Décima Quarta Emenda, utilizado pelos autores da ação e adotado pela maioria da Corte. Recorrendo à doutrina

⁵⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015)**. Voto Dissidente de Clarence Thomas. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁵⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015)**. Opinião da Corte. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁵⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **McDonald v. Chicago, 561 US 742 (2010)**. Voto Concordante de Clarence Thomas. Autores: Otis McDonald, et al. Réu: Cidade de Chicago. Washington, DC, 28 de junho de 2010. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/742/#tab-opinion-1963369>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁵⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015)**. Voto Dissidente de Clarence Thomas. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

clássica britânica,⁶⁰ às provisões da Magna Carta,⁶¹ aos escritos de John Locke⁶² e à jurisprudência da Corte,⁶³ o juiz chega à conclusão de que a palavra liberdade, contida na Décima Quarta Emenda, limita-se a proteger contra a restrição física à locomoção.⁶⁴ Sendo assim, o argumento acatado pela maioria de que a recusa de certos Estados da federação em reconhecer uniões homoafetivas representaria uma violação à liberdade dos autores não mereceria prosperar. Ao tecer esta crítica, Thomas busca o significado da palavra em questão conforme compreendido pela doutrina contemporânea, assim como em evidências históricas, o que denota mais uma vez o Originalismo ao qual o juiz subscreve.

Ainda no tocante à questão da palavra liberdade, o membro da Suprema Corte argumenta que mesmo que a interpretação do significado defendido pelos autores da ação fosse correta, ainda assim não estaria garantido o sucesso da demanda. Isto se daria em razão de que a tradição legal americana possui um longo histórico de compreensão da liberdade como sendo uma garantia de liberdade individual contra o Estado, e não como um direito a uma prestação governamental.⁶⁵ O decano alerta que a distorção do significado desta palavra pela maioria

⁶⁰ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes selected from the editions of Archibold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes.** v. 1. Filadélfia: J.B. Lippincott, 1893. p. 135. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/2140>. Acesso em: 26 de novembro de 2019.

⁶¹ HOWARD, Dick. **Magna Carta: Text and Commentary.** Charlottesville: University of Virginia Press, 1964. p. 43.

⁶² LOCKE, John. **Second Treatise of Civil Government.** Londres: Thomas Tegg; W. Sharpe and Son; G. Ofor; G. and J. Robinson, 1823. p. 106. Disponível em: <http://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf>. Acesso em: 26 de novembro de 2019.

⁶³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Hurtado v. California, 110 US 516 (1884).** Opinião da Corte. Autor: Joseph Hurtado. Réu: Povo da Califórnia. Washington, DC, 03 de março de 1884. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/110/516/#tab-opinion-1909955>. Acesso em: 09 de outubro de 2019. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Munn v. Illinois, 94 US 113 (1877).** Opinião da Corte. Autores: Munn e Scott. Réu: Estado de Illinois. Washington, DC, 01 de março de 1877. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/#tab-opinion-1969237>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

⁶⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015).** Voto Dissidente de Clarence Thomas. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁶⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015).** Voto Dissidente de Clarence Thomas. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

provavelmente causará danos colaterais a outros aspectos da ordem constitucional no tocante à proteção da liberdade.⁶⁶

Por fim, semelhante a Scalia, Thomas critica a subversão do processo político realizada pela maioria da Corte em razão de sua decisão neste caso. Mesclado a seu característico estilo de escrita que remete a teorias filosóficas, finaliza sua Opinião por dizer:

Nossa Constituição - assim como a Declaração de Independência antes dela - foi predicada em uma simples verdade: **a liberdade do indivíduo, sem falar de sua dignidade, era algo a ser protegido do Estado, e não garantido por este.** A decisão de hoje descarta esta verdade. **Em sua ânsia para alcançar um resultado desejado, a maioria aplica erroneamente a cláusula focada em “devido processo” para conceder direitos materiais,** desconsiderando o entendimento mais plausível da “liberdade” protegida por esta cláusula, e distorcendo os princípios sobre os quais essa Nação foi fundada. Esta decisão terá inestimáveis consequências para nossa Constituição e para nossa sociedade.⁶⁷ (grifos nossos)

Nota-se, portanto, que o juiz assume posição final semelhante a Scalia, apesar das diferentes ênfases argumentativas trazidas pelos dois magistrados.

2.5.3 NEIL GORSUCH: ORIGINALISMO E PENA CAPITAL

O falecimento de Antonin Scalia em 2016 criou uma vacância na Suprema Corte. Devido ao notório papel do juiz como principal figura originalista no órgão, o recém-eleito Presidente Donald Trump buscou magistrado de semelhante filosofia jurídica para ocupar esta vaga.⁶⁸ Sendo assim, Neil M. Gorsuch foi indicado à Suprema Corte em 2017. O juiz havia se destacado por opiniões consistentemente originalistas, o que o colocou em evidência no processo de seleção à mais alta corte.

⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015)**. Voto Dissidente de Clarence Thomas. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁶⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015)**. Voto Dissidente de Clarence Thomas. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁶⁸ BLAKE, Aaron. Neil Gorsuch, Antonin Scalia and originalism, explained. **The Washington Post**. Washington, DC, 01 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2017/02/01/neil-gorsuch-antonin-scalia-and-originalism-explained/>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

Entre suas contribuições ao Tribunal, merece destaque o caso *Bucklew v. Precythe*.⁶⁹ Nesta ocasião, Gorsuch redigiu a corrente majoritária, que por esta razão é marcada pelo método originalista utilizado no tocante à interpretação constitucional da norma em questão.⁷⁰ O julgado se tornou, portanto, um dos mais claros exemplos da utilização do Originalismo na Suprema Corte atual.

O caso originou-se a partir da condenação de Russell Bucklew por quatro homicídios praticados no Estado do Missouri no ano de 1996. Em decorrência desta condenação, Bucklew recebeu a pena de morte. Em 2014, o condenado entrou com ação perante o Judiciário pedindo que sua execução fosse suspensa. Alegou que sofria de rara doença sanguínea que causaria profunda dor durante o processo de execução.⁷¹ Apesar de Bucklew não questionar a legalidade de sua sentença, alegou que este método de execução em específico seria uma violação a seus direitos conforme à Oitava Emenda à Constituição, que proíbe as punições “cruéis e não-usuais”.⁷² Eventualmente, a demanda chegou até a Suprema Corte. O caso foi decidido por um resultado de cinco membros contrários ao pedir do autor e quatro a favor.⁷³ O resultado denota as controvérsias e complexidade particulares deste caso. Tendo os cinco membros conservadores da Corte restado na maioria.

Gorsuch anuncia que irá, primeiramente, examinar o “entendimento original e histórico da Oitava Emenda.”⁷⁴ O texto constitucional em questão não veda o emprego da pena capital. No entanto, a norma estabelece que métodos “cruéis e não-usuais” não podem ser utilizados na pena. O centro da questão está na interpretação desta frase. A fim de encontrar o sentido do

⁶⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Bucklew v. Precythe**, 587 US __ (2019). Opinião da Corte. Autor: Russell Bucklew. Réus: Anne Precythe, et al. Washington, DC., 1 de abril de 2019. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-8151/#tab-opinion-4074719>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

⁷⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Bucklew v. Precythe**, 587 US __ (2019). Opinião da Corte. Autor: Russell Bucklew. Réus: Anne Precythe, et al. Washington, DC., 1 de abril de 2019. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-8151/#tab-opinion-4074719>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

⁷¹ No Estado do Missouri, execuções são feitas através da injeção de três drogas na corrente sanguínea do indivíduo condenado.

⁷² “Fiança excessiva não será requerida, nem multas excessivas serão impostas, nem punições cruéis e não-usuais serão infligidas.”

⁷³ Note-se que a Corte se dividiu exatamente conforme o posicionamento ideológico dos juízes. Todos os juízes conservadores votaram contrários aos pedidos do autor, enquanto todos os liberais deram voto a favor.

⁷⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Bucklew v. Precythe**, 587 US __ (2019). Opinião da Corte. Autor: Russell Bucklew. Réus: Anne Precythe, et al. Washington, DC., 1 de abril de 2019. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-8151/#tab-opinion-4074719>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

termo, Gorsuch remete a uma análise histórica das palavras, característica marcante da Teoria do Significado Original: “O que significa este termo? **Ao tempo da concepção** [da Constituição americana], o Direito inglês ainda permitia formalmente certas punições, apesar de terem caído em desuso” (grifos nossos).⁷⁵ Nota-se, portanto, que o juiz faz uso do método originalista, buscando como o Direito à época da criação da norma regulava situações semelhantes.

Em seguida, citam-se alguns exemplos de métodos de execução que, embora ainda formalmente legais, haviam caído em desuso. Busca-se com isso entender o que era considerado “cruel e não-usual” pelo povo ao tempo da produção da norma, o que novamente denota uma clara opção pela hermenêutica originalista: “Métodos de execução como estes prontamente se qualificam como ‘cruéis e não-usuais’, **como um leitor à época da adoção da Oitava Emenda teria entendido estas palavras**” (grifos nossos).⁷⁶ Gorsuch ilustra este ponto fazendo citação a um dicionário britânico do ano de 1773 e a um dicionário americano de 1828,⁷⁷ denotando sua busca pelo sentido original dado pelo cidadão comum. Após estas análises, conclui-se que o sentido original de “cruéis e não-usuais” refere-se a métodos brutais e desnecessários, que intencionalmente causavam dor ao condenado, a exemplo de desmembramento, uso de instrumentos de tortura.⁷⁸ Diversos precedentes da Suprema Corte apontam neste exato

⁷⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Bucklew v. Precythe, 587 US __ (2019)**. Opinião da Corte. Autor: Russell Bucklew. Réus: Anne Precythe, et al. Washington, DC., 1 de abril de 2019. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-8151/#tab-opinion-4074719>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

⁷⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Bucklew v. Precythe, 587 US __ (2019)**. Opinião da Corte. Autor: Russell Bucklew. Réus: Anne Precythe, et al. Washington, DC., 1 de abril de 2019. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-8151/#tab-opinion-4074719>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

⁷⁷ JOHNSON, Samuel. WALKER, John. **A Dictionary of the English Language**. 2ª ed. Londres: William Pickering, 1828. p. 172. WEBSTER, Noah. **An American Dictionary of the English Language**. Nova Iorque: New York: S. Converse, 1828. p. 53. Disponível em: <https://archive.org/details/americandictiona01websrich/page/1>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

⁷⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Bucklew v. Precythe, 587 US __ (2019)**. Opinião da Corte. Autor: Russell Bucklew. Réus: Anne Precythe, et al. Washington, DC., 1 de abril de 2019. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-8151/#tab-opinion-4074719>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

sentido.⁷⁹ Portanto, chega-se à conclusão de que o método de execução a ser aplicado a Bucklew não pode ser considerado cruel, e também não pode ser enquadrado como “não-usual”.⁸⁰

Ao final de sua decisão, o juiz faz um alerta em relação à posição que a Corte ocupa no sistema constitucional do país. Faz-se um apelo à restrição judicial, para que questões importantes como a discutida neste caso não sejam utilizadas como oportunidades em que o Judiciário promova mudanças políticas na sociedade, para além de suas competências constitucionais. Desta forma, Gorsuch ressalta seu alinhamento com Scalia, Thomas e demais originalistas:

Sob nossa Constituição, a questão da pena capital cabe ao povo e seus representantes, não às cortes, para resolver. O papel apropriado das cortes é garantir que demandas pertinentes a métodos de execução instituídos em sentenças legais sejam resolvidas justa e rapidamente.⁸¹

2.5.4 BRETT KAVANAUGH: CASO *GARZA V. HARGAN* E INTERPRETAÇÃO RESTRITA DE PRECEDENTES

Brett M. Kavanaugh foi o segundo membro da Suprema Corte indicado pelo Presidente Trump. Sua confirmação pelo Senado americano em Outubro de 2018 marcou o início de um

⁷⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Wilkerson v. Utah, 99 US 130 (1879)**. Autor: Wallace Wilkerson. Réu: Povo dos Estados Unidos no Território de Utah. Washington, DC, 17 de março de 1879. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/99/130/>. Acesso em: 09 de outubro de 2019. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Glossip v. Gross, 576 US __ (2015)**. Autores: Richard E. Glossip, et al. Réus: Kevin J. Gross, et al. Washington, DC, 29 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-7955/#tab-opinion-3428059>. Acesso em: 09 de outubro de 2019. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Baze v. Rees, 553 US 35 (2008)**. Autores: Ralph Baze e Thomas C. Bowling. Réus: John D. Rees, Comissário do Departamento de Correções do Kentucky, et al. Washington, DC, 16 de abril de 2008. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/35/#tab-opinion-1962691>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

⁸⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Bucklew v. Precythe, 587 US __ (2019)**. Opinião da Corte. Autor: Russell Bucklew. Réus: Anne Precythe, et al. Washington, DC., 1 de abril de 2019. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-8151/#tab-opinion-4074719>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

⁸¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Bucklew v. Precythe, 587 US __ (2019)**. Opinião da Corte. Autor: Russell Bucklew. Réus: Anne Precythe, et al. Washington, DC., 1 de abril de 2019. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-8151/#tab-opinion-4074719>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

período em que a Suprema Corte possui uma sólida maioria conservadora⁸² pela primeira vez em meio século.⁸³ Em sua passagem como juiz da *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, durante os anos de 2006 e 2018, se destacou pelo conservadorismo jurídico e pela aplicação de métodos originalistas. Durante seu processo de sabatina perante o Senado, o juiz foi inquirido em relação à definição de Originalismo. A resposta denota sua filiação à Teoria do Significado Original, bem como o distancia da corrente originalista clássica:

Originalismo, em minha opinião, significa, em essência, textualismo constitucional, no sentido de significado original público do texto constitucional. [...] Em sua audiência de confirmação, *Justice* Kagan disse ‘hoje, somos todos originalistas’. Com esta fala, ela quis dizer que **o texto literal da Constituição importa, [...] acompanhado pelo histórico, tradição e precedente.** Existe uma concepção diferente que costumava-se ter sobre Originalismo, qual seja, intenção original. Em outras palavras, a intenção subjetiva de algumas pessoas em relação ao texto.⁸⁴ (grifos nossos)

Até o presente momento, o curto período em que esteve na Suprema Corte não forneceu ainda exemplos da filosofia jurídica seguida pelo juiz. No entanto, seus doze anos de serviço na *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* oferecem vasto arcabouço jurisprudencial para análise. Um dos pontos emblemáticos de sua carreira se deu no caso *Garza v. Hargan*, julgado em outubro de 2017. O caso será brevemente analisado a seguir, para que então se possa apresentar a opinião do magistrado.

A demanda teve como peça central uma menor de idade, denominada “Jane Doe”, para fins de proteção de sua identidade. A jovem chegou aos Estados Unidos atravessando ilegalmente a fronteira do Texas, desacompanhada de amigos ou família. Tinha dezessete anos ao tempo de sua entrada no país. Após cruzar a fronteira americana, foi apreendida por agentes de patrulha do Governo Federal, sendo colocada em um centro de detenção para imigrantes ilegais. Ao chegar ao centro, “Jane” descobriu estar grávida. Sendo assim, tomou a decisão de realizar procedimento de aborto. Tendo preenchido os requisitos da legislação federal e estadual, a jovem buscou o Poder Judiciário para que conseguisse realizar o procedimento. Em

⁸² Na composição atual da Suprema Corte, a maioria conservadora é composta pelos juízes Thomas, Gorsuch, Kavanaugh, Alito e Roberts. A minoria de juízes liberais é composta por Ginsburg, Breyer, Kagan e Sotomayor.

⁸³ OYEZ. Brett M. Kavanaugh. **OYEZ**, Washington. Disponível em: https://www.oyez.org/justices/brett_m_kavanaugh. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁸⁴ C-SPAN. **LIVE: Confirmation hearing for Supreme Court nominee Judge Brett Kavanaugh (Day 2)**. Washington, C-SPAN, 2018. 1 vídeo (11 hrs). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8MkyxSyUf9o>. Acesso em: 02 de novembro de 2019.

juízo, o Governo Federal não questionou a legalidade do direito da menor. No entanto, argumentou que, por ser a jovem menor de idade, precisaria primeiro ser levada até um responsável legal que a acolhesse em seus cuidados, para que recebesse apoio e aconselhamento durante o processo de aborto. Portanto, o Governo requisitou que fosse dado mais tempo para que encontrasse um responsável para “Jane”. O caso eventualmente chegou à Corte de Apelação, onde Kavanaugh servia como juiz.⁸⁵

O plenário da Corte decidiu o caso em favor da autora da demanda. Com base nos precedentes estabelecidos pela Suprema Corte na questão de aborto,⁸⁶ concluiu-se que o argumento do Governo Federal de que não era obrigado a conceder o aborto imediatamente, devendo esperar até que se achasse um responsável legal, representava uma imposição de “ônus indevido”, o que ia de encontro com precedente vinculante.⁸⁷ A demora que tal pedido acarretaria, na visão da Corte, acabaria por onerar demasiadamente o direito da autora. Portanto, ordenou-se que o Governo Federal permitisse de imediato que a jovem seguisse com o planejado aborto.⁸⁸

Brett Kavanaugh apresentou Voto Dissidente ao julgamento da maioria. A opinião é marcada pelas fortes críticas às inovações legislativas realizadas no acórdão, assim como pela defesa à restrição dos magistrados em seu papel interpretativo. O juiz começa descrevendo a decisão da maioria como baseada em um “princípio constitucional igualmente inovador e errôneo”,⁸⁹ assim como uma “extensão radical da jurisprudência da Suprema Corte sobre

⁸⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia. **Garza v. Hargan, 874 F.3d 735 (D.C. Cir. 2017) (en banc)**. Opinião do Plenário da Corte. Apelante: Rochelle Garza. Apelados: Eric D. Hargan, Secretário Interino de Saúde e Serviços Humanos, et al. Washington, DC, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <https://dccircuitbreaker.org/wp-content/uploads/2018/06/17-5236.pdf>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

⁸⁶ Além do emblemático caso *Roe v. Wade* (1973), também são citados os casos *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992) e *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016).

⁸⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)**. Opinião da Corte. Autores: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. Réus: Robert P. Casey, Governador da Pensilvânia, et al. Washington, DC, 29 de junho de 1992. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/#tab-opinion-1959104>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

⁸⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia. **Garza v. Hargan, 874 F.3d 735 (D.C. Cir. 2017) (en banc)**. Opinião do Plenário da Corte. Apelante: Rochelle Garza. Apelados: Eric D. Hargan, Secretário Interino de Saúde e Serviços Humanos, et al. Washington, DC, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <https://dccircuitbreaker.org/wp-content/uploads/2018/06/17-5236.pdf>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

⁸⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia. **Garza v. Hargan, 874 F.3d 735 (D.C. Cir. 2017) (en banc)**. Voto Dissidente de Brett

aborto”.⁹⁰ Para embasar seu ponto de vista, o magistrado cita precedentes da Suprema Corte em que limites impostos ao direito ao aborto no primeiro trimestre foram considerados constitucionais, não obstante a demora que estes limites acarretariam.⁹¹

Ao final de seu voto, o juiz reconhece que existem diversos debates em relação à jurisprudência da Suprema Corte sobre aborto. No entanto, este não cabe aos magistrados abaixo da Corte Maior. Seu posicionamento é resumido na seguinte passagem: “Como uma Corte abaixo [da Suprema Corte], nossa função é seguir a lei como ela é, não como gostaríamos que ela fosse.”⁹² Denota-se a preocupação com o ativismo judicial exercido por seus colegas, o que gera uma deturpação do sistema de precedentes vinculantes e usurpa competências dos Poderes Legislativo e Executivo.

Esta última ideia é mais elaborada em outro de seus julgados, no âmbito do caso *Klayman v. Obama*, que tratou da legalidade dos programas de vigilância em massa do governo americano.⁹³ Ao considerar que estes programas não violaram a Constituição, Kavanaugh

Kavanaugh. Apelante: Rochelle Garza. Apelados: Eric D. Hargan, Secretário Interino de Saúde e Serviços Humanos, et al. Washington, DC, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <https://dccircuitbreaker.org/wp-content/uploads/2018/06/17-5236.pdf>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

⁹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia. **Garza v. Hargan, 874 F.3d 735 (D.C. Cir. 2017) (en banc)**. Voto Dissidente de Brett Kavanaugh. Apelante: Rochelle Garza. Apelados: Eric D. Hargan, Secretário Interino de Saúde e Serviços Humanos, et al. Washington, DC, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <https://dccircuitbreaker.org/wp-content/uploads/2018/06/17-5236.pdf>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

⁹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Ohio v. Akron Center for Reproductive Health, 497 U.S. 502 (1990)**. Opinião da Corte. Apelante: Estado de Ohio. Apelado: Akron Center for Reproductive Health. Washington, DC, 25 de junho de 1990. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/502/#tab-opinion-1958410>. Acesso em: 09 de outubro de 2019. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Hodgson v. Minnesota, 497 U.S. 417 (1990)**. Opinião da Corte. Autores: Jane Elizabeth Hodgson, et al. Réus: Estado de Minnesota, et al. Washington, DC, 24 de junho de 1990. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/417/#tab-opinion-1958408>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

⁹² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia. **Garza v. Hargan, 874 F.3d 735 (D.C. Cir. 2017) (en banc)**. Voto Dissidente de Brett Kavanaugh. Apelante: Rochelle Garza. Apelados: Eric D. Hargan, Secretário Interino de Saúde e Serviços Humanos, et al. Washington, DC, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <https://dccircuitbreaker.org/wp-content/uploads/2018/06/17-5236.pdf>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

⁹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia. **Klayman v. Obama, No. 14-5004 (D.C. Cir. 2015)**. Opinião da Corte. Apelantes: Barack Hussein Obama, et al. Apelados: Larry Elliot Klayman, et al. Washington, DC, 28 de agosto de 2015. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cadc/14-5004/14-5004-2015-08-28.html>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

ilustra seu posicionamento a favor da restrição judicial e do cuidado que deve ter o Judiciário para que não invada as competências dos demais Poderes:

Com toda certeza, preocupações sinceras e acaloradas foram levantadas acerca do programa do Governo. Estes argumentos políticos podem ser endereçados ao Congresso e ao Executivo. Estas instituições possuem autoridade para reduzir ou introduzir mais barreiras ao programa [...]

2.6 PRINCIPAIS CRÍTICAS AO ORIGINALISMO

Em conclusão a esse capítulo, busca-se apresentar algumas das principais críticas direcionadas ao Originalismo. Percebe-se que, em diversas questões, estas críticas acabam por se sobrepôr. Sua divisão para os fins deste trabalho é apenas didática, para que se possa efetivamente sintetizar os argumentos expostos visando sua melhor compreensão.

2.6.1 DIFICULDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO SIGNIFICADO ORIGINAL

A ideia central originalista de buscar o sentido original de uma norma deixa a teoria vulnerável a questionamentos acerca da viabilidade de se recuperar este significado. Frequentemente, faz-se referência à necessidade de uma análise histórica profunda para que seja possível resgatar tal sentido. Por essa razão, argumenta-se que o Originalismo demandaria que o intérprete exercesse função própria de historiadores, tarefa para a qual um profissional do Direito não estaria devidamente preparado.⁹⁴ Nesse sentido, Stephen Breyer, membro da Suprema Corte americana, argumenta que se o contexto histórico ao tempo da criação de uma constituição for o único elemento importante para fins hermenêuticos, a Suprema Corte deveria ser composta exclusivamente por historiadores.⁹⁵

A crítica é parcialmente correta. De fato, a recuperação precisa do significado original de uma norma antiga é tarefa árdua. No entanto, representa elemento fundamental ao trabalho de

⁹⁴ LANDAU, Jack. Some Thoughts About State Constitutional Interpretation. **Penn State Law Review**, State College, PA, v. 115, n. 4, p. 837-875, mar. 2011.

⁹⁵ LITHWICK, Dahlia. Justice Grover vs Justice Oscar: Scalia and Breyer offer very different constitutional worldviews. **Slate**. Washington, DC, 06 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://slate.com/news-and-politics/2006/12/scalia-and-breyer-sell-very-different-constitutional-worldviews.html>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

um intérprete. Questionadores do Originalismo exageram a dificuldade deste dever,⁹⁶ sobretudo ao considerarmos o surgimento de novas ferramentas de pesquisa histórica, que aumentaram exponencialmente desde o surgimento da internet. Além do mais, a dificuldade em realizar tal análise não deve invalidar por completo o recurso a este método. Conforme nos lembra Robert Bork, a pesquisa histórica jamais poderá alcançar a perfeição. No entanto, o intérprete deve trabalhar com os instrumentos que tiver ao seu dispor.⁹⁷

Outra argumentação em favor da recuperação histórica do sentido das normas está no fato de que formulações concebidas há séculos ainda embasam conceitos fundamentais no Direito. Exemplo claro dessa afirmação é o devido processo legal. O conceito é ensinado remetendo às origens inglesas do instituto na Magna Carta, assim como à terminologia originalmente utilizada.⁹⁸ O mesmo pode ser dito em relação a precedentes judiciais, a exemplo do notório caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, base da teoria do controle de constitucionalidade.⁹⁹

Em suma, a tarefa de recuperar o sentido histórico original apresenta dificuldades. No entanto, o recurso à História se mostra indispensável. A dificuldade da tarefa não deve escusar o magistrado de persegui-la, tendo em vista que este é o método interpretativo que mais se coaduna com os ideais democráticos que norteiam os sistemas jurídicos ocidentais.

2.6.2 ENRIGESSIMENTO EXCESSIVO DO DIREITO

Outra das principais críticas ao Originalismo é a de que este método levaria a uma rigidez excessiva do Direito. Ao aplicar o método originalista, o magistrado estaria fechado para as mudanças ocorridas na sociedade ao longo dos anos.

Para fins de resposta a essa crítica, cumpre separá-la em duas partes. A primeira delas diz respeito ao engessamento do Direito em relação a mudanças nas relações sociais que não poderiam ter sido previstas por uma constituição. A segunda parte trata da habilidade do Originalismo em dialogar com mudanças tecnológicas desenvolvidas pela sociedade, que não existiam ao tempo da promulgação da Lei Maior.

⁹⁶ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. Saint Paul: West, 2012. p. 401.

⁹⁷ BORK, Robert. **The Tempting of America: The Political Seduction of the Law**. Nova Iorque: Free Press, 1991. p. 163.

⁹⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 19ª ed. Salvador: Saraiva, 2017. p. 73-77.

⁹⁹ GORSUCH, Neil. **A Republic, If You Can Keep It**. Nova Iorque: Crowd Forum, 2019. p. 111-112.

2.6.2.1 MUDANÇAS SOCIAIS

Frequentemente se ouve falar nas salas de aula sobre o papel do Direito como “instrumento de transformação social”. Argumenta-se que o aplicador do Direito não pode permanecer inerte face às relevantes e problemáticas questões sociais que afligem a sociedade. Nos momentos em que o processo político se encontrar travado, o Judiciário então age para garantir a máxima efetividade dos valores e direitos constitucionais. A legitimidade para tanto viria da própria Constituição, em seu papel garantidor de direitos, mesmo que em oposição à maioria numérica.¹⁰⁰

Acerca do tema, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que a interpretação constitucional deve se dar com base nos valores éticos da sociedade, na necessária atualização do sentido das normas constitucionais e na busca pelo melhor resultado para a população.¹⁰¹ Sendo assim, a interpretação se moldaria às necessidades sociais, conforme o contexto do momento, considerando também as consequências práticas que a decisão judicial traria.¹⁰² Em um país assolado por inúmeros obstáculos socioeconômicos como o Brasil, este pensamento se mostra, à primeira vista, bastante relevante.

No entanto, esta crença num “papel transformador” do Direito presume a inserção de valores pessoais de cada intérprete em sua análise jurídica. Em verdade, o que ocorre é a imposição dos valores morais carregados pelos juízes. Cada magistrado possui sua própria ideia acerca de que solução seria mais ou menos “justa” frente a um caso concreto. Ocorre que ao enxergar o Direito como potencial “transformador social”, estão sendo abertas as portas para uma moldagem de nossa sociedade a partir das vontades de membros de um Poder que não passa pelo crivo popular através das eleições. Sendo assim, viveríamos à mercê das vontades de indivíduos cujo único fundamento para exercerem tamanho poder é o fato de haverem sido aprovados em um concurso público.¹⁰³

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 95.

¹⁰² BREYER, Stephen. **Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution**. Nova Iorque: Vintage Books, 2006. p. 69.

¹⁰³ CANÁRIO, Pedro. MELO, João Ozório de. Morre Robert Bork, autor do originalismo constitucional. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 26 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-26/originalismo-constitucional-perde-autor-principal-expoente-robert-bork>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

Scalia resume este posicionamento da seguinte maneira: “Se juízes se tornam implementadores de valores, não apenas bons juristas, eles devem ser eleitos.”¹⁰⁴ Não cabe aos magistrados promoverem mudanças radicais na sociedade a partir de suas convicções pessoais. Carecem de legitimidade democrática para tanto. Afinal, nas sábias palavras de Scalia, direcionadas aos juízes ativistas: “quem fez de você o rei?”¹⁰⁵

2.6.2.2 MUDANÇAS TECNOLÓGICAS

Críticos ao Originalismo também tecem comentários acerca da aplicação desta teoria frente a novas tecnologias e fenômenos não previstos originalmente pela norma. Argumenta-se que a fixação do sentido da norma no momento de sua criação gera possibilidades rasas e escassas para sua aplicação. O confinamento da interpretação àquele momento histórico tornaria os termos normativos demasiadamente estreitos, impossibilitando sua aplicação a novas tecnologias não previstas ao tempo da produção normativa.¹⁰⁶ Ao ser confrontado com uma nova aplicação tecnológica não existente no contexto de criação da norma, um magistrado não mais encontraria respostas no Originalismo, devendo então recorrer a práticas rejeitadas pelo método originalista como valores, princípios e objetivos da norma.¹⁰⁷

Em verdade, a proposta originalista é apenas que o sentido original da norma é fixado. Novas aplicações deste sentido são perfeitamente possíveis dentro da lógica originalista, conforme a sociedade desenvolve novos instrumentos e tecnologias.¹⁰⁸ Cortes rotineiramente aplicam normas antigas para abarcar inovações¹⁰⁹ sem que isto represente uma intrusão à competência dos demais Poderes.

¹⁰⁴ SELECTIVE VIDEOS. **A Conversation on the Constitution: Judicial Interpretation Part 1 Volume 1**

. Washington: SELECTIVE VIDEOS, 2014. 1 vídeo (23 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VGKqJdW55nc>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

¹⁰⁵ SELECTIVE VIDEOS. **A Conversation on the Constitution: Judicial Interpretation Part 1 Volume 1**. Washington: SELECTIVE VIDEOS, 2014. 1 vídeo (23 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VGKqJdW55nc>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

¹⁰⁶ BIRCH, Christopher. The Connotation/Denotation Distinction in Constitutional Interpretation. **The Journal of Appellate Practice and Process**, Little Rock, AR, v. 5, n. 2, p. 445-472, 2003.

¹⁰⁷ LANDAU, Jack. Some Thoughts About State Constitutional Interpretation. **Penn State Law Review**, State College, PA, v. 115, n. 4, p. 837-875, mar. 2011.

¹⁰⁸ GORSUCH, Neil. **A Republic, If You Can Keep It**. Nova Iorque: Crowd Forum, 2019. p. 111.

¹⁰⁹ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. Saint Paul: West, 2012. p. 78.

Considere-se um exemplo da Constituição brasileira. Em seu art. 5º, X, a Lei Maior prevê a inviolabilidade da intimidade.¹¹⁰ O significado da palavra intimidade foi fixado no momento da produção da norma, conforme o sentido dado a este termo pela população brasileira no ano de 1988. No entanto, a sociedade à época não conhecia instrumentos como câmeras em celulares ou *webcams*. Imagine-se, então, que determinada pessoa foi filmada por outra, sem seu consentimento, através de uma câmera de celular, durante um momento íntimo em sua casa. Uma interpretação originalista do dispositivo constitucional certamente consideraria este ocorrido como violação à privacidade. O fato de o instrumento utilizado para a violação não existir ao tempo da criação da norma não impede a aplicação do significado original. Afinal, ao considerarmos as expectativas de privacidade da sociedade, mesmo em 1988, certamente chegaremos à razoável conclusão de que se esperava que a norma em questão protegesse as pessoas de serem observadas por outras durante momentos íntimos, independente do instrumento utilizado para tal invasão. Sendo assim, conclui-se que o Originalismo se coaduna perfeitamente com a adaptação de hipóteses normativas a novas tecnologias.

2.6.3 ORIGINALISMO E CONSERVADORISMO POLÍTICO

Outra crítica frequentemente voltada ao Originalismo é a de que sua aplicação inevitavelmente leva a resultados politicamente conservadores. Ao tentar manter o magistrado fora do processo político, o Originalismo acabaria favorecendo o conservadorismo, tendo em vista que a busca pelo significado original das palavras levaria à manutenção do *status quo* e à preservação de desigualdades sociais e opressões a minorias.¹¹¹ Os que tecem esta crítica usualmente utilizam casos célebres como *Brown v. Board of Education*, *Roe v. Wade* e *Obergefell v. Hodges*, para os Estados Unidos, e a ADI nº 4277/ADPF nº 132, no contexto brasileiro, para argumentar que importantes progressos sociais foram alcançados através da interpretação criativa dos magistrados e a despeito de objeções feitas por originalistas.

A associação entre Originalismo e conservadorismo político tem suas raízes nas décadas de 1960 e 1970. O ativismo exercido pela Suprema Corte americana sob a liderança do *Chief*

¹¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Art. 5º, X.

¹¹¹ POST, Robert. Siegel, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**. New Haven, CT, v. 75, n. 171, p. 545-574, 2006.

*Justice*¹¹² Earl Warren gerou críticas na academia jurídica americana, o que impulsionou correntes hermenêuticas que defendiam um retorno ao significado original. Ao mesmo tempo, o fato do ativismo da Corte ter possibilitado a implementação de políticas progressistas galvanizou o movimento conservador em busca de uma alternativa jurídica ao ativismo. Após a vitória do Partido Republicano nas eleições presidenciais de 1968, presidentes conservadores demonstraram uma preferência por originalistas e juristas de semelhantes vertentes, o que sedimentou a crítica de associação entre o conservadorismo político e Originalismo.¹¹³

Ao confrontar esta crítica, faz-se de suma importância ressaltar que Originalismo é uma teoria focada em processo, não em substância. Um juiz originalista buscará proteger o significado original da Constituição, não obstante os resultados políticos de sua decisão.¹¹⁴ A crítica que faz o Originalismo ao chamado consequencialismo, a análise por um magistrado das consequências fáticas futuras de uma decisão para a sociedade, serve como prova a este ponto.¹¹⁵

Importante notar que algumas das decisões mais polêmicas e unanimemente reconhecidas como falhas judiciais, dos pontos de vista social e jurídico, surgiram de práticas ativistas, nas quais os magistrados realizaram interpretações criativas da Constituição.¹¹⁶ Em verdade, a primeira grande manifestação do ativismo se deu exatamente no notório caso *Dred Scott v. Sanford*,¹¹⁷ onde a Suprema Corte considerou a existência de um direito material de possuir escravos nos Territórios dos Estados Unidos, com base na cláusula do devido processo legal.¹¹⁸ Esta ocasião representou a criação da chamada teoria do devido processo material, utilizada rotineiramente pela Corte desde então, inclusive na decisão do caso *Obergefell v. Hodges*.

¹¹² Título dado ao magistrado que direciona os trabalhos na Suprema Corte. Posição equivalente à Presidência do STF na prática jurídica brasileira.

¹¹³ O'NEILL, Johnathan. **Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History**. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2007. p. 9.

¹¹⁴ GORSUCH, Neil. **A Republic, If You Can Keep It**. Nova Iorque: Crowd Forum, 2019. p. 115.

¹¹⁵ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. Saint Paul: West, 2012. p. 352-354.

¹¹⁶ GORSUCH, Neil. **A Republic, If You Can Keep It**. Nova Iorque: Crowd Forum, 2019. p. 115.

¹¹⁷ MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. Orientador: Alexandre de Moraes. 2011. 274 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

¹¹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Dred Scott v. Sanford, 60 US 393 (1856)**. Opinião da Corte. Autor: Dred Scott. Réu: James F. A. Sanford. Washington, DC, 5 de março de 1857. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/#tab-opinion-1964281>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

Ainda em relação ao caso *Dred Scott*, ressalta-se que um dos dois membros da Corte que votaram contra a decisão da maioria, o *Justice* Benjamin Curtis, utilizou argumentos tipicamente originalistas para fundamentar seu Voto Dissidente. O magistrado argumentou que o abandono de uma interpretação fundada na rigidez da Constituição, em favor de valores e opiniões teóricas de indivíduos, leva à substituição do domínio das leis pelo domínio dos homens, que terão o controle de proclamar o que a Constituição significa de tempos em tempos.¹¹⁹ A fala do juiz nos lembra que não obstante o quão desejável um magistrado considere que seja o resultado material de um julgamento, esta valoração cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, sob pena de enfraquecimento do processo democrático constitucional.

Existem ainda outros exemplos de interpretações ativistas que levaram à manutenção de políticas discriminatórias. Nesse diapasão, tem-se o caso *Korematsu v. United States*. Nessa oportunidade, a Suprema Corte julgou constitucional a prática do Governo Federal de internar, sem julgamento prévio, americanos descendentes de japoneses em campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial.¹²⁰ A medida se mostrava abertamente discriminatória e em flagrante violação às garantias de devido processo legal e igual proteção das leis. Nesta oportunidade a Corte se alinhou aos desígnios do governo progressista de Franklin Delano Roosevelt, o que contribui ainda mais para invalidar o argumento de que práticas originalistas favorecem o conservadorismo político. Uma interpretação originalista, baseada no texto e no histórico das normas de garantias individuais contra o aprisionamento autoritário, certamente teria levado à declaração de inconstitucionalidade da prática do governo Roosevelt.

O Originalismo, portanto, não se alinha necessariamente com o conservadorismo político. No entanto, parece ter havido nas últimas décadas uma apropriação da teoria originalista por agentes políticos conservadores.¹²¹ Estes enxergam no Originalismo uma forma efetiva de impedir a implantação de políticas progressistas a partir da atuação das cortes. Devido a este fato, parece ser necessário que a doutrina originalista expresse seu distanciamento político de

¹¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Dred Scott v. Sanford, 60 US 393 (1856)**. Voto Dissidente de Benjamin Curtis. Autor: Dred Scott. Réu: James F. A. Sanford. Washington, DC, 5 de março de 1857. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/#tab-opinion-1964281>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

¹²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Korematsu v. United States**. Opinião da Corte. Autor: Fred Toyosaburo Korematsu. Réu: Estados Unidos da América. Washington, DC, 17 de dezembro de 1944. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/#tab-opinion-1938225>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

¹²¹ STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 29.

forma mais incisiva. Dessa forma, a teoria retém seu caráter técnico e procedimental, sendo equivocada sua equiparação com qualquer ideologia política ou partidária.

2.6.4 CONCEITOS INDETERMINADOS E LACUNAS DEMANDAM ATIVIDADE CRIATIVA DO INTÉRPRETE

Ademais, argumenta-se que a existência de conceitos indeterminados e lacunas normativas demandam o exercício de uma atividade criativa do magistrado, o que inevitavelmente o afastaria dos preceitos originalistas. No caso de lacunas axiológicas, o intérprete estaria autorizado até mesmo a incluir, suprimir ou modificar elementos da hipótese de fato da norma, a fim de solucionar o caso concreto.¹²² A falta de atuação do Poder Legislativo também possibilitaria o ativismo judicial, tendo em vista que o magistrado não poderia se recusar a decidir questões submetidas à sua análise apenas devido à falta de legislação.¹²³ O Originalismo, por defender uma análise baseada no sentido original, estaria despreparado para lidar com esta realidade.

O Originalismo moderno não ignora a existência de lacunas e normas em aberto. Originalistas entendem que o papel do aplicador do Direito não é apenas o de interpretar, mas também construir, quando se deparar com normas constitucionais vagas. Tal construção, no entanto, deve ser feita prioritariamente a partir da análise do sentido original público das palavras. Somente quando isso não seja suficiente, a doutrina originalista aceita a necessidade de recorrer a outras fontes.¹²⁴ O uso da analogia, por exemplo, é um recurso válido nessas situações e perfeitamente compatível com a doutrina originalista. Portanto, o Originalismo não se fecha para essa realidade.

Ademais, o simples fato de os constituintes terem optado por utilizar termos gerais na Constituição não autoriza o Poder Judiciário a modificar unilateralmente seu significado.¹²⁵ Em relação a este argumento, Scalia propõe um teste que nos convida a refletir acerca das inúmeras mudanças trazidas à sociedade através do Poder Judiciário. O teste nos apresenta a seguinte

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 88.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 433-434.

¹²⁴ SOLUM, Lawrence. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. **Georgetown Law Faculty Publications and other Works**. Washington, n. 1353, jan. 2011, p. 16-17.

¹²⁵ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. Saint Paul: West, 2012. p. 409.

pergunta: teria sido a Constituição ratificada se contivesse um artigo expressando exatamente o que ativistas defendem? O artigo hipotético poderia ser escrito da seguinte forma: “Os termos gerais desta Constituição não possuem aplicação fixa, mas sim permitem e proíbem o que a Suprema Corte considerar, de tempo em tempo, o que devem os termos permitir ou proibir”.¹²⁶ A resposta provavelmente seria negativa, o que ressalta a necessidade de um debate mais cuidadoso sobre a legitimidade democrática do ativismo judicial.

A questão se mostra de extrema relevância. Independente de qual tenha sido a intenção do legislador, normas em aberto e textos ambíguos são uma realidade em todos os campos do Direito. É inegável que o intérprete necessita realizar papel construtivo em face a normas deste cunho. Sendo assim, suprir estas lacunas através do significado original público das palavras parece a melhor forma de cumprir com este papel construtivo e ao mesmo tempo evitar ao máximo a intrusão do Poder Judiciário na atividade legislativa.

¹²⁶ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. Saint Paul: West, 2012. p. 409.

3 ATIVISMO JUDICIAL

O terceiro capítulo deste trabalho é dedicado ao estudo do ativismo judicial. Em primeiro lugar, serão apresentados conceitos doutrinários do termo, assim como uma breve análise de sua origem histórica. Em seguida, será abordado o ativismo no Brasil e suas peculiaridades, bem como a relação entre judicialização e ativismo judicial. Logo após, serão analisadas as principais teorias que embasam a prática do ativismo judicial. Por último, passa-se à análise do ativismo judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mediante estudo de dois casos emblemáticos, quais sejam, o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, e o *Habeas Corpus* (HC) nº 126.292/SP. Ao final, serão tecidas breves considerações acerca do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 43/ADC nº 44/ADC nº 54.

3.1 ORIGENS E CONCEITOS DO TERMO

Em seus escritos no *Federalista*, Alexander Hamilton argumentou que dentre os três Poderes, o Judiciário seria o menos perigoso, devido ao fato de não comandar as armas, como o Executivo, tampouco os cofres, como o Legislativo.¹²⁷ No entanto, desenvolveu-se posteriormente uma prática que põe em dúvida essa famosa afirmação.

Assim como o Originalismo, a noção de ativismo judicial é mais antiga do que o próprio termo. A adoção de uma postura proativa dos tribunais gerou fortes críticas já na chamada *Era Lochner* da Suprema Corte americana, período que compreende os anos de 1897 a 1937.¹²⁸ No entanto, o primeiro uso da expressão foi registrado apenas em 1947, em artigo produzido por Arthur Schlesinger Jr. Na ocasião, o autor denominou de ativistas determinados membros da Corte que defendiam um papel concretizador do bem estar social para o Poder Judiciário, em oposição aos demais membros que arguíam pela restrição judicial.¹²⁹

De forma semelhante à autocontenção judicial, a identificação prática do ativismo por vezes se mostra tarefa árdua. Assim, seis parâmetros foram desenvolvidos em uma tentativa de identificar o ativismo no âmbito da interpretação constitucional: a extensão a qual o juiz

¹²⁷ HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, No. LXXVIII. In: **The Constitution of the United States of America and Selected Writings of the Founding Fathers**. Nova Iorque: Barnes & Noble, 2012. p. 602-609.

¹²⁸ O período é assim chamado em razão do caso *Lochner v. New York*, julgado em 1905.

¹²⁹ KMIIEC, Keenan. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism." **California Law Review**. Berkeley, CA, v. 92, n. 05, p. 1442-1478, out. 2004.

invalida políticas formalmente legítimas; o grau de observância a precedentes; o nível de distanciamento do magistrado com o texto constitucional e as intenções dos constituintes; o grau em que uma corte se envolve no processo político e não apenas se limita à proteção do processo democrático; a dimensão em que um tribunal determina políticas públicas ou as deixa para os demais Poderes; o nível em que a decisão judicial se sobrepõe às decisões de outros órgãos estatais sobre determinada questão.¹³⁰ Através dessas medidas, depreende-se que um juiz pode se comportar de maneira ativista em determinadas decisões, mas exercer a autocontenção em outras, o que denota a complexidade da análise da postura dos intérpretes.¹³¹

Nota-se também que não há consenso acerca de uma definição exata do termo. Na doutrina brasileira, Luís Roberto Barroso se coloca firmemente em defesa do ativismo, afirmando que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.¹³² Por outro lado, Elival da Silva Ramos apresenta diferente acepção. Para o jurista, o ativismo se dá quando um tribunal ultrapassa os limites da norma positivada para exercer função criativa. Rompe-se, portanto, o equilíbrio necessário entre norma e interpretação.¹³³ Dessarte, o próprio conceito de ativismo é debatível, visto que apresenta variações conforme o posicionamento de cada doutrinador.

Além do mais, alguns juristas apoiam modalidades mais extremas de ativismo judicial. Nesse sentido, o *Justice* Thurgood Marshall descreveu sua filosofia jurídica afirmando que um juiz deve “fazer o que pensa ser correto e deixar que o Direito o acompanhe”.¹³⁴ Outro exemplo pode ser encontrado no Direito israelense, através dos escritos de Aharon Barak, ex-Presidente da Suprema Corte do país. Para o magistrado, o Judiciário é o mais qualificado dos Poderes para exercer fiscalização e controle dos demais, ao passo que não necessita desse mesmo controle externo sobre suas atividades. Isso seria justificado pelo fato de estarem os juízes

¹³⁰ BARAK, Aharon. A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. **Harvard Law Review**. Cambridge, MA, v. 116, n. 01, p. 19-162, 2002.

¹³¹ BARAK, Aharon. A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. **Harvard Law Review**. Cambridge, MA, v. 116, n. 01, p. 19-162, 2002.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 306-307.

¹³³ RAMOS, Elival da Silva. [Entrevista cedida a] Gláucia Milício. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 01 de Agosto de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>. Acesso em: 01 de novembro de 2019.

¹³⁴ RHODE, Deborah. Letting the Law Catch Up. **Stanford Law Review**. Stanford, CA., v. 44, p. 1259-1265, ago. 1992.

acostumados a resolverem conflitos de interesses, o que os colocaria em posição menos vulnerável às pressões externas e ao uso autoritário de suas prerrogativas.¹³⁵

Sob a ótica do ativismo, as funções de um magistrado são entendidas amplamente, para além da função judicante. Na visão de Barak, um magistrado exerce duas tarefas principais: construir uma ponte entre Direito e sociedade, assim como proteger a Constituição e a democracia. Sendo assim, o juiz poderia modificar o sentido de uma lei para melhor adequá-la às “necessidades sociais” contemporâneas.¹³⁶ Defende-se, portanto, uma atuação judicial por vezes diretamente contrária ao sistema representativo majoritário.

Não obstante as diferentes caracterizações do ativismo judicial, percebe-se um ponto em comum, qual seja, a posição protagonista do Poder Judiciário e sua ingerência em questões eminentemente políticas.

3.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL

Semelhante à análise das correntes originalistas realizada no segundo capítulo, passa-se agora a uma abordagem das principais teorias que embasam a prática do ativismo judicial. Primeiramente, será apresentada a Teoria da *Living Constitution*, contraponto teórico do Originalismo nos Estados Unidos, especialmente entre os membros da Suprema Corte; a leitura moral da constituição, proposta por Ronald Dworkin; e o conceito de democracia substantiva. Dessa forma, busca-se analisar os fundamentos doutrinários que respaldam a atividade judicial proativa.

3.2.1 TEORIA DA *LIVING CONSTITUTION*

A Teoria da *Living Constitution* baseia-se na noção de que uma constituição é um documento vivo, que acompanha a sociedade em constante evolução. O professor David Strauss, reconhecido defensor da teoria, afirma que uma constituição viva é a que se modifica com o tempo, sem que seja necessário emendá-la formalmente.¹³⁷ Destarte, a teoria pode ser

¹³⁵ BORK, Robert. Barak's Rule. **Azure: Ideas for the Jewish Nation**, Jerusalém, v. Winter 5767, n. 27, p. 125-131, dez. 2007.

¹³⁶ BORK, Robert. Barak's Rule. **Azure: Ideas for the Jewish Nation**, Jerusalém, v. Winter 5767, n. 27, p. 125-131, dez. 2007.

¹³⁷ STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 1.

caracterizada como a antítese ao Originalismo,¹³⁸ na medida em que defende uma concepção mutável do documento constitucional, cabendo ao intérprete buscar a adequação do texto com a realidade social contemporânea.

Na história recente da Suprema Corte, diversos magistrados aderiram a essa corrente.¹³⁹ Entre eles, o *Justice* Breyer embasa sua defesa da teoria na natureza democrática da Constituição americana, sendo a função do juiz garantir o exercício do objetivo constitucional de ampla participação da sociedade nas questões governamentais.¹⁴⁰ Linha semelhante é seguida pela *Justice* Ruth Bader Ginsburg em seu Voto Divergente no caso *Gratz v. Bollinger*, centrado na questão de ações afirmativas fundadas em critérios raciais. Na ocasião, a magistrada opinou que a utilização do critério racial não feria o tratamento igualitário demandado pela Constituição, tendo em vista que buscava a inclusão de grupos historicamente discriminados. Além do mais, arguiu que a promoção de políticas dessa natureza é especialmente relevante devido ao fato do país ter utilizado “sistema de casta racial apenas recentemente terminado”.¹⁴¹

Em relação à metodologia, Breyer afirma que a maior parte dos intérpretes se baseia em seis elementos: texto, histórico, tradição, precedente, valores ou propósitos e consequências.¹⁴² No entanto, as divergências entre as inúmeras teorias hermenêuticas os leva a colocar maior ou menor ênfase em determinados elementos. Para um juiz filiado à teoria da *Living Constitution*, maior importância é conferida às consequências da interpretação, bem como aos propósitos e valores da norma.¹⁴³

Ao nosso ver, a maior dificuldade enfrentada pela teoria é o receio de que possibilita uma manipulação do texto constitucional por juízes não-eleitos. Em resposta a essa crítica, Strauss argumenta que o risco é diluído pelo cumprimento aos ditames da *common law*, ou seja, a

¹³⁸ STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 3.

¹³⁹ Na composição atual da Corte, os *Justices* Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan são representantes da teoria da *Living Constitution*.

¹⁴⁰ BREYER, Stephen. **Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution**. Nova Iorque: Vintage Books, 2006. p. 65.

¹⁴¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Gratz v. Bollinger**, 539 US 244 (2003). Voto Dissidente de Ruth Bader Ginsburg. Autora: Jennifer Gratz. Réus: Lee Bollinger, et al. Washington, DC, 23 de junho de 2003. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/244/#tab-opinion-1961288>. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

¹⁴² SELECTIVE VIDEOS. **A Conversation on the Constitution: Judicial Interpretation Part 1 Volume 1**. Washington: SELECTIVE VIDEOS, 2014. 1 video (23 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VGKqJdW55nc>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

¹⁴³ BREYER, Stephen. **Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution**. Nova Iorque: Vintage Books, 2006. p. 6.

obediência aos precedentes. Tal observância garante a possibilidade de adaptação do texto constitucional e ao mesmo tempo dificulta o processo suficientemente para impedir mudanças baseadas apenas na vontade dos juízes.¹⁴⁴ Além do mais, afirma que as bases do Direito Constitucional são produtos de precedentes, não de análises textuais ou históricas.¹⁴⁵ Sendo assim, não haveria alternativa realista à teoria da *Living Constitution*.¹⁴⁶

Devido à importância dada à observância dos precedentes, nota-se que a *Living Constitution* é uma teoria própria ao sistema de *common law*¹⁴⁷, de modo que se torna improvável sua aplicação a sistemas jurídicos diversos, como o *civil law*¹⁴⁸. Sendo assim, não obstante a crescente importância conferida ao sistema de precedentes no Brasil, entendemos que essa teoria não é viável dentro da realidade jurídica brasileira, especialmente ao considerarmos o tortuoso histórico do Supremo Tribunal Federal na observância a seus próprios precedentes constitucionais e a rapidez com que os descartam.¹⁴⁹

3.2.2 LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO

A leitura moral da Constituição foi apresentada por Ronald Dworkin em 1966 como estratégia interpretativa a ser utilizada por juízes e advogados na leitura do texto constitucional.¹⁵⁰ A proposta surge da constatação de que os direitos listados na maioria das constituições modernas apresentam linguagem genérica e abstrata. Diante dessa realidade, arguiu-se que a interpretação e aplicação dessas cláusulas deve se dar a partir do entendimento de que carregam “princípios morais de decência política e justiça”. Dessa forma, diante de um caso concreto, intérpretes e aplicadores devem decidir sobre a extensão desses princípios morais abstratos enraizados na norma.¹⁵¹

¹⁴⁴ STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 3.

¹⁴⁵ STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 44.

¹⁴⁶ STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 1.

¹⁴⁷ Direito comum.

¹⁴⁸ Direito civil.

¹⁴⁹ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A Oscilação Decisória No STF Acerca da Garantia da Presunção de Inocência: Entre a Autovinculação e a Revogação de Precedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 55, n. 217, p. 135-156, jan./mar. 2018.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996. p. 11.

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996. p. 2.

Entretanto, o autor apresenta uma ressalva ao afirmar que sua proposta não se aplica à interpretação de qualquer norma constitucional. Normas de conteúdo delimitado pelo constituinte não possuem carga moral, a exemplo da regra que fixa mínimo etário para o cargo de Presidente. Destarte, a falta de um princípio geral que fundamente a norma impossibilita o uso da estratégia.¹⁵²

Ademais, Dworkin afirma que se costuma exagerar a crítica de que a leitura moral investe um juiz de poder absoluto para impor suas próprias convicções morais na sociedade. Para evitar esse resultado, existem duas principais restrições que a proposta impõe. Primeiramente, a leitura moral deve sempre se iniciar a partir de uma análise do que foi dito pelos legisladores no contexto em que estavam inseridos. O autor ressalva que não se trata de uma busca pelo propósito que tinham os legisladores, mas sim das próprias palavras proferidas por estes. Busca-se no histórico legislativo a extração dos princípios morais incrustados na norma.

Como segunda restrição, tem-se a necessidade de integridade constitucional, o respeito a uma coesão moral da Constituição. Assim sendo, os intérpretes não podem introduzir seus próprios valores morais nas normas, independente do quanto considerem benéfico para a sociedade, sem embasamento em precedentes ou no histórico moral da Constituição. Nesse sentido, juízes devem dialogar com contribuições passadas de outros intérpretes, a fim de manter a coesão da estrutura moral do documento.¹⁵³ Sendo assim, a Constituição, bem como o Direito em geral, é ancorada em precedentes, prática e na História, elementos esses que dificultam um hipotético domínio dos magistrados.¹⁵⁴

Na visão desse trabalho, a principal questão a ser enfrentada está no cerne da proposta de Dworkin, na ideia de que juízes devem extrair um valor moral da norma. Conforme o próprio autor ressalta, a utilização dessa estratégia facilita que os juízes encontrem na constituição seus próprios valores morais, conforme suas convicções. Sendo assim, abre-se espaço para a caracterização de magistrados como “juízes conservadores” ou “juízes liberais”,¹⁵⁵ o que por

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996. p. 8.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996. p. 10.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996. p. 11.

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996. p. 2-3.

sua vez leva à polarização política do Poder Judiciário, interferindo na necessária imparcialidade do julgador.

Não obstante as restrições impostas pela leitura moral a esse comportamento pelos juízes, tais amarras não se aplicam ao público em geral, que certamente prosseguirá em sua caracterização, por ocasião simplória, do trabalho dos juízes, algo rotineiramente feito pela imprensa.¹⁵⁶ Este fato gera uma erosão de confiança da sociedade no Judiciário, o que acaba por minar a própria noção de leitura moral.

3.2.3 DEMOCRACIA SUBSTANTIVA

O ativismo judicial recebe frequentes críticas relacionadas à falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, como as feitas no segundo capítulo do presente trabalho. Entretanto, diversas ocorrências de ativismo buscam embasamento em uma redefinição do conceito de democracia, em oposição às noções tradicionais, que invocam o sistema majoritário de governo. Surge então o conceito de democracia substantiva.

A democracia substantiva centra-se na ideia de que a ordem jurídica se fundamenta na defesa dos direitos fundamentais, sendo esse o principal objetivo de um aparato democrático. Para tal fim, o sistema é guiado pela supremacia da constituição. Propõe-se um afastamento do formalismo estrito em nome da salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, mesmo que isso implique em embate com o princípio majoritário.¹⁵⁷ Nesse sentido, o Ministro Barroso aponta para a necessidade de uma atuação contramajoritária do juiz, que significa “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial” da maioria numérica.¹⁵⁸ Por sua vez, Canotilho afirma que os defensores desse conceito consideram o processo político incapaz, por si só, de garantir a justiça de políticas públicas.¹⁵⁹ Assim, nota-se a discordância com o conceito formal de democracia.

¹⁵⁶ HURLEY, Lawrence. With liberal bloc aging, Trump may get more Supreme Court appointments. **Reuters**. Washington, DC, 01 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-justices/with-liberal-bloc-aging-trump-may-get-more-supreme-court-appointments-idUSKBN1WG3PB>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

¹⁵⁷ Garcez, Kamilla. A Legitimidade Democrática na Jurisdição Constitucional. **Revista Jus Navigandi**. São Paulo, 13 de setembro de 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29648/a-legitimidade-democratica-na-jurisdicao-constitucional>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 309-310.

¹⁵⁹ CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1450.

Isto posto, essa redefinição conceitual se contrapõe à noção de democracia procedimental, cujo enfoque está no papel da democracia como garantidora do cumprimento da vontade majoritária.¹⁶⁰ Depreende-se então que a principal diferença entre os dois conceitos está na questão das origens da legitimação do exercício do poder estatal. Para os formalistas, a legitimidade advém do cumprimento dos ritos e formas prescritas, por exemplo, das eleições. Por outro lado, a democracia substantiva coloca nos direitos e garantias materiais a fonte da legitimidade.¹⁶¹

Nesse sentido, Barroso expõe que a sobreposição da vontade dos agentes eleitos pela do Judiciário encontra sua base na “confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático”.¹⁶² Invoca-se, portanto, o texto constitucional, a fim de argumentar que o ordenamento jurídico moderno permitiria esse comportamento. Acerca desse novo sistema de democracia substantiva, o Ministro comenta:

Nesse modelo, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas **a democracia não se resume ao princípio majoritário [...] Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.**¹⁶³ (grifos nossos)

Em linha semelhante, Aharon Barak afirma que uma democracia é formada por dois elementos distintos. Primeiro, tem-se o aspecto formal, que engloba o governo popular representativo. Em seguida, o aspecto substancial, com enfoque no papel dos julgadores, nos direitos humanos e no *rule of law*.¹⁶⁴ Assim, busca-se efetivar a proteção aos direitos materiais presentes no texto constitucional, através de uma atuação direta do Poder Judiciário.

¹⁶⁰ BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Democracia Procedimental e Democracia Substantiva: Entre um Relativismo Axiológico Absoluto e um Absolutismo Axiológico Relativo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20, 2011, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+\(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011).pdf). Acesso em: 18 de novembro de 2019.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 384.

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 309.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 309.

¹⁶⁴ BORK, Robert. Barak's Rule. **Azure: Ideas for the Jewish Nation**, Jerusalém, v. Winter 5767, n. 27, p. 125-131, dez. 2007.

Na visão desse trabalho, a relativização do princípio majoritário promovida pelo conceito de democracia substantiva se mostra extremamente perigoso a um Estado de Direito. Entendemos o porquê do surgimento do conceito, uma tentativa de impedir a ascensão de regimes autoritários embasados no apoio de uma maioria numérica.¹⁶⁵ No entanto, defendemos que a democracia substantiva abre espaço para que o mesmo resultado ocorra. Não raro, movimentos de tendências ditatoriais utilizam um discurso demagógico de defesa dos direitos da população para subverter as garantias estabelecidas.¹⁶⁶

Além do mais, os próprios magistrados não estão imunes à prática de atos ditatoriais, conforme exemplificado pela atuação do *Volksgesichtshof*¹⁶⁷, tribunal de exceção criado pelo governo nazista alemão para o julgamento dos inimigos do regime.¹⁶⁸ Portanto, enaltecer o Poder Judiciário, conferindo-lhe a confiança máxima de até mesmo sobrepor sua própria vontade àquela dos agentes eleitos, não se mostra como alternativa satisfatória para a prevenção ao surgimento de regimes autoritários.

3.3 JUDICIALIZAÇÃO E CRESCIMENTO DO ATIVISMO NO BRASIL

Ativismo judicial e judicialização são conceitos intrinsecamente relacionados. De acordo com o cientista político Chester Neal Tate, ativismo pode ser caracterizado como a judicialização da política,¹⁶⁹ ou seja, a tomada de decisões de cunho político pelo aparato judiciário. Por sua vez, o Ministro Barroso ensina que “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder

¹⁶⁵ BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Democracia Procedimental e Democracia Substantiva: Entre um Relativismo Axiológico Absoluto e um Absolutismo Axiológico Relativo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20, 2011, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XX+Encontro+Nacional++FUMEC+Belo+Horizonte++MG+\(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XX+Encontro+Nacional++FUMEC+Belo+Horizonte++MG+(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011).pdf). Acesso em: 18 de novembro de 2019.

¹⁶⁶ NEUMANN, Sigmund. The Rule of the Demagogue. **American Sociological Review**, Washington, DC, v. 03, n. 04, p. 487-498, ago. 1938.

¹⁶⁷ Corte do Povo.

¹⁶⁸ HOLOCAUST ENCYCLOPEDIA. Law and Justice in the Third Reich. **United States Holocaust Memorial Museum**, Washington. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/law-and-justice-in-the-third-reich>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

¹⁶⁹ TATE, Chester Neal. VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995. p. 5.

Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”, processo este que envolve “transferência de poder para juízes e tribunais”.¹⁷⁰

Não obstante as semelhanças, observam-se distinções os conceitos. Judicialização é fenômeno decorrente das opções políticas expressadas na Constituição de 1988. Decorre, portanto, da vontade do constituinte. Por outro lado, ativismo judicial é a opção do intérprete de adotar postura proativa e expansiva na interpretação constitucional.¹⁷¹ Sendo assim, a judicialização é imposta ao Judiciário pela própria Constituição, enquanto o ativismo representa escolha do magistrado.

No tocante ao advento da judicialização no Direito brasileiro, Barroso aponta três causas para o surgimento de tal fenômeno. A primeira delas foi a redemocratização do país, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Através deste processo, o Poder Judiciário recuperou garantias de independência, assim como a sociedade se tornou mais consciente de seus direitos, o que gerou uma maior demanda pelos serviços judiciários. A segunda diz respeito à opção dos constituintes pela constituição abrangente. Esse termo é utilizado para sinalizar a inclusão no texto constitucional de matérias anteriormente reservadas à legislação ordinária e ao processo político majoritário, o que conseqüentemente leva à constitucionalização de diversas matérias. Como terceira causa, tem-se o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que utiliza ambos os modelos difuso e concentrado. Esse sistema híbrido permite, portanto, um maior volume de demandas constitucionais.¹⁷²

Outro importante fator para o surgimento do fenômeno é a crise de legitimidade representativa, observada sobretudo nos Estados emergentes.¹⁷³ A crescente falta de confiança da população nos demais Poderes, sobretudo no Legislativo, fomentada por inúmeros escândalos de corrupção e notável inércia, leva à busca por soluções em outras esferas. Nesse contexto, o Poder Judiciário se mostra como solução atrativa, tendo em vista que se encontra

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Syn(Thesis)**, Rio de Janeiro, v. 05, n. 01, p. 23-32, 2012.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Syn(Thesis)**, Rio de Janeiro, v. 05, n. 01, p. 23-32, 2012.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Syn(Thesis)**, Rio de Janeiro, v. 05, n. 01, p. 23-32, 2012.

¹⁷³ SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo Judicial: Uma Visão Democrática Sobre o Aspecto Político da Jurisdição Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007.

formalmente à parte do processo político-partidário. Assim, observa-se uma maior busca pelo Judiciário, que se torna palco de resolução de demandas progressivamente politizadas.

A crítica que se faz é direcionada ao ativismo judicial enquanto escolha proativa do magistrado. Não se busca levantar críticas à judicialização. A judicialização é resultado das opções políticas feitas pela Assembleia Constituinte e pelo Poder Legislativo, no exercício do poder constituinte derivado. Por esta razão, em nosso ver, possui maior grau de legitimidade. Por outro lado, o ativismo judicial é produto de escolhas dos membros do Poder Judiciário que resultam na invasão de competências reservadas aos demais Poderes. Embora reconheça-se que ambos os conceitos estão entrelaçados, nossa opinião é no sentido de que se deve evitar a prática do ativismo exacerbado, sob pena de danos irreparáveis ao princípio da separação dos poderes, à segurança jurídica e ao sistema democrático como um todo.

3.4 ATIVISMO JUDICIAL NO STF

Cumprido neste momento promover a análise de exemplos práticos de exercício de ativismo pelo Judiciário brasileiro. Para tanto, foram selecionados dois emblemáticos casos julgados pelo STF. Primeiramente, serão trazidas a ADI nº 4277/DF e a ADPF nº 132/RJ, decididas em julgamento conjunto pelo Tribunal, onde se discutiu a possibilidade de reconhecimento constitucional da união estável homoafetiva. Em seguida, será objeto de análise o julgamento do HC nº 126.292/SP, que teve como tema central o princípio da presunção de inocência.

Em relação à metodologia desta seção, escolheu-se analisar ambos os casos, primeiramente, através de uma breve síntese dos fatos ao redor de cada questão. Em seguida, será apresentado o voto do Ministro Relator. Logo após, serão trazidos os votos dos demais membros do Tribunal que se mostrarem mais relevantes ao recorte temático da presente monografia. Ademais, maior atenção será dada à análise de mérito, sendo questões preliminares e processuais abordadas apenas brevemente, para que assim se alcance efetivamente os objetivos deste trabalho.

Devido à natureza controversa de ambos os julgamentos trazidos, faz-se necessária uma ressalva. O que está em análise no presente trabalho é o conteúdo técnico-jurídico das decisões. Esta parcela do trabalho objetiva apenas identificar incidências de ativismo judicial na jurisprudência do STF, não devendo ser confundida com filiação a qualquer ideologia política.

3.4.1 ADI Nº 4277/DF E ADPF Nº 132/RJ

As duas ações ingressaram separadamente na Corte Suprema. A ADPF nº 132/RJ, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, objetivava a interpretação conforme à Constituição de dispositivos do Estatuto dos Servidores Cíveis do referido Estado, bem como a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Liminarmente, requereu-se a declaração de “validade de decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis” e a suspensão de decisões e processos contrários. Subsidiariamente, pediu-se o conhecimento da ação como ADI, cujos pedidos seriam a interpretação conforme à Constituição do Estatuto e do art. 1.723 do Código Civil.¹⁷⁴

Por sua vez, a ADI nº 4277/DF, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, requisitou que fosse declarada a obrigatoriedade do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, assim como que fossem estendidos os mesmos direitos e deveres dos companheiros de uniões estáveis heteroafetivas às relações similares entre pessoas do mesmo sexo.¹⁷⁵

Ao serem distribuídos os processos, o Ministro Ayres Britto, na qualidade de Relator, decidiu por conhecer da ADPF nº 132/RJ como ADI.¹⁷⁶ Devido à confluência de objetos, e seguindo regra contida no Regimento Interno da Corte,¹⁷⁷ as ações foram devidamente juntadas.¹⁷⁸

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Relatório do Ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 04 de maio de 2011. p. 3-7. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Relatório do Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 8-9. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Voto do Ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 04 de maio de 2011. p. 3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

¹⁷⁷ BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**, de 27 de outubro de 1980. Art. 77-B. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 01 de novembro de 2019.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Voto do Ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 04 de maio de 2011. p. 3-4. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

O elemento em comum de ambas as ações foi o pedido de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil, dispositivo este que possui a seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a **união estável entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (grifos nossos).¹⁷⁹

A leitura do texto normativo revela a opção do legislador de delimitar a incidência do instituto da união estável para casais heteroafetivos. Além do mais, a referida regra segue na esteira do art. 226, §3º da Constituição, que estabelece: “**Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar**, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (grifos nossos).¹⁸⁰ Sendo assim, a taxatividade da norma apresentou-se, *a priori*, como principal obstáculo para o reconhecimento dos direitos pleiteados.

3.4.1.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR

Por estar diante de pedido de interpretação conforme à Constituição, inicia-se o voto buscando estabelecer uma base da disciplina constitucional dada à sexualidade humana. Assim sendo, o magistrado aponta que o tratamento jurídico desigual de indivíduos não se justifica em razão do sexo a que pertencem, conforme dispõe o art. 3º, IV.¹⁸¹ O Ministro então realiza uma interpretação extensiva da regra para afirmar que a palavra sexo engloba não apenas as diferenças biológicas entre homens e mulheres, como também o concreto uso da sexualidade.¹⁸² Assim, a Constituição visaria estabelecer uma igualdade civil-moral de estratos sociais

¹⁷⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p.1-74, 11 jan. 2002. Art. 1.723.

¹⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Art. 226, §3º.

¹⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Art. 3º, IV.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 9-10. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

historicamente discriminados, a exemplo dos homoafetivos. Buscaria-se o pluralismo sócio-político-cultural, uma das bases de nosso ordenamento jurídico.¹⁸³

Portanto, a opinião do magistrado é que a Constituição veda, ainda que não expressamente, a discriminação em razão da orientação sexual do indivíduo. Entretanto, aponta que o texto é silente no que diz respeito à forma de emprego da sexualidade humana. Isso leva o Ministro a concluir que se tem então uma norma geral negativa, sob a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”.¹⁸⁴ Sendo assim, o uso da sexualidade seria regido pela autonomia da vontade, representando um direito subjetivo ou situação jurídica ativa. Esse direito se coloca ao lado das clássicas definições de liberdade e se concretiza sob a forma de direitos à privacidade e à intimidade,¹⁸⁵ estes protegidos pelo art. 5º, X da Lei Maior.¹⁸⁶ Em suma, sobre o direito líquido e certo à isonomia entre homens e mulheres incide também um direito de livre utilização da sexualidade, inclusive com adultos do mesmo sexo.¹⁸⁷

Feita a identificação do arcabouço constitucional tocante à matéria em discussão, o Relator prossegue então para responder ao questionamento de se a Constituição nega a pares homoafetivos a possibilidade de constituir união estável. Direciona-se, portanto, ao Capítulo VII do Título VIII da Carta Magna, que dispõe acerca da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção.¹⁸⁸

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 7-8. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 10. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 14-15. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

¹⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Art. 5º, X.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 16. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

¹⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Título VIII, Capítulo VII.

Dentre os dispositivos presentes no capítulo, destaca-se o art. 226, cujo *caput* enuncia que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.¹⁸⁹ De logo, nota-se a singular importância conferida à família pelo constituinte, tendo em vista que apenas a ela foi expressamente conferida a proteção estatal. Na acepção do Ministro, tal instituto deve ser compreendido em seu sentido coloquial como “núcleo doméstico”, não importando se constituído formal ou informalmente, ou mesmo “**se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas**” (grifos do autor).¹⁹⁰ A família seria, portanto, um “fato cultural e espiritual”, não necessariamente biológico.¹⁹¹ Tal entendimento estaria embasado no fato de ter o constituinte optado por utilizar do instituto familiar como base para outros direitos, a exemplo da fixação do salário mínimo nacional¹⁹² e de parcela da remuneração do trabalhador.¹⁹³

Devido à essa peculiar dimensão da família, o Relator aponta que deve ela ser utilizada como base na interpretação dos demais institutos presentes no Capítulo VII do texto constitucional. Portanto, a união estável também seguiria os preceitos estabelecidos no tratamento jurídico da família. O Ministro então reitera que a Constituição não define expressamente o termo, devendo esse ser entendido em seu sentido coloquial, aberto. Tal interpretação não-restritiva serviria para melhor concretizar não apenas os direitos familiares, mas também trabalhistas, previdenciários e da criança e do adolescente.¹⁹⁴

¹⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Art. 226.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 20. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 20. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

¹⁹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Art. 7º, IV.

¹⁹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Art. 7º, XII.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 23-25. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

Diante do exposto, o Ministro Relator termina por conhecer do objeto das ações, determinando que seja conferido ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, para que seja retirado qualquer sentido que não permita o reconhecimento da união homoafetiva contínua, pública e duradoura como entidade familiar.

3.4.1.2 VOTOS DOS DEMAIS MINISTROS

Os membros restantes do Tribunal decidiram, unanimemente, por acompanhar o voto do Relator. Embora note-se a pluralidade de linhas argumentativas utilizadas pelos magistrados, observa-se que todas fundamentam-se em uma base ativista, conforme ressaltado em seus votos.

Em suas considerações iniciais, o Ministro Luiz Fux invoca a expressão latina *ubi societas, ibi jus*¹⁹⁵ para afirmar que o Direito deve seguir a evolução social, regulamentando situações já postas. Assim sendo, o papel da Corte nesse caso não seria descobrir se as uniões homoafetivas estariam abarcadas pela Constituição, matéria que em sua visão já havia sido vencida, mas sim qual o tratamento jurídico que deve ser dado a tais relações.¹⁹⁶ Estas afirmações revelam a crença do magistrado no protagonismo do Poder Judiciário, ressaltando uma postura marcadamente ativista. Observa-se também a correlação do magistrado com as posições defendidas pelo então Procurador do Estado Luís Roberto Barroso, sobretudo ao afirmar a importância do Tribunal exercer atividade contramajoritária na busca pela efetivação dos direitos fundamentais das minorias.¹⁹⁷

Além do mais, o Ministro Fux argumenta que a proteção constitucional à família visa resguardar o instituto como veículo para concreção dos direitos fundamentais. Assim, o constituinte não teria buscado encapsular o tradicional modelo da instituição, mas sim instrumentalizá-la, colocando-a como garantidora da dignidade humana e do livre exercício de direitos. Logo, independentemente de sua composição, o instituto serviria como meio para que

¹⁹⁵ Onde está a sociedade, está o Direito.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Luiz Fux. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 10. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Luiz Fux. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 10. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

se desfrute de direitos constitucionais. Destarte, incabível seria interpretação constitucional que visasse a restrição do exercício de direitos fundamentais.¹⁹⁸

Adiante, passa o magistrado a analisar os elementos caracterizadores de uma família. Em sua opinião, esses elementos são o amor familiar, a comunhão e a identidade entre os parceiros. Nesse sentido, não haveria qualquer diferenciação entre uniões heteroafetivas e homoafetivas.¹⁹⁹

O Ministro salienta também as mudanças fáticas e valorativas ocorridas na sociedade, refletivas em maior aceitação social das relações homossexuais. Sendo assim, afirma que “uma mudança das relações fáticas pode, ou deve, provocar mudanças na interpretação da Constituição”.²⁰⁰ Observa-se, portanto, uma alusão indireta à teoria da *Living Constitution*, tendo em vista que se defende que mudanças sociais devem balizar a aplicação do Direito.

Diante do exposto, o magistrado chega à conclusão de que inexistem óbices para o reconhecimento das uniões homoafetivas enquanto uniões estáveis, equiparando-as juridicamente ao tratamento dado às semelhantes uniões formadas por casais de sexo oposto.²⁰¹

Elementos da teoria da *Living Constitution* também são identificados no voto da Ministra Cármen Lúcia. Argumenta a juíza que, diante do estado social contemporâneo onde relações homoafetivas são uma realidade e encontram grave intolerância, justifica-se uma interpretação dos relevantes dispositivos conforme os princípios constitucionais.²⁰²

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Luiz Fux. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 11-12. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Luiz Fux. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 13. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Luiz Fux. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 22. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Luiz Fux. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 24. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto da Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 4. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

Diferentemente do Relator, a magistrada confronta diretamente a taxatividade do art. 226, §3º da Lei Maior. Segundo a Ministra, a referência expressa a homem e mulher não significaria que apenas uniões entre sexos opostos seriam revestidas da proteção estatal. Com base na doutrina de José Afonso da Silva, afirma que a tarefa hermenêutica constitucional deve buscar não apenas a interpretação das palavras, mas também do espírito e contexto da norma. Nesse sentido argumenta que a Constituição, em todo seu arcabouço democrático, não poderia ser interpretada a fim de restringir quaisquer direitos fundamentais. Assim sendo, a taxatividade do referido artigo não seria barreira intransponível para o reconhecimento de direitos para casais de mesmo sexo.²⁰³

A natureza taxativa do art. 226, §3º também é abordada pelo Ministro Presidente Cezar Peluso. Seu voto foi no sentido de que o referido texto não se trata de *numerus clausus*, devido à natureza aberta inerente das normas constitucionais.²⁰⁴

Em linha argumentativa levemente diversa, tem-se o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski. O magistrado faz importante ressalva ao indicar que não haveria possibilidade de equiparar as uniões homoafetivas às relações heteroafetivas, devido ao fato de que o art. 226, §3º expressamente define as uniões estáveis como sendo entre homens e mulheres. O Ministro apresenta trechos de debates travados na Assembléia Nacional Constituinte para comprovar que a adoção do texto do referido artigo foi opção clara e consciente do legislador de delimitar a incidência do instituto.²⁰⁵ Diante de tão expressa manifestação legislativa, o STF não poderia julgar que as relações entre pessoas do mesmo sexo estariam incluídas diretamente na proteção às uniões estáveis, em respeito ao princípio da separação dos poderes.²⁰⁶ Interessante notar que

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto da Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 5-6. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Cezar Peluso. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 4-5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

o magistrado emprega argumentos originalistas para fundamentar sua opinião, apesar de não fazer menção expressa a essa teoria hermenêutica:

[...] embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o **sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos**, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.²⁰⁷ (grifos nossos)

Apesar de reconhecer a impossibilidade de enquadramento das relações homoafetivas como uniões estáveis, o Ministro se alinha a seus colegas ao considerar meramente exemplificativo o rol de entidades familiares do art. 226.²⁰⁸ Sendo assim, ter-se-ia de uma entidade familiar *sui generis*. Partindo dessa premissa, utiliza-se da analogia para determinar a tal entidade a aplicação das regras do instituto que mais lhe assemelha, qual seja, a união estável heteroafetiva.²⁰⁹ Assim, o magistrado chega a resultado material semelhante aos demais, ainda que por via diferenciada.

Por fim, interessante notar breve discussão entre os Ministros ocorrida ao final da declaração dos votos da Corte. Nela, os membros do STF discutem as implicações da decisão ao Poder Legislativo, matéria de especial relevância ao conteúdo do presente trabalho monográfico. Nesse debate, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a decisão do Tribunal é um convite para que eventuais dúvidas acerca da questão decidida sejam eventualmente disciplinadas pelo Legislativo. Em sentido concordante, o Ministro Lewandowski afirma que a decisão exige que os espaços deixados em aberto por essa sejam preenchidos pela atividade legiferante. Em seguida, o Ministro Presidente comenta que a decisão “convoca o Poder

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 6. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 11. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social [...]”²¹⁰

Portanto, os membros do Tribunal aparentam estar de acordo em visualizar o papel do Congresso como tarefa residual, a ser realizada apenas após o exercício da atividade jurisdicional do STF. Dessa forma, o diálogo encapsula perfeitamente o que é, na visão desse trabalho, o pensamento dominante na Suprema Corte brasileira acerca da divisão de competências na ordem jurídica nacional: o protagonismo absoluto do Poder Judiciário, seguido do papel residual, meramente suplementar, preenchedor de lacunas, pelos demais Poderes.

3.4.2 HC Nº 126.292/SP

Julgado pelo STF em 17 de fevereiro de 2016, o HC nº 126.292/SP teve como cerne o princípio constitucional da presunção de inocência. O paciente da ação havia sido condenado em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo à pena de reclusão pela prática de crime de roubo. Dessa forma, o Tribunal ordenou a expedição de mandado de prisão. Importante notar também que não se tratou de ordem de prisão cautelar, mas sim de análise de mérito.

Prontamente, contrária a essa determinação em segunda instância, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. Em seguida, o Ministro Presidente da Corte optou por indeferir os pedidos da impetrante, sob argumentos embasados na jurisprudência do próprio Tribunal. Frente a esta decisão, escolheu-se, apresenta novo *habeas corpus*, desta vez endereçado à Corte Suprema.²¹¹

A principal questão de mérito alegada foi que ao ser determinada a execução da pena após condenação em segunda instância, teria sido violado o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que ainda não teria se materializado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O argumento embasou-se, principalmente, no art. 5º, LVII da Constituição

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Cezar Peluso. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 4-5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Relatório do Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 1-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

Federal, onde está consagrado o princípio, porquanto esta norma determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.²¹² Assim, este foi o cerne da discussão enfrentada pelo STF.

Ao final da análise desta decisão, faz-se mister uma breve abordagem do recente julgamento conjunto da ADC nº 43/ADC nº 44/ADC nº 54, oportunidade na qual o Supremo Tribunal Federal reviu o entendimento firmado em sede do referido *habeas corpus*, para que se analise se o julgado sinaliza um possível direcionamento do Tribunal à autocontenção judicial.

3.4.2.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR

O Ministro Teori Zavascki, Relator na ocasião, iniciou seu voto mediante análise histórica do tratamento dado à matéria pelo STF. Aponta que, mesmo na vigência da atual Constituição, o Tribunal reconhecia a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário, sem que implicasse em violação ao princípio da não-culpabilidade.²¹³ Esse foi o entendimento em vigor durante os anos de 1991 e 2009,²¹⁴ esse último sendo o ano em que a Corte alterou seu posicionamento a fim de considerar incompatível com o referido princípio a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.²¹⁵

Em seguida, passa-se a uma análise dos efeitos dos recursos, bem como seus reflexos no princípio da presunção de inocência. Inicialmente, o magistrado ressalta que o duplo grau de jurisdição se concretiza mediante o reexame da causa na segunda instância. Após eventual

²¹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Art. 5º, LVII.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 2-3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

²¹⁴ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A Oscilação Decisória No STF Acerca da Garantia da Presunção de Inocência: Entre a Autovinculação e a Revogação de Precedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 55, n. 217, p. 135-156, jan./mar. 2018.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 4. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

condenação nesta sede, tem-se a preclusão das discussões fáticas e probatórias.²¹⁶ Portanto, os recursos especial e extraordinário possuem efeito devolutivo limitado e não possuem efeito suspensivo, sendo essa última orientação determinada pelo art. 637 do Código de Processo Penal.²¹⁷ Logo, devido à condenação em sede de tribunal se dar com fundamento “em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária,” o Relator argumenta que seria justificável a relativização, ou mesmo inversão, do princípio.²¹⁸ Em razão de terem sido observados os ditames da não-culpabilidade durante o curso do processo até a referida condenação, não haveria desrespeito a esta norma, conforme encapsulado pelo magistrado na seguinte passagem:

a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual.²¹⁹ (grifos nossos)

Ademais, o Ministro aponta que tal orientação já é adotada no Direito positivado. Assim, traz como exemplo a Lei da Ficha Limpa, que em seu art. 1º, I consagra expressamente a possibilidade de produção de efeitos de acórdão condenatório mesmo antes do trânsito em julgado.²²⁰ Acerca desse argumento, ressalte-se que existe divergência doutrinária em relação

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 6. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

²¹⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 92, p. 5-35, 13 out. 1941. Art. 637.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 7. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 8. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

²²⁰ BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 147, n. 106, p. 1-2, 07 jun. 2010. Art. 1º, I.

à constitucionalidade da referida lei, sobretudo devido à suposta violação ao princípio da presunção de inocência.

Outra observação feita pelo magistrado é que os recursos extremos não possuem o condão de interromper o prazo prescricional, conforme se extrai do art. 117, IV do Código Penal.²²¹ Portanto, o Ministro aponta que, em vez de servirem de garantia da presunção de inocência, estes recursos “acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”.²²² Assim sendo, a retomada da antiga jurisprudência da Corte garante que o processo penal cumprirá seu papel como efetivador do *jus puniendi*, harmonizando-se os princípios da não-culpabilidade e da efetividade jurisdicional.²²³

Diante do exposto, o Relator vota pela denegação do *habeas corpus*, propondo um retorno ao entendimento jurisprudencial prévio da Corte no sentido de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.²²⁴

Interessante realizar breve comparação entre as linhas argumentativas seguidas pelo Ministro Zavascki, na relatoria do HC, e pelo Ministro Ayres Britto, no exercício de igual função na ADI nº 4277/ADPF nº 132. Embora reconheça-se que se trata de dois magistrados de estilos e filosofias jurídicas distintos, e de matérias diversas, nota-se que existe marcante diferença nos dois votos. Enquanto o voto do Ministro Zavascki possui caráter notadamente técnico, embasado em instrumentos normativos e no Direito comparado, o Ministro Ayres Britto optou por realizar divagações filosóficas acerca das relações afetivas. Ao nosso ver, a

²²¹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, DF, ano, 52 n., p. 3-26, 31 dez. 1940. Art. 117, IV.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 15. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 15. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 16. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

opção argumentativa do Ministro Ayres Britto torna sua decisão mais vulnerável a escrutínio futuro.

3.4.2.2 VOTOS DOS DEMAIS MINISTROS

De maneira diversa do caso prévio, os membros do Supremo Tribunal Federal restaram divididos quanto à solução dessa demanda. Ao final da leitura dos votos, sete magistrados acompanharam o entendimento do Relator, enquanto quatro optaram por apresentar conclusão divergente.

Dentre os votos favoráveis à tese do Relator, a opinião do Ministro Barroso, em específico, denota elementos marcadamente ativistas, evidenciadas pelos recursos argumentativos às consequências fáticas da decisão. Afirma o magistrado que existem três fundamentos de ordem pragmática que embasam sua opção pelo novo entendimento proposto. O primeiro deles diz respeito à promoção de um sistema criminal mais efetivo e equilibrado, pois a inovação jurisprudencial permitiria a coibição da excessiva interposição de recursos. Em segundo, a diminuição da seletividade do ordenamento punitivo, tendo em vista que réus abastados possuem maiores fundos para custear longos processos, o que facilita que apenas estes tenham pleno acesso às vias recursais. Por último, traz-se o rompimento do paradigma da impunidade no Direito Penal brasileiro.²²⁵

Ademais, o Ministro ressalta sua visão de que norma é “produto da integração entre texto e realidade”, não devendo ser entendida apenas como conceito abstrato.²²⁶ Em sua opinião, as consequências negativas reverberadas na sociedade em razão da virada jurisprudencial em 2009, onde o STF orientou pela impossibilidade do cumprimento provisória da decisão condenatória antes do esgotamento das vias recursais, justificam uma mudança de entendimento. Portanto, estar-se-ia diante de ocorrência do fenômeno da mutação constitucional, conforme observado na seguinte passagem:

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 23. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que **a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito**. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e **mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou**.²²⁷ (grifos nossos)

Seguindo argumentação semelhante ao Ministro Barroso, o Ministro Fux aponta para a necessidade de congruência entre o conteúdo da Constituição com o sentimento popular. A sociedade, segundo o magistrado, não mais aceitaria a ineficiência do sistema penal, consequência da interpretação expansiva do princípio em questão.²²⁸ Destarte, caberia ao Tribunal promover a adequação da norma com a realidade social vigente.

Embora seja necessário reconhecer a necessidade de conexão entre a norma e a realidade, entendemos que tal análise não deve direcionar por completo a atividade interpretativa. Observa-se que o principal defeito nas afirmações dos Ministros Barroso e Fux está no fato de a quem incumbe declarar a mudança de paradigma na sociedade. Em outras palavras, se cabe ao Poder Legislativo, composto pelos representantes do povo, escolhidos por meio do sufrágio universal, ou ao Poder Judiciário, formado por órgãos não-representativos.

Por outro lado, a Ministra Rosa Weber abriu a divergência à decisão do Relator. Seu breve voto teve como alicerce principal o princípio da segurança jurídica, em razão da necessidade de se manter uma jurisprudência consistente da Corte. A despeito do fato de se posicionar contrária à mudança de entendimento, a Ministra não utiliza argumentos textualistas, embasados na leitura direta da Constituição. Em verdade, a magistrada ainda assim apresenta argumentos ativistas, notadamente ao afirmar que “a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem”.²²⁹ Dessa forma, alinha-se ao

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 9. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Luiz Fux. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 2-3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto da Ministra Rosa Weber. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 1. Disponível em:

entendimento de necessidade de atualização do texto constitucional, realizada pelo Poder Judiciário, em face a mudanças na sociedade.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio optou por seguir a divergência. A argumentação utilizada pelo magistrado é de especial relevância para a presente monografia, devido ao fato de ser fundada na primazia do texto normativo e na autocontenção judicial. Nesse sentido, o Ministro aponta a clareza da redação do art. 5º, LVII da Constituição para afirmar que o dispositivo não permite interpretações. Diante da nitidez do texto normativo, há de se invocar a máxima hermenêutica de que onde o texto é claro e preciso, a interpretação deve cessar, “sob pena de reescrever a norma”. Portanto, deve ser observada a autocontenção, o papel restrito reservado ao Poder Judiciário pela Lei Maior.²³⁰ Dessa forma, observa-se a oposição do Ministro à assunção de competências do Poder Judiciário para além do que lhe foi designado pela Constituição Federal, respeitando-se os limites impostos pelo princípio da separação dos poderes.

3.4.3 JULGAMENTO DA ADC Nº 43/DF/ADC 44/ADC 54: VIRADA JURISPRUDENCIAL EM 2019

Em 07 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão no julgamento conjunto da ADC nº 43/ADC nº 44/ADC nº 54. Passados apenas três anos do estabelecimento do entendimento prévio, a maioria dos membros do Tribunal decidiu pela mudança da orientação jurisprudencial da Corte, considerando ser incompatível com o princípio da presunção de inocência a possibilidade de execução da pena após decisão penal condenatória em segunda instância.

A decisão marca a terceira mudança de entendimento acerca do mesmo tema desde o advento da Constituição Federal de 1988, tendo o entendimento estabelecido no HC nº 126.292 vigido por apenas três anos. Comparada com a observância de precedentes na Suprema Corte americana, que possui precedentes de longa data, a exemplo do notório caso *Casey v. Planned*

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Marco Aurélio. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 2-3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

Parenthood, julgado em 1992 e ainda hoje base do Direito americano na questão do aborto, percebe-se que o sistema colocado em prática pelo STF é marcadamente instável.

Apesar do entendimento ativista firmado no HC nº 126.292 ter sido modificado, os Ministros que votaram favoravelmente ao retorno à antiga orientação do Tribunal não o fizeram a fim de corrigir a exacerbada atividade criativa da Corte. Em verdade, as fundamentações denotam os familiares traços do ativismo, conforme exemplificado pelo voto da Ministra Rosa Weber, que contém alusões à democracia substantiva,²³¹ e na argumentação do Ministro Lewandowski, que invoca o consequentialismo para embasar sua decisão.²³²

Portanto, apesar do inegável avanço alcançado pela revisão do entendimento ativista, conclui-se que a virada jurisprudencial em 2019 não representa um direcionamento do STF à autocontenção. Espera-se que o Tribunal continuará trilhando o caminho do ativismo nas suas próximas decisões, o que trará danos incalculáveis à ordem constitucional brasileira.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 43/DF**. Voto da Ministra Rosa Weber. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de novembro de 2019. p. 7. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43votoRW.pdf>. Acesso em: 19 de novembro de 2019.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 43/DF**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de novembro de 2019. p. 3-4. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-entende-prisao-instancia.pdf>. Acesso em: 19 de novembro de 2019.

4 APLICAÇÃO DO ORIGINALISMO NO BRASIL

Neste capítulo, objetiva-se demonstrar a possibilidade de aplicação do Originalismo, especificamente sob a Teoria do Significado Original, no Direito brasileiro. Para esse fim, será abordada a necessidade da aplicação deste método, sobretudo tendo em consideração a atual proliferação do ativismo desmedido no Direito pátrio. Em seguida, serão trazidos escritos de autores brasileiros inclinados à autocontenção judicial, a fim de se demonstrar que o Originalismo possui certa aceitação no Brasil. Por último, as duas decisões do STF trazidas no capítulo anterior serão novamente analisadas, desta vez sob a ótica originalista.

4.1 NECESSIDADE DO ORIGINALISMO FRENTE À SITUAÇÃO ATUAL DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Não obstante o fato de o Originalismo possuir grande tradição e estar enraizado em diversos sistemas jurídicos, observa-se que atualmente possui pouca expressão na prática jurídica fora dos Estados Unidos.²³³ Diante desse fato, surge o questionamento do porquê da relevância da teoria para o Direito brasileiro.

A resposta se encontra no atual estado do Poder Judiciário brasileiro. Para que seja demonstrada a necessidade do Originalismo na prática jurídica pátria, necessário confrontar o atual estado da distribuição de poderes no Brasil, e qual posição o Judiciário ocupa. Para esse fim, será apresentado um panorama do estado atual do Judiciário brasileiro, sobretudo em relação ao Supremo Tribunal Federal.

Instalou-se no sistema judiciário brasileiro não apenas o ativismo judicial, mas uma forma particularmente agressiva dessa atuação, sobretudo a partir do ano de 2003.²³⁴ O espantoso grau de fortalecimento do STF, em particular, deu origem a termo próprio como referência ao sistema vigente no Brasil: a Supremocracia.²³⁵ O modelo de ativismo no país parece ser uma amálgama de diferentes teorias. Essa afirmação pode ser depreendida das lições de Barroso,

²³³ HUSCROFT, Grant. MILLER, Bradley. The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation. *In*: HUSCROFT, Grant. MILLER, Bradley. **The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 1-11.

²³⁴ MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. Orientador: Alexandre de Moraes. 2011. 274 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

²³⁵ VILHENA, Oscar Vieira. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 08, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

que afirma que a interpretação de conceitos indeterminados e princípios deve ser realizada com base nos valores éticos da sociedade, o que indica aceno à leitura moral da constituição. Em seguida, o julgador deve atualizar o sentido das normas constitucionais, o que por sua vez indica uma utilização da interpretação evolutiva. Segundo o Ministro, esse processo leva a “produzir o melhor resultado possível para a sociedade”, frase que sinaliza a aproximação com o pragmatismo jurídico.²³⁶

O ativismo acentuado é ainda mais claro no âmbito da mais alta Corte brasileira. O próprio comportamento pessoal dos Ministros integrantes do STF demonstra a propensão a decisões ativistas. Em discurso, o Ministro Celso de Mello afirmou que práticas ativistas “se tornam uma necessidade” frente à inércia do Poder Público.²³⁷ Tal fala encapsula a mentalidade vigente na Corte, através da qual os Ministros utilizam seu senso individual de justiça para chegar à uma conclusão interpretativa.²³⁸ Conforme leciona o *Justice Benjamin Cardozo*, essa prática poderia até mesmo levar a resultados benéficos, se os juízes fossem pessoas benevolentes.²³⁹ Ao invés, magistrados estão sujeitos ao mesmo tipo de pressão política como a que aflige os demais ramos do Estado. Tem-se, portanto, grave subversão ao *rule of law*.

Uma das observações mais perturbadoras a serem feitas acerca da expansão dos poderes da Corte é que esse fenômeno se origina a partir da atuação do próprio Tribunal. Não houve opção dos representantes populares de conceder estes novos poderes à Corte, mas sim uma atitude unilateral judiciária, conforme exemplificado na completa transformação do mandado de injunção, promovida pelo STF.²⁴⁰ A referida decisão teve o efeito potencial de expandir sobremaneira as possibilidades de influência da Corte sobre o Congresso Nacional, bem como

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 322.

²³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Presidente; Ministro Antonio Cezar Peluso, Vice-Presidente: sessão solene realizada em 23 de abril de 2008**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. p. 25. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_Possepresidencial_GilmarMendes_NOVACAPA.pdf. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Luiz Fux. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 24 de novembro de outubro de 2019.

²³⁹ CARDOZO, Benjamin. **The Nature of the Judicial Process**. New Haven: Yale University Press, 1921. p. 136.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI nº 712-8/PA**. Voto do Ministro Eros Grau. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. p. 25-27. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/282_MI712_-_Eros_Grau.pdf. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

de limitar a autonomia do Poder Legislativo como um todo. Percebe-se então a tautologia vigente no sistema jurídico brasileiro: o STF assume protagonismo entre os demais Poderes, devido ao fato do próprio Tribunal ter decidido que incumbe a ele esse papel. Tendo em vista que ocupa posição máxima no Poder Judiciário, inexistem instâncias que possam questionar esse entendimento. Isso gera a criação de um sistema de usurpação de competências que aparentemente não pode ser contido por fatores externos.

Ademais, a composição dos tribunais também denota sua falta de capacidade representativa.²⁴¹ Essa crítica se aplica facilmente ao Brasil, no tocante à formação demográfica do Supremo Tribunal Federal. O órgão é composto por onze membros, dos quais apenas dois são mulheres, apesar do segmento representar maioria da população brasileira.²⁴² Dez são oriundos, e graduados de universidades, das regiões Sul e Sudeste.²⁴³ Assim, conforme leciona o *Chief Justice* Rehnquist, se uma Corte Suprema decide ultrapassar os limites constitucionais de sua atividade, deve ao menos ter certo grau de conexão com o sentimento popular.²⁴⁴

Portanto, é notável o estado avançado do ativismo judicial no Brasil. Por esse motivo, necessita-se de um retorno às limitações constitucionais ao Poder Judiciário. Em nosso entendimento, o Originalismo, sob a ótica da Teoria do Significado Original Público, apresenta a melhor alternativa para promover a reconexão da atuação judiciária com suas bases constitucionais, devido ao fato deste método ressaltar a primazia do texto constitucional e o sentido das palavras conforme entendido pela população que o ratificou, através de seus representantes eleitos.

4.2 DOCTRINA BRASILEIRA DA RESTRIÇÃO JUDICIAL

Não obstante a presença marcante do ativismo judicial na doutrina brasileira, alguns autores se colocam contrários a este movimento, em favor da restrição judicial. Cumpre, portanto, apresentar alguns de seus argumentos, a fim de se demonstrar que, apesar das

²⁴¹ REHNQUIST, William. The Notion of a Living Constitution. **Texas Law Review**, Austin, TX, v. 54, n. 4, p. 693-706, mai. 1976.

²⁴² IBGE Educa. Quantidade de homens e mulheres. **IBGE**. Brasília, DF. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

²⁴³ Apenas o Ministro Gilmar Mendes, natural do Mato Grosso e graduado pela UNB, não se encaixa neste padrão.

²⁴⁴ REHNQUIST, William. The Notion of a Living Constitution. **Texas Law Review**, Austin, TX, v. 54, n. 4, p. 693-706, mai. 1976.

aparências, teorias favoráveis à autocontenção da atividade interpretativa possuem expressão significativa no Brasil.

Para Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial se caracteriza como “uma disfunção no exercício da função jurisdicional”²⁴⁵ que age em detrimento, sobretudo, das funções legislativas, mas também administrativas próprias ao Poder Executivo. Assim, não representa apenas um desvio, mas incursão ao núcleo essencial das funções dos demais Poderes.²⁴⁶ Para o jurista, o processo interpretativo deve ser limitado sobretudo pelo texto normativo, sendo inaceitável que a norma, concretizada pelo processo interpretativo, não possua aderência à textualidade.²⁴⁷

Em posicionamento semelhante, Ives Gandra Martins aponta para a falta de embasamento jurídico da conduta ativista. Conforme os ditames do *caput* do art. 102 da Lei Maior, caberia à Corte apenas a função de legislador negativo, não sendo possível o exercício legiferante positivo, típico dos agentes eleitos para o Congresso Nacional. Ressalta também o impacto desta atitude judiciária no princípio da separação dos poderes, visto que rompe o delicado equilíbrio estabelecido pela Constituição entre os ramos que compõem o Estado.²⁴⁸ Além do mais, o autor sinaliza também a ameaça à segurança jurídica, apontando que nem mesmo em casos de omissão legislativa estaria o Judiciário autorizado pelo texto constitucional a suprimir a mora.²⁴⁹

Assim como os mencionados autores, Lênio Streck tece críticas ao caráter nocivo do ativismo. Aponta o jurista que uma das causas para o surgimento do protagonismo do Poder Judiciário foi a ocorrência de constantes embates entre o Legislativo e Executivo, decorrentes do presidencialismo de coalizão. Conseqüentemente, o STF se tornou local onde grupos

²⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

²⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-117.

²⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 168.

²⁴⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Ativismo Judicial e a Ordem Constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 18, p. 23-38, jul./dez. 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_\(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional).pdf). Acesso em: 23 de novembro de 2019.

²⁴⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Insegurança Jurídica e o Judiciário. **Instituto Millenium**. Rio de Janeiro, 23 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.institutomillennium.org.br/artigos/ives-gandra-inseguranca-juridica-e-o-judiciario/>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

políticos se voltaram a fim de terem suas demandas atendidas, exemplificado nas decisões de declaração de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, de legitimação das cotas nas universidades e de descriminalização do aborto de feto anencefálico. Todas, na opinião do autor, foram decisões em que o Tribunal se rendeu aos desígnios de grupos políticos e ultrapassou o campo das competências dos demais Poderes.²⁵⁰

Para Streck, o debate em torno de ativismo e restrição judicial assume contornos maiores do que meramente hermenêuticos. Em verdade, diz respeito ao tipo de democracia desejada pela sociedade. A resolução de problemas imediatas a qualquer custo não deve ser utilizada para enfraquecer o sistema constitucional ou a legitimidade dos próprios julgadores. A busca por soluções a essas problemáticas não autoriza o Judiciário a efetuar “correções” do texto constitucional. Essa atuação implicaria a existência de um “lado B da Constituição”, ou seja, um conteúdo constitucional a ser axiologicamente desvendado pelos juízes. Em sua visão, tal entendimento não é compatível com os princípios democráticos encapsulados na Lei Maior.²⁵¹ Assim, o grande desafio contemporâneo será garantir que o poder dos juízes não se sobreponha à supremacia do próprio Direito.²⁵²

4.3 ANÁLISE ORIGINALISTA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Conforme demonstrado no capítulo anterior, as duas decisões proferidas pelo STF são exemplos marcantes de ativismo judicial. Em nosso entendimento, uma aplicação do método originalista teria produzido resultados diversos, alinhados com o papel constitucional do Tribunal. Portanto, passa-se nesse momento a reexaminar estes casos, dessa vez sob uma perspectiva originalista. Para esse fim, será seguida a metodologia originalista conforme esquematizada por Neil Gorsuch, previamente apresentada no segundo capítulo.²⁵³

²⁵⁰ STRECK, Lênio. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, ano 06, n. 01. p 207-222, mai. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/856/595>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

²⁵¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. STRECK, Lênio Luiz. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Revista Jus Navigandi**. São Paulo, 28 de julho de 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>. Acesso em: 22 de novembro de 2019.

²⁵² STRECK, Lênio. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “O Problema da Discricionariedade dos Juízes.” **Revista Jurídica do Curso de Direito OPET**. Curitiba, n. 01, p. 1-31, 2009. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

²⁵³ GORSUCH, Neil. **A Republic, If You Can Keep It**. Nova Iorque: Crowd Forum, 2019. p. 123-124.

4.3.1 ADI Nº 4277/ADPF Nº 132

No julgamento da ADI nº 4277/ ADPF nº 132, o primeiro grande obstáculo à conclusão chegada pelo Supremo Tribunal Federal é a própria literalidade das principais normas sob análise, quais sejam, o art. 1.723 do Código Civil e o art. 226, §3º da Constituição Federal. Ambos dispositivos são claros ao refletir a opção legislativa pela delimitação do instituto da união estável.

Conforme abordado no capítulo anterior desta monografia, o pedido principal das ações perante o STF foi a interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil, a fim de alcançar a equiparação das uniões homoafetivas com os direitos e deveres pertinentes à união estável entre casais heteroafetivos.²⁵⁴ De logo, percebe-se que o pedido vai de encontro ao próprio texto constitucional, especificamente no art. 226, §3º, cuja redação, lembre-se, determina o reconhecimento da “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar,” para efeitos de proteção estatal.²⁵⁵ Além do mais, note-se que o texto do art. 1.723 é parcialmente apenas uma transcrição do referido dispositivo constitucional,²⁵⁶ fato este que, *a priori*, impossibilitaria a interpretação conforme à Constituição para atingir o objetivo pretendido.

De imediato, a análise do caso em questão requer exercício de atividade interpretativa, a fim de buscar os significados dos conceitos relevantes. Seguindo as lições da Teoria do Significado Original Público, busca-se o sentido das palavras primeiramente nos dicionários contemporâneos à produção ou ratificação da norma, para que assim se encontre o sentido dado aos termos pelos cidadãos comuns à época.²⁵⁷

De forma espelhada ao voto do Ministro Relator Ayres Britto, cumpre iniciar nossa análise pelo arcabouço constitucional relativo à sexualidade. Afirma o Ministro que a palavra

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Voto do Ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 04 de maio de 2011. p. 3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 22 de novembro de 2019.

²⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Art. 226, §3º

²⁵⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p.1-74, 11 jan. 2002. Art. 1.723.

²⁵⁷ GORSUCH, Neil. **A Republic, If You Can Keep It**. Nova Iorque: Crowd Forum, 2019. p. 123-124.

sexo, contida no art. 3º, IV da Constituição, englobaria não apenas as diferenças biológicas entre homens e mulheres, mas também a opção sexual. Entretanto, breve consulta ao Dicionário Escolar da Língua Portuguesa, produzido pelo Ministério da Educação no ano de 1986, define sexo como “Conformação característica que distingue o macho da fêmea nos animais e nos vegetais”.²⁵⁸ Sendo assim, observa-se que o dicionário contradiz diretamente a conclusão do Ministro.

Não obstante, entendemos que a Constituição realmente veda a discriminação em razão de orientação sexual. No entanto, tal vedação não estaria abarcada na proibição à discriminação em razão de sexo, mas sim na parte final do mesmo art. 3º, IV, que expressamente veda “outras formas de discriminação”.²⁵⁹ Em relação a esse ponto, o presente trabalho está em concordância com o Ministro.

Em seguida, passa-se à análise do vocábulo “família”, expressão fundamental para a compreensão da união estável. Voltando-se ao referido Dicionário, descobre-se a definição de família à época como “Conjunto de pai, mãe e filhos”.²⁶⁰ Mais uma vez, é evidente a demarcação do instituto. Para além de apenas delimitar a incidência jurídica do conceito, percebe-se que a acepção originalista do vocábulo produz efeitos também na definição de união estável, tendo em vista que o art. 226, §3º estabelece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. Ora, se o próprio significado de família remete às relações heteroafetivas, nos parece que resta impossibilitado, de logo, o reconhecimento da união homoafetiva como qualquer espécie de entidade familiar, por ser diretamente contrária ao significado original público de família.

Portanto, através do método originalista, chega-se à conclusão de que uma interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil indicaria que o texto da Lei Maior delimita o instituto da união estável àquelas constituídas entre homens e mulheres. Assim, a inclusão das uniões homoafetivas nesse conceito só seria possível mediante o processo de emenda constitucional. Observa-se que uma interpretação originalista teria sido notadamente mais simples, sobretudo em comparação à linha argumentativa seguida pelo Ministro Ayres

²⁵⁸ BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Fundação de Assistência ao Estudante, 1986. p. 1050.

²⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Art. 3º, IV.

²⁶⁰ BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Fundação de Assistência ao Estudante, 1986. p. 478.

Britto. Denota-se a peculiar habilidade da interpretação originalista em atingir diretamente o cerne das questões discutidas.²⁶¹ Longas divagações filosóficas acerca da natureza do amor, por exemplo, são desnecessárias.²⁶²

Apenas os elementos apresentados até aqui seriam suficientes para desbancar a tese do Ministro Relator, eventualmente seguida pelos demais membros do Tribunal. Entretanto, interessante abordar argumentos adicionais acerca da matéria.

Nesse sentido, cumpre a análise de argumento apresentado por Luís Roberto Barroso em sua sustentação oral, o então Procurador do Estado afirmou que “interpretar o artigo 226, §3º, como sendo um fundamento para discriminar os homossexuais é trair a inspiração dessa norma, é trair o espírito da norma, é trair o fim da norma”. Nota-se, portanto, que o orador invoca argumentos referentes à intenção dos legisladores, que supostamente teria sido no sentido de eliminar discriminações às mulheres em relacionamentos estáveis fora do matrimônio.²⁶³ Apesar do presente trabalho não advogar pelo implemento da Teoria da Intenção Original, cumpre responder a essa afirmativa, pois, em nossa opinião, encontra-se flagrantemente equivocada. O argumento é desbancado no próprio voto do Ministro Lewandowski, através da transcrição de debates travados na Assembleia Nacional Constituinte.²⁶⁴ Nessas discussões, mostra-se que o texto original do art. 226 não era suficientemente categórico, de modo que levou a apreensão na sociedade de que a norma pudesse ser interpretada como permissiva às uniões homoafetivas. Em resposta, o Constituinte Gastone Righi afirmou categoricamente que o intento era a delimitação do instituto para abarcar apenas relações heteroafetivas, afirmando inclusive que “nunca foi outro o desiderato desta Assembleia”.²⁶⁵ Portanto, não apenas a norma

²⁶¹ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. Saint Paul: West, 2012. p. 402.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Luiz Fux. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 13. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de novembro de 2019.

²⁶³ STF. **Pleno - Discussão sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo (1/5)**. Brasília, STF, 2011. 1 vídeo (53 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jVKiznsoNtQ&t=2733s>. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 4-5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

²⁶⁵ ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento “B”)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. p. 209. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

não busca a inclusão, como sua inteira razão de ser foi excludente. Logo, resta desqualificado o argumento apresentado por Barroso.

Outrossim, cumpre tecer alguns comentários acerca da argumentação principiológica utilizada pelo requerente da ADI e pelos Ministros do STF, especialmente no que concerne aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Argumenta-se que estes princípios constitucionais indicariam o caráter inclusivo da Constituição, o que reforçaria a tese de que o rol de entidades familiares do art. 226 seria meramente exemplificativo.²⁶⁶ Entretanto, como já demonstrado, a própria Constituição expressamente delimita a união estável como vínculo heteroafetivo. Arguir que os referidos princípios de alguma forma possibilitaram um reconhecimento das uniões homoafetivas seria sugerir que o art. 226, §3 é inconstitucional. Ter-se-ia, assim, hipótese de inconstitucionalidade de norma constitucional, algo não aceito no sistema jurídico brasileiro.²⁶⁷

Ademais, acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, necessário ressaltar que, como toda norma jurídica, esta não possui caráter absoluto. Não se trata de conceito metafísico ou idealista, mas sim de um instrumento jurídico. Como tal, possui limites em sua utilização.²⁶⁸ Embora seja elemento indispensável a qualquer Estado Democrático de Direito, deve-se lembrar que não pode ser utilizado como instrumento permissivo para que a atuação judiciária ultrapasse suas demarcações constitucionalmente impostas, como bem pontua Lênio Streck:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser panaceia para todos os males, mormente de "omissões" (sic) do constituinte: o direito possui um mínimo de objetividade, que é o texto. E em se tratando do texto da Constituição, assume maior relevância a máxima de que 'devemos levar o texto a sério'.²⁶⁹

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Relatório do Ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 04 de maio de 2011. p. 3-4. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 815-3/DF**. Acórdão. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 28 de março de 1996. p. 1. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em: 22 de novembro de 2019.

²⁶⁸ GUEDES, Néviton. Os limites humanos da dignidade da pessoa humana. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 29 de outubro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-29/constituicao-poder-limites-humanos-dignidade-pessoa-humana>. Acesso em: 22 de novembro de 2019.

²⁶⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. STRECK, Lênio Luiz. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte.

Seguindo a linha principiológica, importante também que seja abordado o princípio da separação dos poderes. Nos parece que teria sido imprescindível uma consideração do Tribunal a respeito, principalmente porque a satisfação do requerimento da ADI necessitaria que o Tribunal exercesse atividade tipicamente legislativa. No entanto, a maioria dos membros do Tribunal permaneceu silente a respeito. Em verdade, apenas os Ministros Lewandowski²⁷⁰ e Gilmar Mendes²⁷¹ demonstraram breves preocupações em relação à atuação da Corte, porém isso não os impediu de se alinharem à opinião do Relator. A falta do confronto com o referido princípio nos leva a questionar se a atitude dos membros foi escolha consciente, buscando evitar esse debate, ou inconsciente, devido a uma crença enraizada no ativismo judicial e na expansão de poderes do Judiciário.

Em conclusão, percebe-se que todos os votos proferidos pelos Ministros se propõem a apresentar longos argumentos em defesa do reconhecimento da união estável homoafetiva não apenas como uma boa opção política. Nota-se uma forma de autoconsciência do que estão clamando para si o exercício de função legislativa, conforme admitido pelo Ministro Gilmar Mendes.²⁷² Esse cenário simboliza perfeitamente a total ingerência do Tribunal nos afazeres políticos, exorbitante até mesmo dentro de parâmetros ativistas. Tais argumentos pertencem aos plenários legislativos, não a uma corte de Direito.

4.3.2 HC Nº 126.292/SP

Por sua vez, o julgamento do HC nº 126.292/SP revolveu em torno do princípio da presunção de inocência. Seguindo os ditames do Originalismo, faz-se necessário observar a

Revista Jus Navigandi. São Paulo, 28 de julho de 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>. Acesso em: 22 de novembro de 2019.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 15-16. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. p. 9. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

primazia do texto, razão pela qual a redação do art. 5º, LVII será o objeto central de nossa análise. Nesse sentido, a leitura da norma posta revela o mandamento constitucional de que se considera inocente todo indivíduo, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²⁷³ Em razão do termo “trânsito em julgado” ser expressão técnica, imperativo recorrer à doutrina especializada para que se descubra seu sentido.²⁷⁴

Na doutrina penal, observa-se relativo consenso na doutrina referente à conceituação do termo. Pode-se até mesmo afirmar que esta definição se mantém estável há tempo considerável. Antes mesmo do advento da Constituição de 1988, já entendia-se por trânsito em julgado “a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável”.²⁷⁵ Em sentido semelhante, tem-se que o trânsito em julgado “equivale à coisa julgada formal, ou impossibilidade de discussão da causa por qualquer mecanismo intrínseco à ação analisada, ou seja, recurso”.²⁷⁶ Assim, verifica-se o entendimento contínuo e concordante de que o trânsito em julgado se opera a partir do momento em que não cabem recursos adicionais no processo.

Outrossim, opinião semelhante é compartilhada também por membros do STF. Para o Ministro Lewandowski, embasado nas lições processuais de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho e Antônio Scarance Fernandes, aponta que a interposição de recurso penal impede a produção de efeitos do título condenatória, de modo que a presunção de inocência permanece a favor do réu.²⁷⁷ No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio reforça a necessidade de se observar a literalidade do art. 5º, LVII e as limitações claras ali impostas.²⁷⁸

²⁷³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988. Art. 5º, LVII.

²⁷⁴ GORSUCH, Neil. **A Republic, If You Can Keep It**. Nova Iorque: Crowd Forum, 2019. p. 123.

²⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 679.

²⁷⁶ BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais: Em Busca da Racionalidade no Sistema Processual Penal Brasileiro**. Brasília: TJDF, 2015. p. 108.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 1-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Marco Aurélio. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 2-3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

Por sua vez, o Ministro Eros Grau, em sede de julgamento do HC nº 84.078-7/MG, ressaltou a relação da não-culpabilidade com a ampla defesa. Afirma que este último princípio possui caráter abrangente, que permeia não apenas seletas etapas do processo, mas sim todas as suas fases, até mesmo nas instâncias extraordinárias. Entendimento contrário implicaria na visualização da ampla defesa de forma restrita, algo inadmissível em nosso sistema constitucional, especialmente pelo dispositivo ter sido investido da proteção especial das cláusulas pétreas.²⁷⁹

Dessa forma, igualmente ao julgado anteriormente analisado, apenas a análise do sentido do termo, da literalidade do texto, é suficiente para afastar a tese majoritária na Corte. Todavia, interessante que sejam abordados alguns dos outros argumentos levantados pelos Ministros na ocasião.

Nesse sentido, o voto do Ministro Barroso, em especial, é permeado de elementos ativistas. Nota-se, sobretudo, a utilização de argumentos consequentialistas próprios do pragmatismo jurídico. Exemplo dessa linha argumentativa é a afirmação do magistrado de que a compreensão da sociedade em relação à matéria havia se modificado, voltando-se contra entendimento ampliado do princípio da não-culpabilidade devido à impunidade e demais consequências fáticas negativas.²⁸⁰ Deixando de lado a natureza dúbia da afirmação feita pelo Ministro, frente à aparente polarização da sociedade sobre o tema, mudanças de entendimento acerca do sentido da Constituição não podem advir de meras mudanças na opinião pública, sobretudo no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, ressaltando-se as alterações formais do texto através do processo legislativo.²⁸¹

Além do mais, importante que seja abordado o argumento de Direito comparado trazido pelo Ministro Zavaski, pelo qual aponta-se que a prática jurídica internacional permite o cumprimento antecipado da sentença, sem que isso configure violação à presunção de

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.078-7/MG**. Voto do Ministro Eros Grau. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. p. 5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 9. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

²⁸¹ REHNQUIST, William. The Notion of a Living Constitution. **Texas Law Review**, Austin, TX, v. 54, n. 04, p. 693-706, mai. 1976.

inocência.²⁸² Entretanto, conforme exposto pelo Ministro Celso de Mello, a principal diferença entre os mencionados sistemas jurídicos e o modelo brasileiro é que estes ordenamentos estrangeiros não fazem menção expressa à necessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²⁸³ Assim, o cumprimento antecipado da sentença no Brasil esbarra na literalidade do texto constitucional, de forma que a função interpretativa está impossibilitada de produzir entendimento diverso,²⁸⁴ sob pena de violação aos ditames constitucionais.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 9-12. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Celso de Mello. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. p. 9. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

²⁸⁴ CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 213.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O NECESSÁRIO CONFRONTO AO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

Através das considerações feitas ao longo deste trabalho acerca do Poder Judiciário brasileiro, buscou-se demonstrar a gravidade do cenário que impera em nosso sistema jurídico. O que se observa atualmente no Brasil é uma prática de interpretação constitucional às margens da própria Constituição, uma mistura sem nexos das mais variadas teorias hermenêuticas, movida sobretudo pelas vontades dos membros da mais alta Corte do país. Em razão desse preocupante quadro, o termo “Supremocracia” não nos parece ser claro o suficiente para ilustrar a situação atual.

Esse modelo de atuação judiciária, consequência direta da judicialização, representa a expansão dos poderes interpretativos do Supremo Tribunal Federal ao custo da liberdade de atuação dos demais Poderes. Sob o pretexto de omissões legislativas ou mudanças de entendimento na sociedade, o Judiciário ingressa na esfera de competência dos demais ramos estatais e ocasiona o enfraquecimento destes. Isto significa que, progressivamente, as decisões políticas mais importantes do país estão sendo tomadas por um órgão não-representativo, composto por membros não-eleitos pela população.²⁸⁵

O problema se torna ainda mais preocupante ao considerarmos que inexiste indignação significativa da sociedade direcionada à esta prática. Em nossa opinião, isto se dá por dois motivos principais. O primeiro deles é a falta de conhecimento técnico-jurídico da maior parte da população, o que é compreensível e até mesmo justificável. Entretanto, o segundo motivo é mais grave e mais difícil de ser combatido. Nota-se que o ativismo recebe apoio de parte da população pois essa o visualiza como instrumento para a expansão de direitos. No entanto, conforme demonstrado ao longo desse trabalho, o ativismo pode facilmente assumir uma faceta reacionária, promovendo a restrição de direitos e garantias individuais. Assim, conforme pontua Lênio Streck, não se pode falar em um “bom ativismo” e um “mau ativismo”. Ambas as formas são destrutivas e extremamente perigosas ao Estado Democrático de Direito.²⁸⁶ A inércia da

²⁸⁵ BORK, Robert. **The Tempting of America: The Political Seduction of the Law**. Nova Iorque: Touchstone, 1991. p. 130.

²⁸⁶ STRECK, Lênio. O motim hermenêutico e os mitos do “bom” e do “mau” ativismo. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 27 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

população e comunidade jurídica certamente levará a mais questões de suma importância política, social e cultural serem decididas unilateralmente pelo STF.

Portanto, evidencia-se a necessidade de um novo paradigma capaz de conter a expansão ilegítima e informal dos poderes judiciários. Nesse sentido, o Originalismo, sob a Teoria do Significado Original Público, apresenta-se como alternativa hermenêutica atraente para alcançar os fins de restrição judicial. O enfoque textualista do método, assim como o prestígio à compreensão popular das palavras que integram as normas jurídicas, denotam a natureza democrática originalista e sua busca pela manutenção da repartição de competências constitucionais.

Em conclusão, espera-se ter demonstrado efetivamente que o Originalismo não só é uma teoria atual e relevante, mas também particularmente efetiva no combate ao ativismo. Consideramos que a aplicação da teoria no Direito brasileiro traria grandes benefícios ao esforço de autocontenção dos tribunais, bem como no aperfeiçoamento de nossa democracia. Não se pretende afirmar que o Originalismo é perfeito, pois certamente não o é. Entretanto, nos parece mais preciso do que as demais teorias hermenêuticas.²⁸⁷

²⁸⁷ SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. Saint Paul: West, 2012. p. 402.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”)**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A Oscilação Decisória No STF Acerca da Garantia da Presunção de Inocência: Entre a Autovinculação e a Revogação de Precedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 55, n. 217, p. 135-156, jan./mar. 2018.

BARAK, Aharon. A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. **Harvard Law Review**. Cambridge, MA, v. 116, n. 01, p. 19-162, 2002.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais: Em Busca da Racionalidade no Sistema Processual Penal Brasileiro**. Brasília: TJDFT, 2015.

BARRETTO, Vicente de Paulo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. STRECK, Lênio Luiz. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Revista Jus Navigandi**. São Paulo, 28 de julho de 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>. Acesso em: 22 de novembro de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Syn(Thesis)**, Rio de Janeiro, v. 05, n. 01, p. 23-32, 2012.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Democracia Procedimental e Democracia Substantiva: Entre um Relativismo Axiológico Absoluto e um Absolutismo Axiológico Relativo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20, 2011, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+\(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011).pdf). Acesso em: 18 de novembro de 2019.

BIRCH, Christopher. The Connotation/Denotation Distinction in Constitutional Interpretation. **The Journal of Appellate Practice and Process**, Little Rock, AR, v. 5, n. 2, p. 445-472, 2003.

BLAKE, Aaron. Neil Gorsuch, Antonin Scalia and originalism, explained. **The Washington Post**. Washington, DC, 01 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2017/02/01/neil-gorsuch-antonin-scalia-and-originalism-explained/>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes selected from the editions of Archibold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes.** v. 1. Filadélfia: J.B. Lippincott, 1893. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/2140>. Acesso em: 26 de novembro de 2019.

BORK, Robert. Barak's Rule. **Azure: Ideas for the Jewish Nation**, Jerusalém, v. Winter 5767, n. 27, p. 125-131, dez. 2007.

BORK, Robert. **The Tempting of America: The Political Seduction of the Law**. Nova Iorque: Free Press, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32. 05 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 92, p. 5-35, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p.1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 147, n. 106, p. 1-2, 07 jun. 2010.

BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**, de 27 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 01 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Relatório do Ministro Ayres Britto. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto da Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Cezar Peluso. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Luiz Fux. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4277/DF**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 815-3/DF**. Acórdão. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 28 de março de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em: 22 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Relatório do Ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132/RJ**. Voto do Ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Relatório do Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto da Ministra Rosa Weber. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Celso de Mello. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Luiz Fux. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Marco Aurélio. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 126.292/SP**. Voto do Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Clara de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84.078-7/MG**. Voto do Ministro Eros Grau. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI nº 712-8/PA**. Voto do Ministro Eros Grau. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/282_MI712_-_Eros_Grau.pdf. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

BREST, Paul. The Misconceived Quest for Original Understanding. **Boston University Law Review**, Boston, MA, v. 60, n. 1, p. 204-238, jan. 1980.

BREYER, Stephen. **Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution**. Nova Iorque: Vintage Books, 2006.

BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Fundação de Assistência ao Estudante, 1986.

CANÁRIO, Pedro. MELO, João Ozório de. Morre Robert Bork, autor do originalismo constitucional. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 26 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-26/originalismo-constitucional-perde-autor-principal-expoente-robert-bork>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOZO, Benjamin. **The Nature of the Judicial Process**. New Haven: Yale University Press, 1921.

C-SPAN. **LIVE: Confirmation hearing for Supreme Court nominee Judge Brett Kavanaugh (Day 2)**. Washington, C-SPAN, 2018. 1 vídeo (11 hrs). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8MkyxSyUf9o>. Acesso em: 02 de novembro de 2019.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 19ª ed. Salvador: Saraiva, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia. **Garza v. Hargan, 874 F.3d 735 (D.C. Cir. 2017) (en banc)**. Opinião do Plenário da Corte. Apelante: Rochelle Garza. Apelados: Eric D. Hargan, Secretário Interino de Saúde e Serviços Humanos, et al. Washington, DC, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <https://dccircuitbreaker.org/wp-content/uploads/2018/06/17-5236.pdf>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia. **Garza v. Hargan, 874 F.3d 735 (D.C. Cir. 2017) (en banc)**. Voto Dissidente de Brett Kavanaugh. Apelante: Rochelle Garza. Apelados: Eric D. Hargan, Secretário Interino de Saúde e Serviços Humanos, et al. Washington, DC, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <https://dccircuitbreaker.org/wp-content/uploads/2018/06/17-5236.pdf>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Columbia. **Klayman v. Obama, No. 14-5004 (D.C. Cir. 2015)**. Opinião da Corte. Apelantes: Barack Hussein Obama, et al. Apelados: Larry Elliot Klayman, et al. Washington, DC, 28 de agosto de 2015. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cadc/14-5004/14-5004-2015-08-28.html>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Argentina v. Weltover, Inc., 504 US 607 (1992)**. Opinião da Corte. Autor: República da Argentina. Réu: Weltover, Inc. Washington, DC, 11 de junho de 1992. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/607/#tab-opinion-1959034>. Acesso em: 15 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Baze v. Rees, 553 US 35 (2008)**. Autores: Ralph Baze e Thomas C. Bowling. Réus: John D. Rees, Comissário do Departamento de Correções do Kentucky, et al. Washington, DC, 16 de abril de 2008. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/35/#tab-opinion-1962691>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Bucklew v. Precythe**, 587 US __ (2019). Opinião da Corte. Autor: Russell Bucklew. Réus: Anne Precythe, et al. Washington, DC., 1 de abril de 2019. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-8151/#tab-opinion-4074719>. Acesso em 29 de setembro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Dred Scott v. Sanford**, 60 US 393 (1856). Opinião da Corte. Autor: Dred Scott. Réu: James F. A. Sanford. Washington, DC, 5 de março de 1857. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/#tab-opinion-1964281>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Dred Scott v. Sanford**, 60 US 393 (1856). Voto Dissidente de Benjamin Curtis. Autor: Dred Scott. Réu: James F. A. Sanford. Washington, DC, 5 de março de 1857. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/#tab-opinion-1964281>. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Glossip v. Gross**, 576 US __ (2015). Autores: Richard E. Glossip, et al. Réus: Kevin J. Gross, et al. Washington, DC, 29 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-7955/#tab-opinion-3428059>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Gratz v. Bollinger**, 539 US 244 (2003). Voto Dissidente de Ruth Bader Ginsburg. Autora: Jennifer Gratz. Réus: Lee Bollinger, et al. Washington, DC, 23 de junho de 2003. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/244/#tab-opinion-1961288>. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Hodgson v. Minnesota**, 497 U.S. 417 (1990). Opinião da Corte. Autores: Jane Elizabeth Hodgson, et al. Réus: Estado de Minnesota, et al. Washington, DC, 24 de junho de 1990. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/417/#tab-opinion-1958408>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Hurtado v. California**, 110 US 516 (1884). Opinião da Corte. Autor: Joseph Hurtado. Réu: Povo da Califórnia. Washington, DC, 03 de março de 1884. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/110/516/#tab-opinion-1909955>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **McDonald v. Chicago, 561 US 742 (2010)**. Voto Concordante de Clarence Thomas. Autores: Otis McDonald, et al. Réu: Cidade de Chicago. Washington, DC, 28 de junho de 2010. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/742/#tab-opinion-1963369>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Munn v. Illinois, 94 US 113 (1877)**. Opinião da Corte. Autores: Munn e Scott. Réu: Estado de Illinois. Washington, DC, 01 de março de 1877. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/#tab-opinion-1969237>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015)**. Voto Dissidente de Antonin Scalia. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Obergefell v. Hodges, 576 US. __ (2015)**. Voto Dissidente de Clarence Thomas. Autores: James Obergefell, et al. Réus: Richard Hodges, Diretor do Departamento de Saúde de Ohio, et al. Washington, DC, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/#tab-opinion-3427254>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Ohio v. Akron Center for Reproductive Health, 497 U.S. 502 (1990)**. Opinião da Corte. Apelante: Estado de Ohio. Apelado: Akron Center for Reproductive Health. Washington, DC, 25 de junho de 1990. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/502/#tab-opinion-1958410>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)**. Opinião da Corte. Autores: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. Réus: Robert P. Casey, Governador da Pensilvânia, et al. Washington, DC, 29 de junho de 1992. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/#tab-opinion-1959104>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Wilkerson v. Utah, 99 US 130 (1879)**. Autor: Wallace Wilkerson. Réu: Povo dos Estados Unidos no Território de Utah. Washington, DC, 17 de março de 1879. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/99/130/>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Glossip v. Gross, 576 US __ (2015)**.

Garcez, Kamilla. A Legitimidade Democrática na Jurisdição Constitucional. **Revista Jus Navigandi**. São Paulo, 13 de setembro de 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29648/a-legitimidade-democratica-na-jurisdicao-constitucional>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

GOLDFORD, Dennis. **The American Constitution and the Debate Over Originalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

GORSUCH, Neil. **A Republic, If You Can Keep It**. Nova Iorque: Crowd Forum, 2019.

GUEDES, Néviton. Os limites humanos da dignidade da pessoa humana. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 29 de outubro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-29/constituicao-poder-limites-humanos-dignidade-pessoa-humana>. Acesso em: 22 de novembro de 2019.

HAMILTON, Alexander. The Federalist, No. LXXVIII. *In: The Constitution of the United States of America and Selected Writings of the Founding Fathers*. Nova Iorque: Barnes & Noble, 2012. p. 602-609.

HOLOCAUST ENCYCLOPEDIA. Law and Justice in the Third Reich. **United States Holocaust Memorial Museum**, Washington. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/law-and-justice-in-the-third-reich>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

HOWARD, Dick. **Magna Carta: Text and Commentary**. Charlottesville: University of Virginia Press, 1964.

HURLEY, Lawrence. With liberal bloc aging, Trump may get more Supreme Court appointments. **Reuters**. Washington, DC, 01 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-justices/with-liberal-bloc-aging-trump-may-get-more-supreme-court-appointments-idUSKBN1WG3PB>. Acesso em: 13 de novembro de 2019.

HUSCROFT, Grant. MILLER, Bradley. The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation. *In: HUSCROFT, Grant. MILLER, Bradley. The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 1-11.

IBGE Educa. Quantidade de homens e mulheres. **IBGE**. Brasília, DF. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

JOHNSON, Samuel. WALKER, John. **A Dictionary of the English Language**. 2ª ed. Londres: William Pickering, 1828.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KMIEC, Keenan. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**. Berkeley, CA, v. 92, n. 05, p. 1442-1478, out. 2004.

LANDAU, Jack. Some Thoughts About State Constitutional Interpretation. **Penn State Law Review**, State College, PA, v. 115, n. 4, p. 837-875, mar. 2011.

LITHWICK, Dahlia. Justice Grover vs Justice Oscar: Scalia and Breyer offer very different constitutional worldviews. **Slate**. Washington, DC, 06 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://slate.com/news-and-politics/2006/12/scalia-and-breyer-sell-very-different-constitutional-worldviews.html>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

LOCKE, John. **Second Treatise of Civil Government**. Londres: Thomas Tegg; W. Sharpe and Son; G. Ofor; G. and J. Robinson, 1823. Disponível em: <http://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf>. Acesso em: 26 de novembro de 2019.

MAGGS, Gregory. Which Original Meaning of the Constitution Matters to Justice Thomas? **New York University Journal of Law and Liberty**, Nova Iorque, NY, v. 04, n. 03, p. 494-516, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Insegurança Jurídica e o Judiciário. **Instituto Millenium**. Rio de Janeiro, 23 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.institutomillennium.org.br/artigos/ives-gandra-inseguranca-juridica-e-o-judiciario/>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Ativismo Judicial e a Ordem Constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 18, p. 23-38, jul./dez. 2011. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo Ives Gandra da Silva Martins \(O Ativismo Judicial e a Ordem Constitucional\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo%20Ives%20Gandra%20da%20Silva%20Martins%20(O%20Ativismo%20Judicial%20e%20a%20Ordem%20Constitucional).pdf). Acesso em: 23 de novembro de 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIURA, Douglas. Uso de crucifixo não fere o caráter laico do Estado, diz CNJ. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 29 de maio de 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mai-29/uso_simbolo_nao_fere_carater_laico_estado_cnj. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

MCGINNIS, John. RAPPAPORT, Michael. Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction. **Northwestern University Law Review**, Chicago, IL, v. 103. n. 02. p. 751-802, ago. 2009.

MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. Orientador: Alexandre de Moraes. 2011. 274 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEUMANN, Sigmund. The Rule of the Demagogue. **American Sociological Review**, Washington, DC, v. 03, n. 04, p. 487-498, ago. 1938.

O'NEILL, Johnathan. **Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History**. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2007.

OYEZ. Brett M. Kavanaugh. **OYEZ**, Washington. Disponível em: https://www.oyez.org/justices/brett_m_kavanaugh. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

OYEZ. Clarence Thomas. **OYEZ**, Washington. Disponível em: https://www.oyez.org/justices/clarence_thomas. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

POST, Robert. Siegel, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**. New Haven, CT, v. 75, n. 171, p. 545-574, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. [Entrevista cedida a] Gláucia Milício. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 01 de Agosto de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-ago->

[01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo](#). Acesso em: 01 de novembro de 2019.

RAPPAPORT, Michael. Original Methods Originalism Part I: The Basic Idea and the Different Versions. **Law and Liberty**. San Diego, CA, 26 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.lawliberty.org/2017/05/26/original-methods-originalism-part-i-the-basic-idea-and-the-different-versions/>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

REHNQUIST, William. The Notion of a Living Constitution. **Texas Law Review**, Austin, TX, v. 54, n. 04, p. 693-706, mai. 1976.

RHODE, Deborah. Letting the Law Catch Up. **Stanford Law Review**. Stanford, CA, v. 44, p. 1259-1265, ago. 1992.

RUBENFELD, Jeff. The Moment and the Millennium. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**. New Haven, CT, v. 66, n. 5/6, p. 1085-1111, jul./ago. 1998.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo Judicial: Uma Visão Democrática Sobre o Aspecto Político da Jurisdição Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007.

SCALIA, Antonin. GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. Saint Paul: West, 2012.

SELECTIVE VIDEOS. **A Conversation on the Constitution: Judicial Interpretation Part 1 Volume 1**. Washington: SELECTIVE VIDEOS, 2014. 1 vídeo (23 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VGKgJdW55nc>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

SMITH, Peter. TUTTLE, Robert. Biblical Literalism and Constitutional Originalism. **Notre Dame Law Review**, South Bend, IN, v. 86, n. 02, p. 693-764, 2011.

SOLUM, Lawrence. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. **Georgetown Law Faculty Publications and other Works**. Washington, DC, n. 1353, jan. 2011.

STF. **Pleno - Discussão sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo (1/5)**. Brasília, STF, 2011. 1 vídeo (53 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jVKizns0NtQ&t=2733s>. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 29.

STRECK, Lênio. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília, ano 06, n. 01. p 207-222, mai. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/856/595>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

STRECK, Lênio. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “O Problema da Discricionariedade dos Juizes.” **Revista Jurídica do Curso de Direito OPET**. Curitiba, n. 01, p. 1-31, 2009. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the United States**. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1833.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Presidente; Ministro Antonio Cezar Peluso, Vice-Presidente: sessão solene realizada em 23 de abril de 2008**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. p. 25. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_Possepresidencial_GilmarMendes_NOVACAPA.pdf. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

TATE, Chester Neal. VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

UNIVERSIDADE DE SAN DIEGO. Center for the Study of Constitutional Originalism. Disponível em <https://www.sandiego.edu/law/centers/csco/>. Acesso em: 08 de outubro de 2019.

VILHENA, Oscar Vieira. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 08, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

WEBSTER, Noah. **An American Dictionary of the English Language**. Nova Iorque: New York: S. Converse, 1828. Disponível em: <https://archive.org/details/americandictionary01websrich/page/1>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.