



**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**  
**Faculdade de Direito**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A POLÊMICA**  
**ENTRE ORIGINALISMO E NÃO-ORIGINALISMO**

**Roberto Pinto Bueno**

Professor da UFU/MG

Doutorando em Filosofia do Direito pela UFPR/PR

<http://lattes.cnpq.br/3962302367059090>

**Resumo:** Temos presenciado profundos debates no que concerne à hermenêutica constitucional. Um viés desta polêmica remete à disputa entre originalismo e não-originalismo, cujo eixo de debates encontra-se no contexto teórico jurídico e jurisprudencial norte-americano. Os estudos acerca da questão é igualmente relevante e densa quando percebemos como pano de fundo a questão que envolve o ativismo judicial e os termos em que pode ter lugar o controle de constitucionalidade. Do ponto de vista teórico, neste artigo procuraremos retomar alguns dos argumentos, principalmente de Ely e Scalia. Ademais, trabalharemos o pensamento histórico e filosófico dos *Founding Fathers* como argumento de base a respeito da questão constitucional aqui debatida.

**Palavras-Chave:** Interpretação constitucional; Originalismo/Textualismo; Não-originalismo; Controle de constitucionalidade; ativismo judicial; Antonin Scalia; John Hart Ely.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

**Abstract:** We are witnessed deep contentions in constitutional hermeneutics. One of the shape of that controversy are the controversy between originalism and interpretativism which axle of discussing are localized at the juridical theoretical context and at North american jurisprudence. Studies on that matter are weighty as well as thick when we observe that this matter reports to judicial activism and the ways the judicial review could be acceptable and prosecuted. Since the theoretical point of view, this article are looking to retake some of the reasons presented specially from Ely and Scalia. Furthermore, we will work the historical and philosophical thought of the Founding Fathers as a groundwork on the constitutional matter we are discussing her.

**Key-Words:** Constitutional interpretation; Originalism/Textualism; Interpretativism; Judicial Review; judicial activism; Antonin Scalia; John Hart Ely.

### SUMÁRIO

#### Introdução

1. A teoria da interpretação constitucional na América: a polêmica entre originalistas e não-originalistas

1.1. Originalismo e não-originalismo e seus limites hermenêuticos

2. Interpretação constitucional no contexto dos EUA: teoria e jurisprudência

2.1. Uma teoria da interpretação: diálogo entre o Federalismo, Tribe e Ely à luz da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA

3. Originalismo x não-originalismo: um debate entre Scalia e Ely

Considerações finais

Referências



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

#### Introdução

A polêmica que está posta como objeto deste artigo, a interpretação constitucional, encontra seu núcleo em um debate mais amplo que tem sede originária na filosofia do direito, especificamente na hermenêutica jurídica. O problema que ali recebe atenção diz respeito não apenas e estritamente às possibilidades de realização da interpretação legal mas também, e quiçá, principalmente, na orientação das discussões sobre a possibilidade de estruturação de normas jurídicas dotadas de maior precisão vocabular, quando não caracterizadas por absoluta clareza de seu conteúdo.

Creio ser necessário ao propor o debate entre originalistas e não-originalistas, primeiramente, expor nossa perspectiva metodológica sobre o tema anunciado no parágrafo anterior. Isto sim, sem adentrar nos meandros do debate, nossa perspectiva é de que as normas jurídicas (constitucionais inclusas) e, mesmo, os sistemas jurídicos, caracterizam-se por preservar em seu núcleo uma invencível ambigüidade. Tal caracterização não obsta a que reconheçamos a presença de uma quantidade apreciável de normas jurídicas cuja aplicabilidade não encontra maiores problemas, conquanto dispõe de um grau de clareza suficiente para estimular o uso do raciocínio meramente silogístico.

Pensamos que a argumentação acima exposta seja igualmente válida para as normas jurídicas constitucionais, com apenas uma única ressalva. Acreditamos que, por sua natureza e finalidade, as normas constitucionais encontram-se perpassadas por um mais elevado grau de ambigüidades, embora já não de lacunosidade. Isto enseja que, também considerando a finalidade das normas constitucionais, o intérprete se veja enfrentado e necessitando de proceder mais repetidas vezes a inserção de valores em suas atividades hermenêuticas.

Este artigo está dividido fundamentalmente em duas partes. Na primeira delas procuraremos retomar o núcleo do debate hermenêutico constitucional entre originalistas e não-originalistas. Em um segundo momento,



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

PUC-SP

### **REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

procurarmos atender à sua relação com a aplicação do direito através do controle de constitucionalidade. Com o propósito de adensar o debate retomaremos parte do debate teórico em torno ao Judicial Review através de Scalia e Ely com o pano de fundo analítico do ativismo judicial para, logo a seguir, alcançarmos o momento de tecermos as considerações finais.

### **1. A Teoria da Interpretação Constitucional na América: A Polêmica entre Originalistas e Não-Originalistas e a Leitura de Ely sobre o Tema**

Ao dar início à abordagem do tema cabe destacar que do ponto de vista terminológico optamos nestas linhas por, dentre outras possibilidades, pela escolha da terminologia originalismo/textualismo e não-originalismo. Este vocabulário jurídico faz parte da tradição jurídica norte-americana e em nossa realidade encontramos sua tradução, respectivamente, como interpretação literal ou, conforme sugerimos, interpretacionismo ou interpretação sistemática. Neste segundo caso, contudo, não há uma equivalência adequada entre a tradição jurídica norte-americana e a nossa, dado que naquela persiste uma maior influência de reflexões morais. Neste sentido, temos uma abordagem teórica que aproxima epistemologicamente o não-originalismo ao construtivismo.

Independentemente da escolha terminológica, a divergência central dentre ambas tradições teórico-hermenêuticas do constitucionalismo se centra em que a primeira delas, originalista, crê ser possível encontrar o (verdadeiro) sentido da Constituição. Em um segundo momento, e segunda diferença, o originalismo dedica-se a encontrar tal sentido na busca do sentido genuíno e, portanto, único legal e legítimo, da Constituição. Nesta busca restam disponíveis vários recursos teóricos, dentre os quais a história (legislativa ou não),<sup>1</sup> a lingüística (e seu estudo

---

<sup>1</sup> Entre este tipo de referências históricas relativas à Constituição norte-americana encontramos carta de James Madison a Thomas Jefferson datada de 24 de outubro de 1787 (ver MADISON, 2005, p. 33-50). Nesta carta dá-se a narração por parte do primeiro dos vários embates desenvolvidos durante a Convenção constitucional de 1787 que terminaram por aprovar o texto da Constituição de 1787.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

das palavras e do sentido delas em cada momento histórico) bem como a própria arqueologia e da antropologia (geral e jurídica).

Quando não esteja explícito aos originalistas o sentido da norma lhes caberá buscá-lo lançando mão de todo um repertório gravado, por exemplo, nos textos da história da elaboração do texto do qual se ocupam, ou seja, no caso em questão, a Constituição. Tanto este, como os demais instrumentos têm por finalidade descobrir o genuíno sentido da vontade do legislador originário.

Por seu turno, a tradição não-originalista diferencia-se fundamentalmente do originalismo devido a dois fatores. Primeiramente, o não-originalismo parte do pressuposto de que não há apenas um e único sentido da norma que possa ser alcançado. Esta diferença tem sua raiz na aproximação epistemológica à questão hermenêutica. Entende-se que, a priori, não temos a possibilidade teórica de encontrarmos o sentido da norma jurídica. Uma segunda diferença e conexa com a primeira, diz respeito ao entendimento de que o não-originalismo entende ser inviável a busca e determinação deste único sentido da norma constitucional em questão. Admitida esta impossibilidade, por conseqüência, o não-originalismo lançará mão de outros recursos para realizar a aplicação da norma constitucional.

Dentre os recursos de que o não-originalismo pode lançar mão está, como veremos adiante, a proposta de que a busca do autêntico sentido da Constituição, de sua genuína interpretação e aplicação requer a atualização de seu conteúdo. Para a realização desta tarefa entende-se que o Poder Judiciário deva valer-se de recursos que em certos casos se aproximam daquilo que comumente é reputado como ativismo judicial.

Feita esta caracterização provisória das duas correntes propomos a partir de agora uma caracterização mais detalhada de ambas tradições. Nossa proposta é de que expandir a abordagem de ambas à visão de outros autores para logo a seguir retomar sua inserção na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA. Esta proposta de análise da interpretação constitucional no contexto norte-americano é o tema que propomos para o item seguinte.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

#### 1.1. Originalismo e Não-Originalismo e seus Limites Hermenêuticos

Posta a delimitação conceitual dentro da qual procederemos à abordagem do originalismo e não-originalismo nossa proposta é passar a ocuparmos das dificuldades que estas teorias acerca da interpretação constitucional enfrentam. Breyer, por exemplo, enuncia parte da complexidade do problema hermenêutico constitucional através do recurso a uma muito feliz comparação com a interpretação de partituras musicais.

O que nos diz o autor que “no particular theory guarantees that the interpreter can fully capture the composer’s intent. It makes sense to ask a musician to emphasize one them more than another” (BREYER, 2005, p. 7). O que Breyer anuncia nestas linhas mantém contato com categorias que perpassam alguns dos fundamentos do não-originalismo. Uma destas categorias é de ordem epistemológica. Ela se torna perceptível quando nos sugere e deixa entrever que não existem teorias suficientemente potentes a ponto de permitir que o intérprete aproprie-se, como quer o originalismo, da intenção do legislador ou, como se permite, que não pode o músico ter acesso à intenção do compositor.

Em outro trecho Breyer volta a ressaltar a proximidade entre a interpretação musical e aquela outra que tem lugar no mundo jurídico que se dá através do juiz. Diz o autor que

*[...] one can understand an interpretation that approaches a great symphony from a ‘romantic’, as opposed to a ‘classical’, point of view. So might a judge pay greater attention to a document’s democratic theme; and so might a judge view the Constitution through a more democratic lens. (BREYER, 2005, p. 7).*

Esta leitura de Breyer tem sentido no sistema jurídico norte-americano mas igualmente em nosso contexto jurídico muito embora, contrariamente, se manifestem algumas vozes ainda influentes em nosso mundo jurídico. Grande parte deste debate acerca da interpretação constitucional aqui proposto ocupa relevante



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

espaço na Suprema Corte norte-americana. Através de suas decisões e de todos os debates que se dão em torno delas nos deparamos com uma especial fonte para entender a teoria constitucional mas, muito especialmente no que ao nosso debate concerne, na discussão em torno à hermenêutica constitucional.

Não obstante a riqueza jurídica das decisões e dos debates que se produzem em torno deste conteúdo, por outro lado, como diz Breyer, toda a teoria jurídica que se forma tampouco é suficientemente potente para compor uma teoria legal que nos garanta uma ampla e completa apreensão do sentido de uma norma jurídica. De qualquer sorte, o Poder Judiciário e, neste caso, a Suprema Corte ocupa um papel especial nesta atividade de busca do sentido da Constituição, ao passo em que atentam à tutela de valores democraticamente positivados na Constituição. Assim, quanto à Suprema Corte nos diz Whittington que

*[...] Its activities have determined which aspects of the Constitution are deemed worthy of study and elaboration, and which are not. The Court's example has helped define what we think the Constitution means and how we go about the task of illuminating that meaning. Even if the Constitution is not what the Court says it is, the judiciary remains our primary point of access to it. (WHITTINGTON, 1999, p. 01).*

Assim como o Justice Brennan Jr. em seu momento, Whittington afirma a posição de proeminência do Poder Judiciário na determinação do que é o direito ou, no que concerne à Constituição, diríamos que o seu significado é o que a Suprema Corte diz que é. Para Whittington o Poder Judiciário representa nossa primeira fonte de acesso para determinar o significado da Constituição.

Uma melhor aproximação à interpretação e aplicação do direito, bem como as duas tradições que compõem o núcleo deste artigo, assim como o papel de supremacia atribuído ao Poder da Suprema Corte no contexto jurídico norte-americano repercute na obra de Ely. Quando o autor aborda os métodos interpretativos originalistas e não-originalistas desce aos fundamentos e as influências que ambos produzem no âmbito da democracia (cf. ELY, 1997, p. 92-93). Ambos métodos hermenêuticos utilizados pelo Poder Judiciário se projetam e



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

fazem surtir profundos efeitos sobre a sociedade na medida em que irá produzir conseqüências não apenas sobre o conceito de democracia nela operante como sobre o seu próprio grau de funcionalidade. Considerando a teoria não-originalista, por exemplo, uma das mais potentes críticas que lhe são apresentadas é a de que subverte a lógica democrática em que o poder político popular encontra-se traduzida pelos representantes políticos. Ao inverter esta lógica o não-originalismo atribui ao Poder Judiciário uma supremacia que, genuinamente, a tradição da teoria democrática não lhe outorga.

A aplicação das tradições originalista e não-originalista pelos tribunais repercute profundamente sobre a concepção da democracia em uma sociedade livre na medida em que impacta sobre a projeção e relativização do titular do poder político. No momento propomos voltar nossa atenção justamente à alguns casos em que tal relação entre a interpretação constitucional se conecta com a questão democrática.

Uma destas decisões judiciais em que é perceptível a relação acima assinalada encontra-se no já bastante conhecido leading case *Marbury v. Madison* (1803) que, por este motivo, desconsideraremos. Contudo, há um outro caso importante e menos conhecido entre nós. Trata-se da sentença do caso *Muskrat v. United States* que tem como objeto o controle de constitucionalidade, no qual resta observável a relação entre hermenêutica constitucional e o conceito de democracia. Um trecho desta decisão da Suprema Corte pode ser dividido em suas partes. Na primeira delas diz o seguinte:

*[...] Concluding [...], the chief justice said, after treating of the powers of the different branches of the government, and laying emphasis upon the independence of the judicial power as established under our Constitution: 'These cardinal principles of free government had not only been long established in England, but also in the United States from the time of their earliest colonization, and guided the American people in framing and adopting the present Constitution. (cf. MUSKRAT v. UNITED STATES, 1911)*





# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

O aspecto que desejamos ressaltar neste trecho de Muskrat diz respeito à sua ênfase em que a independência do Poder Judiciário tem lugar numa mais ampla concepção de que os princípios de um governo livre ou democrático pressupõem relação de coordenação tanto quanto de não supremacia dentre todos eles. Este viés interpretativo da Constituição defendido em Muskrat retoma a ideia de que esta leitura das atribuições do Poder Judiciário é o que encontra-se originariamente influenciando os Framers. Em um segundo trecho da mesma decisão Muskrat estabelece como linha diretora uma interpretação restritiva da Constituição por parte da Suprema Corte. Isto fica evidenciado quando sustenta o dever de abster-se de que a Suprema Corte exercera quaisquer poderes além dos limites jurídicos estritamente demarcados para sua atuação pela própria Constituição.

Tendo em vista a argumentação de Muskrat como se comportaria o originalista típico? Não muito distante dela, a este respeito Ely sugere que haveríamos de recorrer aos “valores de la Constitución con lo cual, dado que la Constitución misma fue sometida a ratificación popular y la obtuvo, estos valores proceden [...] del pueblo” (ELY, 1997, p. 27). Inversamente, nos diz Espinosa em sua leitura da obra de Ely, que o órgão jurisdicional constitucional

*[...] no debe refugiarse en aquellos métodos de interpretación diseñados para desentrañar el significado del texto constitucional. Un juez conservador en su aproximación a la interpretación constitucional puede ser muy activista e [...] intervenir de manera ilegítima en una democracia. (ESPINOSA; In: ELY, 1997, p. xiii).*

O originalista ou textualista típico irá legitimar sua interpretação judicial principalmente baseado no argumento de que são porta-vozes do querer democrático expressado em seu momento pelo povo, posteriormente positivado através de seus representantes políticos em um texto legal. Para o originalista a aplicação da Constituição representa aplicar-lhe literalmente, isto é, aplicar a letra da lei constitucional. Um de seus pontos de apoio teórico está em retomar o argumento de que a democracia deve oferecer em termos de legitimação, ou seja, trata-se de



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

PUC-SP

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

que a aplicação do direito pela Suprema Corte não pode descuidar de entender-se como mera atualização do querer político (público) materializado na norma jurídica, e dos limites por ele impostos, ao desempenho das funções jurisdicionais.

O argumento originalista ou textualista até aqui visto através de referências teóricas restaria um quadro bastante débil sem a consideração parcial do Justice Scalia, cujas apertações nos auxiliam a melhor compreender os argumentos teóricos do originalismo. Dentre as propostas de Scalia encontra-se sua franca objeção ao não-originalismo. Ele sustenta tal ideia em que os argumentos aduzidos pelos críticos do originalismo não se mostram suficientemente sólidos, isto é, que lhes faltam critérios objetivos quando propõe substituir a hermenêutica originalista por, por exemplo, não-originalista.

Parte desta argumentação é retomada por Scalia ao procurar reforçar sua posição originalista. O autor defende que esta teoria possui, ao contrário de outras, um sério interesse na busca de um “objectified intent that a reasonable person would gather from the text of the law”<sup>2</sup> (SCALIA, 1998, p. 17). A razão para sustentar a adoção de uma versão objetiva dos valores, não mergulhada naquilo que críticos denominam de dimensão subjetiva do intérprete.<sup>3</sup>

Aparte os argumentos presentes em Muskrat cuja temática é de alguma forma retomada por Scalia. No momento interessa-nos sublinhar como seria difícil para que o autor pudesse apoiar uma decisão como a apresentada pela Suprema Corte em *Gomillion vs. Lightfoot*. Nesta a Corte “invalidó por unanimidad la acción de Alabama, afirmando que “actos ordinariamente legales pueden convertirse en actos ilegales cuando se ejecutan para lograr un fin ilegal” (apud ELY, 1997, p. 172). O problema presente nesta decisão que aqui nos interessa debater diz respeito à literalidade ou não de uma interpretação, posição facilmente defensável por Scalia. *Gomillion* procede à defesa de uma

---

<sup>2</sup> Scalia procede à defesa deste “objectified intent” sob o argumento de que “[...] I think, that it is simply incompatible with democratic government, or indeed, even with fair government, to have the meaning of a law determined by what the lawgiver meant, rather than by what the lawgiver promulgated”. (SCALIA, 1998, p. 17).

<sup>3</sup> Nisto reside parte da crítica originalista à falta de critérios objetivos ou concretos pensados pelos não-originalistas.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

interpretação que remete à possibilidade de transpor os limites da legalidade mais estrita. Em Gomillion encontramos ponto de apoio para apoiar a ilegalidade de uma norma jurídica a partir de uma visão consequencialista ou finalista que se distancia fortemente da teoria do pedigree.

O ponto de interesse deste artigo com Gomillion conecta o fato de a decisão ressaltar que como resultado de uma norma jurídica elaborada através de um processo jurídico absolutamente legal desde suas origens que, não obstante, em momento seguinte ela venha a poder ser declarada ilegal por um órgão jurisdicional encarregado de sua interpretação. Precisamente este é o alvo de mais intensas críticas.

Um argumento como este que em nosso vocabulário jurídico poderia ser aproximado ao que chamamos de anti-legalista, por definição opõe-se à tradição que pretende encontrar o significado da norma jurídica através da precisão do querer do legislador bem como, eventualmente, da tradição. Esta é uma última corrente hermenêutica capaz de seduzir e fundamentar a posição majoritária em casos como *Plessy v. Ferguson* (1896), quando não até mesmo o também tristemente célebre *Dred Scott v. Sandford* (1856). Embora em outro contexto temático, o juiz Black ao tratar de questão conexa com aquela de que nos ocupamos aqui punha claras algumas das dificuldades pelas quais passa o magistrado no momento de aproximar-se à melhor ou mais adequada interpretação legal

*[...] Es difícil o imposible para cualquier Corte determinar la motivación "única" o "predominante" que anima las opciones de un grupo de legisladores. Más aún, hay elemento de futilidad en el intento judicial de invalidar una ley debido a los malos motivos de sus proponentes. (apud ELY, 1997, p. 170).*

O que nos deixa bastante claro o juiz Black acerca do trabalho hermenêutico de um órgão jurisdicional relaciona-se com o palpitante debate entre os originalistas e não-originalistas. Como é perceptível no texto acima, o juiz Black realiza firme crítica da possibilidade de realizar a crítica quanto ao



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

conhecimento do real desejo do legislador ao criar sua obra. Desta forma, Black irá mostrar-se refratário ao afastamento dos princípios do originalismo por força desta dificuldade de construção de determinar os reais motivos dos legisladores. Black tampouco abstém-se de realizar críticas à futilidade característica das tentativas de proceder à invalidação de normas jurídicas quando fundamentadas tão somente nos supostos<sup>4</sup> maus motivos de seus elaboradores, os legisladores.

Outra perspectiva deste debate pode ser oferecida se retomamos parte dos argumentos apresentados por Ely. O autor nos adverte sobre os perigos de entregar-nos à crença de que o juiz, apegado ao texto da Constituição, será virtual e necessariamente um juiz moderado (cf. ESPINOSA; In: ELY, 1997, p. xiii) ademais de virtuoso. Assim, a busca pela determinação dos motivos, sejam eles “maus” ou não, sofre dois ataques que repercutem na teoria originalista.

O primeiro destes ataques é passível de derivação da crítica realizada por Black, e consiste na impossibilidade de conhecermos o que há de bom ou de mau nos motivos do legislador, posto que nem sequer é possível determinar a intenção do legislador. A segunda das críticas encontra-se presente no argumento de Ely do qual podemos derivar não existir força suficiente nem sequer bons motivos para desconsiderar os perigos que envolvem a concessão de amplos poderes hermenêuticos ao órgão jurisdicional.

## 2. Interpretação Constitucional no Contexto dos EUA: Teoria e Jurisprudência

Tomando a jurisprudência da Suprema Corte como pano de fundo do debate entre originalistas e não-originalistas desejamos colocar em questão se a argumentação originalista que sustenta defender o caráter democrático do regime

---

<sup>4</sup> Referimo-nos aos “supostos” maus motivos que inspiraram os criadores do direito por força de que ao admitirmos com os não-originalistas de que não é possível determinar qual ou quais os motivos do legislador e, por conseguinte, não ser possível determinar *a priori* em todos os casos o preciso significado da legislação. Sendo assim, parece-nos que o argumento em torno à definição dos motivos do legislador como “maus” também ficam comprometidos. Desta forma, neste comentário de Black subjaz um argumento também parcialmente avesso ao não-originalismo.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

PUC-SP

### **REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

constitucional norte-americano realmente cumpre seus objetivos. Assim, ao trazer a jurisprudência da Suprema Corte em casos como Dred Scott v. Sandford (1856) ou, ainda, Plessy v. Ferguson (1896), destacamos que mesmo ponderando e sopesando a influência do contexto histórico em que o originalismo influenciou a Suprema Corte que ditou as sentenças acima, se acaso seria admissível, ainda que distantemente, dizer que o originalismo cumpre as boas finalidades de defesa da legalidade democrática que sua teoria propõe.

A lógica do originalismo acaso ofereceu boas indicações de moderação na interpretação e aplicação judicial? Tanto Dred Scott e Plessy são claros exemplos de que talvez devamos nutrir mais do que sobradas dúvidas a respeito de poder sustentar uma resposta positiva.

A partir da negativa a alguns dos mais caros princípios originalistas parece ser que emerge maior espaço para teorias mais moderadas como a de Ely. O autor busca descrever o originalismo ou textualismo como uma teoria que se caracteriza pela limitação a que ficam expostos os juízes em sua busca do sentido da Constituição, lançando mão, para tanto, dos sinais emanados dos legisladores constituintes através das referências históricas bem como daquelas outras múltiplas escrituras e registros sobre o processo de elaboração da Constituição.

Não obstante as limitações aqui apresentadas também as há em tanta ou superior intensidade no que concerne ao não-originalismo. Em meio aos debates talvez nos ocorresse o recurso à reflexão sobre o peso do fator tradição na interpretação das normas jurídicas. Contudo, como delimitar o raio de ação da tradição? Como sugere Ely em seu texto, acaso seriam levadas em conta apenas as tradições locais ou as nacionais? Acaso seriam ponderadas e estimadas as tradições relativas ao gênero humano ou aquelas considerações históricas que lhe entendem como possuidor de determinados direitos?

Conforme seja esta leitura e qualquer que fôra a resposta alcançada, sugerimos que poderíamos tanto nos inclinar pelos argumentos presentes em Bradwell v. Illinois (1872) ou Plessy v. Ferguson (1896) como em Brown v. Board of Education (1954). Estes são casos em que a Corte procura romper com



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

laços que, não obstante o profundo arraigamento cultural das teses de fundo por ela defendidas. Paralelamente, contudo, entendia-se que tais referenciais haveriam de ser superados em prol da oferta de novas estruturas e princípios para uma sociedade em que a igualdade fosse ampliada a partir dos referenciais teóricos historicamente postos e tornados potencialmente possíveis do ponto de vista político através do trabalho dos fundadores.

No momento histórico da prolação de sentenças como *Bradwell*, *Plessy* ou *Brown* havia um considerável compartilhamento de valores quanto à aceitação de valores favoráveis à manutenção da discriminação que hodiernamente e de forma unânime encontra-se rechaçada. Contudo, não se tratava de unanimidade e, em paralelo, formava-se certo entendimento de segmentos sociais que apontavam para a necessidade da transcendência dos limites axiológicos postos por aquele momento histórico fundacional. Neste sentido advém a questão sobre se acaso a interpretação originalista e a posterior aplicação da norma jurídica encontrar-se-ia legitimada apenas pelo fato de traduzir o suposto querer de um legislador? Acaso poderíamos entender perfeitamente legitimada a interpretação e aplicação das normas jurídicas quando nos defrontássemos com normas cujo potencial moral fôra tão ofensivo quanto as discriminatórias das quais em seu momento a Suprema Corte norte-americana se ocupou? Todavia resta espaço para questionar sobre quais resultados alcançaríamos quando procedêssemos à inversão da aplicação deste suposto querer do legislador original. Acaso dêssemos por necessária a intervenção judicial no sentido de interpretar as normas que consagram valores como a discriminação de sorte a suplantá-las também não teríamos de enfrentar-nos com sérias críticas provenientes de uma tradição hermenêutica cujo poder terminasse por centralizar-se na figura do Poder Judiciário e não da órbita política?

De fato, não parece que alguma das teorias assinaladas tenha uma resposta completa e desfrute de uma posição teoricamente indiscutível. A tentativa de ponderar sobre os limites e complexidades de ambas teorias hermenêuticas nos faz concluir que aquela que se apresenta de forma mais



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

suscetível de garantias contra os naturais limites da linguagem (pluralidade de significados, ambigüidades) e da estrutura das normas jurídicas (lacunosidades) indica que dentre ambas encontrar-nos-íamos melhor protegidos ao valer-nos do não-originalismo. Esta última teoria facilita-nos instrumentos para que não sejam interpretadas e aplicadas certas percepções morais latentes em normas jurídicas abertas cujos efeitos deletérios possam projetar-se durante um prolongado lapso temporal. Ao não lançar-se mão desta teoria hermenêutica pode ter lugar tal situação por força de que há um interregno de tempo mais ou menos amplo no qual vão sendo fortalecidas novas convicções morais sem que por resposta imediata tenhamos uma articulação política através de maiorias políticas capazes de promover as reformas reclamadas.

O argumento originalista que recorre à literalidade do texto, à vontade do legislador e à tradição de modo declarado o faz apenas retórica e aparentemente. Em verdade, o originalismo possui limites muito estritos no que concerne à demarcação do significado das normas. Em suma, o originalismo se revela tão impreciso quanto à limitação do significado exato da norma jurídica quanto qualquer outra teoria competidora, com a diferença de que outras concorrentes, como o não-originalismo admitem sua insuficiência. A rigor, seus instrumentos hermenêuticos podem servir a tantos e diferentes supostas intenções do legislador quanto a resultados que sejam almejados mas, desde logo, mascarados. Em outros termos, praticamente qualquer bandeira e propósito podem ser vislumbrados através do originalismo e, ainda mais, como nos diz Ely, além do mais, nos oferece um problema: “¿Cómo determinar que la ‘tradición’ tuvo que haber sido suscrita por la mayoría?” (ELY, 1997, p. 82). Com este último argumento de Ely é posta em cheque até mesmo a tradição.

Colocando em segundo plano a crítica realizada por Ely, questionaríamos da possibilidade de emprestar crédito a que a tradição em algum momento tenha podido oferecer uma consistente base legitimatória para as estruturas geradas cujos níveis de livre adesão a valores podem ser por nós observados? Acaso pudesse ser alcançada a resposta de que o ordenamento



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

PUC-SP

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

jurídico é uma estrutura cujo grau de adesão é qualificável como livre e qualitativamente superior, ainda assim haveríamos de nos deixar influenciar profundamente pela tradição no ato hermenêutico do direito como sugere o originalismo? Acaso é razoável apoiar um argumento profundamente eivado pelo tradicional e por uma inteligência da norma segundo o querer do legislador que, por exemplo, no caso *Bradwell* remontava ainda a datas precedentes a 1872? À esta última hipótese parece-nos preferível dispor de uma teoria hermenêutico-jurídica mais abrangente e inclusiva.

Neste sentido igualmente caberia questionar se encontraríamos fortes e legítimos motivos para manter um arranjo social refletido em normas jurídicas que sustentassem a prática da discriminação racial como resultou patente em *Plessy*? Não encontramos sugestiva argumentação capaz de sufragar tal tese. Muito embora as razões que fundamentam um caso como *Plessy* possam ser variadas, e que dentre elas bem possam ser detectadas argumentações em prol do universalismo ético ainda quando o consideramos dentro de um determinado ordenamento jurídico. O rechaço a tal teoria universalista tem como pressuposto a negativa em aceitar o que poderíamos denominar de imperialismo axiológico ou autoritarismo ético. Dadas as diferentes perspectivas axiológicas podemos razoavelmente acordar que as limitações de direito não possam encontrar guarida quando tenham como objeto temas sensíveis como em certos momentos históricos ocorreu com a liberdade.<sup>5</sup> Como nos diz Ely, a época da reconstrução teve respostas para alguns destes dilemas na América (cf. 1997, p. 84).

No que tange ao originalismo, quer incluamos ou não a tradição como uma das fontes das quais ele se socorra, conjuntamente com a história legislativa bem como os candentes valores de pulsação perceptível na sociedade, ainda assim, aquelas teorias que se aproximem ao não-originalismo e todas que lancem mão destes recursos aproximam-se ao entendimento de que o sentido da

---

<sup>5</sup> Há toda uma série de nuances ao abordar esta matéria que, por questão de espaço, evitarei abordar. Uma delas diz respeito a contextualização. Desde logo a questão acima proposta não termina de ser devidamente explicada sem que consideremos a discriminação em seu contexto histórico e não meramente de forma alheia a esta dimensão.





# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Constituição não pode ser apreendido a partir de um conjunto de “referencias y aplicar normas que no pueden ser descubiertas en el cuerpo documental” (ELY, 1997, p. 19). O que Ely nos sugere é que a apreensão da Constituição não pode se dar a partir de fonte exclusiva mas tampouco valer-se de fontes excludentes. Antes, parece sugerir-nos usar fontes inclusivas de múltiplas outras fontes e recursos hermenêuticos.

O possível traço de uma teoria legal da interpretação constitucional em Ely sugere que a Constituição indica princípios fundamentais que cada época deve encarregar-se de tornar claros dentro do contexto em que se inserem (cf. ELY, 1997, p. 20). Inversamente, o originalismo aborda o problema através da ideia de que uma teoria legal haverá de considerar indispensável um mergulho no passado como forma de melhor entender o significado da norma jurídica com vistas à sua aplicação. Segundo esta teoria, portanto, o significado da norma jurídica permaneceria válido atemporalmente,<sup>6</sup> residindo tal significado em um preciso lugar do passado, a saber, o momento da transformação do ideal (mundo pensado) em um querer manifesto (mundo empírico passível de pesquisa) e, logo, positivado (mundo da cultura, jurídico em particular).

Vistos estes aspectos do debate propomos retomá-lo desde a ótica da jurisprudência da Suprema Corte à luz de considerações da doutrina federalista, e de Tribe em contraposição à de Ely.

---

<sup>6</sup> Isto sim, há algumas questões que parecem ser de difícil resposta mesmo aos mais áduos defensores do originalismo como, por exemplo, Scalia. Este, quando perguntado sobre a aplicação nos dias atuais de penas que facilmente seriam entendidas como cruéis mas que em um passado não muito distante o foram sem que tal avaliação sobre a crueldade recaísse sobre elas expressou não desejar aplicá-las, sendo que a real motivação para não fazê-lo apenas podia distanciar-lo de seus preceitos teóricos originalistas que, desde logo, lhe recomendavam seguir os preceitos constitucionais que, de longa data, foram aplicados de forma a permitir a aplicação de penas que, hoje, são consideradas cruéis.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

#### 2.1. Uma Teoria da Interpretação: Diálogo entre o Federalismo, Tribe e Ely à luz da Jurisprudência da Suprema Corte dos EUA

No que tange à teoria da interpretação Tribe é bastante claro sobre sua posição ao alertar para que as normas escritas não o são em uma pedra. Com isto expressa não conceber a norma jurídica como dotada de uma natureza rígida e irretorquível mas, antes, elas “can be amended at any time by mere majorities of the current House of Senate makes courts reluctant [...] to revisit previous interpretations of what the statutes mean”. (TRIBE, 2008, p. 15).

Este contexto teórico em que se move Tribe é adverso ao daquele em que se movia o Justice Black, um dos monumentos do originalismo. Este apenas indicará o caminho da alteração legislativa, mesmo quando possamos perceber, como sugere Ely, que há caminhos políticos bloqueados. Este obstáculo torna claro que há articulações em torno à formação de maiorias políticas acerca dos princípios e valores socialmente emergentes.

A integridade originalista de Black adquire sua mais clara expressão em *Griswold v. Connecticut* (1965). Na sentença deste caso foi invalidada uma lei que proibia o controle de natalidade em Connecticut, que o fazia sem que houvesse recurso a alguma disposição constitucional em particular (cf. ELY, 1997, p. 20), prática que atenta, por exemplo, ao conceito de revisão e interpretação legal proposto por Tribe (cf. TRIBE, 2008, p. 23).

Por seu turno, no momento em que Ely escreve seu livro<sup>7</sup> ele pôde detectar razões indicativas de que o originalismo encontrava-se em evidência. Esta observação pode ser contraditada, no entanto, pelo fato de que no período foi ditada a sentença de *Roe v. Wade* (1973), paradigmática decisão sobre casos de aborto, ampliadora de tal direito sob o fundamento de que o direito à privacidade

---

<sup>7</sup> E devemos ter em conta que se sua primeira publicação data de 1980 e que seu trabalho, portanto, haverá de ter sido projetado durante, pelo menos, a segunda parte da década de 1970.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

da mulher, sob certas circunstâncias, incluía o da prática do aborto. Ely indica algo do espírito da referida sentença em trecho de sua obra nos seguintes termos:

*[...] was the clearest example of non interpretivist 'reasoning' on the part of the Court in four decades: it forced all of us who work in the area to think about which camp we fall into, [...] result that a number of persons [...] label themselves interpretivists [...]" (ELY, 2002, p. 2-3).*

Ely recorda que o contexto de *Roe v. Wade* nos anos setenta era o da Corte de Burger. Conservadora, apresentava-se menos proclive às inovações dos não-originalistas e, logo, afeta aos pressupostos de seus concorrentes originalistas. De qualquer sorte, Ely projetava que o originalismo deveria ser lembrado como uma “mere passing fad” (ELY, 2002, p. 3), ou seja, nada mais do que moda passageira, embora com isto não devamos entender o originalismo como de todo carente de atrativos que, em verdade, os possui, isto sim, embora em suas versões mais moderadas.<sup>8</sup>

Destacaríamos dois dentre os principais atrativos do originalismo. O primeiro deles é que o originalismo se adequa ao que intuitiva e habitualmente entendemos como sendo a forma do direito funcionar. Esta forma habitual do direito funcionar diz respeito ao procedimento de subsunção, do automatismo que se dá no processo de aplicação das normas jurídicas que se resume ao puro silogismo que, no entanto, responde bastante bem em um amplo número de situações. Em segundo lugar, mas não necessariamente em segundo plano, um outro atrativo em sua argumentação é de que existem sérias dificuldades que os seus oponentes não-originalistas não conseguem superar no sentido de conciliar suas ideias (e ideais) com os de uma teoria democrática (cf. ELY, 2002, p. 3-4), dificuldade não-originalista com a qual assente Scalia. Em verdade, o que temos em vista é a dificuldade do não-originalismo em sustentar uma teoria

---

<sup>8</sup> Devemos sublinhar que o originalismo pode realmente ser enormemente útil para o caso de aplicação de normas jurídicas que se encontrem razoavelmente claras, conforme, em seu momento, nos comenta Hart em seu célebre capítulo VII de *O conceito de direito* (2007, p. 137-168).



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

hermenêutica que amplie os limites interpretativos sem que isto interfira profunda e restritivamente na legítima competência legislativa e, por conseguinte, proceder negativamente no debate sobre a democracia.

Ademais destas duas dificuldades Scalia acresce ainda uma outra ao argumento não-originalista. O autor afirma que esta última não logra aportar uma teoria alternativa substitutiva e, concomitantemente, substantiva, ao originalismo. Em verdade, parece que as supostas alternativas permanecem em uma posição meramente negadora do originalismo mas que, contudo, se revela carente de um conjunto positivo de ideias orientadoras para a atividade concreta do magistrado (cf. 1989, p. 23-24). Não obstante as dificuldades, é fato que, quando menos, nos denominados hard cases, os juízes criam direito. Para levar a termo esta tarefa hermenêutica nos alerta Ely que

[...] os 'princípios fundamentais' da sociedade [...] preenchem o vazio que foi deixado pelo Legislativo nas normas jurídicas que sancionou ou, talvez, assume um âmbito próprio no qual o desenvolvimento destas normas foi deixado pelo legislador ao Poder Judiciário" (ELY, 2002, p. 4).

Ao ponderarmos sobre questões constitucionais de fundo sempre voltamos ao problema principal do Judicial Review, quer o tenhamos sob a ótica do direito, strictu sensu, quer sob a da intervenção política que sobre tal tarefa recai, acaso seja mesmo possível ainda que em algum momento desvincular a esta ótica da primeira. Parte desta interferência do político pode ser percebida em Ely quando nos diz que

[...] it is at the same time the central problem, of judicial review: a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people's elected representatives that they cannot govern as they'd like. (ELY, 2002, p. 4-5).

Quando o controle judicial (Judicial Review) é desempenhado por um órgão não eleito com competência de atuar com poderes restritivos da ação



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

legislativa nos deparamos, com certeza, com uma dimensão política do jurídico. Na seqüência das referências de Ely e para a melhor análise de sua proposta devemos admitir que o Judicial Review precisa ser contraposto aos reflexos que sofre do político mas também àqueles que nele vem a causar.

Um dos problemas centrais do Judicial Review vem à tona quando consideramos a questão da não elegibilidade dos magistrados mesmo em sociedades em que o conceito de democracia apresenta-se, como era o caso da nascente América colonial. O que desde então permanece em jogo é o conceito de democracia<sup>9</sup> em seu fundamento básico que é atingido quando contraposto ao conceito de representatividade.<sup>10</sup> Neste último caso as obrigações legais que assentam legitimidade na efetividade com que a representação política exerce suas funções depara-se com sérios problemas uma vez que tanto o Poder Judiciário tem sua legitimidade questionada por sua não eletividade quanto pelo fato de que em suas funções restringe os poderes de uma casa legislativa legítima. Este é outro ponto em que novamente fica exposta a nervura da discussão sobre a dimensão real do conceito de democracia sob o sistema da Judicial Review.

Contudo, se a Constituição foi submetida ao povo, sempre podemos aduzir o argumento hamiltoniano apresentado em seção anterior, qual seja, o de que o desrespeito de novas legislações enseja que aquela outra, constitucional originária, vá encontrar no Poder do Estado a quem compete interpretar as leis, a ação apropriada e que se manifeste sobre estas normas sobre as quais recaiam sérias dúvidas quanto a sua constitucionalidade de sorte que, sendo o caso, declarem-nas incompatíveis com o sistema e inaplicáveis por inconstitucionais. A isto poderíamos acrescentar o argumento de Cooley aduzido por

---

<sup>9</sup> No que tange a este ponto de contato entre a *Judicial Review* e a democracia percebemos que seu pressuposto básico está compartilhado com o contratualismo, de Locke a Kant, que toma por base uma concepção legitimatária do Estado.

<sup>10</sup> Isto se dá ainda em grau superior quando de mais altos níveis de convergência entre os consensos históricos formados na esfera pública e os formados na esfera legislativa, dos quais se espera, passo seguinte, a positivação em normas. Em verdade, diz Ely, “we have as a society from the beginning, and now almost instinctively, accepted the notion that a representative democracy must be our form of government”. (2002, p. 5).



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Ely, que nos retoma o argumento acerca do valor democrático das normas constitucionais:

[...] Pues como la Constitución no deriva su fuerza de la constituyente que la redactó, sino del pueblo que la ratificó, la intención a la que se debe llegar es la del pueblo, y no debemos suponer que se haya buscado un significado oscuro y abstruso en las palabras utilizadas, sino más bien que fueron aceptadas en su acepción más usual para el sentido común y ratificado el instrumento creyendo que era este el sentido que se proponía transmitir. (COOLEY; apud ELY, 1997, p. 36)

Cooley aqui levanta uma outra interessante questão e que deve interessar principalmente ao argumento de originalistas, embora também aos não-originalistas, a saber, que não será precisamente a vontade do legislador a qual se deve vislumbrar mas, antes, à do titular do poder, ou seja, à vontade do povo. Portanto, retomando a Hamilton, neste particular, podemos dizer do motivo de sua escolha do Poder Judiciário, composto de membros não eleitos, para atuar nos delicados casos de conflitos constitucionais cujo elemento para esclarecer-lhe poderia ser encontrado na vontade (popular) legitimadora de todo processo.

Não creio que fosse extremamente difícil imaginar que a objeção democrática da não elegibilidade dos membros do Poder Judiciário que parece estar implícita na tese de Ely, Hamilton lhe pudesse responder de forma muito diferente do que se pode entender a tomar por base o artigo LXXVIII do *Federalista*.<sup>11</sup> A inteligência do referido artigo *Federalista* parece indicar que Hamilton sustentaria que o motivo da escolha do Poder Judiciário como árbitro, na verdade, não é que se tratara de uma opção pessoal sua mas, antes, de uma escolha dos constituintes que lhe outorgaram ao Poder Judiciário a tarefa de interpretar o sentido das leis.

---

<sup>11</sup> Interessa recordar o que Ely salienta, que cabe tomar o *Federalista* como fonte para o nosso debate na medida em que ele próprio foi concebido como um instrumento para divulgar e obter adeptos à ratificação da Constituição (cf. ELY, 1997, p. 24).



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

A tradição política norte-americana aponta, como recorda Ely, para o fato de que não há simpatia pelo controle aristocrático da esfera política (cf. ELY, 1997, p. 25). Contudo, devemos recordar o contexto em que a América foi constituída e, ainda mais, o próprio perfil daqueles que a criaram. Em verdade, todos eles pertenciam à aristocracia, e suas referências às liberdades e à ojeriza ao governo de poucos (e também ao poder centralizado) haveria de ter os olhos voltados à experiência negativa junto à monárquica britânica. Sua defesa de um regime político onde o poder não estivesse concentrado nas mãos de qualquer aristocracia era, antes, a manifestação da descrença em poderes centralizados nos moldes da Coroa Britânica antes do que, especialmente alguns como Hamilton, a descrença na qualidade das elites. Com isto creio que podemos, ao menos, marcar a existência de uma divergência notável entre os fundadores, mais do que a perspectiva de Ely de que existisse um corte definido de aversão a aristocracia da qual, em última análise, todos os fundadores faziam parte a qual seria estendida aos membros do Poder Judiciário.

Podemos, à luz desta argumentação, voltar a esgrimir o argumento hamiltoniano de que a própria Constituição previa que a função de interpretá-la cabia a apenas um dos três poderes, ao mais fraco deles, aliás, ao Poder Judiciário, cujas garantias e privilégios tornavam seus membros ainda mais odiosos a um democrata radical da estirpe de Jefferson. Seja como for, concordamos com Ely de que a matriz da concepção democrática norte-americana é a democracia majoritária, a qual representa “el núcleo de nuestro sistema”. (ELY, 1997, p. 26), o que nos remete uma vez mais ao problema central deste trabalho.

### 3. Originalismo x Não-Originalismo: Debate entre Scalia e Ely

Quando é posto um problema como o do controle de constitucionalidade o que subjaz é, com certeza, uma diferença profunda, por vezes autenticamente incomensurável, entre duas ou mais leituras axiológicas sobre um mesmo objeto. Neste sentido nos diz Ely que o litígio constitucional supõe



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

*[...] una acción que ha sido aprobada por la rama legislativa del gobierno en cuestión o por alguien responsable de ella en última instancia, acción que por lo demás ha sido estimada como lo suficientemente aceptable por cualquier oficina del gobierno para que resulte en una defensa gubernamental ante los tribunales. Tales acciones involucran una elección de males (o de bienes). Pueden implicar infligir sufrimiento por razones cuya suficiencia está abierta a debate [...]". (ELY, 1997, p. 73-74).*

Em torno a um espinhoso problema como este subjaz todo o debate em torno do originalismo e do não-originalismo é o temor que ganhe espaço a ideia de que o juiz poderá lançar mão de valores pessoais para encontrar o sentido da norma jurídica a aplicar, no caso, a Constituição. Em seu momento Scalia referia-se ao fato dizendo ser este um grave problema que encontrava entre os argumentos dos não-originalistas. Scalia advertia que existe o “perigo fundamental en la interpretación judicial [...] el peligro de que un juez se equivoque y confunda sus preferencias personales y la ley”. (SCALIA, 1989, p. 26). Neste momento podemos recordar Wechsler e seu bastante popular princípio da neutralidade<sup>12</sup> que, a seu tempo, gozou de ampla aceitação no mundo jurídico norte-americano como se fora possível alguma neutralidade nas ações humanas.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> A respeito de metodologias que podem ser úteis para abordar questões complexas por parte dos tribunais, Wechsler sugeriu a adoção do “princípio da neutralidade”. Basicamente este princípio consiste em dois outros que Merriam nos sintetiza nos seguintes termos: “neutral principle consists of two elements: content generality and equal applicability” (2009). De qualquer sorte, o autor viu sua teoria perder apoio principalmente porque Many liberals sought to abandon Wechsler's project altogether, some characterizing it as naive because judges could not and would not transcend their political preferences, Addison Mueller & Murray L. Schwartz, *The Principle of Neutral Principles*, 7 UCLA L. Rev. 571, 577 (1960), and others making the sweeping claim that there is no such thing as a constitutionally neutral principle. Mark V. Tushnet, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, 96 Harv. L. Rev. 781 (1983). (apud MERRIAM, 2009). Merriam reclama certa atualidade para Wechsler conquanto o princípio de neutralidade “provides a powerful rebuttal to the Legal Realist claim that law is just another name for politics; anti-realists see neutralism as a way to restore the objectivity and reason that had once distinguished law as a discipline. Moreover, the ideal of neutrality still animates constitutional doctrine”. (MERRIAM, 2009).

<sup>13</sup> Uma abordagem desta inviabilidade da neutralidade tanto na eleição como no curso das ações humanas nos enviaria para considerações na área de conhecimento das Ciências Sociais, especialmente na Teoria da Escolha racional, algo que, por razões óbvias de fuga ao tema central deste artigo, evitaremos neste momento.





# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

PUC-SP

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Indubitavelmente, a preocupação de Scalia é apropriada e o que se encontra em Ely apenas corrobora esta ideia ao dizer que “the view that the judge, in enforcing the Constitution, should use his or her own values to measure the judgment of the political branches is a methodology that is seldom endorsed in so many words”<sup>14</sup> (ELY, 2002, p. 44). Absolutamente, Scalia e Ely não trilham exatamente o mesmo caminho, mas a crítica originalista de Scalia passa por uma posição de moderação quanto às liberdades dos juízes em sua labor hermenêutica, e esta é a de que haverá de residir uma preocupação com o sentido com que o texto legal foi positivado, ou seja, o “intent of the legislature”. (SCALIA, 1998, p. 16).

A aproximação que realiza Ely do assunto parece ser mais realista que a de Scalia na medida em que admite que ainda quando os juízes supõe, e não raro defendem, estar lançando mão de uma metodologia de identificação “objetiva” dos valores e, portanto, altamente impessoal, em verdade, não podem mais do que igualmente lançar mão de valores que residem no conjunto de suas experiências que tornaram possível a sua construção cultural e, por conseguinte, sua posição como juízes. Este tipo de argumentação, embora não usada expressamente por Ely é que nos permite chegar à mesma conclusão do autor, ou seja, que “it is thus important at the outset to understand just why a “judge’s own values” approach is unacceptable: that understanding will illumine the unacceptability of the entire enterprise”. (ELY, 2002, p. 44).

Isto é o que Ely denomina de “falácia do realismo transformado” que haverá de admitir que, humanos, os juízes<sup>15</sup> durante seu trabalho não se desvinculam de si mesmos e se transformam em alguma espécie de categoria noumênica kantiana.<sup>16</sup> Como diz Scalia, “the judge is human, and feels the bias

---

<sup>14</sup> Uma tradução livre indicaria que “a ideia de que o juiz ao aplicar a Constituição deveria utilizar seus próprios valores para medir o juízo do político é uma metodologia que raramente poderia ser subscrita nestes precisos termos”.

<sup>15</sup> A este respeito nos diz Scalia em outro momento que “the judges is human, and feels the bias which the coloring of the particular case gives. If he wishes to decide the next differently, he has only to distinguish, and thereby make a new law. The legislature must act on general views, and prescribe at once for a whole class of cases”. (SCALIA, 1998, p. 11).

<sup>16</sup> Esta categoria kantiana remete à possibilidade de um ente abstrato cuja constituição dá-se de forma independente do mundo dos sentidos e dele independe para tudo.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

which the coloring of the particular cases gives”(SCALIA, 1998, p. 11), mas haverá um problema é quando este ser humano exercente da função judicial “decide the next case differently, he has only to distinguish, and thereby make a new law. The legislature must act on general views, and prescribe at once for a whole class of cases” (SCALIA, 1998, p. 11). Aqui parece residir um dos pontos-chave da questão, a saber, que mesmo Scalia está pronto a assumir que alterações podem ser necessárias e, portanto, um genuíno originalismo ou, se preferirmos, um originalismo puro, pode não ser uma boa alternativa, e que, ademais, muito provavelmente, realmente não seja a de sua preferência pessoal.

Voltando aos argumentos do originalismo de Scalia, a abertura ou o caráter genérico de normas como a nona emenda apenas pode provocar-lhe temores ou, em seus termos, de que “los jueces piensen que la ley es lo que ellos quieren que sea” (SCALIA, 1989, p. 26), com o que a consequência da aprovação de erros judiciais seria direta e inevitável. Assim, se o originalismo enfrenta seus problemas, o não-originalismo possuiria na ótica de seus detratores, a grave deficiência de não oferecer uma opção metodológica clara e objetiva ou, mesmo, um conjunto definido de valores da forma como se encontra, posto remeter, não raro, à suspeita de que o jusnaturalismo pode encontrar-se como a razão de muitos críticos em suas argumentações anti-originalistas.

Projetando brevemente a importância da história constitucional norte-americana para o problema da interpretação constitucional, abordagem com a qual nenhuma das duas tradições em questão parece indispor-se. Se alguma diferença houver residirá no peso com que valorem a incidência de tal abordagem. Nesta tradição nos deparamos com uma jeffersoniana Declaração da Independência cuja característica central era, de fato, a de um panfleto dirigido à formar a convicção pública sobre o perfil de um novo tempo, de uma nova realidade política dotada de um estatuto de direitos e de forma de exercício do poder que se ambicionavam para a nova terra.

De qualquer sorte, como argumenta Ely, quem escreve este tipo de documento encontra-se em posição tal que “no es probable que tengan la ley



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

positiva de su lado, y por ello es aconsejable que recurran a la ley natural”(ELY, 1997, p 70), o que, de fato, teve lugar. Contudo, ainda que recorrendo ao direito natural e, em verdade, apenas por tê-lo feito, nas origens da América ao que parece ficaram gravadas formas de ver, pensar e “pôr” o político em sua dimensão jurídica – aqui o caráter aberto ou abstrato do direito natural que viria a influenciar a cultura jurídica norte-americana –, e este é aspecto que deve ser levado em consideração por aqueles que postam-se entre os defensores do originalismo. A disputa que se travava com a Coroa Britânica lhes retirava apoio ao argumento de direito positivo mas, por outro lado, lhes abria portas à filosofias como as de Locke.

Nestes documentos fundacionais, portanto, já se fazia presente uma característica da subsequente teoria legal norte-americana, a saber, o viés aberto de suas normas jurídicas, da qual, como vimos, a nona emenda é um exemplo vivo. Devido a este seu caráter aberto é que muitas das alegações da Declaração da Independência puderam ser retomadas no que concerne ao anti-escravagismo. A desvantagem que muitos críticos do jusnaturalismo trouxeram à baila era que esta formulação poderia servir a distintos propósitos, “cualquier cosa que el individuo en cuestión deseara defender” (ELY, 1997, p. 72). É certo, portanto, que muito embora muitos se inclinem intuitivamente a perceber a aplicação de princípios jusnaturalísticos como realização do justo e do ponderado, e de que seja certo de que há sobrados casos de ações e valores defendidos com base em critérios jusnaturalistas que nos poderiam parecer simpáticos (Thoreau e a fundamentação de sua desobediência civil, as raízes do direito à independência, o direito ao auto-governo, etc.), não é menos certo que há casos em que a utilização do mesmo princípio pode servir a propósitos inversos e com os quais, tão intensamente quanto se poderia simpatizar com os primeiros, nos oporíamos aos segundos. Neste sentido, não foram poucos os exemplos históricos.

Na América encontramos, por exemplo, um John Calhoun que houve por bem sustentar com base no direito natural a inferioridade dos negros bem como todo um documento legal, a Constituição de Kentucky de 1850, que



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

igualmente sustentava tal ideia (apud ELY, 1997, p. 72). Na esfera dos tribunais igualmente nos deparamos com decisões de muitíssimo duvidosa qualidade. Assim, por exemplo, em *Bradwell v. Illinois* (1872), a Corte decidiu que uma demandante não poderia exercer a advocacia por força de que contrariava a natureza da organização familiar que tinha as mulheres à frente, dando sequência aos seus ofícios de mãe e esposa (cf. ELY, 1997, p. 72). Em outra sentença de triste recordação para a cultura jurídica norte-americana e, em especial, para sua mais alta Corte, temos *Plessy v. Ferguson* (1896), onde novamente a argumentação acerca da natureza das coisas voltava à cena principal de sorte a cercear liberdades. Nesta sentença aparece o seguinte trecho:

*[...] The object of the amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguish from political equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either. Laws permitting, and even requiring, their separation, in places where they are liable to be brought into contact, do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, and have been generally, if not universally, recognized as within the competency of the state legislatures in the exercise of their police power. The most common instance of this is connected with the establishment of separate schools for white and colored children, which have been held to be a valid exercise of the legislative power even by courts of states where the political rights of the colored race have been longest and most earnestly enforced". (*Plessy v. Ferguson*, 1896).*

Contudo, ao mesmo tempo em que estas sentenças podem ter lugar baseadas em uma margem mais ampla de valorações, tal margem também se revela seu ponto forte na medida em que permite que o desenvolvimento legal e jurisprudencial possa incluir novos anseios. Sua deficiência pode ser medida com certa clareza pela vagueza de sua projeção teórica menos que prática. A este respeito nos diz Mangabeira Unger que



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

*[...] Para hacer plausible una doctrina en ausencia de la verdad moral revelada por Dios, sus proponentes se basan en referencias a la opinión moral compartida por los hombres de muchas épocas y sociedades diferentes. Cuanto más concretas son las alusiones a este presunto acuredo moral intemporal, menos convincentes resultan. Por consiguiente, para fundamentar su posición, los proponentes del valor objetivo deben limitarse a unos pocos ideales abstractos cuya vaguedad permite casi cualquier intepretación. (apud ELY, 1997, p. 87).*

Neste contexto percebemos o quanto tentativas louváveis e bem intencionadas como a de fundamentar um direito em escala universal pode absolutamente propor-nos uma outra dimensão de resultados práticos. Assim, nos diz Ely, “es preciso elegir entre la trivialidad y la implausibilidad. Por consiguiente, este concepto ha desaparecido practicamente del discurso norteamericano” (ELY, 1997, p. 73), em suma, aparentemente a influência religiosa havia diminuído naquele país.

### Considerações Finais

Tudo o que vem sendo dito até o momento talvez ainda não tenha exposto claramente um dos perigos que costumam ser destacados por seus críticos, argumento que se ocupa do exacerbamento da atividade judicial. Conforme nos diz Ely isto pode ocorrer quando o “razonamiento acerca de asuntos éticos no equivale al descubrimiento de la verdad ética absoluta” (ELY, 1997, p. 75). É de uma abordagem ciente deste perigo apontado por Ely que acreditamos que a labor interpretativo do Judiciário, quer ela enfoque majoritariamente os princípios mais caros ao originalismo ou àqueles mais próximos ao não-originalismo, que poderemos nos aproximar de uma mais efetiva e condizente interpretação judicial.

Mas se o labor interpretativo é realmente tão árdua e disputada como foi sugerido, se as normas encontram-se, pelo menos, algo abertas e se, ainda, há fatores sistêmicos operantes que reclamam por valores inversos como a



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

abertura das normas jurídicas (como forma de manter aberto canal para sua atualização) e, por outro lado, uma demanda por maior segurança jurídica, se ponderados todos estes elementos, como poderíamos chegar à conclusão, se é que poderíamos, sobre quem seria a personagem mais adequada para interpretar o direito em tom afirmativo-normativo?

A leitura de Ely sugere que os magistrados possuem um perfil isolado que os favoreceria para que sua atividade hermenêutica possa ter melhores chances de êxito do que se empreendida por outros atores jurídicos. Contudo, tampouco se imagina que o ambiente em que se movem lhes facilite ou mesmo facilite

*[...] adoptar una perspectiva libre de prejuicios. A menudo resulta difícil para los legisladores resistirse a la presión de sus electores, quienes reaccionan ante acontecimientos particulares (un asesinato brutal [...]), con una pasión que entra en conflicto con la moralidad común. (ELY, 1997, p. 78).*

Um isolamento deste tipo pode sugerir-nos de que há uma e apenas uma moralidade correta, uma única (ademais de possível) leitura moral correta<sup>17</sup> com a qual possamos contar que se materialize uma vez que ao juiz se lhe possibilitem as condições de distanciamento suficiente dos fatos, algo que, como sugere o trecho acima, o legislador não possui. Contudo, qual o modelo que aceitaríamos, o de um juiz distante que em aparência decidirá sem influência mas as cartas não podem, metodológica e

---

<sup>17</sup> Mesmo este é um pressuposto que é atacado por Ely ao mostrar-nos (cf. 1997, p. 79), a partir dos modelos filosóficos de Rawls e Nozick, o quão sólidas podem ser algumas teses mas, não obstante, encontrar-nos bastante distanciados da possibilidade de alcançar uma interpretação “verdadeira” ou “correta”. Ao fim e ao cabo, o que nos pareceria de inferir a correção das teses rawlsianas ou nozickianas senão a partir da invalidação do ponto de vista dos valores de alguma delas? Acaso acreditamos firmemente que poderíamos resolver esta oposição em outra seara senão puramente axiológica? Sendo assim, então, quando se lhe apresentasse uma questão envolvendo distributivismo a uma alta Corte, poderíamos pensar que, dado o seu perfil político, normalmente iria deixar transparecer também ela este problema de fundo moral que subjaz a este tipo de problema. Esta oposição trabalhada merece uma complementação acerca da obra dworkiniana que nos remete à admitida possibilidade da única decisão, cuja abordagem postergamos a momento mais apropriado.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

PUC-SP

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

cientificamente falando,<sup>18</sup> deixar de estar sob a mesa ou, então, um outro modelo onde as cartas estão sobre a mesa? Acaso não estaríamos em melhor caminho se entendêssemos que a análise judicial acerca de valores remete, inexoravelmente, como parece sugerir Ely, a “favor de los valores de la clase media alta profesional de la que proviene la mayor parte de los abogados y jueces”? (ELY, 1997, p. 80). Desde logo, Ely não aposta na tese de que o Poder Judiciário possa e deva transformar-se em um autêntico detector dos valores populares, que sua elite não encontra-se disposta intelectualmente para uma tarefa deste gênero como, aliás, a qualquer se lhe deve confiar tal empreitada após as experiências históricas do século XX.<sup>19</sup>

Indubitavelmente, a formação de todos ocorre no contexto de determinados padrões sociais, históricos e culturais os quais interferem em nossa formação tanto quanto os passos seguintes que, de forma absolutamente singular, todos experienciamos. Não parece ser que neste caso os intérpretes judiciais do direito constituíssem uma categoria também isolada senão que, ao contrário, em uma busca pelo isolamento, tornam-se sobre seus mais íntimos e arraigados referenciais.

### Referências Bibliográficas:

BILDER, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. *Yale Law Journal*. 2006. Boston College Law School Research Paper No. 106. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=893894](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=893894). Acessado em: 10 de setembro de 2008.

<sup>18</sup> Ao que nos referimos aqui é que a neutralidade científica ocupa o lugar do mito no mundo científico. Portanto, pensar em manter algo similar na esfera jurídica implica tão somente um engodo, uma fantasia grotesca e um véu sob o qual ocultar os interesses que factualmente influenciam as decisões judiciais, mesmo quando isto se dê inconscientemente, algo que, suspeitamos, deve ocorrer na maioria dos casos.

<sup>19</sup> Ely procura realizar uma aproximação que, a nosso ver, resulta algo extremada, entre a elite do Poder Judiciário atuando como detectora dos valores sociais e, historicamente, a postura de Hitler, cuja posição de estadista, *Führer*, lhe concedida especiais poderes para dizer do querer popular (cf. ELY, 1997, p. 91).



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

*BONHAM'S case*. 8 Co. Rep. 114a, 118a, 77 Eng. Rep. 646, 652 (K.B. 1610).

Disponível em: [http://en.wikipedia.org/wiki/Dr.\\_Bonham%27s\\_Case](http://en.wikipedia.org/wiki/Dr._Bonham%27s_Case). Também disponível em: <http://law.jrank.org/pages/6484/English-Law-DR-BONHAM-S-CASE.html>. Acesso em 27 de setembro de 2009.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. ... : ... , 1979.

BREYER, Stephen. *Active liberty. Interpreting our Democratic Constitution*. New York: Vintage Books, 2005. 161p.

CHIAPPINI, Julio. Jefferson que refuta Marshall. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. V. 34, 2006, p. 75-83.

CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA, The. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995. 529p.

CURTIS, Michael de Kent. Judicial Review and populism. *Wake Forest Law Review*, vol. 38, no. 1, abril, 2003. Disponível em:

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=394822&rec=1&srcabs=988848](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=394822&rec=1&srcabs=988848).

Acessado em: 28 de setembro de 2009.

*DRED SCOTT v. SANDFORD*, 60 U.S. 393, 19 How. 393 (1856). Disponível em:

[http://supreme.vlex.com/vid/dred-scott-v-sandford-20072966?ix\\_resultado=1&query%5Bbuscador\\_id%5D=109961&query%5Bcoleccion\\_id%5D=14&query%5Bct\\_resultados%5D=37&query%5Bfrase%5D=dred+scott+v.+sandford&query%5Blc\\_query%5D=texto%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29+OR+titulo%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais\\_id%5D=US&sort=score](http://supreme.vlex.com/vid/dred-scott-v-sandford-20072966?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=37&query%5Bfrase%5D=dred+scott+v.+sandford&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29+OR+titulo%3A%28dred+AND+scott+AND+v.+AND+sandford%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais_id%5D=US&sort=score). Acessado em: 07 de julho de 2008.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza*. Santa Fé de Bogotá: Universidade de los Andes, 1997. 291p.

\_\_\_\_\_. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002. 268p.

ESPINOSA, Manuel José Cepeda. Apresentação. In: ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza*. Santa Fé de Bogotá: Universidade de los Andes, 1997. P. xi-xv.

*GOMILLION v. LIGHTFOOT*, 364 U.S. 339 (1960). Disponível em:

[http://supreme.vlex.com/vid/gomillion-v-lightfoot-19996964?ix\\_resultado=1&query%5Bbuscador\\_id%5D=109961&query%5Bcoleccion\\_id%5D=14&query%5Bct\\_resultados%5D=37&query%5Bfrase%5D=gomillion+v.+lightfoot&query%5Blc\\_query%5D=texto%3A%28gomillion+AND+lightfoot%29+OR+titulo%3A%28gomillion+AND+lightfoot%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais\\_id%5D=US&sort=score](http://supreme.vlex.com/vid/gomillion-v-lightfoot-19996964?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=37&query%5Bfrase%5D=gomillion+v.+lightfoot&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28gomillion+AND+lightfoot%29+OR+titulo%3A%28gomillion+AND+lightfoot%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais_id%5D=US&sort=score)





**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**  
**Faculdade de Direito**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

[d%5D=14&query%5Bct\\_resultados%5D=173&query%5Bfrase%5D=gomillion+v.+lightfoot&query%5Blc\\_query%5D=texto%3A%28gomillion+AND+v.+AND+lightfoot%29+OR+titulo%3A%28gomillion+AND+v.+AND+lightfoot%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais\\_id%5D=US&sort=score](http://www.pucsp.br/direito/revista/index.php?option=com_content&view=article&id=14&query%5Bct_resultados%5D=173&query%5Bfrase%5D=gomillion+v.+lightfoot&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28gomillion+AND+v.+AND+lightfoot%29+OR+titulo%3A%28gomillion+AND+v.+AND+lightfoot%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais_id%5D=US&sort=score). Acessado em: 13 de novembro de 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Vol. 1. Petrópolis: Biblioteca Tempo Universitário, 1997. 356p.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia*. Vol. 2. Petrópolis: Biblioteca Tempo Universitário, 2003. 356p.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

\_\_\_\_\_. *O Federalista*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 308p.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. 348p.

JEFFERSON, Thomas. Notes on the State of Virginia. 1787c. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). *Writings of Thomas Jefferson*. New York: The Library of America, 1984. p. 123-325.

\_\_\_\_\_. *Declaration of Independence*. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). *Writings of Thomas Jefferson*. New York: The Library of America, 1984.

\_\_\_\_\_. Notes on the State of Virginia. In: PETERSON, Merrill D. (Org.). *Writings of Thomas Jefferson*. New York: The Library of America, 1984. p. 123-325.

KLEIN, Eckart. The protection of minorities: conception and implementation. *Law and State*, no. 44, 1991, p. 79 - 91.

KOCH, Adrienne. *Jefferson & Madison. The Great Collaboration*. New York: A Galaxy Books / Oxford University Press, 1964. 294p.

LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1971. 255p.

MADISON, James. *República y libertad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2005. 213p.

*MARBURY v. MADISON*, 5 U.S. 137, 1 Cranch 137 (1803). Disponível em:

[http://supreme.vlex.com/vid/marbury-v-madison-20074876?ix\\_resultado=1&query%5Bbuscador\\_id%5D=109961&query%5Bcoleccion\\_i](http://supreme.vlex.com/vid/marbury-v-madison-20074876?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_i)



**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**  
**Faculdade de Direito**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

[d%5D=14&query%5Bct\\_resultados%5D=906&query%5Bfrase%5D=marbury+v.+madison&query%5Blc\\_query%5D=texto%3A%28marbury+AND+v.+AND+madison%29+OR+titulo%3A%28marbury+AND+v.+AND+madison%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais\\_id%5D=US&sort=score](http://www.pucsp.br/red/index.php?option=com_content&view=article&id=14&query%5Bct_resultados%5D=906&query%5Bfrase%5D=marbury+v.+madison&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28marbury+AND+v.+AND+madison%29+OR+titulo%3A%28marbury+AND+v.+AND+madison%29&query%5Bmodo%5D=all&query%5Bpais_id%5D=US&sort=score). Acessado em: 13 de agosto de 2008.

MARION, David E. *The Jurisprudence of Justice William J. Brennan Jr. The Law and Politics of 'Libertarian Dignity'*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997. 177.

MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte / Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ / FAPERJ, 2002. P. 63-89.

MERRIAM, Jesse R. *Neutral Principles*. Disponível em:

[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=jesse\\_merriam](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=jesse_merriam)

Acessado em: 28 de setembro de 2009.

MICHELMAN, Frank I. *Brennan and Democracy*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2005. 148p.

*MUSKRAT v. UNITED STATES*, 219 U.S. 346, (1911). Disponível em:

[http://supreme.vlex.com/vid/musktrat-v-united-states-20027430?ix\\_resultado=1&query%5Bbuscador\\_id%5D=109961&query%5Bcoleccion\\_id%5D=14&query%5Bct\\_resultados%5D=418&query%5Bfrase%5D=musktrat+v.+united+states&query%5Blc\\_query%5D=texto%3A%28musktrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29+OR+titulo%3A%28musktrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score](http://supreme.vlex.com/vid/musktrat-v-united-states-20027430?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=109961&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=418&query%5Bfrase%5D=musktrat+v.+united+states&query%5Blc_query%5D=texto%3A%28musktrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29+OR+titulo%3A%28musktrat+AND+v.+AND+united+AND+states%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score). Acessado em: 26 de setembro de 2009.

NEVES, Marcelo. *A Constituição Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. 191p.

PATTERSON, Called Perry. *The Constitutional Principles of Thomas Jefferson*. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1967. p. 26-68.

RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992. 74p.

RAKOVE, Jack N. *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*. New York: Vintage Books, 1997. 439p.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2001. 302p.



**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**  
**Faculdade de Direito**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

SCALIA, Antonin. Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo, 1989, p. 21-28.

\_\_\_\_\_. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998. 159p.

\_\_\_\_\_. Interpreting Constitutional Texts. In: KAVANAGH, Aileen; OBERDIEK, John. *Arguing about Law*. London / New York: Routledge, 2009. P. 426-431.

SCHOR, Miguel. Comparative Judicial Review. Suffolk University Law School Research Paper. May 27, 2007. No. 07-24; CLPE Research Paper No. 3/2007; Washington University Global Legal Studies Law Review, Vol. 7, PP. 257-287, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=988848>. Acessado em: 27 de setembro de 2009.

*SEMINOLE TRIBE OF FLORIDA v. FLORIDA*. 517 U.S. 44, No. 94-12. March 27, 11, 1996. Disponível em: [http://supreme.vlex.com/vid/seminole-tribe-fla-v-florida-19962756?ix\\_resultado=1&query%5Bbuscador\\_id%5D=126380&query%5Bcoleccion\\_id%5D=14&query%5Bct\\_resultados%5D=31&query%5Bfrase%5D=Seminole+tribe+of+florida+v.+florida&query%5Bfuente%5D=1101&query%5Blc\\_query%5D=%28texto%3A%28seminole+AND+tribe+AND+of+AND+florida+AND+v.+AND+florida%29+OR+titulo%3A%28seminole+AND+tribe+AND+of+AND+florida+AND+v.+AND+florida%29%29+AND+%28fuente%3A%281101%29%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score](http://supreme.vlex.com/vid/seminole-tribe-fla-v-florida-19962756?ix_resultado=1&query%5Bbuscador_id%5D=126380&query%5Bcoleccion_id%5D=14&query%5Bct_resultados%5D=31&query%5Bfrase%5D=Seminole+tribe+of+florida+v.+florida&query%5Bfuente%5D=1101&query%5Blc_query%5D=%28texto%3A%28seminole+AND+tribe+AND+of+AND+florida+AND+v.+AND+florida%29+OR+titulo%3A%28seminole+AND+tribe+AND+of+AND+florida+AND+v.+AND+florida%29%29+AND+%28fuente%3A%281101%29%29&query%5Bmodo%5D=all&sort=score)

Acessado em: 28 de setembro de 2009.

SHAPIRO, Sidney A. & LEVY, Richard E. A Standards-Based Theory of Judicial Review and the Rule of Law (July 2005). *Wake Forest Univ. Legal Studies Paper*. No. 05-16. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=760885> Acessado: em 03 de novembro de 2008.

TRIBE, Lawrence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008. 278p.

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*. Lawrence, Kansas: University of Kansas Press, 1999. 299p.



PUC-SP

# **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**

## **Faculdade de Direito**

### **REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

YOO, John Choon & PRAKASH, Saikrishna. The Origins of Judicial Review.

University of Chicago Law Review. Vol. 69, Summer 2003. Disponível em:

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=426860&rec=1&srcabs=893894](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=426860&rec=1&srcabs=893894)

Acessado: em 28 de setembro de 2009.