

ORIGINALISMO: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Fábio Aranha Sena¹
Ilka Pinheiro Cruz²
Maykon Lavigne Viana³
Ícaro Emanuel Vieira Barros de Freitas⁴

RESUMO

O ativismo judicial está, atualmente, dentre os temas de maior debate no cenário jurídico brasileiro. A sua prática tem gerado enorme insegurança jurídica no país, tendo em vista que a livre e ampla interpretação dos artigos e princípios da Constituição Federal, na maioria das vezes muito distante daquilo que preconizou o constituinte originário, tende a gerar nos operadores do Direito a sensação de que, mesmo baseando suas teses nas leis e na Constituição, não alcançarão aquilo que esperam. Este trabalho visa justamente trazer uma possível solução para esse problema, através da apresentação de uma forma diversa de interpretação constitucional. Objetiva-se, sobretudo, analisar este método de interpretação através da definição do que seja Originalismo Constitucional, da identificação dos déficits da interpretação constitucional brasileira e da demonstração de como o Originalismo pode contribuir para o aperfeiçoamento da interpretação constitucional no judiciário brasileiro. Em termos de método de abordagem, o presente trabalho utilizou-se do método dedutivo; já no que diz respeito ao método de procedimento, foi utilizado o monográfico – ou estudo de caso; e, por fim, no que se refere a técnica de pesquisa, foi usada a pesquisa bibliográfica. Assim sendo, este artigo pretende contribuir de alguma forma para a construção de um novo horizonte para o ambiente jurídico no Brasil.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Originalismo Constitucional.

ORIGINALISM: A POSSIBLE SOLUTION TO JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL

ABSTRACT

Judicial activism is currently one of the most debated topics in the Brazilian legal scene. Its practice has generated enormous legal uncertainty in the country, considering that the free and broad interpretation of the articles and principles of the Federal Constitution, most of the time very far from what the original constituent advocated, tends to generate in legal operators the feeling that, even basing their theses on the laws and the Constitution, they will not achieve what they hope for. This work aims precisely to bring a possible solution to this problem, through the presentation of a different form of constitutional interpretation. The aim, above all, is to analyze this method of interpretation by defining what Constitutional Originalism is, identifying the deficits in Brazilian constitutional interpretation and demonstrating how

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade UNEX de Itabuna/BA. E-mail: fabioaranhas@hotmail.com

² Discente do curso de Direito da Faculdade UNEX de Itabuna/BA. E-mail: ilkapinheirocruz@gmail.com

³ Discente do curso de Direito da Faculdade UNEX de Itabuna/BA. E-mail: maykon2013lavigne@hotmail.com

⁴ Docente Orientador da Faculdade UNEX de Itabuna/BA. Advogado. Especialista em Direito Civil, D. Empresarial, D. Tributário e Direito Processual Civil (Faculdade de Direito Damásio de Jesus). Estudante-pesquisador no Núcleo Interdisciplinar de Ensino, Pesquisa e Extensão em Direitos dos Animais, Meio Ambiente e Pós-humanismo (NIPEDA/UFBA). Membro pesquisador do grupo Criminologia: Estudos e Teorias Macrossociológicas da Criminalidade Brasileira (IMES). E-mail: iemanoel.ita@fct.edu.br.

Originalism can contribute to the improvement of constitutional interpretation in the Brazilian judiciary. In terms of approach method, the present work used the deductive method; As regards the method of procedure, the monograph – or case study – was used; and, finally, regarding the research technique, bibliographic research was used. Therefore, this article intends to contribute in some way to the construction of a new horizon for the legal environment in Brazil.

Keywords: Constitutional right. Judicial Activism. Constitutional Originalism.

1 INTRODUÇÃO

A crise dos poderes constituídos nas democracias em consolidação é algo comum no mundo atual; no caso do Brasil não é diferente. Foram diversos períodos superados até se atingir a estabilidade que existe hoje, com a Constituição de 1988 marcando o início do regime democrático, logo após um estado de exceção.

No Estado brasileiro vigente, o desafio a ser enfrentado são as crises entre os poderes constitucionais. Tais eventos são gerados quando a competência dada pela Constituição Federal é extrapolada, invadindo a esfera de outros poderes; quando isso ocorre pelo judiciário, dá-se o nome de Ativismo Judicial.

Vale salientar que o presente trabalho não busca combater o ativismo judicial na sua forma genérica, e sim aquele de cunho político, a presente pesquisa valida a importância do ativismo judicial para a resolução de problemas de caráter urgentes, tais como: a vida, a liberdade e outros mais que emergem em uma sociedade de constante transformação. O tema trazido como debate em nosso trabalho, busca evitar que decisões judiciais sejam carregadas de um viés político, e é este o ponto do nosso debate, trazendo o originalismo como limitador a este tipo de juízo em alguns julgamentos existente no cenário da Suprema Corte do no país.

Este trabalho visa analisar como a crise entre as instituições democráticas, causadas principalmente pela Suprema Corte Brasileira, tem gerado instabilidades políticas cada vez mais frequentes no país – acarretando numa descredibilização da sua atuação perante a sociedade – e como o método originalista de interpretar a Constituição pode ser uma saída para esse problema.

Quais os déficits da interpretação constitucional brasileira no cenário jurídico atual e de que forma o Originalismo pode contribuir para o seu aperfeiçoamento? É o questionamento que esse trabalho pretende responder. Para isso, utilizou-se como metodologia o método dedutivo (abordagem) e o estudo de caso (procedimento); no que se refere a técnica de pesquisa, foi usada a pesquisa bibliográfica.

A intenção de trazer a teoria do originalismo constitucional como solução para o ativismo judicial no Brasil surge do fato de que a presente teoria se baseia no princípio de que não cabe ao Judiciário criar, emendar ou rejeitar leis, mas tão somente a de declarar a constitucionalidade ou não das mesmas, de acordo com a intenção original do texto

constitucional.

A criação, eventuais emendas e rejeições de leis são atividades que cabem ao Poder Legislativo, representante direto do povo, aquele que, segundo a Constituição, é o detentor do poder. Logo, o sentido de aplicar o originalismo à interpretação constitucional brasileira é a de manter a Suprema Corte na sua função original, deixando a atividade de legislar nas mãos do Legislativo.

As formas de se interpretar Constituições Federais em países democráticos são regidas por muitas divergências, e uma multiplicidade de métodos e teorias defendidas por hermeneutas como sendo a correta; isso tudo ocorre pelo próprio sentido axiológico e histórico contido nas Constituições. Por conta disso, é fácil saber porque há tantos debates sobre os diversos métodos de interpretação, e qual deles está mais próximo da teoria da Constituição em seu sentido original e histórico, havendo críticas e cotejamentos entre dois grupos claros.

O primeiro deles defende a teoria da Constituição Viva, prevendo este que o papel dos juízes não se restringe a aplicar o direito, mas alcançar a “justiça”, mesmo que isso implique em inovar sobre algo que a lei não dispõe. Já o segundo defende que a Constituição possui um sentido original a ser alcançado, que ao se distanciar dele ao aplicar a norma, o juiz estaria se distanciando dos valores que formataram a decisão do constituinte originário.

Para falar sobre o originalismo como possível solução para o ativismo judicial no Brasil, faz-se necessário, primeiramente, conceituar o termo em questão. A primeira vez que essa teoria foi citada pelo nome a ela convencionado foi no início da década de 1980 pelo acadêmico norte-americano Paul Brest, amplamente creditado por cunhar o nome originalismo para descrever uma abordagem particular à interpretação da Constituição dos Estados Unidos.

A ideia de apresentar o originalismo como solução ao ativismo judicial brasileiro decorre justamente do modo de interpretação constitucional adotado pela Suprema Corte Brasileira atualmente, completamente oposto ao que propõe o originalismo. A adoção de uma interpretação não originalista tem trazido diversos embates entre o Judiciário e os demais poderes, em razão do modelo adotado ter como pressuposto uma grande interferência nos demais poderes constituídos.

De forma geral, o objetivo deste trabalho é analisar o método de interpretação do Originalismo, apresentando-o como uma possível solução para o ativismo judicial. A discussão será dividida em quatro subtemas, de acordo com os objetivos específicos estabelecidos: primeiramente, será realizada uma recapitulação histórica da essência do surgimento da teoria constitucional; em seguida será apresentado o conceito de ativismo judicial e como identificar uma decisão ativista; logo após será explicado o que vem a ser a teoria do Originalismo Constitucional, evidenciando seu contexto de surgimento e como pode ser aplicado na atualidade; e, por fim, restará demonstrado de que maneira o Originalismo pode

contribuir para o aperfeiçoamento da interpretação constitucional brasileira.

Por fim, ao concluir este trabalho, buscar-se-á confirmar ou não a seguinte hipótese: o originalismo é a melhor opção para superar o Ativismo Judicial no Brasil?

2 BREVE HISTÓRIA SOBRE O SURGIMENTO DA TEORIA CONSTITUCIONAL E DA IDEIA DE DIVISÃO DOS PODERES

Levando em consideração de que *ex nihilo nihil fit* - nada surge do nada, será imprescindível para a compreensão do conceito de ativismo judicial e o que ele afeta, que seja realizada uma recapitulação histórica dos primórdios da teoria constitucional, buscando entender quando surgiu e quais as ideias principais que serviram de base para todo o sistema jurídico dos Estados Ocidentais Contemporâneos.

É certo que a existência de leis que limitavam o poder de atuação de particulares e agentes estatais existem a milhares de anos; legislações como a Lei Mosaica, o Código de Manu, Código de Hamurabi e Legislação de Sólon são exemplos que apesar de serem severas (algumas), foram as precursoras deste intento.

Todavia, a ideia de uma lei organizadora de todo o Estado, que tanto pretendia conter o poder estatal quanto albergar direitos e deveres para seu povo, do qual ninguém poderia se negar a seguir, surgiu nos idos dos séculos XVII e XVIII, fruto de ideias iluministas, que floresceram em contraposição ao Estado absolutista e despótico que reinava na época, culminando em eventos notáveis como as duas Revoluções Burguesas – a americana e a francesa.

Muitos autores tiveram influência nesta teoria, mas um que se destaca é o filósofo inglês John Locke (1632-1704) com a sua obra “*Segundo Tratado do Governo Civil*”. Por ser um contratualista e jusnaturalista, acreditava que o ser humano já nascia com direitos e liberdades inerentes a sua própria condição de humano, mas que pela obrigação de viver em harmonia com outros indivíduos, a política deveria ser o método que eles deveriam lançar mão para a concretização da paz e do bem-estar mútuos, com vistas à preservação da propriedade e da liberdade de todos (Mendes, 2012). Essa política substanciava-se através do contrato social, que segundo Barbosa (2018, p. 1):

(...) seria apenas um acordo entre indivíduos reunidos com a finalidade de **empregar sua força coletiva na execução das leis naturais renunciando a executá-las pelas mãos de cada um**. O objetivo desse pacto seria a preservação da vida, da liberdade e da propriedade. Locke acreditava que **os homens, ao se organizarem em sociedade, cediam ao Estado parte de sua igualdade e liberdade, a fim de manter a segurança**. (Grifo nosso)

Essa cessão de liberdade e igualdade individuais promovia o surgimento da ideia de

governo que se materializava no poder supremo do povo, que o exercia por intermédio do legislativo, o qual, por sua vez, tinha o papel de aperfeiçoar os direitos naturais inerentes a condição humana (Locke, 2006). Surgia assim a ideia de repartição de competência e de poder moderado, em que as funções de legislar e executar regras não deveriam estar concentradas na mão de uma única pessoa, o que contrastava ao poder absoluto, que tornava Lei o que apenas um homem dizia.

Vale salientar que pela teoria de Locke somente os poderes legislativo e executivo eram contemplados como tais; o poder judiciário sequer fora idealizado como distinto, na verdade era uma mera extensão em decorrência do poder executivo (Mendes, 2012).

Posteriormente o Barão de Montesquieu (1689-1755) apreendeu as ideias de Locke e as refinou, dando origem às teorias da divisão de poderes e dos freios e contrapesos; tais ideias estão descritas com detalhes no livro publicado por ele publicado no ano de 1748, denominado “*Espírito das Leis*”, e foram essenciais para as duas revoluções burguesas que sucederiam na França e nos EUA, bem como o ideal de Constituição como norma limitadora da atuação estatal e de garantia das liberdades individuais. Segundo Montesquieu, aquele que possui o poder absoluto tende a abusar dele, daí a razão do por que os governos absolutistas da época quase sempre desembocavam em tirania e tinham que ser depostos por revoluções.

Para dispor do que significa a palavra poder, faz-se necessário compreendermos o conceito proposto por Max Weber, em sua obra *Economia e Sociedade* (1991), como sendo “[...] toda probabilidade de impor à vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”.

Discorrendo sobre o poder, Barbosa (2018) assinala que essa faculdade tende a ser utilizada de maneira desenfreada por aqueles que a possuem, levando muitas vezes ao seu abuso; por tais razões é que o exercício de poder deve ser transitório e alternante, algo típico de democracias.

Por esse potencial de estrago tão grande que um líder belicoso detinha em mãos é que, segundo Barbosa (2018): “Montesquieu acreditava que para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer a autonomia e os limites de cada poder.”

Daí também veio a ideia de que só um poder tem a chance de regular o exercício de outro poder, originando assim o sistema denominado “freios e contrapesos”, idealizado por Montesquieu. O referido sistema estipulou que um poder deve ser autônomo e independente de outro e, ao mesmo tempo, responsável pela fiscalização mútuas de suas condutas.

Para que isso ocorresse, deveriam existir 3 (três) poderes, agora entendidos como órgãos da Administração Pública, que possuiriam três prerrogativas típicas e distintas: o Poder

Legislativo, aquele cuja função típica seria criar as leis; o Poder Executivo, tendo por prerrogativa administrar a nação e representá-la perante outras nações; e ao poder judiciário caberia aplicar o direito aos casos concretos. Destes três poderes, atualmente, somente os dois primeiros são representações da soberania popular (no sentido estrito do termo). Todo esse conjunto de organizações e garantias deveriam ser previstas em uma lei que Montesquieu chamou de Constituição.

Posteriormente, todas essas ideias foram retomadas e serviram de combustível para desembocar os movimentos revolucionários e constitucionais que ensejaram na promulgação da Constituição Francesa de 1791 e Americana em 1787, que pela complexidade e não pertinência a este trabalho, não convém entrar em detalhes.

3 O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL: CAUSAS, CONSEQUÊNCIAS E COMO IDENTIFICAR UMA DECISÃO ATIVISTA

O termo ativismo judicial foi estreado pelo jornalista americano Arthur M. Schlesinger, que publicara na revista Fortune, no ano 1947, uma matéria que objetivava analisar e categorizar os juízes da Suprema Corte da época, classificando suas decisões em dois espectros distintos: os favoráveis à auto restrição judicial e os favoráveis a concretização do estado do bem-estar social.

Posteriormente esse termo foi difundido entre a doutrina internacional e nacional de direito, passando a designar a atuação do judiciário fora dos limites de competência. De maneira mais completa Ramos (2015) define o termo ativismo judicial como sendo o:

[...]exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, **resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse)** e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (Grifo nosso)

No Brasil se encontrou terreno fértil para esse tipo “atuação positiva” por parte dos juízes constitucionais, influenciados por diversas doutrinas jurídico-filosóficas neoconstitucionais, que segundo Mello (2021), pregam a reforma da “concepção antiquada” de se fazer direito, valorizando em demasiado os princípios constitucionais em detrimento da própria regra positivada pelo legislador “com vistas a supostamente servirem de fundamentos doutrinários a um papel do Judiciário de protagonista no estabelecimento de direitos e prestações estatais”.

Apenas por esse conceito pode se ter uma ideia de que a proposta do ativismo

judicial esbarra profundamente na própria concepção histórica de divisão de competências, apresentada no item acima. Concepção esta que, segundo o art. 16 da Declaração de Direitos DUDHC, é pressuposto *sine qua non* para a própria existência de um estado constitucional.

E de acordo com Mello (2021), muitos fatores contribuem para uma doutrina ativista venha germinar no terreno do judiciário brasileiro, dentre os quais se encontram: a previsão de uma infinidade de direitos pela constituição utilizando-se para isso de regras (aqui entendido como o enunciado “cru” da própria lei) de conteúdo aberto, significado vago e polissêmico; a indolência do legislativo em cumprir o papel que lhe é conferido, qual seja, de estipular normas que regulamentem tais direitos; a ampliação de hipóteses e legitimados para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade; e a influência de doutrinas neoconstitucionais e pós positivistas no direito brasileiro.

As decisões ativistas tendem a possuir características próprias; dentre elas está a substituição da técnica de subsunção por parte dos magistrados, que consiste em enquadrar a norma jurídica em um caso *in concreto*, mesmo quando a norma é expressamente clara e válida para sua aplicação, ferindo assim o princípio interpretativo do *in claris cessat interpretatio*, substituindo-o pelo subjetivismo, o que por vezes implica na usurpação de prerrogativas tipicamente legislativas.

Um exemplo claro disso foi o que ocorreu no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, que reconheceu os efeitos jurídicos da união estável homoafetiva e as diversas concepções de unidades familiares. Neste julgado, deram os magistrados do caso “uma melhor interpretação” aos arts. 226, §3^a da CF/88 e art. 1.723 do CC. Na concepção dos ministros do Supremo que prolataram o voto a favor da modificação interpretativa, embora se exista de fato o termo “homem e mulher” nos artigos supramencionados, o conceito de família é arcaico e também uma criação sociológica/espiritual.

Outra característica que pode ser verificada, segundo Mello (2021), em decisões ditas ativistas da Suprema Corte, é a volatilidade na mudança de entendimentos, por vezes divergentes, que são levados a cabo como se fossem flagrantes evoluções do direito. Consoante o entendimento do autor, isso é causado pela não deferência dos ministros do Supremo aos limites normativos na interpretação e o uso desarrazoado (por vezes errôneos) de métodos e princípios interpretativos que não dizem respeito ao caso concreto.

As críticas são inúmeras a essa forma de “se fazer justiça”, mas as principais, segundo Mello (2021), giram em torno do enfraquecimento dos poderes constituídos, com a decorrente indolência do legislativo, que se acomoda em suas funções, evitando de carregar o pendão do enfrentamento de temas sociais relevantes sob temor de consequências políticas

(como a perda do eleitorado). Streck (2014, p. 285) escreve que:

[...]não cabe ao Poder Judiciário “colmatar lacunas” (sic) do constituinte(nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela”, estabelecendo, a partir da subjetividade assujeitadora de seus integrantes, aquilo que “indevidamente” – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte.

4 ORIGINALISMO: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E MOMENTO ATUAL

Originalismo é uma teoria que versa sobre a interpretação constitucional. Nela interpreta-se o texto legal com base em seu sentido original, aquele sobre o qual os constituintes se debruçaram ao discutir, elaborar e finalmente redigir a Carta Magna. Para os defensores do originalismo, o objetivo primordial é limitar os poderes instituídos, sobretudo o judiciário, fazendo com que o mesmos seja mais respeitosos em relação às decisões do poder legislativo e, por consequência, à vontade popular, representada por aquele poder.

(...) Para o originalismo, a Constituição está preocupada em limitar o arbítrio do governo, inclusive do poder judicial, por isso a atuação do Judiciário deve ser mais deferente às decisões do Legislativo e do povo que representa. Por isso, para o originalismo a interpretação judicial das normas constitucionais encontra-se vinculada ao entendimento dos que escreveram a ratificaram a Constituição (...) (Borges, 2020, p. 9)

O primeiro autor a designar esta teoria como hoje é conhecida foi Paul Brest (1981, p. 90), que a definiu como “compreende-se a abordagem familiar à adjudicação constitucional que acorda em se conectar a autoridade do texto constitucional ou às intenções daqueles que a redigiram”. Vale ressaltar que, não obstante o termo “originalismo” tenha sido usado pela primeira vez por esse autor, outros termos foram usados ao longo dos anos em decisões ou posicionamentos jurisdicionais para se remeter à referida teoria.

Após a elaboração do termo por Brest, o originalismo foi crescendo de tal forma que, atualmente, não existe apenas um conceito capaz de encerrá-lo definitivamente; são concepções que vão desde o legalismo absoluto até aquelas que se atém a uma investigação histórica do texto original de forma a apurar sua natureza tradicionalista.

Essa concepção tradicionalista foi a defendida por um dos maiores nomes ligados ao originalismo: o ex-juiz da Suprema Corte Americana, Antonin Scalia. Foi ele o responsável por transformar o que antes era considerada uma mera teoria de interpretação numa respeitada filosofia judicial. No início, ser originalista significava defender a interpretação da Constituição de acordo com as intenções originais dos chamados “pais fundadores” dos Estados Unidos

(líderes políticos que participaram da redação da Constituição Americana).

No entanto, Scalia trouxe uma nova roupagem à referida teoria, que passou a ser chamada, na época, de “novo originalismo”. Nessa nova abordagem a verdadeira interpretação constitucional seria aquela capaz de expressar, segundo Scalia (1989) o “significado público das palavras do texto quando de sua adoção” (“original public meaning”). Em outras palavras, ao invés de intenções do constituinte originário, o intérprete da Constituição deveria buscar argumentos semânticos originais. Através disso, o então juiz da Suprema Corte buscava, sobretudo, combater o ativismo judicial.

Historicamente falando, o originalismo floresceu a partir da chamada “Corte Warren”⁵ (1953-1969) que, por seu caráter liberal e ativista, despertou a ira da ala conservadora da Suprema Corte, acusando-a de deturpar os significados da Constituição, além de ditar seus valores morais e agenda política. Em seguida foi a vez da “Corte Burger” (1969-1986), organizada pelo presidente Nixon, que alcançou certo sucesso em diminuir critérios liberais em relação aos procedimentos de ordem criminal. No entanto foi a “Corte Rehnquist” (1986-2005), organizada pelo presidente Reagan, que realmente fez do originalismo a sua característica principal.

Em sua campanha de reeleição, Reagan condenou veementemente o ativismo judicial na Suprema Corte, usando-o como argumento em seu discurso político; a ideia veio do advogado geral da época, Edwin Meese III. De acordo com Meese (1988), os juízes devem ser “guiados pelo texto [da constituição] e por seu sentido original”. Edwin acreditava que o originalismo era o único método válido para interpretar a Constituição e também o único compatível com a conduta de autocontenção judicial, comportamento que leva os juízes a decidirem de forma objetiva, separando o Direito da política.

E assim o presidente Reagan deu início ao movimento conservador dentro da Suprema Corte. Nomes como Antonin Scalia (aqui já citado) e Clarence Thomas (nomeado já no Governo Bush) atuaram em decisões que marcaram a história recente do Estados Unidos; entre elas a *District of Columbia v. Heller*. Nessa decisão, a Suprema Corte inovou na interpretação da 2ª Emenda para afirmar a inconstitucionalidade de leis federais que proibissem a posse de armas pelos cidadãos norte-americanos.

E assim segue a Suprema Corte Americana até os dias de hoje, no seu viés originalista. Um exemplo atual é o caso *Roe x Wade*, de 1973, que reconhecia o direito

⁵ A Corte Warren, composta por uma maioria de juízes nomeada pelo Partido Democrata, foi o grande momento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX. Para tanto, a Corte negou que a Constituição tivesse uma natureza estática e a enxergou como “documento vivo” (living document), cujos significados deveriam ser sensíveis às mudanças sociais.

constitucional da mulher de realizar o aborto, tornando o procedimento legal em todo o país. Na decisão, tomada em 24 de junho de 2022, a Corte derrubou o veredito dado em 1973 sustentando que o mesmo estava errado, pois a Constituição Americana não faz menção específica ao aborto; em outras palavras, eles alegaram que a decisão de 1973 não se ateu ao significado original trazido pela Constituição.

5 DE QUE MANEIRA O ORIGINALISMO PODE CONTRIBUIR PARA O APERFEIÇOAMENTO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA?

A interpretação originalista contribui para o aperfeiçoamento do entendimento da Carta Magna brasileira, como forma de frear o demasiado ativismo judicial, evitando a instabilidade e imprevisibilidade das medidas judiciais, combatendo decisões arraigadas de opiniões políticas ou sociais. De acordo com Mello (2021), o ativismo judicial, portanto, não encerra um instituto jurídico próprio, oriundo de fonte normativa ou doutrinária, trata-se apenas de um fato verificado na realidade a partir de determinadas posições ampliativas e expansivas da atuação judicial.

A contribuição do originalismo frente ao exacerbado ativismo judicial no Brasil, vem como forma de trazer segurança sobre sentenças de viés instáveis, garantindo a estabilidade e a previsibilidade dos julgados, em conformidade com Miranda (2019), 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.

O originalismo esclarece a verdadeira compreensão da gênese da exegese, organizando a atuação do judiciário frente aos poderes, inibindo anomalias dentro dos princípios e normas já legislados, impedindo a apropriação indevida dos poderes já estabelecidos constitucionalmente. Segundo Miranda (2019), não houve opção dos representantes populares de conceder estes novos poderes à Corte, mas sim uma atitude unilateral judiciária:

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.

O Originalismo e sua interpretação vem como forma de impedir a supremacia

judicial e fixar limites à compreensão constitucional, evitando que a letra normativa seja mudada de maneira ilegítima, desconsiderando preceitos constitucionais e legalmente promulgados em determinado tempo.

O ativismo judicial se caracteriza como “uma disfunção no exercício da função jurisdicional” 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. 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. (Ramos, 2010).

O originalismo interpretativo surge para impedir que o ativismo judicial hipertrofiar os demais poderes, impedindo o desequilíbrio dos poderes já estabelecidos pela Constituição brasileira. Martins (2011) ressalta o impacto do ativismo judicial no princípio da separação dos poderes, visto que rompe o delicado equilíbrio estabelecido pela Constituição entre os ramos que compõem o Estado.

Em uma democracia complexa como a brasileira, representada por diferentes autores que contribuíram para a elaboração da constituição, torna-se desafiadora a interpretação original do texto. Imperiosa, no entanto, é a aplicação da forma de interpretação originalista, trazendo como contribuição uma maneira de orientar o jurisconsulto em sua atividade interpretativa, de forma a evitar o sentido imoderado da lei, fixando limites à compreensão constitucional. Segundo Miranda (2019), a busca por soluções a essas problemáticas não autoriza o Judiciário a efetuar “correções” do texto constitucional.

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. (Miranda, 2019)

É necessária a correlação do paralelo entre originalismo constitucional e o ativismo judicial, fazendo emergir a fundamental importância e o aprimoramento deste tipo de interpretação para o conflito da atual militância existente no judiciário, em outras palavras, a desconformidade das funções dos poderes do Estado no cenário brasileiro. De acordo com Miranda (2019), 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.

A interpretação originalista é manifestada como forma de limitar os poderes, inclusive o judicial, reduzindo, em destaque, o arbítrio deste último poder como forma de harmonizar os poderes legitimados constitucionalmente, preservando a norma de entendimentos e condições políticas e sociais, não lastreadas sobre equanimidade, vinculando o entendimento à época da sua promulgação e a aqueles que a aditaram, como meio de evitar os excessos do ativismo judicial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa científica discorreu sobre um tema muito delicado e pouco debatido no meio acadêmico brasileiro, qual seja, o problema do ativismo judicial do STF e o método originalista como uma possível solução para este problema. No nascedouro desta teoria, ou seja, nos Estados Unidos, tal discussão já fora travada e vai se desenvolvendo dia após dia há mais de 200 anos. No Brasil, entretanto, este tema é pouco explorado, apesar de essencial, como se pode ver ao longo desse trabalho.

No primeiro capítulo desta pesquisa foi abordado, de maneira sintética, como se deu a gênese da teoria constitucional e a ideia de separação de poderes. Está claro que tais teorias surgiram nos estados modernos, muito antes da própria concepção de judiciário como um poder autônomo e fiscalizador da atuação de outros poderes. Também foi esclarecido que a atuação do poder estatal (em todas suas facetas) deve ser regado e limitado por um texto *erga omnes* chamado Constituição.

Logo após, foi conceituado o ativismo judicial, como sendo a atividade de interpretar a lei constitucional fora dos seus próprios limites, agindo seus exegetas como verdadeiros legisladores positivos, criando leis e invadindo a esfera de competência típica de outro poder constitucionalmente previsto. Quais são as causas, as consequências deste fenômeno pós-moderno? E como se identificar uma decisão ativista? Foram assuntos elencados neste segundo capítulo.

Avançando, também restou demonstrado que o Originalismo surgiu no ambiente norte-americano, há dois séculos, mediante alguns modos, quiçá modestos de se julgar, que a Suprema Corte estadunidense aplicava em seus casos. Tais modos, hoje, podem ser chamados de auto restritivos, já que se baseavam na premissa de que a essência da constituição é de fato separar os poderes constituídos e limitar a atuação estatal, e por isso os juízes não poderiam fugir desta lógica ao aplicarem seus pareceres.

Posteriormente, surgiram dois pensadores que foram responsáveis para amadurecer

essa discussão no ambiente forense daquele país: Robert Bork (1927 - 2012) e Antonin Scalia (1936 - 2016). Ambos, apesar de serem originalistas, possuíam teorias de interpretação distintas; o primeiro dizia que a interpretação constitucional do texto deveria ser baseada em seu significado gramatical cursivo, o outro, na intenção dos constituintes originários (*The Founding Fathers*). Por fim, se expôs de que forma o originalismo pode contribuir beneficentemente para se frear o ímpeto legiferante do STF, limitando o arbítrio dos juízes, trazendo mais segurança jurídica e estabilidade para as instituições brasileiras.

Vale salientar que este trabalho jamais teve a pretensão de ser exaustivo e conclusivo, muito pelo contrário, o verdadeiro objetivo desta obra é de contribuir como mais um tijolo no muro da ciência jurídica. Há temas que foram abordados de maneira lacônica, mas que valiam um trabalho à parte. Uma descoberta essencial que foi alcançada com essa pesquisa, é que tal assunto – Ativismo Judicial e Originalismo – merece e é essencial que seja amadurecido urgentemente, bem como tratado de maneira mais séria por parte dos estudiosos da ciência forense.

O estudo da história, do direito e da política, embora distintos em alguns objetivos, estão interligados pela árvore genealógica comum, qual seja, a existência da sociedade humana. Este estudo visa contribuir como arcabouço teórico para qualquer outra pesquisa que vier subsequente a esta, bem como para aqueles que querem simplesmente se informar sobre o tema, vale repetir mais uma vez, a pesquisa em questão não é outra coisa senão uma obra informativa/provocativa.

REFERÊNCIAS

AMIN, C. A. A. Normas versus valores uma análise a partir de Jürgen Habermas. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 11, n. 93, p. 01, 15 dez. 2009.

BARBOSA, Oriana e SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske> . Acesso em:05/11/2023.

BREST, P. The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship. **The Yale Law Journal**, v. 90, n. 5, p. 1063, abr. 1981.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. “Dimensões da autorrestrrição judicial”, *In* Leite, George Salomão; Streck, Lênio; Nery Júnior, Nelson (coord.), Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2017, p. 245-249.

ERICKSEN, L. ORIGINALISMO, INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS SENTIDOS POLÍTICOS. **Revista de Direito Brasileira**, v. 22, n. 9, p. 50, 25 jun. 2019.

_____ Hermenêutica originalista e sua inquirição histórica. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, v. 12, n. 2, 3 ago. 2019.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis: Vozes, 2006.

MARTINS, I. G. DA S. O ativismo judicial e a ordem constitucional = Judicial activism and the constitutional order. **bdjur.stj.jus.br**, 1 jul. 2011. Acesso em: 13 de novembro de 2023.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo> Acessado em outubro/2023.

MEESE III, Edwin. Toward a Jurisprudence of Original Intent. **Harvard Journal of Law & Public Policy** Vol. 11 (1), 1988, p. 10.

MELLO, Ruy Nestor Bastos, O Ativismo Judicial Do Stf Em Face Do Legislativo: Identificação De Limites Da Jurisdição Constitucional E Análise Crítica De Decisões Sobre A Reforma Política, **Revista Populus** n. 11, 2021. Disponível em: <https://eje.tre-ba.jus.br/mod/page/view.php?id=4226> . Acessado em outubro/2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

NETO, A. F. O Originalismo na América. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, v. 1, n. 4, 30 set. 2014.

RAMOS, Elival da Silva, **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. **University of Cincinnati Law Review** Vol. 57 (3), 1989, p. 849-865.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SOUZA, E. B.; PINHEIRO, V. S. Uma ANÁLISE SOBRE O ORIGINALISMO NO CONTEXTO DO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 14, n. 42, p. 535–554, 10 ago. 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/750>. Acesso em: 25 out. 2023.

WEBER, M. **Economia e sociedade : fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília ; São Paulo (Sp): Universidade De Brasília, 2004.