

## Sumário

---

|                                                                                                                                             |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO .....                                                                                                                            | 11 |
| I. ORIGINALISMO, ESTE DESCONHECIDO .....                                                                                                    | 19 |
| 1.1. Desconstruindo versões caricatas do senso comum: sobre aquilo que o Originalismo não é .....                                           | 19 |
| 1.1.1. Desconstruindo a primeira caricatura: originalistas nem sempre ignoram atrasos no texto constitucional .....                         | 21 |
| 1.1.2. Desconstruindo a segunda caricatura: da indevida associação entre Originalismo, interpretação literal e Escola da Exegese .....      | 23 |
| 1.1.3. Desconstruindo a terceira caricatura: da distinção entre significado original e alcance original .....                               | 27 |
| 1.2. O Originalismo na literatura jurídica brasileira .....                                                                                 | 32 |
| 1.2.1. O diálogo da doutrina brasileira com uma teoria decaída: o mito do <i>original intent</i> como <i>telos</i> de desenvolvimento ..... | 34 |
| 1.2.2. Análises duvidosas e passionais .....                                                                                                | 39 |
| II. OS ORIGINALISMOS EM ESPÉCIE .....                                                                                                       | 43 |
| 2.1. O Originalismo tal como é .....                                                                                                        | 43 |
| 2.2. O Originalismo <i>Old School</i> .....                                                                                                 | 45 |
| 2.2.1. Debilidades do <i>original intent</i> : a memorável objeção de Paul Brest .....                                                      | 48 |
| 2.2.2. A célebre objeção apresentada por Haywood Jefferson Powell .....                                                                     | 51 |
| 2.3. O Neo-Originalismo .....                                                                                                               | 52 |
| 2.4. O Originalismo dos Métodos Originais ( <i>Original Methods</i> ) .....                                                                 | 57 |
| 2.5. O Originalismo Inclusivo .....                                                                                                         | 59 |
| 2.6. O <i>Living Originalism</i> .....                                                                                                      | 62 |
| III. A METODOLOGIA ORIGINALISTA .....                                                                                                       | 67 |
| 3.1. Primeiro passo: efetuando o recorte temporal .....                                                                                     | 76 |

|        |                                                                                                                       |     |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.2.   | Segundo passo: exame do texto à luz das intuições linguísticas .....                                                  | 78  |
| 3.3.   | Terceiro passo: identificando as correlatas fontes extratextuais aplicáveis .....                                     | 83  |
| 3.3.1. | <i>Federalist Papers</i> .....                                                                                        | 86  |
| 3.3.2. | Registros da elaboração do texto na Convenção Constitucional (1787).....                                              | 88  |
| 3.3.3. | Registros da Ratificação do texto .....                                                                               | 89  |
| 3.3.4. | Outras fontes .....                                                                                                   | 89  |
| 3.4.   | Quarto passo: o confronto dialético de fontes extra-textuais antagônicas.....                                         | 94  |
| 3.5.   | Quinto passo: utilização da linguística de <i>corpus</i> ( <i>corpus linguistics</i> ).....                           | 97  |
| 3.6.   | Da impossibilidade de cognição do significado: a chamada zona de construção ( <i>construction</i> ) .....             | 99  |
| 3.7.   | Técnica da liquidação .....                                                                                           | 101 |
| IV.    | ORIGEM E EVOLUÇÃO DO ORIGINALISMO.....                                                                                | 103 |
| 4.1.   | A gênese do Originalismo intuitivo: vestígios nos séculos XVIII e XIX .....                                           | 103 |
| 4.2.   | Contextualização histórica da gênese do Originalismo autoconsciente .....                                             | 110 |
| 4.2.1. | O conservadorismo de Ronald Reagan como matéria-prima do Originalismo .....                                           | 111 |
| 4.2.2. | A recusa de Robert Bork a um assento na Suprema Corte dos EUA: uma rejeição ao Originalismo ou ao originalista? ..... | 113 |
| V.     | ORIGINALISMO, CONSERVADORISMO E <i>JUDICIAL RESTRAINT</i> .....                                                       | 117 |
| 5.1.   | Do vínculo entre o Originalismo e a ideologia política conservadora .....                                             | 117 |
| 5.1.1. | Originalismo como método interpretativo .....                                                                         | 126 |
| 5.1.2. | Originalismo como Teoria Política .....                                                                               | 127 |
| 5.2.   | Originalismo e <i>judicial restraint</i> .....                                                                        | 128 |
| 5.2.1. | Originalismo e Precedentes .....                                                                                      | 128 |
| 5.2.2. | Da divergência entre originalistas a respeito dos precedentes no <i>Common Law</i> .....                              | 131 |

|                                                                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| VI. SOBRE O TRANSPLANTE DO ORIGINALISMO PARA SISTEMAS JURÍDICOS NÃO NATIVOS .....                                        | 137 |
| 6.1. Pressupostos lógicos para o intercâmbio transfronteiriço do Originalismo .....                                      | 140 |
| 6.1.1. Onde se radica o Originalismo norte-americano? Localizando o objeto da extração que virá a ser transportado ..... | 141 |
| 6.1.1.1. O Originalismo não se radica em norma expressa da Constituição dos EUA .....                                    | 142 |
| 6.1.1.2. O Originalismo não se radica no <i>common law</i> .....                                                         | 142 |
| 6.1.1.3. O Originalismo radicado na soberania popular? .....                                                             | 144 |
| 6.1.1.4. O Originalismo radicado no caráter escrito da constituição .....                                                | 147 |
| 6.1.1.5. O Originalismo radicado na comunicação humana .....                                                             | 148 |
| 6.1.1.6. O Originalismo radicado no Direito Positivo .....                                                               | 149 |
| 6.2. Um glossário mínimo de Direito Constitucional Comparado .....                                                       | 152 |
| 6.2.1. Fertilização cruzada ( <i>cross-fertilization</i> ) .....                                                         | 153 |
| 6.2.2. Migração de ideias constitucionais .....                                                                          | 155 |
| 6.2.3. Transplantes jurídicos ( <i>legal transplants</i> ) .....                                                         | 156 |
| 6.2.3.1. Sobre a transplantabilidade do Originalismo: é possível transplantá-lo? .....                                   | 158 |
| 6.2.3.2. Sobre a necessidade de transplante do Originalismo .....                                                        | 166 |
| 6.3. O senso comum do Originalismo como teoria estadunidense a ser emprestada .....                                      | 167 |
| 6.4. O Originalismo praticado fora dos EUA: o que o Direito Constitucional Comparado tem a ensinar .....                 | 169 |
| VII. A DOCTRINA BRASILEIRA DO SIGNIFICADO ORIGINAL .....                                                                 | 177 |
| 7.1. O Originalismo no STF .....                                                                                         | 180 |
| 7.1.1. A histórica rejeição do <i>original intent</i> pelo Ministro Celso de Mello .....                                 | 180 |
| 7.1.1.1. O peso relativo do <i>original intent</i> .....                                                                 | 183 |
| 7.1.1.2. A íntima relação entre Originalismo e elemento histórico .....                                                  | 184 |

|          |                                                                                                                                                                                                                                                      |     |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7.1.1.3. | A negação do Originalismo por meio de princípios típicos do Originalismo .....                                                                                                                                                                       | 186 |
| 7.1.2.   | A instrumentalização do Originalismo pelo Ministro Edson Fachin: uma chave de leitura .....                                                                                                                                                          | 189 |
| 7.1.2.1. | O Originalismo de Moldura ( <i>Framework Originalism</i> ) nas manifestações do Ministro Edson Fachin .....                                                                                                                                          | 190 |
| 7.1.2.2. | Um Originalismo instrumental para discernir "o efetivo conteúdo" da "presunção de inocência" .....                                                                                                                                                   | 191 |
| 7.1.3.   | O aceno do Ministro Gilmar Mendes ao Originalismo textualista de Antonin Scalia .....                                                                                                                                                                | 194 |
| 7.1.4.   | O acolhimento explícito do Originalismo em decisão do Ministro Luiz Fux .....                                                                                                                                                                        | 194 |
| 7.1.5.   | Atos falhos na linguagem empregada em decisões judiciais: inconsistências na rejeição ao Originalismo .....                                                                                                                                          | 195 |
| 7.2.     | O Originalismo na cultura jurídica brasileira da Era Constituinte (1987–1988) .....                                                                                                                                                                  | 199 |
| 7.2.1.   | O compromisso com a <i>mens legislatoris</i> ou a <i>mens legis</i> durante a Era Constituinte (1987–1988): a inclusão do "espírito da lei" e da vontade do legislador no rol dos métodos originais da interpretação constitucional brasileira ..... | 200 |
| 7.2.1.1. | A <i>mens legislatoris</i> como expressão equivalente ao <i>original intent</i> .....                                                                                                                                                                | 203 |
| 7.2.1.2. | A <i>mens legis</i> como expressão aproximada do Originalismo textualista .....                                                                                                                                                                      | 205 |
| 7.2.1.3. | A "Expectativa de Ulysses": sobre como Constituintes brasileiros esperavam que o texto constitucional viesse a ser interpretado .....                                                                                                                | 207 |
| 7.2.1.4. | Dos Métodos para a elucidação da <i>mens legislatoris</i> e da <i>mens legis</i> : o vínculo entre Savigny e significado original .....                                                                                                              | 217 |
| VIII.    | MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: UMA NEGAÇÃO AO ORIGINALISMO .....                                                                                                                                                                                          | 223 |
| 8.1.     | Originalistas sabem que o tempo desloca significantes e significados .....                                                                                                                                                                           | 225 |
| 8.1.1.   | Documentos com aptidão jurídica para impedir a intrusão de novos significados .....                                                                                                                                                                  | 227 |

|            |                                                                                                                          |     |
|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 8.1.2.     | Quando a intrusão de novos significados é impedida pela comunicação humana .....                                         | 230 |
| 8.2.       | Desafios estruturais à acoplagem das "mutações constitucionais" .....                                                    | 234 |
| 8.2.1.     | A disputa sobre se "mutações" ocorreram .....                                                                            | 234 |
| 8.2.2.     | A impossibilidade de precisar quando mutações teriam ocorrido .....                                                      | 238 |
| 8.2.3.     | Do fato gerador das mutações constitucionais .....                                                                       | 240 |
| 8.2.3.1.   | Mutações linguísticas e mutações constitucionais como eventos síncronos, em uma relação mecanicista .....                | 240 |
| 8.2.3.2.   | Mutações linguísticas e mutações constitucionais como eventos independentes .....                                        | 242 |
| 8.2.3.2.1. | Mutações constitucionais advindas de mudanças na realidade: ameaça à força normativa e aos limites intergeracionais .... | 242 |
| 8.2.3.2.2. | Mutações constitucionais oriundas de interpretações do Direito infraconstitucional .....                                 | 247 |
| IX.        | UMA CONSTITUIÇÃO ESCRITA É AQUILO QUE SIGNIFICA .....                                                                    | 251 |
| 9.1.       | Introdução: a Constituição como um conjunto de signos linguísticos ....                                                  | 251 |
| 9.2.       | Uma contradição persistente: o paradoxo do dever de obediência a um conteúdo a ser editado por quem obedece .....        | 259 |
| 9.3.       | O significado constitucional é anterior, exterior e superior aos juízes: a correta leitura do art. 102, CF/88 .....      | 262 |
| 9.4.       | O Supremo Tribunal Federal como o soberano de John Austin .....                                                          | 267 |
| 9.5.       | O Supremo Tribunal Federal como pretense Poder Moderador .....                                                           | 269 |
| 9.6.       | Palavras têm significado e este pertence ao corpo social .....                                                           | 276 |
| 9.7.       | Uma interpretação constitucional ordinariamente declaratória e extraordinariamente constitutiva .....                    | 279 |
| X.         | CONCLUSÕES .....                                                                                                         | 281 |
|            | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....                                                                                         | 291 |