

O OBAMACARE E O CONSERVADORISMO CONSTITUCIONAL

Marcus Firmino Santiago¹

Raul Nero Perius Ramos²

Cláudio Marcelo de Araújo³

Resumo: O debate sobre a constitucionalidade do ObamaCare, legislação aprovada no governo de Barack Obama que visa assegurar aos norte americanos acesso universal ao sistema de saúde, trouxe à tona, mais uma vez, o conflito entre interpretações originalistas e não originalistas. Esta discussão teórica remete aos primórdios do constitucionalismo e se relaciona à necessidade, ou não, de respeitar aquilo que seja identificado como a intenção originária dos constituintes. Este artigo objetiva apresentar os elementos estruturantes de cada teoria e evidenciar algumas insuficiências da vertente originalista, incapaz de lidar com todo um novo conjunto de demandas sociais que foram se avolumando ao longo do tempo e que exigem do Estado uma postura diferente daquela idealizada em 1787.

Palavras-Chave: Teoria constitucional norte americana. Interpretação constitucional. Originalismo. Não originalismo.

¹ Doutor em Direito. Professor Titular do Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Professor do Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP. Advogado.

² Aluno do curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

³ Graduado em Engenharia Mecânica (UnB/1995). Mestre em Economia (UnB/2003). Analista do Banco Central do Brasil cedido à Defensoria Pública da União. Aluno do curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

THE OBAMACARE AND THE CONSTITUTIONAL CONSERVATISM

Abstract: The debate about the constitutionality of ObamaCare, legislation passed in Barack Obama government which intent to ensure to American people full access to healthcare, brought up once again the conflict between originalism and non originalism. This theoretical discussion goes back to the beginning of the constitutionalism and relates to the need, or not, to respect what is the original intention of the framers. This article aims to present the structuring elements of each theory and highlight some shortcomings of the originalism, unable to deal with a whole new set of social demands which have been swelled over the time and that require the State a different attitude than the one devised in 1787.

Keywords: North American constitutional theory. Constitutional interpretation. Originalism. Non originalism.

INTRODUÇÃO



Em 23 de Março de 2010 o Congresso norte americano aprovou lei que materializou a promessa de campanha do presidente Obama de assegurar a todos os cidadãos acesso a serviços de saúde. Surgiu o *Patient Protection and Affordable Care Act* – PPACA (Lei de Proteção do Paciente e Cuidado Acessível), que ficou popularmente conhecido como ObamaCare.

A data ficou registrada como uma vitória histórica para o país, especialmente para o Presidente democrata Barack Obama. Por mais de um século, sucessivos governantes dos EUA tentaram e falharam em alcançar uma reforma de saúde abrangente, limitados ante a restrição vigente quanto ao reco-

nhecimento da saúde como um direito fundamental, o que dificultava a afirmação deste como uma responsabilidade estatal, e não privada.

O sistema adotado pelos norte americanos difere bastante do brasileiro, especialmente na medida em que busca o acesso universal a serviços de saúde pela via do mercado privado. Daí que o foco da legislação é regular práticas como variações de preços com base no histórico clínico ou no sexo, recusa em assegurar um paciente muito caro, ou limitação à quantidade de reembolsos anuais, antes consideradas legais e que levaram muitos pacientes com doenças graves à morte. A legislação não cria, portanto, um sistema público de saúde, mas busca organizar e regular o mercado privado, impondo-lhe padrões mínimos de atendimento, de modo que este absorva, compulsoriamente, todos os cidadãos. Estes, por seu turno, se veem obrigados a contratar um seguro de saúde que lhes permita gozar de atendimento na rede particular de assistência médica.

Em síntese, o ObamaCare traz três inovações essenciais: primeiro, garante o direito de todos os indivíduos contratarem um seguro saúde, impondo às seguradoras a aceitação de qualquer interessado; segundo, obriga a contratação individual, sob pena de pagamento de multa (o *individual mandate*); terceiro, concede benefícios tributários a famílias que estejam logo acima da linha de pobreza como uma forma de compensação pelos gastos com o seguro saúde (as famílias consideradas pobres seguem abrangidas pelos programas *Medicare* e *Medicaid*). Em complemento a estas, também determina aos Estados que adotem regras regulatórias para o mercado de saúde privada. Cada ente federativo pode criar seus modelos tipo de seguro saúde, porém, se não o fizerem, os parâmetros contratuais firmados pelo governo federal serão impostos.

O Partido Republicano, como já era de se esperar, criticou radicalmente o programa. Coerente com uma linha política

que defende a mínima intervenção estatal em vários campos da vida privada, sustenta que compelir todos os americanos a pagarem por um seguro-saúde viola os princípios da Constituição americana, em especial o princípio da liberdade. Sua crítica se estende, ainda, ao controle trazido pela legislação para o mercado de seguros de saúde, o que feriria a liberdade de empresa e o princípio da não intervenção estatal no domínio econômico.

Diante da derrota no Parlamento, diferentes instituições alinhadas com o pensamento Republicano buscaram a Suprema Corte esperando que esta afirmasse a inconstitucionalidade da legislação. A Corte, entretanto, entendeu não haver vícios que causassem sua nulidade. Em uma primeira manifestação, em junho de 2012, confirmou o “mandato individual do ObamaCare” e reconheceu a constitucionalidade da obrigação de todo cidadão contratar um seguro saúde, mesmo que jamais venha a usá-lo. Em 25 de junho de 2015, em novo julgamento, mais uma vez o programa teve sua constitucionalidade afirmada, agora no que tange ao sistema compensações tributárias. No voto proferido nesta ocasião, o *Chief Justice* Roberts teceu largas considerações sobre a legislação e os benefícios por ela trazidos, mostrando um claro posicionamento da maioria dos juízes a seu favor.⁴

4 Até agora, foram diversos os pronunciamentos da Suprema Corte norte americana acerca do *Patient Protection and Affordable Care Act* – PPACA, cumprindo destacar quatro decisões centrais, nenhuma das quais unânime:

a) *National Federation of Independent Business et. al. vs. Sebelius*. Caso 11-393 (julgado em conjunto com os casos 11-398 e 11-400); julgado em 28/06/2012. Decidiu-se pela constitucionalidade da multa para quem não contrate um seguro saúde (o *individual mandate*) e pela inconstitucionalidade da regra que colocava em risco os recursos destinados aos Estados para custeio do *Medicaid*. Disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf>

b) *Hobby Lobby Stores vs. Sebelius*. Caso 12-644, julgado em 26/12/2012. Decisão pela possibilidade de os contratos de seguro saúde não incluírem os custos inerentes a métodos contraceptivos ou abortivos, em respeito à liberdade religiosa. Disponível em http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12a644_k531.pdf

c) *Wheaton College vs. Burwell*. Caso 13-1284, julgado em 03/07/2014. Reafirmou a decisão tomada no caso *Hobby Lobby vs. Sebelius*. Disponível em http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13a1284_ap6c.pdf

Inconformados com mais esta perda, os congressistas republicanos elegeram o ObamaCare como o símbolo do governo democrata a ser destruído e anunciaram que a batalha continuará no Congresso. A revogação do PPACA se coloca como uma prioridade na agenda.

E a postura abertamente assumida pelos adeptos do Partido Republicano faz com que se mantenha vivo o debate acerca do embasamento constitucional da legislação, isto porque um dos argumentos centrais ao questionamento levantado por seus opositores diz respeito ao método interpretativo empregado para compatibilizá-la com a Constituição norte americana.

Esta breve síntese ilustra o debate travado acerca da legislação e serve como ponto de partida para uma análise mais aprofundada quanto a um dos aspectos conceituais mais interessantes e peculiares da teoria constitucional norte americana: o embate entre métodos interpretativos constitucionais conhecidos como *originalismo* e *não originalismo*.

A depender da perspectiva hermenêutica utilizada, *originalista* ou *não originalista*, o programa pode ser considerado constitucional ou inconstitucional, o que traz de volta à cena um debate que acompanha o constitucionalismo norte americano desde sua origem. E mais uma vez se discute a possibilidade de intervenção estatal na vida social à luz dos limites inscritos – ou não – na Constituição.

Assim é que, ao ensejo de melhor compreender a amplitude das repercussões conceituais que envolvem o debate sobre a validade do ObamaCare, o presente artigo se propõe a rediscutir este aspecto tão peculiar da teoria constitucional norte americana, diretamente relacionado à maneira como sua Constituição pode ser compreendida. Não serão apreciadas questões técnicas acerca da legislação, posto que o objetivo do estudo é

d) *King et. al. vs. Burwell*. Caso 14-114, julgado em 25/06/2015. Afirma a constitucionalidade do sistema de compensações tributárias que subsidiam gastos com seguro saúde. Disponível em http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-114_qo11.pdf

resgatar conceitos essenciais à cealeuma hermenêutica posta perante as instâncias judiciais daquele país, tema que adquire especial importância por se tratar de assunto referente a saúde pública, visto a influência que o sistema jurídico norte americano e as soluções normativas lá construídas exercem sobre o Brasil. O estudo se baseia em análise bibliográfica que resgata o desenho conceitual das teorias originalistas e não originalistas, destacando o embate histórico entre estas correntes e suas repercussões concretas no que tange à manutenção do Obama-Care.

1. ORIGINALISMO VS. NÃO ORIGINALISMO

Cass Sunstein explica que, desde seu nascimento, a Constituição norte americana tornou-se objeto de disputa por linhas teóricas que colocaram em polos opostos dois dos seus principais idealizadores: James Madison e Thomas Jefferson.

Para o primeiro, as circunstâncias que envolveram a criação do texto constitucional foram únicas e dificilmente se repetiriam. O produto daquele momento histórico, portanto, precisaria ser preservado, funcionando como um legado para as gerações futuras. Não apenas o texto deveria ser mantido íntegro, mas principalmente os valores que norteavam os homens daquele tempo, em seu projeto de construção de um país.

Na perspectiva madisoniana, o texto constitucional não precisava ser de todo imutável, podendo comportar alterações em situações extraordinárias. Estas, contudo, não poderiam colocar em risco a essência da Constituição, os valores nela inscritos. Era essencial que estes fossem colocados em uma posição de distanciamento seguro, que não permitisse às gerações vindouras alterá-los.⁵ Nesta medida é que se afirma nascer

5 SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009. p. 01.

em Madison a *teoria originalista*, que defende dever a Constituição ser lida e aplicada de acordo com sua concepção originária, aquilo que teria sido a intenção (*original intent*) daqueles que a elaboraram, os *framers*.

Como explica Antonin Scalia, o originalismo defende a interpretação da Constituição por meio da identificação do sentido original e verdadeiro do texto constitucional; deve-se encontrar ou descobrir qual seria a vontade fundante que levou o constituinte a elaborar certa regra constitucional⁶.

Philip Bobbitt destaca que o *originalismo* não é apenas um *método histórico* de interpretação constitucional. Aquele reflete a busca pela intenção originária dos *framers*, o grupo responsável pela elaboração do texto constitucional norte americano. Sob esta linha argumentativa, a interpretação constitucional deve ser feita tendo em mira o resgate das vontades que orientaram a confecção da Constituição, evitando desvios que possam impedir sua continuidade no tempo.

O originalismo, portanto, constitui algo mais que a simples análise textual propugnada pelos adeptos da escola histórica, para quem os limites da interpretação residem no próprio texto constitucional, sendo vedado ao intérprete agregar-lhe sentidos que não possam ser nele diretamente encontrados. Exemplificando, Bobbitt aponta que no caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1856, o argumento histórico foi invocado para justificar a não extensão de direitos a uma pessoa da raça negra, visto que, na época da elaboração da Constituição, a estes não se reconhecia a condição de cidadãos. Não se perguntou, neste julgamento, qual seria a intenção original por traz do texto normativo, restringindo-se o argumento ao resgate deste em

6 SCALIA, Antonin. Originalism: the Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review*. Volume 57, 1989. p. 849 e 862-864. Available at: <http://scholarship.law.uc.edu/uclr>

si.⁷

O pensamento originalista preocupa-se em assegurar estabilidade e consistência para a Constituição, permitindo decisões judiciais coerentes. Isto porque restringe a capacidade criativa dos tomadores de decisões, limitando a possibilidade de introduzirem seus próprios valores no processo interpretativo. Robert Bork é considerado um dos grandes defensores do originalismo e responsável pela reabilitação desta linha de pensamento. Em texto de 1971, criticava a atuação da Suprema Corte norte americana (especialmente o período de grande ativismo da chamada Corte Warren), em especial os fundamentos teóricos que esta invocava para justificar suas decisões. Defendia o respeito às escolhas do passado, sem o que não seria possível produzir decisões consistentes e constitucionalmente sustentáveis.⁸

A Suprema Corte só consegue se justificar apropriadamente quando recorre a princípios fornecidos pelos pais fundadores. Assim, pode cumprir seu papel de equilibrar maiorias e minorias sem interferir indevidamente no processo democrático. Em síntese: “Value choices are attributed to the Founding Fathers, not to the Court.”⁹ Consequentemente, as lacunas da Constituição somente podem ser preenchidas pelo legislador, jamais pelo Judiciário. O papel deste é apenas verificar se, de fato, existe a lacuna, tarefa que deve ser feita tendo por base uma leitura da Constituição em conformidade com seu desenho original.¹⁰

Interessante notar que Bork reinaugurou o debate sobre o tema quase uma década antes da guinada conservadora que

7 BOBBITT, Philip. The modalities of constitutional argument. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. Minnesota: West Group, 1999. p. 93-100.

8 BORK, Robert. Neutral principles and some first amendment problems. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. Minnesota: West Group, 1999. p. 113.

9 BORK, Robert. Neutral principles... Op. cit., p. 115.

10 BORK, Robert. Neutral principles... Op. cit., p. 119.

viria nos anos 1980.

Thomas Jefferson discordou desta linha de pensamento desde o início. Para ele, o imprescindível respeito aos fundadores não se traduziria em restrições ao direito de escolha dos vivos.¹¹ São famosas suas defesas, vertidas em cartas dirigidas a diferentes personalidades da vida política e jurídica norte americana, nas quais afirmava a independência de cada geração e seu direito a escolher o modelo de organização estatal que melhor atendesse às suas necessidades. “Pode uma geração obrigar outra, e todas as demais, sucessivamente, para sempre?”, perguntava para imediatamente concluir: “Creio que não. O Criador fez a terra para os vivos, não para os mortos.”¹²

Jefferson usava semelhantes argumentos para defender, de um lado, a possibilidade de o texto constitucional ser revisto periodicamente, não implicando, sua rigidez, em uma imutabilidade que impediria 'os vivos' de fazerem suas próprias escolhas. De outro, endossava o que se veio a denominar *não originalismo*, abrindo espaço para que novas visões e valores fossem agregados à Constituição pela via interpretativa.

Assim como preconizava Jefferson, o não originalismo sustenta que o texto constitucional deve ser entendido de maneira contextualizada e principalmente interpretado conforme a realidade atual do tempo em que é aplicado. As normas jurídicas construídas pelo intérprete sofrerão as adaptações necessárias conforme o momento de sua aplicação, se preciso for¹³. Como explica Paul Brest, o não originalismo não é uma simples negação do *original intent*, cuja relevância não pode ser desprezada, mas a convicção de que, eventualmente, este deverá ser superado para permitir uma compreensão mais adequada

11 SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds*. Op. cit., p. 02.

12 JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: IBRASA, 1964. p. 119.

13 STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. New York: Oxford, 2010.

do texto constitucional.¹⁴

A corrente não originalista tem consciência de que o texto constitucional não impõe à norma jurídica construída a partir dele um único sentido. Aliás, seria muito difícil encontrar um significado certo e único, como defendem os originalistas. Assim, no momento em que se procede à interpretação constitucional, é não só possível como realmente natural realizar uma atualização do seu conteúdo para que a norma jurídica possa se concretizar. Daí que esta vertente defende que a Constituição pode eventualmente sofrer mudanças com o passar dos tempos e se adaptar às novas circunstâncias sem ser formalmente emendada. Assim, as alterações na sociedade americana ocasionam mudanças nos julgados e nos precedentes, possibilitando a modificação no entendimento do texto.

2. INSUFICIÊNCIAS DAS INTERPRETAÇÕES ORIGINALISTAS

Como visto, este debate hermenêutico existe há muito tempo na sociedade norte americana e cada corrente é muito bem representada. Não obstante, percebe-se que há grandes dificuldades em aplicar a visão originalista a situações concretas, como o caso do ObamaCare, posto que esta tende a conduzir a decisões dissociadas da realidade contemporânea, o que por vezes inviabiliza a solução dos conflitos sociais, políticos e normativos existentes na atualidade. De outro lado, o não originalismo parece atender melhor às necessidades de interpretação do texto constitucional, abrindo espaço para o seu próprio aperfeiçoamento e o surgimento de novas teorias ou novas ramificações (como a da *living constitution*), haja vista não estar preso à cega e conservadora intenção de descobrir a vontade do

¹⁴ BREST, Paul. The misconceived quest for the original understanding. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. Minnesota: West Group, 1999. p. 133.

constituente.

A perspectiva originalista defende que, para se encontrar o sentido correto da Constituição, é necessário seguir uma série de mecanismos, de forma que, quando não é possível alcançar o sentido da norma por não ser o texto diretamente literal, recorre-se a instrumentos como a história, a linguística e a antropologia¹⁵. O que se busca, em síntese, é evitar que o sentido originário da Constituição seja perdido por meio da mudança em sua interpretação. Preserva-se, assim, a forma ordinária e única de mudança que se materializa por meio das emendas.

Aqui cabe uma observação. É sempre relevante lembrar a natureza sintética da Constituição norte americana, característica presente na maioria dos textos redigidos nos primeiros tempos do constitucionalismo. A grande preocupação presente entre os *framers* era criar as condições necessárias à união dos até então 13 Estados soberanos, o que os levou a deixar de lado temas mais delicados, sobre os quais não fosse possível construir consensos. Daí a questão da escravidão, por exemplo, não ter sido sequer mencionada.

Em termos conceituais, a Constituição ainda era vista como pouco mais que uma declaração de princípios, dispositivos gerais e abertos que deveriam orientar o comportamento de governos e legisladores, fundamentalmente. Ainda passariam algumas décadas até que a força normativa da Constituição se afirmasse, buscando-se em seu texto respostas para situações concretas.

Assim, quando se tem uma Constituição sintética, formada basicamente por normas gerais, cujo conteúdo raramente traz comandos concretos e objetivos, é esperado que sua aplicação traga dificuldades. E estas se colocam para todos que precisam interpretar seus comandos, dando concretude ao texto

15 BUENO, R. Interpretação constitucional: a polêmica entre o originalismo e o não-originalismo. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/2803/3958>. Acesso em: 05/06/2015.

diante de problemas que surgem no dia a dia. Naturalmente, existem partes do texto constitucional que são facilmente entendidas pelo intérprete devido à sua taxatividade e ou precisão - como quando se fala em idade mínima para se tornar Presidente ou na quantidade de Senadores para cada Estado. O problema é quando o texto constitucional não é claro o suficiente e dá margem a mais de uma forma de interpretação. Qual é, por exemplo, a abrangência do direito à liberdade de expressão e quais são os seus limites? Ou, pior: como decidir quando surgem situações que não foram sequer cogitadas, seja no texto original, seja nas emendas que a ele se somaram, como é o caso do acesso à saúde?

É nessa zona nebulosa, em que há menos objetividade, que os originalistas se apegam à ideia de que é necessário conferir ao texto constitucional o sentido dado pelo constituinte originário; seria inadmissível utilizar as palavras do texto constitucional para dar sentido contrário à vontade dos *framers*. Dessa forma, a corrente originalista considera, por exemplo, o direito a “penas não cruéis” como a ideia adotada no momento da formação desse direito, isto é, em 1791. Portanto, para essa linha de pensamento é perfeitamente possível a pena de morte e sempre será, pois essa era a noção que se tinha em 1791.¹⁶

Ocorre que a teoria originalista possui diversas falhas que prejudicam a interpretação constitucional. A primeira delas surge diante de uma simples pergunta: qual foi o entendimento do constituinte originário no momento de formação da norma? A principal objeção à teoria originalista se dá em razão da impossibilidade de se identificar qual foi a vontade dos ‘pais fundadores’.

Sob este ponto de vista, *original intentions* são inacessíveis pelo fato de que vontades não podem ser conhecidas com precisão, já que pertencem ao íntimo de quem as concebe e dificilmente são expressas de modo claro e unívoco. Assim é

16 STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. Op. cit., p. 10.

que, independentemente da natureza da intenção buscada, sempre há de pairar névoa sobre ela. Ainda que com auxílio de historiadores, a aquiescência a esse tipo de interpretação põe em risco a própria segurança jurídica, em razão dos inúmeros possíveis equívocos que podem ser cometidos ao se tentar adivinhar o núcleo da norma quando criada.

Sobre este ponto, explica Richard Kay (um defensor do originalismo) que dúvidas diante de opções que se colocam diante dos olhos sempre existem e, para os juízes assim como para todos os demais intérpretes, no instante de aplicar a Constituição, não é diferente. Face a situações concretas, problemas que precise resolver, ao juiz não se exige que construa (ou encontre) conceitos; não se lhe exige que precise o conteúdo, por exemplo, da cláusula do *due process of law*. O que se espera dos magistrados é que, apenas, façam escolhas (aplicar ou não a cláusula), o que, certamente, é muito menos complexo do que tentar resgatar o que os *enactors* (os que elaboraram as emendas) entendiam por *due process*...

Assim sendo, ainda que não haja absoluta certeza sobre as concepções originárias acerca de um instituto, elas não seriam tão relevantes, sendo possível ao intérprete escolher, entre duas alternativas, a que melhor se coadune com as evidências históricas legadas pelo passado. Se disso não defluem verdades absolutas, problema não há, afinal, o Direito não pode se pautar apenas em certezas intangíveis, sendo normal que as decisões tenham suporte em juízos de probabilidade.¹⁷

Esta noção traz um outro problema, que diz respeito às múltiplas intenções que podem estar por traz do texto constitucional. Afinal, como, dentre as várias opiniões que, de alguma forma, influenciaram na elaboração da Constituição e suas emendas, é possível extrair uma intenção? Como o próprio

17 KAY, Richard S. Adherence to the original intentions in constitutional adjudication: three objections and responses. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. Minnesota: West Group, 1999. p. 146-147.

Richard Kay coloca, como identificar uma única intenção onde há uma pluralidade de legisladores?

Kay propõe um intrincado exercício. De plano, salienta que decisões tomadas de forma coletiva refletem intenções comuns, sendo perfeitamente plausível defender que há uma vontade de grupo. Mais importante é responder à questão: em quais grupos deve ser buscado o *original intent*?

Uma distinção primeira e fundamental se faz entre os forjadores da Constituição e de suas subsequentes emendas. Os primeiros não se encontravam vinculados por qualquer procedimento legislativo ou regras previamente estabelecidas, de sorte que podiam exprimir livremente suas vontades, agindo *em nome do povo*. Já no processo de emenda constitucional há uma definição clara acerca dos espaços e formas de atuação oferecidos aos legisladores, que não encontraram tamanha abertura e podem ser mais facilmente identificados.

Os grupos cujas vontades devem ser procuradas são, enfim, as pessoas que elaboraram a Constituição e as assembleias que a ratificaram, ou as duas casas do Congresso e os legislativos estaduais, no que tange às emendas. Simples assim...

Em seguida, encontrados os grupos relevantes, há que se achar uma vontade dominante em seu seio. Esta questão se resolve de forma mais singela, cabendo considerar apenas a intenção da maioria, desprezando-se os gostos da minoria vencida. Consequentemente, ao intérprete interessa apenas identificar o que foi expresso pela parcela majoritária de cada grupo, extraíndo daí as bases para sua atividade.

Finalmente, nesta seara há uma terceira questão a ser tratada: a possibilidade de se ter de conciliar vontades antagônicas expressas por grupos variados.

Reiterando o que defendera anteriormente, Kay sustenta que opiniões divergentes são usuais, não havendo problema algum se restarem dúvidas acerca da verdadeira e pura intenção original. Afinal, o que se busca (e é possível encontrar) é uma

vontade que diga com o cerne da norma constitucional, pouco importando que parem controvérsias sobre algumas aplicações específicas que às mesmas possam ser dadas.

Em verdade, este aspecto somente constituiria um problema se fossem encontradas opiniões diametralmente opostas, expressas por grupos que tenham participado da elaboração das normas constitucionais. Isto, porém, jamais aconteceria visto que entre todos eles existe um vínculo, inscrito na linguagem, a apontar para direções ao menos semelhantes e dificilmente excludentes.¹⁸

Note-se que, em todo momento, o autor sustenta ser possível identificar, por algum mecanismo que ele não deixa claro, vontades de legisladores do passado. Mesmo nas situações mais intrincadas, quando dispositivos constitucionais foram objeto de máximas controvérsias em sua redação, ainda assim os intérpretes do presente devem conseguir compreender qual seria a intenção original e aplicá-la para resolver conflitos. Mesmo que estes não tivessem sido antecipados pelos legisladores históricos.

Outro problema que os críticos do originalismo apresentam diz respeito ao perigo da manipulação do sentido histórico do texto ou ainda de a interpretação ser feita pelo operador do direito da forma como ele pessoalmente gostaria de entender, mesmo que de boa-fé. Identificar vontades expressas há tanto tempo seria muito difícil, senão impossível. Afinal, o tempo pode provocar distorções de sentido e esta é uma realidade que sempre se fará presente, independentemente da quantidade de anos passados. Interessante como Richard Kay minimiza esta questão, afirmando que é inerente a qualquer estudo histórico ter que lidar com tais distorções, as quais seriam incapazes, contudo, de macular o processo de resgate da *original*

18 KAY, Richard S. Adherence to the original intentions in constitutional adjudication. Op. cit., p. 150-155.

intention.¹⁹

Não obstante, supondo que fosse possível identificar com clareza a vontade do constituinte originário no momento de criação da norma, indaga-se: como aplicar essa vontade e esse sentido da norma no mundo atual? Ao se analisar o contexto em que a Constituição americana foi elaborada essa pergunta se torna ainda mais assustadora, tendo em vista que, na época, tinha-se uma sociedade pequena, homogênea, predominantemente rural, com armas primitivas, indústria simples e transporte limitado, ao passo que hoje se tem uma sociedade enorme, em constante evolução, heterogênea, mais urbana e menos rural, uma indústria gigante, comércio globalizado e comunicação em tempo real. Pergunta-se então: se os constituintes viessem para os dias de hoje, a elaboração da norma seria diferente? Obviamente, não há como saber, o que permite afirmar que a tentativa de praticar o originalismo não passa de um arriscado exercício de suposição.

Essa teoria conservadora ganhou grande força na década de 1970 com o mandato de Richard Nixon e a chegada de Ronald Reagan na Presidência. Ao longo dos anos 1980 e 90, a Corte foi quase integralmente renovada com indicações feitas pelos governos republicanos, o que prosseguiu no governo George W. Bush.²⁰ Antonin Scalia, *Justice* desde 1986 por indicação de Reagan até sua morte em fevereiro de 2016, foi um dos grandes protagonistas do conservadorismo americano e durante mais de vinte anos suas decisões articulavam uma “(...) filosofia jurídica conservadora, frequentemente em uma linguagem

19 KAY, Richard S. Adherence to the original intentions in constitutional adjudication. Op. cit., p. 155-157.

20 A composição da Corte pode ser vista em: <http://www.supremecourt.gov/about/members.aspx> Nota-se que a formação atual tem três juízes indicados por presidentes Democratas (Elena Kagan e Sonia Sotomayor – Barack Obama; Stephen Breyer – Bill Clinton) e os demais por presidentes Republicanos (Samuel Alito e John Roberts – George W. Bush; Ruth Ginsburg e Clarence Thomas – George Bush; Anthony Kennedy e Antonin Scalia – Ronald Reagan).

rebuscada que é citada pela grande imprensa. Ele é um feroz oponente do direito de aborto, de todas as formas de ações afirmativas e de qualquer tentativa de separar a igreja e o Estado”.²¹

Essa teoria se tencionou de forma a manipular o sentido de vários princípios constitucionais. Além disso, essa postura não foi adotada apenas pelos juízes, mas também pelos governos Republicanos (Nixon a Bush filho). Assim, o originalismo se tornou instrumento para a implementação de medidas de índole política. A teoria originalista entrega a solução de conceitos principiológicos e indeterminados a uma possível vontade histórica, que se confunde com frequência com a vontade política prevalente da maioria dominante no momento em que a decisão está sendo tomada ou que determinado tema está sendo discutido no legislativo.

Note-se, assim, que o alerta que Robert Bork fazia no sentido de que o intérprete não originalista deveria estar disposto a sacrificar o princípio democrático e admitir que defenda seus próprios valores²² aplica-se igualmente à corrente originalista. Afinal, como visto, diante da quase impossibilidade de os valores que orientaram os pais fundadores serem resgatados – especialmente diante de situações não concebidas no Século XVIII como a necessidade de um sistema de saúde pública – tanto originalistas quanto não originalistas acabam por se valer de seus próprios valores na hora de interpretar a Constituição. A diferença é que os primeiros podem atribuir a responsabilidade por suas escolhas a pessoas que já morreram.

É com base nessa teoria falha que os republicanos pretendem impedir a manutenção do ObamaCare, manipulando o

21 CHEMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2010. p.19.

22 “The man who understands the issues and nevertheless insists upon the rightness of the Warren Court’s performance ought also, if he is candid, to admit that he is prepared to sacrifice democratic process to his own moral views.” BORK, Robert. *Neutral principles...* Op. cit., p. 116.

sentido da ‘vontade’ do constituinte originário para exercer influência na política sob o argumento de dever de respeito à Constituição.

3. AS VÁRIAS VONTADES DA CONSTITUIÇÃO

Embora o texto básico da Constituição americana tenha se mantido quase integralmente intacto, diversos dispositivos foram acrescentados por meio de emendas, começando imediatamente após o processo de ratificação, em 1789. Em sua maioria, as emendas representaram a incorporação de novos valores ao sistema jurídico constitucional, o que permite dizer que não há uma, mas várias Constituições que se foram sucedendo.

Em 1787, durante a Convenção da Filadélfia, o tema central era a unificação, o que levou os constituintes a discutir, quase exclusivamente, temas referentes à organização do Estado. Como ressalta Gerardo Pisarello,

(...) el movimiento que dio origen a la Convención de la Filadelfia de 1787 fue, a diferencia del que originó la declaración de la Independencia, claramente conservador. Su propósito era asegurar un gobierno fuerte que neutralizara las amenazas internas al orden económico, frenando las tendencias democráticas o democratizantes.²³

Nos dois anos seguintes, enquanto a Constituição ia sendo ratificada por cada um dos Estados, surgiu um novo debate: era preciso assegurar as liberdades individuais face ao poder estatal. E assim, como parte da negociação firmada entre os *federalistas* (corrente defensora da unificação e, por conseguinte, da Constituição) e seus opositores, foi posto em votação o primeiro conjunto de emendas (as dez primeiras emendas, conhecidas como o *bill of rights* norte americano) que, aprovadas em 1789, vieram a complementar o texto constitucional.

E aqui já se coloca uma questão essencial ao debate en-

²³ PISARELO, Gerardo. *Un Largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011. p. 68.

tre originalismo e não originalismo: quem são os constituintes originários, cuja intenção deve ser resgatada? Os de 1787, que priorizaram a organização do Estado e a contenção do poder central por meio de um sistema de distribuição de competências? Ou deveriam ser incluídos todos que participaram do debate que resultou na edição das dez primeiras emendas (um debate difuso, que não se limitou à assembleia nacional)?

Este tema é destacado por Bruce Ackerman em sua análise sobre as diferentes etapas do constitucionalismo e sua consequente influência sobre a interpretação constitucional.

Para Ackerman, em 1803 (data emblemática pela decisão no caso *Marbury vs. Madison*)²⁴ resgatar as origens do constitucionalismo implicava em analisar as ideias de um único grupo, razoavelmente homogêneo e conhecido. Era possível afirmar a identidade da Constituição com a geração dos fundadores, ainda viva e ativa no cenário político norte americano:

Quando John Marshall examinou a Constituição, ele pode supor que o povo dos Estados Unidos se referia a um grupo relativamente concreto de atores históricos – à geração de estadunidenses que lutou na Guerra de Independência e sistematizou seu significado político no dispositivo de 1787, juntamente com a primeira gleba de emendas constitucionais.²⁵

Não se esqueça, contudo, como trazido linhas acima, que esta geração não era tão uniforme em suas convicções. Aliás, o próprio caso *Marbury vs. Madison* ilustra o embate entre diferentes correntes em que se dividiam alguns dos mais destacados pais fundadores, dentre os quais Thomas Jefferson e John Adams.

As discussões sobre qual seria a 'verdadeira' Constitui-

24 Veja-se análise crítica acerca das implicações políticas que envolveram este julgamento em SANTIAGO, Marcus Firmino. *Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade*. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Rio de Janeiro: UFF. vol. 7, n.2, maio-agosto, 2015, p. 277-297.

25 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano. Fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 121.

ção permaneceram contidas durante as décadas seguintes, até a eclosão da Guerra Civil, em 1865, e o processo de reconstrução nacional que se seguiu ao conflito.

A geração pós Guerra Civil rompeu com vários valores fundacionais, plasmando nas Emendas da Reconstrução um novo conjunto de objetivos que, se não negavam o desenho constitucional originário, certamente impuseram aos intérpretes que se seguiram a tarefa de realizar uma *síntese multigeracional*, na expressão de Ackerman. Era preciso, portanto, dali em diante, combinar os diferentes aspectos que agora compunham a Constituição “(...) em uma nova doutrina íntegra que expressasse os novos ideais estabelecidos pelos republicanos em nome do povo.”²⁶

Outros momentos relevantes e outras emendas trouxeram mais mudanças essenciais ao sistema constitucional norte americano. No entanto, a situação de maior destaque no processo de redesenho constitucional não trouxe alterações textuais, não foi materializada em qualquer emenda. A Grande Depressão que se seguiu ao cataclismo de 1929 e a política do *New Deal*, implantada no governo Roosevelt em resposta à grave e longa crise econômica e social que solapou o país trouxeram uma nova dimensão ao constitucionalismo.²⁷

O *New Deal* foi concebido por meio de um amplo conjunto de leis que, em verdade, promoveu uma completa redefinição quanto ao papel do Estado perante a sociedade. E, naturalmente, foi objeto de intenso conflito, exacerbando a polarização entre visões originalistas e não originalistas acerca da Constituição.

As reformas do *New Deal* atingiam pilares do modelo liberal e havia receio de que a Corte Suprema pudesse declarar a inconstitucionalidade de várias leis do plano. Como exemplo de reformas havia empréstimos a fazendeiros, obras públicas

26 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano*. p. 122.

27 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano*. p. 122-123.

de infraestrutura, controle de preços por aquisição de estoques e redução da jornada de trabalho para se criar novos postos. Todas essas políticas eram consideradas altamente intervencionistas para a tradição liberal e para os padrões da época.²⁸

A economia americana, em 1933, contava com uma taxa de 25% de desemprego e queda de 18% no Produto Interno Bruto. Após a implementação das políticas, a economia crescia a taxa de 9,6% e o desemprego situou-se na taxa de 8%, já no ano de 1937.

Mas o caminho não foi fácil para Roosevelt. Dos nove juízes, cinco formavam a ala originalista (conservadora) que bloqueava o *New Deal*. Conforme destacado por Baker²⁹ “Uma vitória de Roosevelt sobre a Suprema Corte seria uma vitória do povo sobre os ricos e poderosos. Ela decidiria se o papel governo era auxiliar o povo ou proteger a propriedade privada.”.

A batalha era tão intensa que Roosevelt, em sua posse, ao ler o juramento de defender a Constituição comentou ao dizer o “Sim, mas a Constituição como eu a entendo: flexível o bastante para enfrentar qualquer novo problema de democracia. Não o tipo de Constituição que a Suprema Corte erigiu como barreira para o progresso e a democracia”³⁰.

Como destacado por Dahl³¹, em toda a história da Suprema Corte o tempo médio de declaração de inconstitucionalidade de metade das sentenças foi de quatro anos após a aprovação da legislação. No duelo entre Roosevelt e a Corte Su-

28 VIEIRA, José Ribas; DUTRA, Deo Campos. O Debate entre Originalismo e o Constitucionalismo democrático: Aspectos atuais da Teoria da interpretação Constitucional Norte americana. *Revista NEJ de Estudos Jurídicos*. Vol.18. Jan. 2013. p. 56. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em 09/06/2015.

29 BAKER, Leonard. *Back to Back. The duet between FDR and the Supreme Court*. New York, Macmillan, 1967. p. 311.

30 BAKER, Leonard. *Back to Back. The duet between FDR and the Supreme Court*. p. 311.

31 DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker. *Journal of Public Law*, no 6, 1957, p. 33.

prema, “Das 24 leis consideradas inconstitucionais num período de dois anos, 11 foram medidas promulgadas na fase inicial do New Deal.”³² E a posição conservadora da Suprema Corte tinha por esteio argumentos originalistas, em um alegado resgate do pensamento dos *founding fathers*.

Nesse sentido, havia consenso entre os demais poderes da necessidade da implementação das medidas contidas no *New Deal*. Porém, em nome de maior participação no cenário político e de uma posição originalista principiológica que prejudicou a recuperação da economia americana, as medidas sofriram dificuldades para serem implementadas.³³

Desde a edição da Lei Sherman³⁴, o modelo econômico dos Estados Unidos, conduzido pela ‘mão invisível’, mostrava sinais de fadiga. A nova ordem econômica, ditada pelas teorias de John Maynard Keynes, exigia maior participação do Estado com políticas anticíclicas que retomassem o crescimento do produto interno e evitasse a onda de falências. Assim, a posição originalista baseada nos princípios dos Pais Fundadores não mais encontrava espaço nessa nova dinâmica intervencionista e necessária no momento.

Keynes, como principal assessor de Roosevelt, pregava que as funções econômicas do setor público eram: alocativa, que significa oferta de bens públicos e privados à sociedade; distributiva, que se resume a transferências de renda aos mais pobres e subsídios a bens cujo consumo interesse à sociedade; e reguladora, cuja função seria aumentar o controle sobre a atividade econômica e desviá-la da trajetória tomada pelo capi-

32 DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker. p. 33

33 DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker. p. 31-32.

34 A lei Sherman de 1890 (Sherman Act) foi um ato de regulação que visava garantir a concorrência entre as empresas nos Estados Unidos, evitando que qualquer delas se tornasse suficientemente grande para ditar as regras do mercado em que atuava. Acarretou o desmembramento da Standard Oil em 1911 e culminou com as leis do New Deal.

talismo liberal que culminou na Grande Depressão a partir de 1930.³⁵

José Ribas Vieira analisa que “O papel central da interpretação constitucional seria realizar a confluência entre os compromettimentos das gerações do passado e das gerações do presente, aplicando o texto constitucional e seus princípios nas circunstâncias do presente, fazendo valer a legitimação da sociedade ao principal texto jurídico americano.” E, tratando especificamente do conflito interinstitucional surgido por conta do *New Deal*, ressalta que “Graças à demora nos processos de declaração de inconstitucionalidade, as reformas puderam ser implementadas. Essa defasagem temporal permitiu que as reformas produzissem seus efeitos econômicos desejados.”³⁶

Depois do *New Deal*, nada mais foi igual no constitucionalismo norte americano. Nas palavras de Sunstein:

After the New Deal, the power of the national government was increased; the president's authority became much broader; there were changes as well in prevailing understandings of individual rights, including diminished protection of freedom of contract and private property.³⁷

E arremata: “New Deal was not a return to the founding. It was a reflection of the beliefs and commitments of We the People.”

Daí em diante, a relação entre Estado e sociedade adquiriu nova feição e tanto governos democratas quanto republicanos se viram na contingência de se comprometer com a implementação de sistemas de benefícios sociais. O distanciamento pensado em 1787, época em que se considerava ser essencial ao bem estar geral que o Estado não participasse da vida privada, limitando-se a assegurar os espaços de liberdade e autodeterminação, desapareceu. E, mesmo que os Estados Unidos

³⁵ JESSUA, Claude. *Capitalismo*. Trad. William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2011.

³⁶ VIEIRA, José Ribas, DUTRA, Deo Campos. O Debate entre Originalismo e o Constitucionalismo Democrático: Aspectos Atuais da Teoria da Interpretação Constitucional Norte Americana. *Revista NEJ de Estudos Jurídicos*. Op. cit.

³⁷ SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds*. Op. cit., p. 05.

jamais tenham chegado a implementar um modelo tão participativo quanto o *État Providence* francês, seu *Welfare State* é uma realidade que encontra amparo no sistema constitucional.

Ou seja, Jefferson ganhou.

Como realça Sunstein, a ideia de uma Constituição estável, presa aos valores definidos por seus idealizadores, provou-se um mito. Embora não tenha havido alterações substanciais em seu texto ou um número significativo de emendas, as práticas sociais e as mudanças interpretativas transformaram a Constituição. E este processo não foi conduzido apenas pelos juízes e Tribunais, mas também pelos representantes eleitos e pelos cidadãos, que gradualmente passaram a exigir dos governos posturas diferentes, condutas que não seriam admitidas segundo a concepção constitucional original.³⁸

Dentre estas mudanças está a ampliação das responsabilidades e competências da União, em detrimento da tradicional autonomia dos Estados, uma característica incorporada ao modelo organizacional norte americano com especial ênfase após o *New Deal*. Também é um traço característico do constitucionalismo pós anos 1930 a crescente exigência por uma postura estatal mais preocupada com o bem-estar social, o que se refletiu no surgimento de um sistema de benefícios e amparos especialmente direcionado aos mais pobres. Mesmo no início do governo Reagan, nos anos 1980, auge dos cortes com gastos sociais, programas de amparo aos pobres, idosos e necessitados foram poupados. E o intervencionismo no espaço econômico manteve-se firme, especialmente diante da expansão dos investimentos militares em um período de recrudescimento da Guerra Fria.³⁹

Como destacado anteriormente, é fato que o *Welfare State* norte americano nunca alcançou o grau de complexidade

38 SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds*. Op. cit., p. 03.

39 MAGNOLI, Demétrio; BARBOSA, Elaine Senise. *O Leviatã Desafiado* (1946-2001). Vol. 2. Rio de Janeiro: Record, 2013. p. 255-257.

e intervencionismo social e econômico de seus equivalentes europeus. Isso não quer dizer, contudo, que não seja admissível a participação do Estado nestes domínios, ao contrário. O sistema constitucional, originalmente concebido para conter a ação dos governos e legisladores, segundo uma noção de liberdade individual muito própria do Século XVIII, foi sendo adaptado às novas circunstâncias, muitas das quais materializadas em emendas que trouxeram novos valores à Constituição. E, por óbvio, influenciam na maneira como esta é interpretada.

É notável como os norte americanos conseguem combinar avanços notáveis com um grande respeito à organicidade de seu sistema constitucional e à estabilidade do texto legislativo. E o processo de reconstrução constitucional, fruto da combinação de muitas mentes, trouxe inovações que permitiram estabelecer um diálogo conciliatório entre avanço e tradição.⁴⁰

É exatamente a partir desta perspectiva que a legislação do ObamaCare deve ser compreendida. Ela surge graças a um longo processo de redefinição acerca do papel do Estado e do governo central, por meio do qual os cidadãos, valendo-se do processo democrático, foram apresentando suas demandas e exigindo respostas. Basta lembrar que a questão do acesso à saúde esteve, desde o início, na pauta da campanha presidencial de Barack Obama e já tinha sido objeto de discussão anteriormente, no governo democrata de Bill Clinton.

Não há dúvidas quanto à natureza interventiva da legislação. Ela funciona como um mecanismo de regulação de mercados, ela cria obrigações para particulares, ela limita liberdades. Em contrapartida, permite o acesso universal ao sistema de saúde, repartindo seus custos entre toda a população por meio de um modelo monitorado pelo Estado, mas gerenciado pela iniciativa privada.

Algo assim certamente soaria muito estranho aos ouvidos de James Madison, que jamais poderia imaginar uma soci-

40 SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds*. Op. cit., p. 06.

idade tão complexa e mergulhada em semelhantes conflitos. Para sorte de muitos, Madison está morto e, no mundo dos vivos, têm prevalecido entendimentos diferentes, que permitem compreender a Constituição a partir dos novos valores que vieram a se somar aos antigos, o que certamente é uma das principais razões para a estabilidade e continuidade do sistema constitucional norte americano.

CONCLUSÃO

O cenário que se tem hoje em relação ao ObamaCare é muito semelhante ao demonstrado acima sobre o *New Deal*. Novamente argumentos republicanos fundados no originalismo se tornam barreiras ao progresso e à implementação das mudanças necessárias no atual contexto norte americano.

Este debate não é novo e, de tempos em tempos, ressurge. Hoje, os Estados Unidos passam por um período de recrudescimento do conservadorismo, que se aferra ao resgate de valores seculares como válvula de escape para problemas atuais, fomentando, no espaço político, um radicalismo polarizador que tende a se reproduzir nos cenários judiciais e também sociais.

Neste caso, contudo, tal intento não logrou êxito, na medida em que a Suprema Corte, seguindo uma postura claramente não originalista, afirmou ser necessário interpretar a Constituição conforme os cenários econômico, político e social atuais. Esse tipo de visão permite que ela realmente atenda os anseios do povo que está em constante evolução, na velocidade adequada. Como destacado, o não originalismo, por não estar preso à cega e conservadora intenção de adivinhar a vontade do constituinte, abre espaço para o seu próprio aperfeiçoamento o que viabiliza um ordenamento jurídico mais seguro e condizente com as necessidades e com o progresso do país.

A interpretação correta da Constituição, por meio da vi-

são não originalista, permite a plena manutenção do programa ObamaCare. Um programa de fundamental importância que surge para solucionar um sério problema do sistema de saúde norte americano. O programa está sendo implementado e possui a pretensão de ajudar mais de 50 milhões de pessoas. O ObamaCare, hoje, é muito bem visto e aceito pelo povo norte americano e, tendo em vista que a Constituição decorre do povo, essa aceitação ao programa reforça a legitimação à forma não original em que o texto constitucional foi interpretado para se implementar o programa e garantir sua manutenção.



REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o Povo Soberano. Fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BAKER, Leonard. *Back to Back. The duet between FDR and the Supreme Court*. New York, Macmillan, 1967.
- BOBBITT, Philip. The modalities of constitutional argument. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. Minnesota: West Group, 1999.
- BORK, Robert. Neutral principles and some first amendment problems. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. Minnesota: West Group, 1999.
- BREST, Paul. The misconceived quest for the original understanding. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. Minnesota: West Group, 1999.

- BUENO, R. Intepretação constitucional: a polêmica entre o originalismo e o não-originalismo. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/2803/3958>. Acesso em: 05/06/2015.
- CHEMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster, 2010.
- DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker. *Journal of Public Law*, no 6, 1957. p. 279-295.
- JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: IBRASA, 1964.
- JESSUA, Claude. *Capitalismo*. Trad. William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2011.
- KAY, Richard S. Adherence to the original intentions in constitutional adjudication: three objections and responses. in GARVEY, John H.; ALEINIKOFF, T. Alexander (org.). *Modern Constitutional Theory*. Minnesota: West Group, 1999.
- KECK, Thomas M. *The Most Activist Supreme Court in History: the road to modern judicial conservatism*. Chicago: University Chicago Press, 2004.
- MAGNOLI, Demétrio; BARBOSA, Elaine Senise. *O Leviatã Desafiado (1946-2001)*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Record, 2013.
- PISARELO, Gerardo. *Un Largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta, 2011.
- SANTIAGO, Marcus Firmino. Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Rio de Janeiro: UFF. vol. 7, n.2, maio-agosto, 2015.
- SCALIA, Antonin. Originalism: the Lesser Evil. *University of*

- Cincinnati Law Review*. Volume 57, 1989. Available at: <http://scholarship.law.uc.edu/uclr>
- SOUZA, Marco Aurélio Dias. *Pelos motivos errados, para as pessoas erradas e no momento errado: como os argumentos conservadores desestabilizaram a reforma de saúde estadunidense*. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/redd/article/view/5044/4182>. Acesso em: jun. 2015.
- STRAUSS, David A. *The Living Constitution*. New York: Oxford, 2010.
- SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.
- VIEIRA, José Ribas, DUTRA, Deo Campos. O Debate entre Originalismo e o Constitucionalismo democrático: Aspectos atuais da Teoria da interpretação Constitucional Norte americana. *Revista NEJ de Estudos Jurídicos*. Vol.18. Jan. 2013. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em 09/06/2015.