



TEORIAS INTERPRETATIVAS, CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E CRÍTICA

INTERPRETATIVE THEORIES, INSTITUTIONAL CAPACITIES AND CRITIQUE

Clèmerson Merlin Clève

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Constitucional do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor Visitante do Máster Universitario en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo e do Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha. Pós-graduado em Direito Público pela Université Catholique de Louvain - Bélgica. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Líder do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção da UFPR.

Bruno Meneses Lorenzetto

Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor do PPGD do UNIBRASIL. Visitng Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010). Bolsista pela CAPES durante o Mestrado na UFPR.

Resumo

O artigo é guiado pela indagação a respeito de qual instituição possui melhores condições para tomar decisões em casos controvertidos e qual teoria interpretativa seria adequada para conduzir o momento decisório. Assim, reconhece que a partir da ascensão do Judiciário como instância privilegiada para a solução de conflitos, teorias procuraram, de um lado, aprimorar o processo decisório através de propostas normativas sobre a jurisdição e, do outro, refrear o papel dos tribunais por meio da deferência deste perante outros poderes. Logo, o artigo trata do giro linguístico ocorrido no Direito e de duas teorias interpretativas normativas que acompanharam tal processo, o direito como integridade de Ronald Dworkin e a interpretação dinâmica da lei de William Eskridge. Expõe a tese das capacidades institucionais como antagonista das teorias normativas e delinea suas características centrais. Na última parte, critica a recepção dessa teoria no Brasil e propõe uma avaliação dos seus aspectos centrais, contando com as lições de Lenio Streck sobre a legitimidade da decisão.

Palavras-chave: Interpretação constitucional; Capacidades institucionais; Constitucionalismo.

Abstract

The article is guided by the question about which institution has the best conditions to take decisions on controversial cases and which interpretive theory would be appropriate to conduct the moment of decision-making. Thus recognizes that from the rise of the Judiciary as a preferred arena for the resolution of conflicts, theories sought, on the one hand, improve decision-making process through normative proposals on jurisdiction and, on the other, curb the role of the Courts through deference towards other powers. Therefore, the article deals with the linguistic turn that occurred in Law and with two normative interpretative theories that followed this process, Ronald Dworkin's law as integrity and William Eskridge's dynamic statutory interpretation. It exposes the theory of institutional capacities as an antagonist of normative theories and outlines its central features. In its last part, criticizes the reception of this theory in Brazil and proposes an evaluation of its central features, relying on the lessons of Lenio Streck about the legitimacy of the decision.

Key-words: Constitutional interpretation; Institutional capacities; Constitutionalism.

1. INTRODUÇÃO

A indagação que procura determinar quem ou, alternativamente, qual instituição possui melhores condições para tomar decisões sobre casos controvertidos não é uma novidade teórica. A disputa sobre qual o papel adequado para cada um dos Poderes e os limites e capacidades que lhes devem ser atribuídos já havia sido elencada no rol de aspectos determinantes do Estado moderno. Não obstante, diferentes respostas normativas foram fornecidas no bojo do paradigma moderno no que tange ao arranjo institucional adequado entre os Poderes e, como consequência, quem teria melhores condições para a realização de interpretações constitucionais.

Procura-se, com isso, definir qual a maneira mais adequada de ler, compreender e aplicar os textos de uma Constituição. Um dos motivos pelos quais tal atividade passou a ser reconhecida como fundamental no plano das tensões entre os Poderes repousa na ampliação das funções outorgadas ao Judiciário nas últimas décadas em países democráticos.¹ No cenário brasileiro, tais discussões possuem relevância na

¹ Ran Hirschl explica as diferentes formas de compreender como o Judiciário passou a ser um poder de grande relevância através da constitucionalização em diferentes lugares do mundo, fenômeno que trata como "global". "The hegemonic preservation thesis may help us understand judicial empowerment through constitutionalization as part of a broader trend whereby crucial policy-making functions are increasingly insulated from majoritarian control. As we have seen, the world seems to have been seized by a craze for constitutionalization and judicial review. The transformation of judicial institutions into major political actors has not been limited to the national level; (...)." (HIRSCHL, 2004. p. 105).

consolidação e no desembaraçar das diferentes perspectivas teóricas que são utilizadas para justificar a prática da jurisdição constitucional.

Diante desse contexto, a teoria das capacidades institucionais ganhou atenção tanto no plano internacional quanto nacional como alternativa para atuações ativistas por parte do Judiciário. Teorias da deferência foram reestabelecidas em oposição às construções que procuravam caminhos normativos para expor a “melhor resposta” a ser apresentada pelos magistrados.

Perante o embate teórico delineado, o artigo apresenta considerações sobre os jogos de linguagem e relaciona duas teorias interpretativas normativas: a que propõe a leitura do direito como integridade, de Ronald Dworkin e a teoria interpretativa dinâmica, de William N. Eskridge.

Na continuidade, o artigo traça um panorama sobre a tese das capacidades institucionais de Cass Sunstein e Adrian Vermeule e expõe suas principais características. A busca por uma releitura do formalismo, a defesa do consequencialismo e do textualismo, sua ancoragem em uma visão empírica e o resgate da deferência do Judiciário. Os diferenciais da teoria das capacidades institucionais estão na preocupação institucional, na promoção da teoria dos acordos incompletamente teorizados, na opção por decisões de segunda ordem e na elevação das agências como as entidades decisórias mais adequadas para a solução de casos controvertidos. Tais categorias são trabalhadas e submetidas a uma crítica na última parte do artigo.

As críticas procuram apontar os limites da teoria das capacidades institucionais, a insuficiência do textualismo e do consequencialismo, a impossibilidade de uma simples deferência do Judiciário perante o Executivo, a inafastabilidade dos fatores políticos e normativos sobre a decisão. Ainda apontam, com o auxílio de Lenio Streck, como tais questionamentos podem acabar por menosprezar a importância da legitimidade no momento decisório.

2. JOGOS DE LINGUAGEM

Superada a noção de que o sentido dos textos emana apenas de um lugar específico ou que há uma relação necessária entre os objetos designados e seus respectivos “nomes próprios”, passou-se a refletir sobre como textos normativos

conformadores de sistemas jurídicos são dependentes da produção de sentido por seus intérpretes. Dessa maneira, os diferentes modos pelos quais se faz possível realizar a construção semântica encontra, no âmbito jurídico, respaldo na orientação que determina a fundamentação das sentenças, a apresentação de razões por seus intérpretes com a finalidade de comunicar suas decisões para que estas possam ser compreendidas por seus destinatários.² Tal ideia é importante para fundamentar as construções jurídicas dialógicas e o entendimento de que o direito se constrói como uma conversa contínua.

Não existe norma que esteja distanciada da operação hermenêutica. A produção de normas e de seus sentidos são atividades que precisam da interpretação, ou seja, para que possam ter força normativa, *força de lei*, elas demandam alguém com autoridade para dizer qual é a lei para a situação em disputa. Disso se depreende que os dispositivos que serão interpretados, em princípio, terão como resultado uma norma.

Porém, não há uma necessária correspondência entre norma e seus dispositivos (ÁVILA, 2004. p. 22). Essa análise permite afastar a falsa imagem que determina uma relação simultânea entre texto e norma, pois, nem sempre a norma é derivada de um “texto”, assim como nem sempre é possível derivar uma norma de um texto.³

Destarte, entende-se que a elaboração de sentidos por meio da interpretação não corresponde à defesa da *inexistência* de sentidos estabelecidos antes do processo hermenêutico. Tal inferência é realizada em face da distinção entre os diversos *usos* da linguagem, mas também, dos limites existentes no que tange à orientação do emprego adequado dos meios comunicativos.

Wittgenstein, ao tratar dos jogos de linguagem, procurou romper com o

² “Esses conteúdos de sentido, em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários.” (ÁVILA, 2004. p. 16).

³ “Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico. Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.” (ÁVILA, 2004. p. 22). Em termos análogos é possível observar a mesma questão na seguinte afirmação de Laurence Tribe: “Like *McCulloch v. Maryland*, and in a manner reminiscent even of the Gettysburg Address, our hypothetical case would undoubtedly be governed by a defining principle drawn from the invisible Constitution: the principle that ours is a ‘government of the people, by the people, for the people.’ (...) Why? Where does the constitutional status of that simple idea come from? There are a few textual points reflecting it, but examining them merely confirms that the broad principle at issue here cannot be extracted from the text alone but must instead be interpolated from features of the Constitution that remain invisible.” (TRIBE, 2008. p. 87-88).

entendimento de que cada palavra corresponderia a um dado objeto específico. Logo, propôs uma diferenciação entre o “portador do nome” e “significado do nome”, pois o significado não dependeria da existência de seu portador (WITTGENSTEIN, 1986).⁴ Além disso, enfatizou a importância do uso, do aspecto pragmático da linguagem,⁵ o qual se realiza diante de uma correção, perante um conjunto de regras mínimas para a utilização apropriada de expressões linguísticas.⁶

Na formulação dos *jogos de linguagem*,⁷ Wittgenstein argumenta que os atos intencionais que outorgam significado não são essenciais para a compreensão da linguagem. Por isso, a busca deveria ser voltada para a variedade de circunstâncias em que os signos linguísticos são submetidos.⁸ O fato de que eles são parte de uma atividade orientada não leva necessariamente a uma definição de um sistema de regras para cada jogo de linguagem específico, mas indica o caráter convencional dessa atividade humana.

Ao invés de propor uma forma geral de proposições comunicativas e para a própria linguagem, ou identificar algo comum àquilo tudo que pode ser designado como linguagem, Wittgenstein enfatizou que tais fenômenos são relacionados entre si de modos díspares e que não há uma definição da “essência” do jogo.⁹

O que pode ser objeto de análise é o resultado de uma trama complexa de semelhanças sobrepostas e cruzadas em certos casos, sejam estas semelhanças

⁴ Em termos jurídicos a questão pode ser elucidada da seguinte maneira: “Quando cada governante morre, o seu trabalho legislativo sobrevive-lhe, porque assenta no fundamento de uma regra geral que gerações sucessivas na sociedade continuaram a respeitar, em relação a cada legislador, fosse qual fosse a época em que houvesse vivido.” (HART, 2007. p. 72).

⁵ “Mas se tivéssemos de mencionar o que anima o signo, diríamos que é a sua *utilização*.” (WITTGENSTEIN, 1992. p. 30).

⁶ Ver a diferença entre gramática superficial e profunda apresentada por Wittgenstein. (WITTGENSTEIN, 1986. p. 168).

⁷ “I Will call these game ‘language-games’ and will sometimes speal of a primitive language as a language-game. And the processes of naming the stones and of repeating words after someone might also be called language-games. Think of much of the use of words in games like ring-a-ring-a-roses. I shall also call the whole, consisting of language and the actions into which it is woven, the ‘language-game’.” (WITTGENSTEIN, 1986. p. 5).

“A expressão ‘jogo de linguagem’ não surge por acaso. O aspecto sob o qual Wittgenstein contempla a linguagem leva, quase que necessariamente, à comparação da linguagem como um jogo complicado como, por exemplo, o xadrez. Sob múltiplos aspectos, a analogia evidencia-se frutífera. Antes de tudo, é o *ponto de vista operativo* que aparece em primeiro plano, para Wittgenstein. A realização de um jogo consiste em determinado *operar com figuras de jogo*: a concretização da linguagem na condição de um jogo de linguagem consiste em um *operar com palavras e frases*.” (STEGMÜLLER, 2012. p. 418).

⁸ “Think of the tools in a tool-box: there is a hammer, pliers, a saw, a screw-driver, a rule, a glue-pot, glue, nails and screws. The functions of words are as diverse as the functions of these objects.” (WITTGENSTEIN, 1986. p. 6).

⁹ “For if you look at them you will not see something that is common to *all*, but similarities, relationships, and a whole series of them at that.” (WITTGENSTEIN, 1986. p. 31).

genéricas ou referentes a detalhes (WITTGENSTEIN, 1986. p. 32). Se as *similaridades de família* reafirmam a falta de fronteiras para a linguagem, ao mesmo tempo demandam a criação de certos limites.¹⁰ Logo, as regras gramaticais não conformam apenas instruções para o uso correto da língua, expressando, também, as normas de uma linguagem que produz sentido, de uma linguagem significativa.

A gramática, para Wittgenstein, não se situa no plano abstrato, substanciando, antes, uma atividade humana regular em que jogos de linguagem são intercalados, os quais enfatizam o fato de que a linguagem é uma atividade, faz parte de uma *forma de vida* (WITTGENSTEIN, 1986. p. 11). Nesse sentido, a tarefa hermenêutica não conforma uma produção unilateral de sentidos, antes reafirma uma semântica que já se encontra em operação em uma comunidade discursiva, apresentando-se como fruto de convenções sociais.¹¹

O conjunto de reformulações engendradas pelo “giro linguístico” reverberou no plano jurídico (STRECK, 2010). Deriva-se daí a compreensão de que as teorias da interpretação formam parte determinante da produção constitucional (HART, 1983). Afastadas as antigas visões idealizadas do papel dos intérpretes do texto como agentes isentos de vontade – os quais poderiam apenas aplicar o conjunto de decisões formadas no âmbito político, do qual eles não seriam participantes ativos –, passou-se a projetar formas distintas de enunciar maneiras adequadas de formulação das decisões.¹²

3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional, em tais circunstâncias, ganhou relevo diante de um plexo de fatores políticos e históricos que dispuseram a Constituição como norma

¹⁰ “What still counts as a game and what no longer does? Can you give the boundary? No. You can *draw* one; for none has so far been drawn. (But that never troubled you before when you used the word ‘game’).” (WITTGENSTEIN, 1986. p. 33). No mesmo sentido afirma Herbert Hart: “Muito frequentemente o uso comum, ou mesmo técnico, de um termo é bastante ‘aberto’, na medida em que não *proibe* a extensão do termo a casos em que apenas algumas das características normalmente concomitantes estão presentes.” (HART, 2007. p. 20).

¹¹ Em sintonia com tal compreensão afirma Hart que: “(...) os tribunais não consideram as regras jurídicas como predições, mas antes como padrões a seguir na decisão, suficientemente determinados, apesar da sua textura aberta, para limitar o seu carácter discricionário, embora sem o excluir. (HART, 2007. p. 161).

¹² “Não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar, rompendo-se, assim, as perspectivas epistemológicas que coloca(va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação. A consequência, insisto, será a necessidade de uma teoria da decisão.” (STRECK, 2014. p. 278).

suprema. A elevação da Carta Magna à condição de teto e fundamento do ordenamento jurídico foi acompanhada pela maior atenção às atividades daqueles que tinham como dever, “guardar” ou “proteger” a Constituição (KELSEN, 2007).

Diante da importância conferida a tal atividade, colige-se a especificidade do papel que a Constituição passou a ocupar, compreendida como fonte normativa em sua integralidade, diante da existência de um conjunto de normas que não são autoevidentes ou autoexecutáveis e que não podem ser submetidas a uma simples subsunção. Como analisa Wojciech Sadurski, foi o exemplo da Constituição dos Estados Unidos que convenceu os europeus de que a Constituição não podia ser deixada apenas para ser aplicada no âmbito político, já que demandava a criação de instrumentos legais para confirmar, no plano da aplicação, sua supremacia. A ideia de que uma instituição jurídica deveria ter autoridade para garantir a supremacia constitucional foi, por muito tempo, um anátema no continente europeu (SADURSKI, 2011).¹³

No Brasil, após a Constituição de 1988, a doutrina da efetividade procurou afirmar a normatividade constitucional em oposição às leituras que consideravam a Constituição como um texto político desprovido de força normativa. A proposta da “dogmática da efetividade” voltou-se para preencher uma lacuna teórica no país e potencializar os efeitos que poderiam ser derivados da Carta Magna, apostando, na época, em certo protagonismo do Judiciário.¹⁴

Ademais, as Constituições escritas não apresentam, de maneira completa em seu texto, o conjunto de orientações sobre como elas devem ser interpretadas (TRIBE, 2008. p. 78). Aquilo que pode ser dito, por outro lado, é que as Constituições são carregadas, desde o seu início, com uma narrativa densa, que não é capaz de se auto definir sem fatores exógenos, narrativa que segue por distintos momentos históricos, demandando que as sucessivas gerações produzam sentidos a partir dela, seja com base na história, na estrutura ou no texto constitucional (TRIBE, 2008. p. 69).

¹³ No mesmo sentido: “(...) pode-se afirmar que, até meados do século XX, no modelo hegemônico na Europa continental e em outros países filiados ao sistema jurídico romano-germânico, a regulação da vida social gravitava em torno das leis editadas pelos parlamentos, com destaque para os códigos. A premissa política subjacente a esta concepção era a de que o Poder Legislativo, que encarnava a vontade da Nação, tinha legitimidade para criar o Direito, mas não o Poder Judiciário, ao qual cabia tão somente aplicar aos casos concretos as normas anteriormente ditadas pelos parlamentos.” (SOUZA NETO, 2012. p. 84).

¹⁴ “Assim como o médico-cirurgião intervém no corpo do paciente para cumprir sua missão, valendo-se do instrumental cirúrgico, cabe ao jurista intervir no mundo jurídico por meio de instrumental próprio: a dogmática.” (CLÈVE, 2012. p. 36). Ver também: BARROSO, 2006.

Com isso, as Cortes Constitucionais também foram alçadas à uma posição privilegiada no debate e os entendimentos que procuram reforçar ou mitigar a função da jurisdição constitucional passaram a disputar o cenário teórico. Isso pode ser constatado, por exemplo, no embate entre as correntes “interpretativistas” e “não interpretativistas” nos Estados Unidos.¹⁵

A perspectiva “interpretativista” enfatiza os limites interpretativos presentes na textura semântica e na suposta vontade do legislador, os quais seriam justificados em decorrência do princípio democrático, ou seja, os juízes não poderiam querer ocupar o papel dos políticos na definição das normas que organizam o Estado de Direito (CANOTILHO, 2003. p. 1195). De tal maneira, a realização do controle de constitucionalidade apenas seria admissível nas situações em que se identificar uma “regra” clara para o “juízo de constitucionalidade”, enquanto a Constituição cumpriria função institucional e procedimental – definir competências de órgãos públicos e não estabelecer conteúdos substantivos que orientam a sociedade (CANOTILHO, 2003. p. 1196).¹⁶

A perspectiva “não interpretativista”, de outra sorte, sublinha que cabe aos juízes a identificação e a aplicação de valores substantivos para preservar a Constituição. Nesse contexto, não apenas a democracia deve ser apreciada como valor que merece tutela por parte do Judiciário. Justiça, igualdade, liberdade, também devem ser levados em consideração no momento da atividade hermenêutica realizada pelos juízes.¹⁷

A dicotomia foi ressaltada diante da detecção de “casos difíceis”, ou seja, nos

¹⁵ “Há uma antiga disputa na teoria constitucional que vem sendo chamada por diferentes nomes em diferentes épocas; porém, para falar dela, a terminologia contemporânea parece ser tão boa como qualquer outra. Hoje em dia, tendemos a chamar os lados em disputa de ‘interpretacionismo’ e ‘não interpretacionismo’ – o primeiro afirma que o juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita, e o segundo adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento.” (ELY, 2010. p. 3).

¹⁶ Ronald Dworkin critica tal perspectiva com a seguinte argumentação: “Os juízes não podem decidir qual foi a intenção pertinente dos constituintes, ou qual processo político é realmente justo ou democrático, a menos que tomem decisões políticas substantivas iguais àquelas que os proponentes da intenção ou do processo consideram que os juízes não devem tomar. A intenção e o processo são idéias nocivas porque encobrem essas decisões substantivas com a piedade processual e finge que elas não foram tomadas.” (DWORKIN, 2005. p. 43).

¹⁷ “(...) o *direito* não é apenas o ‘conteúdo’ de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por *princípios jurídicos abertos* como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juízes.” (CANOTILHO, 2003. p. 1197). “As teorias não interpretativas, segundo se afirma, supõem, ao contrário, ser válido que o tribunal, pelo menos algumas vezes, confronte decisões legislativas com modelos retirados de alguma outra fonte que não o texto, como a moralidade popular, teorias da justiça bem fundadas ou alguma concepção de democracia genuína.” (DWORKIN, 2005. p. 44).

quais inexistem uma regra previamente estabelecida que determine, com certa segurança, um sentido específico para a decisão.¹⁸ Essa, por não ter respaldo em uma regra, pode ser fundamentada em princípios ou políticas e, para Dworkin, o ideal seria que elas tivessem seu fundamento estabelecido em princípios jurídicos,¹⁹ pois, em tais casos, os juízes tomam decisões aptas a justificar outras decisões, as quais podem ser inseridas, ademais, em uma teoria abrangente dos princípios (DWORKIN, 2010. p. 137).²⁰

4. INTERPRETAÇÃO E INTEGRIDADE

Dworkin foi um dos mais importantes defensores do “não interpretativismo”²¹ e, de suas reflexões destaca-se a famosa teoria “Olímpica” a respeito de como devem se ajustar os hermenutas,²² assim como vários questionamentos a respeito do próprio

¹⁸ “(...) mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. (DWORKIN, 2010. p. 128). A título ilustrativo, veja-se o número diminuto de ações que tipicamente envolveram jurisdição constitucional na história Supremo Tribunal Federal: ADC, 32 (0,002%); ADI, 5.040 (0,331%); ADO, 24 (0,002%); ADPF, 300 (0,020%). (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014. p. 143-144). Não desconsiderando a possibilidade da realização de controle de constitucionalidade em outras ações, assim como, que os “casos difíceis” não estão limitados às quatro modalidades supracitadas, faz-se possível reconhecer que, em termos proporcionais, o STF possui um número reduzido de “casos difíceis”.

¹⁹ “(...) defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas.” (DWORKIN, 2010. p. 132). “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.” (DWORKIN, 2005. p. 101).

²⁰ “Há muitas situações em que não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. São os casos difíceis. Há três grandes situações geradoras de casos difíceis: a) *Ambiguidade da linguagem*. (...) b) *Desacordos morais razoáveis*. (...) c) *Colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais*.” (BARROSO, 2012. p. 37-38).

²¹ Em certa medida a dicotomia entre interpretativistas e não interpretativistas foi superada com o reconhecimento da impossibilidade de se afastar a atividade interpretativa por parte dos juízes. Para Dworkin, qualquer teoria a respeito do controle de constitucionalidade é interpretativa: “(...) no sentido de quem tem como objetivo oferecer uma interpretação da Constituição enquanto documento jurídico original e fundador, e também pretende integrar a Constituição à nossa prática constitucional e jurídica como um todo.” (DWORKIN, 2005. p. 45). Nos termos de Kingwell: “(...) judges – like readers – are interpreting all the time, whether they like it or not. From this point of view, interpretivism is really just a rather strict and old-fashioned school of interpretation, one that is further impaired by insufficient self-awareness.” (KINGWELL, 1994. p. 323). Ver também: FISS, 1982.

²² “Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade.” (DWORKIN, 2003. p. 287). “(...) Dworkin concede que nenhum juiz humano real, distinto de ‘Hércules’, o seu mítico juiz ideal, podia praticar o feito de construir uma interpretação de todo o direito do seu país, de forma imediata.” (HART, 2007. p. 326).

conceito de Direito.²³

A teoria de Dworkin se concentra na atividade interpretativa ao mesmo tempo em que procura articular critérios de avaliação, ao estabelecer parâmetros de ajuste (*fit*) e justificação (*justification*) dos princípios em relação ao sistema jurídico e suas práticas. Possui como guia a integridade, a busca pela melhor interpretação disponível no ordenamento jurídico, procurando “mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível” (DWORKIN, 2003. p. 292).²⁴ Tece diversas críticas ao que designa de “teoria semântica” do Direito. Assim, questiona o positivismo de Herbert Hart pelo fato de o autor ter supostamente transformado o uso do poder do Estado em um “mero jogo de palavras” (DWORKIN, 2003. p. 50).²⁵ Ademais, identifica um juízo moral nas proposições capazes de afirmar *qual é o direito* adequado em certo caso.

Em sua hermenêutica holística os enunciados jurídicos precisam ser extraídos de um conjunto de princípios que podem chegar até a “resposta certa”²⁶ diante de todo o ordenamento jurídico estabelecido.²⁷ Sua proposta teórica é de uma teoria geral da interpretação baseada em valores, com alicerce na ideia de que existem verdades objetivas. Segundo Dworkin, algumas instituições são efetivamente injustas e alguns

²³ “Quando, como ocorre freqüentemente, duas partes discordam a respeito de uma proposição ‘de direito’, sobre o que estão discordando e como devemos decidir sob qual dos lados está com a razão? Por que denominamos de ‘obrigação jurídica’ aquilo que ‘o direito’ enuncia? Neste caso, ‘obrigação’ é apenas um termo técnico que significa apenas o que é enunciado pela lei? Ou a obrigação jurídica tem algo a ver com a obrigação moral? Podemos dizer, pelo menos em princípio, que temos as mesmas razões tanto para cumprir nossas obrigações jurídicas como para cumprir nossas obrigações morais?” (DWORKIN, 2010. p. 23-24).

²⁴ “Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.” (DWORKIN, 2003. p. 305).

²⁵ “As teorias semânticas como o positivismo limitam nossa linguagem ao nos negar a oportunidade de usarmos a palavra ‘direito’ desse modo flexível, dependendo do contexto ou do sentido. Elas insistem em que devemos optar, de uma vez por todas, entre um sentido ‘amplo’ ou pré-interpretativo, e um sentido ‘estrito’ ou interpretativo. Desse modo, porém, a correção lingüística paga um preço exorbitante.” (DWORKIN, 2003. p. 129).

²⁶ “Desse modo, a própria ideia de resposta correta (adequada à Constituição) se apresenta como uma (nova) perspectiva para se pensar o problema da relação entre direito e moral: o dever do juiz – que surge do correlato direito fundamental – instituiu um (novo) começo moral para o direito. Dito de outro modo, a resposta correta deve ser entendida numa dupla perspectiva: 1) enquanto possibilidade, a partir da qual se demonstra como são possíveis respostas corretas em direito; 2) enquanto dever, no interior da qual se produz uma teoria de como os juízes devem decidir as causas que julgam, e não apenas como eles podem (escolher) julgar.” (STRECK, 2010. p. 511).

²⁷ “Se existem tais fatos morais, então pode-se racionalmente supor que uma proposição de Direito é verdadeira mesmo que os juristas continuem a discordar quanto à proposição depois de conhecidos ou estipulados todos os fatos concretos.” (DWORKIN, 2005. p. 206). Para Ronaldo Porto Macedo Junior: “A tese da resposta certa, conforme se procurará demonstrar, está na base de uma concepção interpretativa da verdade e da objetividade, segundo a qual afirmar a objetividade de uma proposição significa reconhecer que ela está justificada pelos melhores argumentos disponíveis. (...) a objetividade jurídica, ou, ainda, a ‘objetividade possível’ – porquanto outras concepções seriam contrassensuosas –, é aquela que se regula pelo jogo de linguagem do direito.” (MACEDO JUNIOR, 2013. p. 48).

atos são realmente errados, independentemente de quantas pessoas entendam isso de outra forma (DWORKIN, 2011. p. 7-8).²⁸

O exemplo da cortesia auxilia na compreensão de tal proposta. Para o autor, a prática da cortesia não apenas pode ser observada em termos fáticos, eis que possui em si um valor, está de acordo com algum interesse ou reforça algum princípio que independe da descrição das regras que compõem a prática (DWORKIN, 2003. p. 57). Uma vez que se adota uma atitude interpretativa diante da cortesia ela se transforma, não é mais uma atividade mecânica, mas, antes, uma prática à qual as pessoas procuram atribuir determinado significado e, possivelmente, reestruturá-la diante de tal sentido (DWORKIN, 2003. p. 58), dessa maneira: “A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior.” (DWORKIN, 2003. p. 59).

Sua “interpretação construtiva” estipula distintos níveis de consenso em cada etapa da interpretação, a qual se divide em três: a) primeiro um momento “pré-interpretativo” no qual são identificados padrões que conferem conteúdo experimental para a prática; b) na etapa seguinte, propõe a criação de uma justificativa geral para os principais elementos da prática anterior; nesse caso, a justificativa precisa ser suficiente para que o intérprete possa ser observado como alguém que realiza uma atividade hermenêutica e não criativa de uma nova prática; c) por fim, engendra-se uma fase pós-interpretativa ou reformuladora, em que são ajustadas a prática e a justificativa adequadas (DWORKIN, 2003. p. 81-82).

A teoria interpretativa de Dworkin pode ser inserida na perspectiva mais abrangente do “direito como integridade”, na qual todo o Direito e seu conjunto de artefatos, normas, decisões, encontram-se em um processo contínuo de interpretação. A integridade orienta, também, a produção do legislador, de modo que este deve buscar fazer com que o conjunto normativo do Estado se torne moralmente coerente.

As formulações de Dworkin indicam que não há como retornar a um ponto

²⁸ Dworkin deu continuidade aos seus argumentos: “*That* there are truths about value is an obvious, inescapable fact. When people have decisions to make, the question of what decision they should make is inescapable, and it can be answered only by noticing reasons for acting one way or another; it can be answered only in that way because that is what the question, just as a matter of what it means, inescapably calls for. No doubt the best answer on some occasions is that *nothing* is any better to do than anything else. Some unfortunate people find a more dramatic answer unavoidable: they think nothing is ever the best or right thing to do.” (DWORKIN, 2011. p. 24).

histórico no qual a interpretação constitucional deixa de ser uma prática construtiva realizada por seus intérpretes. Entretanto, e não afastando as importantes contribuições do autor, não é necessário concordar com todo o aparato teórico apresentado para chegar a análogas conclusões.²⁹

Além disso, a disputa a propósito da atividade interpretativa, se esta deve se concentrar em maior ou menor medida no Judiciário, no Legislativo,³⁰ ou ser realizada pelo próprio “povo”,³¹ não modifica o caráter divergente entre as teorias que disputam a definição de *quem* tem capacidade para produzir as melhores respostas: o juiz, o legislador, os membros do executivo ou o próprio povo?³²

5. INTERPRETAÇÃO DINÂMICA

William Eskridge procura responder a essa questão por meio de uma teoria dinâmica da interpretação. A interpretação de casos constitucionais de modo dinâmico faz parte de um processo deliberativo que exige seja a voz do povo ouvida nas circunstâncias de tensão entre as leis e as circunstâncias sociais fáticas em situação de mutação (ESKRIDGE JR, 1987. p. 1529).

A proposta guardaria correspondência com as disposições definidas na própria Constituição no sentido da criação dinâmica de políticas, nas quais, as preferências da maioria vão sendo moldadas pelas deliberações de seus representantes. A interpretação dinâmica substanciaria, portanto, um instrumento valioso para a legitimação do governo, eis que, nos casos de mudanças significativas nas

²⁹ Ver, por exemplo, as críticas tecidas por Frank Michelman à teoria de Dworkin: MICHELMAN, 1999.

³⁰ “What I want to do is apply the canon of symmetry in the other direction. I want to ask: What would it be like to develop a rosy picture of legislatures and their structures and processes that matched, in its normativity and perhaps in its naïvety, the picture of courts – ‘forum of principle’ etc. – that we present in the more elevated moments of our constitutional jurisprudence?” (WALDRON, 2004. p. 32).

³¹ “America’s Founding generation, in daring contrast, embraced a political ideology that celebrated the central role of ‘the people’ in supplying government with its energy and direction, an ideal that remained at all times in the forefront of their thinking – Federalist and Anti-Federalist alike. Preserving liberty demanded a constitution whose internal architecture was carefully arranged to check power, just as it demanded leaders of sufficient ‘character’ and ‘virtue’. But structural innovations and virtuous leadership were ‘auxiliary devices’ to channel and control popular politics, not to isolate or eliminate it. The people themselves remained responsible for making things work.” (KRAMER, 2004. p. 6).

³² Madison procurava mitigar a participação popular por meio da democracia representativa, nela, os representantes do povo seriam aqueles responsáveis por falar em nome de seus representados: “Num tal governo é mais possível que a vontade pública, expressa pelos representantes do povo, esteja em harmonia com o interesse público do que no caso de ser ela expressa pelo povo mesmo, reunido para esse fim.” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003. p. 64). Os modos deliberativos imaginados pelos pais fundadores seriam mediados por representantes e se colocariam para além das preferências privadas dos cidadãos.

circunstâncias fáticas, os problemas apresentados pela dificuldade contramajoritária³³ não obstariam interpretações dinâmicas pelos tribunais.

Uma maneira recorrente de operar interpretações de dispositivos normativos se concentra no texto e no sistema de precedentes. Eskridge sugere, em complemento, uma teoria interpretativa dinâmica cautelosa, por meio da qual procura escrutinar posturas interpretativas subsequentes, desenvolvimentos na matéria constitucional e fatos sociais atualizados em seu contexto.³⁴

A insuficiência da teoria interpretativa estática desafia a proposição da teoria dinâmica. A teoria estática espera que juízes reproduzam os sentidos de normas antigas sem que possam considerar o contexto em que elas serão aplicadas, afastando, muitas vezes, a possibilidade de uma hermenêutica dialética (ESKRIDGE JR, 1987. p. 1482-1483) ao transformar essa atividade em uma simples “descoberta”, uma localização de sentidos antigos, como se o intérprete pudesse (re)criar um vínculo com os legisladores ou juízes do passado e reproduzir com fidelidade os sentidos constituídos naqueles momentos, sem interferências de contingências contemporâneas.

Para Eskridge, ao invés de se limitar à perspectiva convencional, a teoria dinâmica deve observar e reconciliar três dimensões: i) o texto, a parte formal da interpretação que supõe um limite para o número de possibilidades hermenêuticas; ii) as expectativas originais dos legisladores e os compromissos que eles alcançaram; iii) e a evolução subsequente das normas e seu contexto presente, especialmente nos casos em que ocorreram mudanças no âmbito jurídico e social (ESKRIDGE JR, 1987. p. 1483).

Para ilustrar sua teoria, Eskridge faz referência ao caso *United Steelworkers v. Weber* (1979). Em sua perspectiva, a resposta fornecida pela Suprema Corte foi adequada, porém, ao mesmo tempo, notou-se grande dificuldade por parte dos juízes na justificação da decisão a partir de teorias interpretativas tradicionais. O caso discute a “Lei dos Direitos Civis” (*Civil Rights Act*) de 1964 que havia banido qualquer forma de

³³ Porém, até mesmo Alexander Bickel admite que o compromisso com o ideal majoritário não pode ser absoluto. BICKEL, 1986. p. 51. Um problema com as objeções suscitadas pela dificuldade contramajoritária está no fato de que ela espera que os juízes se limitem a implementar as vontades ou diretrizes dos legisladores, porém, anota Eskridge, a hermenêutica demonstra a inevitabilidade da criação judicial quando o texto normativo é interpretado ao longo do tempo. ESKRIDGE JR, 1990. p. 613.

³⁴ “Statutes, however, should – like the Constitution and the common law – be interpreted ‘dynamically’, that is, in light of their present societal, political, and legal context.” (ESKRIDGE JR, 1987. p. 1479).

discriminação com base em raça, cor, religião, gênero ou nacionalidade.

Brian Weber, um empregado branco, questionou a constitucionalidade de um acordo coletivo de trabalho que garantia cotas para trabalhadores negros, com fulcro no título VII da Lei de Direitos Civis, a qual vedava discriminações no âmbito das relações de emprego. Tratava-se, portanto, de um questionamento a respeito da constitucionalidade de ações afirmativas adotadas na esfera trabalhista, diante de uma legislação que não respondia adequadamente às questões suscitadas por Weber a respeito da discriminação.³⁵

A Suprema Corte decidiu, por maioria, que a alegada discriminação contra brancos não fazia sentido e que as ações afirmativas da empresa deveriam ser mantidas. O Justice Brennan apresentou a decisão da Corte utilizando como argumentos a história legislativa, a intenção do Congresso e o próprio texto normativo. Decidiu que o Título VII da Lei de Direitos Civis não condenava planos de ações afirmativas privados, voluntários e conscientes das questões raciais.³⁶

Na visão de Eskridge, se a interpretação dinâmica fosse utilizada, ela poderia reconhecer que não apenas havia ocorrido uma mudança no conceito de discriminação entre o momento da edição da Lei (1964) e o tempo de julgamento do caso (1979), assim como no contexto legal e social. Tais transformações puderam ser observadas nas decisões posteriores, em que o sentido da decisão do caso foi expandido para orientar ações afirmativas relacionadas a mulheres e minorias raciais.³⁷

A teoria dinâmica sugere uma relação contínua entre os aspectos textuais, históricos e contextuais. Em várias situações o texto normativo irá sugerir respostas para os casos, especialmente quando a lei é recente e a produção legislativa foi permeada por grandes deliberações – em tais condições o texto é dominante. Porém, em certos casos, nem o texto ou a história legislativa apontam para uma resposta,

³⁵ “The statutory text does not decisively answer the interpretive issue, contrary to labored readings by both the majority and dissenting opinions. (...) The operative word is ‘discriminate’, which is not defined in the Act. Weber interpreted the antidiscrimination rule of section 703(d) to prevent any and every differential treatment of employees on racial grounds.” (ESKRIDGE JR, 1987. p. 1489).

³⁶ Deve-se anotar que a divergência apresentada pelo Justice Burger está fundada em sua leitura da “linguagem explícita da lei”: “Often we have difficulty interpreting statutes either because of imprecise drafting or because legislative compromises have produced genuine ambiguities. But here there is no lack of clarity, no ambiguity. The quota embodied in the collective bargaining agreement between Kaiser and the Steelworkers unquestionably discriminates on the basis of race against individual employees seeking admission to on-the-job training programs. And, under the plain language of § 703(d), that is ‘an unlawful employment practice’.” *United Steelworkers v. Weber* (1979).

³⁷ “Weber suggests a lesson: when societal conditions change in ways not anticipated by Congress and, especially, when the legal and constitutional context of the statute decisively shifts as well, this current perspective should, and will, affect the statute’s interpretation, notwithstanding contrary inferences from the historical evidence.” (ESKRIDGE JR, 1987. p. 1494).

além de serem notadas mudanças sociais e jurídicas significativas – nessas condições o contexto prevalece. A seguinte estrutura pode auxiliar na atividade interpretativa: i) quanto mais detalhado o texto normativo, maiores devem ser as considerações textuais; ii) quanto mais recente é a lei e mais evidentes as intenções legislativas, maior deve ser a consideração para os aspectos históricos; iii) quanto mais notáveis forem as mudanças nas circunstâncias, maior atenção deverá ser conferida para o aspecto evolutivo (ESKRIDGE JR, 1987. p. 1496).

Diante de tal proposta, pode-se advogar uma leitura dos textos normativos realizada em um intervalo temporal contínuo.³⁸ Ora, a teoria da interpretação dinâmica supõe questões a respeito da própria “natureza” da atividade interpretativa. Hans-Georg Gadamer, particularmente, entende que o método adotado para interpretação não restringe ou mesmo guia o intérprete de uma maneira específica, como a literatura jurídica muitas vezes parece supor, pois a interpretação é uma busca pelo entendimento comum da verdade do texto pelo intérprete, por meio de uma tradição histórica.³⁹

Não há, portanto, um método específico que seja suficiente para responder a todas as vicissitudes que a atividade hermenêutica precisa enfrentar. Eskridge argumenta que o texto, as expectativas do legislador e os arranjos políticos atuais podem ser utilizados para aprimorar a hermenêutica. Assim, a interpretação deve ser compreendida como uma *conversa* estabelecida entre a perspectiva contemporânea do intérprete e a tríade de elementos que auxiliam na construção do sentido normativo (ESKRIDGE JR, 1990. p. 613).

³⁸ Para Hans-Georg Gadamer a interpretação textual ocorre em uma fusão de horizontes, em que o leitor alcança a perspectiva passada, ao mesmo tempo em que compreende o contexto presente do texto, trata-se de um processo contínuo, a hermenêutica é um diálogo do intérprete com o texto e com a tradição que circunda a escritura. “Ernest Forsthoff demonstrou numa valiosa investigação que, por razões estritamente jurídicas, foi necessário refletir sobre a mudança histórica das coisas, através do que distinguiu-se entre o sentido original do conteúdo de uma lei e o que se aplica na práxis jurídica. É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei.” (GADAMER, 1997. p. 485).

³⁹ “Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente.” (GADAMER, 1997. p. 487).

6. ENTRE DINÂMICA E INTEGRIDADE

No que tange ao questionamento a respeito de quem seria a autoridade com melhores condições de realizar interpretações constitucionais, uma breve comparação pode ser feita entre Eskridge e Dworkin. Ambos formulam propostas normativas que procuram incrementar o conjunto de instrumentais disponíveis para a realização da hermenêutica constitucional. Além disso, ambos apostam suas fichas no Judiciário como Poder moldado para tomar decisões difíceis.

As duas teorias, cada uma à sua maneira, questionam as interpretações “estáticas”. Para Eskridge a alternativa se encontra em uma perspectiva dinâmica cautelosa e na visão dos juízes como “diplomatas” (ESKRIDGE JR, 1987. p. 1482), cuja autoridade é bastante limitada por seus “superiores”, mas que, ainda assim, dispõem de competência para atualizar suas ordens diante de novas conjunturas. Dworkin defende a atualização interpretativa que acontece na consonância do direito como integridade, ou seja, a própria atividade interpretativa possui o condão de conferir outro olhar para as normas por meio de uma leitura coerente e olímpica (hercúlea) do Direito.

Para Dworkin, deve-se buscar a integridade não apenas nas decisões, constituindo ela também um norte para a produção legislativa, o que faz com que os legisladores tenham como imperativo a construção de uma ordem jurídica moralmente coerente. Sob o manto do direito como integridade, proposições jurídicas são verdadeiras se elas se harmonizam com princípios de justiça, igualdade e devido processo legal, os quais podem construir a melhor interpretação jurídica. De modo a concretizar uma interpretação construtiva, precisa-se perceber a atividade interpretativa como a construção de uma novela, um romance em cadeia, uma história contínua na qual a compreensão muda com o desenvolvimento da própria história narrada (pelo Direito) (DWORKIN, 2003. p. 276).

A proposta de Dworkin não dista da confluência de horizontes apresentada por Gadamer, ou seja, as formas pelas quais a tradição pode conectar o passado e o presente,⁴⁰ e uma maneira de realizar tal atividade no âmbito jurídico – em especial no

⁴⁰ Veja-se as preocupações de Gadamer com a “tradição”: “Em si mesmo, ‘preconceito’ (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa. No procedimento juris-prudencial um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances.” (GADAMER, 1997. p. 407).

Common Law –, ocorre por meio da leitura dos precedentes. A sequência de precedentes, práticas e costumes conformam um encadeamento de sentidos para Dworkin, os quais conectam justamente as decisões anteriores dos tribunais com as decisões presentes. Cabe ao intérprete considerar não apenas as origens das normas, mas, também, sua *vida* e suas transformações.

Por essas características, a visão de Dworkin foi tratada como “romântica” (ESKRIDGE JR, 1987. p. 1550) ou “sonhadora”.⁴¹ Um dos problemas derivados da teoria de Dworkin está na dificuldade da manutenção da coerência da produção legislativa, pois, não apenas normas novas possuem inconsistências internas, como podem, também, conflitar com disposições anteriores que expressavam visões políticas distintas. O desafio se encontra na complexa articulação da coerência entre os diversos campos tutelados pelo Direito e, em adendo, a realização de uma conciliação entre normas e precedentes antigos com novas configurações legais e sociais.

A teoria dinâmica de Eskridge parece fornecer respostas mais amoldadas sobre tal questão. O modelo dinâmico sugere que os juízes, ao interpretar os textos, atuam como “diplomatas”. Os diplomatas precisam seguir ordens ambíguas para situações inusitadas. Eles são, no limite, agentes a serviço do Estado e sua liberdade de interpretação é restringida pelas ordens prévias, as quais não são sempre consistentes e coerentes ao longo do tempo (ESKRIDGE JR, 1987. p. 1554).

Eskridge reconhece que, em certos casos, os juízes podem estar próximos da tese olímpica, o Justice Earl Warren e seus colegas se aproximaram disso no caso *Brown v. Board of Education* (1954), mas, a maioria dos magistrados acaba por ter uma atividade mais próxima à dos diplomatas (ESKRIDGE JR, 1987. p. 1554). Isso não é de todo ruim, pois, em certas circunstâncias, em que determinados juízes acreditam

⁴¹ Para Hart, o “nobre sonho” de Dworkin seria particularista e holístico, pois procura maneiras de limitar a discricionariedade dos magistrados se utilizando de recursos de sistema jurídicos particulares. O “pesadelo”, por outro lado, estaria representado pelos realistas e por sua visão da impossibilidade de se limitar a discricionariedade dos juízes, e da conseqüente indeterminação das decisões. “So for Dworkin, even in the hardest of hard cases where each of two alternative interpretations of a statute or two conflicting rules seems to fit equally well the already clearly established law, the judge is never to make law. So Oliver Wendell Holmes was, in Dworkin’s view, wrong in claiming that at such points the judge must exercise what he called ‘the sovereign prerogative of choice’ and must legislate even if only ‘interstitially’. According to the new theory, the judge, however hard the case, is never to determine what the law *shall* be; he is confined to saying what he believes *is* the law before his decision, though of course he may be mistaken. This means that he must always suppose that for every conceivable case there is some solution which is already law before he decides the case and which awaits his discovery. He must not suppose that the law is ever incomplete, inconsistent, or indeterminate; if it appears so, the fault is not in *it*, but in the judge’s limited human powers of discernment, so there is no space for a judge to make law by choosing between alternatives as to what shall be the law.” (HART, 1983. p. 138).

estar julgando como Hércules, os mesmos acabam por ter suas decisões reformadas. Por isso, para Eskridge, o papel daquele agente público que aplica, com decência e justiça (*fairness*), as normas de um sistema perpassado por incoerências, desempenha uma atividade nobre, uma nobreza que é construída diariamente, não residindo, portanto, no livro de fábulas da Utopia.

Outro problema está na maneira que Dworkin trata a política. Não se pode negar a importância da distinção entre princípios e política formulada pelo autor.⁴² Porém, a proposta do ideal político da integridade, que almeja transformar a comunidade política em uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2003. p. 314), encontra resistências. Eskridge reconhece que a comunidade de princípios, por transcender a proposta de organização política pautada em compromissos, parece ser mais valiosa.⁴³ Contudo, Dworkin acaba por simplificar o papel da política, ao apostar no Direito como agente transformador da comunidade política em uma comunidade de princípios. Contudo, sua teoria não parece ser suficiente para afastar a racionalidade política comum, a qual se encontra pautada em regras e em compromissos políticos.

Por outro lado, Eskridge e Dworkin concordam no que tange aos fundamentos hermenêuticos e sobre tópicos relacionados à coerência. Eskridge adere à proposta de Dworkin sobre a busca por coerência no que tange aos valores públicos, os quais deveriam ser protegidos, pelas Cortes, contra eventuais usurpações legislativas. Além disso, quando as Cortes aproximam leis antigas a políticas modernas, acabam por conferir maior coerência à ordem normativa.

A teoria dinâmica e a noção de direito como integridade se afastam dos discursos hermenêuticos menos complexos, apresentando elaborações sofisticadas⁴⁴

⁴² “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou algum outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2010. p. 34).

⁴³ ESKRIDGE JR, William N. *Dynamic Statutory Interpretation*. p. 1553.

⁴⁴ Como, por exemplo, Gadamer: “Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.” (GADAMER, 1997. p. 402). Eskridge assume explicitamente a influência de Gadamer em sua teoria. No que tange a Dworkin: “My view is that Dworkin is influenced by Gadamer and Habermas but seems to depart from their metaphor of interpretation-as-conversation by taking the position that interpretation is constructive – the interpreter’s *making* the text the best it can be.” (ESKRIDGE JR, 1990. p. 647). Ver: DWORKIN, 2003. p. 62-63.

na definição da relação entre o texto e o intérprete.⁴⁵ Nesse caso, as imagens sugeridas por Dworkin e Eskridge, de Hércules ou do diplomata, respectivamente, são férteis e, mais, realmente úteis para o aprofundamento dos debates a propósito da interpretação constitucional.

7. CAPACIDADES INSTITUCIONAIS: A GUINADA INSTITUCIONAL

As duas teorias apresentadas procuraram fornecer respostas normativas para questões relacionadas à interpretação jurídica. Como deve o juiz, diante de um caso que lhe é apresentado, formular uma resposta adequada, interpretar o conjunto normativo disponível na produção de sua decisão?

Esse tipo de abordagem não é endossada por todas as perspectivas hermenêuticas. Diante disso, foi estabelecida uma crítica dirigida a diversas propostas interpretativas (normativas) por elas não concentrarem esforços em um aspecto saliente da prática hermenêutica, qual seja, a definição de quem estaria em melhores condições institucionais de fornecer respostas para casos controvertidos. A crítica procurou evidenciar que as teorias hermenêuticas normativas acabam por concentrar suas atenções em uma imagem idealizada do Judiciário e, de outra parte, uma projeção muito negativa do Legislativo.

Ademais, a perspectiva institucionalista ressaltou que um problema anterior precisava ser (re)colocado na agenda, qual seja, averiguar quem dispõe de instrumentais adequados para responder as questões controvertidas levadas à apreciação das instituições públicas. Uma guinada nessa perspectiva foi sugerida por um olhar “não normativo” da produção de decisões judiciais. Ao invés da indagação “como *deve ser* a interpretação?”, as atenções seriam deslocadas para avaliar quais são efetivamente as condições institucionais disponíveis para que juízes produzam a interpretação de leis.

Adrian Vermeule e Cass Sunstein procuraram enfatizar as influências dos aspectos institucionais na formulação de decisões por juízes reais. Isso ocorreu perante a compreensão de que as teorias interpretativas normativas atribuíam, via de

⁴⁵ Eskridge lembra que não se pode aceitar a dicotomia entre “sujeito” e “intérprete” de maneira acrítica: “Interpretation is a social process of construction, not a scientific process of Discovery. Method can channel the argumentation and suggest information to be considered, but it cannot dictate all that goes on in statutory, or any, interpretation.” (ESKRIDGE JR, 1990.(b) p. 691).

regra, pouca atenção para as *capacidades institucionais* e acabavam por se envolver em discussões abstratas sobre valores substantivos como democracia, legitimidade e autoridade.⁴⁶ Para Vermeule e Sunstein, formulações dessa ordem são difíceis de traduzir pelos tribunais, eis que, possuem um menor potencial para sua instrumentalização como indicadores na determinação de respostas nas disputas entre os métodos adequados para interpretação (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002 p. 2).

Propuseram, então, a distinção entre teorias pautadas por um cenário de decisão que envolve um desenho de condições ótimas, de “primeira ordem” (*first-best*), para a resolução de conflitos e aqueles em que os níveis de perfeição não podem ser alcançados, com a identificação das respostas de “segunda ordem” (*second-best*).⁴⁷ A ideia da decisão de segunda ordem seria a de fornecer um panorama mais realista das condições sob as quais um juiz toma suas decisões.

Desconectadas de considerações institucionais, as teorias normativas operariam com condições ideais de primeira ordem, porém, isso as impossibilitaria de chegar a conclusões adequadas sobre as formas de interpretação (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002. p. 23). Ao se admitir que juízes não possam vir a atingir a perfeição traçada nas teorias normativas, abre-se a possibilidade para argumentos de cunho institucional, pois, de acordo com os autores, é impossível derivar regras interpretativas diretamente das

⁴⁶ Vermeule e Sunstein listam diferentes autores de momentos históricos distintos indicando que eles são “cegos” ou “insensíveis” para os aspectos institucionais na interpretação. William Blackstone, Jeremy Bentham, Herbert Hart, Ronald Dworkin, William Eskridge, John Manning e Richard Posner, não teriam conseguido produzir uma teoria satisfatória que combinasse os aspectos da interpretação com uma análise das capacidades institucionais. SUNSTEIN; VERMEULE, 2002. p. 5-23. “*Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.” (BARROSO, 2014. p. 765).

⁴⁷ No âmbito econômico, a teoria da “segunda ordem” trata das situações em que as condições ótimas não podem ser satisfeitas. Se as condições ideais de distribuição não estão disponíveis, deve-se buscar a segunda melhor alternativa disponível para distribuir riquezas. “Diante dessas premissas, a estratégia básica de raciocínio de quem leva as ‘capacidades institucionais’ a sério é a de que não se deve buscar algum tipo de solução ideal e recomendar que os órgãos decisores cheguem o mais próximo possível dela, mas sim que, comparando os custos associados a cada estado de coisas possível vinculado à implementação de diferentes alternativas em um dado cenário, busquem adotar ‘segunda melhor’ solução. Nesse sentido, nossa hipótese principal é a de que a chave para se compreender a especificidade e a relevância de um argumento baseado em capacidades institucionais reside na incorporação do que os economistas chamam de ‘second-best reasoning’ nos debates sobre a adequação de posturas institucionais e métodos decisórios. A remoção de qualquer das premissas ou das estruturas descritas acima descaracteriza o argumento de capacidades institucionais.” (ARGUELHES; LEAL, 2014. p. 404). “So far, however, very little attention has been given to some of the implications of problems of the second best for institutional design. Such problems concern the optimal policy when all the conditions required for a first best solution are not present.” (CORAM, 1996. p. 90).

considerações de primeira ordem.⁴⁸

Além disso, acreditam que uma avaliação de segunda ordem pode ser não apenas necessária, mas, suficiente para solucionar conflitos a respeito de teorias interpretativas, eis que, permitem que pessoas com perspectivas distintas concordem a respeito de quais são as práticas adequadas. Tal afirmação é realizada com respaldo na teoria dos “acordos incompletamente teorizados” de Sunstein.⁴⁹

Para Sunstein e Vermeule, as teorias interpretativas modernas negligenciaram a análise institucional e sua centralidade no momento de escolha das técnicas interpretativas. A partir de tal constatação, os autores propuseram a defesa de uma perspectiva formalista como a mais adequada para solucionar as questões no âmbito da escolha sobre *quem* possui melhores condições para decidir. Porém, deve-se atentar para a especificidade da forma pela qual o termo foi empregado.

Ao admitir que o formalismo pode abranger sentidos distintos,⁵⁰ Vermeule procurou especificar sua perspectiva como uma estratégia de tomada de decisões que os Tribunais poderiam adotar, na qual seriam formuladas decisões de segunda ordem, com ênfase na certeza jurídica que poderia ser derivada da interpretação (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002. p. 27). Para tanto, os juízes deveriam seguir o sentido “claro” e “específico” dos textos jurídicos e adotar uma postura deferente em relação às interpretações apresentadas pelo Legislativo e por agências do Governo (VERMEULE, 2006. p. 1). O formalismo de Vermeule procura definir uma estratégia de tomada de decisões limitada por regras e sublinhar os fundamentos consequencialistas de uma

⁴⁸ “(...) institutional analysis is necessary, even if not sufficient, to an adequate evaluation of interpretive methods.” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002. p. 24).

⁴⁹ De acordo com a referida teoria, os consensos são formulados sobre o resultado mas as explicações que levaram até ele são deixadas em aberto para outras teorizações, eis que argumentações mais abrangentes para explicar o caso em discussão acabam por ser deixadas de lado. O motivo está no fato de que, via de regra, é mais fácil produzir um acordo sobre temas específicos do que sobre temas abstratos e genéricos. Tais características coincidem com as críticas iniciais da capacidade institucional a respeito da dificuldade dos juízes produzirem decisões com fundamento em valores muito abstratos. SUNSTEIN, 1995.

⁵⁰ De acordo com José Rodrigo Rodriguez formalismo pode significar: “a) A visão do direito que coloca em seu centro a aplicação mecânica do direito positivo. Entenda-se ‘mecânica’ como a aplicação por meio de raciocínios lógico-formais, ou seja, por meio da subsunção do caso concreto à norma abstrata. Desta forma, um formalista é aquele que vê o direito como caracterizado pela aplicação das regras por subsunção. Para identificar melhor esta posição, irei chamá-la de *legalismo*. b) Chamaremos também de formalista a visão do direito que pensa suas categorias como dotadas de verdade transcendente ao direito positivo, seja em função de seu enraizamento e origem histórica; seja em razão de seu valor lógico ou racional. Este modo de ser formalista implica a naturalização das categorias dogmáticas e será chamado de *absolutismo conceitual*.” (RODRIGUEZ, 2013. p. 119). Ver também: KENNEDY, 2001. p. 8634-8638; SCHAUER, 1988; FARBER, 1999.

decisão,⁵¹ ou seja, de que ao ser seguido o formalismo serão alcançadas melhores consequências para todo o sistema jurídico.⁵²

De acordo com essa perspectiva, juízes que decidem em condições de profunda incerteza e com limitada racionalidade deveriam restringir tanto a quantidade de informações quanto a complexidade de seu repertório comportamental, logo, seguir regras simples e limitar os potenciais danos que suas decisões podem causar. Uma Corte generalista que dispõe de informação e tempo limitados teria um melhor desempenho se ignorasse ou subordinasse certas fontes interpretativas. Por outro lado, admite-se que um Tribunal especializado em determinada matéria possa ter uma atuação desconectada do formalismo e adotar técnicas interpretativas mais arrojadas (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002. p. 29). Desse modo, a perspectiva formalista é defendida como mais atraente diante de determinadas conjunturas empíricas específicas, nas quais os efeitos sistêmicos precisam ser avaliados.

Para Vermeule e Sunstein, a “guinada institucionalista” não foi acompanhada pelas teorias hermenêuticas além de não ter sido realizada por completo no constitucionalismo. Para os autores, temas como o controle de constitucionalidade possuem um amplo retrospecto de cegueira institucional (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002 p. 36). Desde sua fundação, com *Marbury v. Madison* (1803), o controle de constitucionalidade é um instituto que presta pouca atenção para questões institucionais ao ignorar os riscos dos erros advindos do Judiciário e de suas respectivas consequências.⁵³ A conclusão de que é um dever e do domínio Judiciário dizer *o que é o Direito*, com fulcro na cláusula da Supremacia, está amparada por inferências textuais e estruturais fracas e qualquer avaliação sobre tais argumentos depende de considerações institucionais.

A questão versa, portanto, sobre a possibilidade de uma instituição fiscalizar as ações de outra e com que intensidade isso deveria ocorrer. A proposta de Vermeule e

⁵¹ “My premises are thus firmly consequentialist. Indeed they are rule-consequentialist: judges should interpret legal texts in accordance with rules whose observance produces the best consequences overall.” (VERMEULE, 2006. p. 5).

⁵² Vermeule reconhece que existem ao menos dois tipos de formalismo, ele recusa o formalismo que procura deduzir regras legais de “essências” jurídicas sem que possam ser realizadas considerações sobre moral e política. VERMEULE, 2006. p. 5. “Formalism cannot be justified (or opposed) by an appeal to self-evident constitutional principles, by an appeal to the nature of democracy or lawmaking, or by an appeal to a definition of law.” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002. p. 28).

⁵³ “Many of the most well-known arguments on behalf of judicial review, including those in *Marbury* itself, are blind to institutional considerations. (...) Indeed, what is most striking about Marshall’s arguments for judicial review is that they depend on a series of fragile textual and structural inferences, ignoring the institutional issues at stake.” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002. p. 36).

Sunstein é a de que a interpretação constitucional precisa observar os limites estabelecidos pelas próprias instituições,⁵⁴ fator que conduz a um combate à perspectiva romantizada dos Poderes (principalmente do Judiciário) e à opção por escolhas de segunda ordem e por acordos incompletamente teorizados. Para tanto, o tipo de formalismo defendido pelos autores é defendido como o “melhor caminho” para reduzir complexidades e orientar as decisões de juízes generalistas, os quais possuem poucos instrumentais institucionais para resolver questões políticas.

Em contrapartida, apostam no papel que as agências administrativas podem ocupar, eis que, diante da maior proximidade da realidade e, portanto, melhor posição institucional de tais agências para avaliar situações concretas, a elas deveria ser permitida maior flexibilidade nas interpretações. A posição privilegiada das agências permitiria, para Vermeule e Sunstein, que elas reconhecessem se um determinado resultado é adequado ou se o afastamento do texto vai desestabilizar a estrutura regulatória (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002. p. 47).⁵⁵

Quando o texto normativo for “claro e específico”, anota Vermeule, os juízes deveriam se aproximar do seu sentido literal e abandonar fontes colaterais que possam expandir seu sentido, como é o caso da história legislativa. De outra sorte, nas situações em que o texto normativo sofrer problemas de ambiguidade ou vagueza, os juízes deveriam prestar deferência às interpretações estabelecidas por agências administrativas ou por agentes do Executivo. Ainda, a doutrina de precedentes deveria ter força para guiar as decisões judiciais, porém, a própria jurisprudência precisa ser submetida às atualizações interpretativas realizadas pela administração pública (VERMEULE, 2006. p. 11). Diante de tais premissas, a posição cética de Vermeule em relação à possibilidade do controle de constitucionalidade se torna patente, contígua de

⁵⁴ “We have argued that issues of legal interpretation cannot be adequately resolved without attention to institutional issues.” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002. p. 46).

⁵⁵ Cabe anotar que as agências passam a ter autoridade para produzir regulamentações a partir de leis promulgadas pelo Congresso dos Estados Unidos. Em certas ocasiões, o Presidente americano pode delegar parcelas da autoridade presidencial para uma agência. Normalmente, quando o Congresso aprova uma lei que cria uma agência, ela vem acompanhada de autoridade legislativa, por isso, as agências podem regular certas atividades determinadas. O Congresso também pode aprovar uma lei que direciona de maneira mais específica a atividade da agência para resolver um problema ou completar uma determinada atividade. Uma agência não pode agir para além dos limites de sua competência, estabelecidos em lei, ou contra a Constituição. Ademais, elas precisam observar um processo público no processo legislativo, o qual segue a Lei de Procedimentos Administrativos (*Administrative Procedure Act*). As agências federais há tempos possuem autoridade para promulgar regulamentações sobre quase todos os aspectos vida em sociedade.

sua versão de “thayerismo”.⁵⁶

Sunstein, por sua vez, reforça o questionamento a respeito da falibilidade dos juízes ao criticar as teorias que endossam o “perfeccionismo de primeira ordem” (*first-order perfectionism*), como a teoria do direito como integridade de Dworkin. O “perfeccionismo de segunda ordem” busca tornar a jurisdição constitucional alerta para o fato de que juízes podem errar (SUNSTEIN, 2006).

Para Sunstein, fora do “Olimpo”, não existem garantias de que os juízes do mundo real irão executar os projetos normativos contidos nas teorias interpretativas constitucionais. Faz-se necessário considerar os custos das decisões e de seus potenciais equívocos, fatores sobre os quais as teorias perfeccionistas de primeira ordem não tecem considerações. Além disso, devem ser admitidas as limitações sob as quais os juízes são submetidos, especialmente nos que tange aos discursos de ordem moral e política.⁵⁷

Para a perspectiva das capacidades institucionais, o conceitualismo de primeira ordem é incapaz de produzir conclusões sobre o *design* dos procedimentos interpretativos que levam a uma decisão, trata-se de uma teorização incompleta que não avalia adequadamente as capacidades reais dos agentes julgadores. Isso produz a “falácia do nirvana”, a qual compara o melhor cenário de uma instituição (Judiciário) com o pior cenário de outras instituições (Legislativo) (VERMEULE, 2006. p. 17). Por isso, ao invés de buscar a interpretação perfeita, aquilo que precisaria ser avaliado seria a como certas instituições, com suas habilidades e limitações, deveriam interpretar determinados textos.⁵⁸

Ao considerar juízes de carne e osso, não se pode afastar a possibilidade da formulação de respostas pelo Judiciário, porém, ao serem avaliadas as limitações que

⁵⁶ “These considerations suggest that interpretive doctrine should move in the direction of a minimalist set of principle, cheap, and manageable interpretive sources and doctrines – that is, in the direction of interpretive formalism.” (VERMEULE, 2000. p. 81). VERMEULE, 2006. p. 254.

⁵⁷ “The goal of political liberalism, as opposed to comprehensive liberalism, is to bracket foundational disputes about human nature, the good, and the like, and to seek general commitments on which diverse people can converge from their different starting points. Minimalists are sympathetic to this goal, but they attempt to go one step further. They seek incompletely theorized agreements – particular judgments and low-level rationales that people can accept notwithstanding their disagreements or uncertainties about foundational questions.” (SUNSTEIN, 2006. p. 17-18).

⁵⁸ “Theorists should design their proposals in light of the capacities of the implementing institutions, rather than by imagining that the institutions are just like the theorists themselves.” (VERMEULE, 2006. p. 36). “A frequente desconsideração da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos faz com que as tradicionais teorias de interpretação do Direito pressuponham uma visão idealizada e romântica das capacidades judiciais, segundo a qual o juiz teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos, ou, em outras palavras, para construir a ‘correta interpretação’ (*first-best theories*) mesmo em face de questões muito complexas.” (BRANDÃO, 2012. p. 186).

o Poder é submetido, em comparação com o conjunto de mecanismos disponíveis em outras instituições, pode-se chegar ao entendimento que o Judiciário não ocupa o melhor lugar para resolver as questões que lhe são apresentadas.

Tal questionamento não constitui, em si, uma novidade. Um dos tópicos recorrentes no que tange à crítica ao fenômeno da judicialização da política acaba por adotar linha argumentativa análoga, ao afirmar que determinado assunto não deveria ter sido decidido pelo Judiciário, e que o espaço apropriado para a confecção de decisões políticas é o Parlamento e não o Tribunal. Tais linhas argumentativas tendem a ser invocadas por pleitos no sentido de uma postura comedida das Cortes.⁵⁹

Para Diego Arguelhes e Fernando Leal, a ideia de capacidade institucional é acompanhada por uma concepção de separação de poderes e de desenho institucional. Elas procuram distribuir funções e realizar seu exercício dentro da logística institucional de acordo com sua correspondente especialidade. Nesses termos, a Constituição é comparada a uma planta da arquitetura institucional que procura ramificar e potencializar a realização de seus objetivos.⁶⁰ Ainda, no que diz respeito à diferença entre as condições ideais e o plano real da prática da jurisdição, a teoria das capacidades institucionais defende a separação entre a teoria e a realidade, pois, as teorias normativas não possuiriam mecanismos adequados para lidar com os erros cometidos por atores institucionais que possuem acesso limitado a informações e práticas.⁶¹

Vermeule, em continuidade às suas afirmações sobre os papéis adequados a serem ocupados de acordo com o design institucional, critica a postura do

⁵⁹ “Instituições como o Congresso, a Presidência da República e as agências reguladoras – segue o argumento – estariam em condições de oferecer, no geral, respostas *melhores* do que aquelas que os juízes tenderiam a produzir. Nesse sentido, encontramos referências às ‘capacidades institucionais’ do Judiciário como justificativa para a adoção de uma postura mais autocontida ao atuar em áreas nas quais há grande necessidade de expertise técnica ou de ponderação livre entre múltiplas e complexas variáveis políticas.” (ARGUELHES; LEAL, 2014. p. 401).

⁶⁰ “A Constituição, nessa perspectiva, pode ser comparada à planta elaborada por um ‘arquiteto institucional’, que distribui competências e poderes entre instituições criadas especificamente para promover certos objetivos, ao mesmo tempo em que, para que tais resultados possam ser alcançados, municia cada instituição com condições específicas capazes de incrementar a eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos.” (ARGUELHES; LEAL, 2014. p. 407).

⁶¹ “Comparar vantagens e desvantagens de diferentes instituições capazes de oferecer respostas distintas para problemas de mesma natureza – sem violar expressamente regras e funções do desenho institucional – é uma forma legítima e útil de orientar a composição de tensões interinstitucionais. A análise comparativa orientada pela definição das capacidades institucionais parte dessa premissa e tenta fornecer um esquema argumentativo específico para fundamentar a seleção de posturas e métodos de decisão mais apropriados para cada instituição em razão de seus méritos e restrições funcionais e materiais.” (ARGUELHES; LEAL, 2014. p. 426).

constitucionalismo no *Common Law*, a qual se equivoca ao transpor a ideia de que várias cabeças pensantes do Judiciário são melhores do que apenas uma (imagem que é identificada com a importância dos precedentes), para a ideia de que várias cabeças no Judiciário são melhores do que as cabeças no Legislativo (VERMEULE, 2014. p. 351).

A teoria das capacidades institucionais não está voltada apenas para a solução de casos específicos apresentados perante o Judiciário. Confere preferência para um escopo mais abrangente e procura refletir acerca da estrutura e das relações entre os Poderes. Por isso, pode abranger métodos de decisão com pretensão de validade para diferentes situações. Jeff King defende uma aproximação institucional para a autocontenção judicial (KING, 2008. p. 430). Isso porque os juízes frequentemente julgam conflitos que suscitam questionamentos a respeito do nível de rigor que eles deveriam fiscalizar atos advindos do Legislativo e da administração pública.⁶²

De acordo com King, o formalismo é criticável por se prender a categorias abstratas como “direito” e “política” sem a consideração do contexto em que elas são utilizadas. Por isso, cisões rígidas entre direito e política não possuem a sutileza para defender um papel adequado para o Judiciário.⁶³ Por outro lado, perspectivas “não doutrinárias” confiam em demasia na discricionariedade do Judiciário ao assumir a possibilidade de que cada caso é único, ao subestimar a possibilidade de erros imprevisíveis advindos do Judiciário e abalar a ideia do governo limitado em um Estado de Direito (KING, 2008. p. 411).⁶⁴

8. UMA CRÍTICA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

De maneira pouco cautelosa a teoria das capacidades institucionais passou a ser observada por aquilo que ela procurou promover, uma “guinada institucional”. De

⁶² “The question arises in a number of contexts: statutory interpretation, judicial review of administrative discretion, review of tribunal findings, adjudication of human rights claims and in the interpretation of international law to mention a few. In all of these contexts, judges have identified certain questions as being inappropriate for judicial resolution, or have refused on competency grounds to substitute their judgment for that of another person on a particular matter.” (KING, 2008. p. 409).

⁶³ “Entre o ceticismo do realismo jurídico e da teoria crítica, que equiparam o direito ao voluntarismo e à política, e a visão idealizada do formalismo jurídico, com sua crença na existência de um muro divisório entre ambos, o presente estudo irá demonstrar o que já se afigurava intuito: no mundo real, não vigora nem a equiparação nem a separação plena. Na concretização das normas jurídicas, sobretudo as normas constitucionais, direito e política convivem e se influenciam reciprocamente, numa interação que tem complexidades, sutilezas e variações.” (BARROSO, 2014. p. 759).

⁶⁴ Ver também: ALLAN, 2013. p. 279.

fato, há um aspecto atraente na teoria que é a consideração a respeito de qual âmbito institucional possui melhor aptidão para tomar decisões. Em tempos de intensa judicialização de diferentes matérias e de eventual inércia ou pouca efetividade dos outros Poderes, o Judiciário passou a ser visto como instância privilegiada para a solução de conflitos sociais de diferentes ordens, inclusive de temas que eram vistos como pertencentes preferencialmente ao âmbito político, como as próprias condições de elegibilidade dos políticos e a possibilidade de formação de coligações partidárias. Tal fenômeno foi contraposto por vários argumentos, um deles foi o da teoria das capacidades institucionais que, dentre outras propostas, defende a deferência do Judiciário e a ampliação dos poderes das agências públicas pertencentes ao Executivo.

A teoria das capacidades institucionais sofreu, até agora, recepção unilateral no Brasil. Ao invés de serem formulados questionamentos a respeito da adaptabilidade de tais aparatos teóricos para a solução de problemas atinentes à realidade brasileira, procurou-se aprofundar o rigor da utilização da mesma, o que tornou sua visão já estéril do papel do Judiciário, ainda mais difícil de ser justificada.⁶⁵

Para além do conflito mais evidente com o tipo de formalismo proposto pela teoria e a cultura jurídica nacional, a falta de indagações a respeito de *quem* decidiria quais matérias são mais adequadas para um dos poderes ou para outro, é uma lacuna relevante na teoria. Se há, de fato, uma idealização do papel do Judiciário a ser criticada nas teorias normativas, de outra sorte, o argumento de que a baixa operacionalidade do Judiciário irá diminuir a possibilidade do cometimento de erros pelo poder é um discurso que pode ser estendido, nos mesmos moldes, para os outros poderes.

Se há uma “falácia do nirvana” por parte de Dworkin e Eskridge, a teoria das capacidades institucionais de Vermeule e Sunstein acaba por incorrer em dificuldades similares às quais eles estão denunciando, ao produzir uma imagem idealizada das agências e do Legislativo, além de não apresentarem uma resposta adequada sobre quem seria o agente público capaz de para diminuir os erros dentro da lógica da “segunda ordem”.

Ainda, ao seguir a vertente que parece procurar esvaziar os poderes do

⁶⁵ Ver as considerações sobre a “banalidade”, a “redundância” e o “absurdo” apresentados por Diego Arguelhes e Fernando Leal. ARGUELHES; LEAL, 2014. p. 419-423.

Judiciário e restaurar uma perspectiva “thayerista”, a teoria das capacidades institucionais demanda que um conjunto de “procedimentos” venha a ser seguido. O juiz de carne e osso deveria possuir como norte, para tais autores, a compreensão de que suas capacidades institucionais são limitadas. Por isso, deveria optar, sempre que possível, pela deferência e por decidir de modo que não venha a causar grandes abalos na estrutura da comunidade política. Falta, porém, a consideração do *design* institucional no sentido que, uma vez que a postura deferente é assumida, as pessoas passam a demandar uma resposta por outra instância governamental. A partir disso, não é possível ter garantias de que a resposta advinda de outra instância irá ser resguardada pelo conjunto de princípios que orientam a jurisdição, como a própria legalidade ou o devido processo legal.

Ademais, parece que a recepção parcial da teoria não pode ser conciliada com características das práticas jurídicas nacionais. Torna-se pouco provável a adoção da perspectiva de Vermeule e Sunstein no que diz respeito aos aspectos normativos implícitos e indiretamente assumidos na “guinada institucional”. O formalismo apresentado demandaria, nos termos de Vermeule, objeções empíricas e institucionais, e não argumentos sobre a natureza da linguagem (VERMEULE, 2006. p. 44). O problema é que não há em tal *design* institucional a efetiva diminuição de erros, apenas a transposição de agentes que irão cometer erros em outros âmbitos institucionais. Além disso, não é respondida a questão sobre a *quem* caberia a decisão “anterior”, a decisão sobre qual seria a instituição mais adequada para decidir o problema, além dos critérios adequados para a avaliação dessa decisão.

Acresce-se a isso o fato de o consequencialismo de Vermeule propor a ideia frágil de que o melhor seria que os juízes se apegassem ao sentido superficial dos textos ao invés de fazer considerações de outras ordens, como a referência à história legislativa ou aos valores públicos. Tais formulações são acompanhadas pela indicação de que temas muito abstratos deveriam ser colocados fora do alcance do Judiciário.⁶⁶ Ambas as propostas não parecem ter como se sustentar.

Primeiro, há um sentido inicial ou “superficial” que um termo pode apresentar, porém, é impossível limitar, mesmo no plano do uso da linguagem comum, que outros sentidos venham a surgir ou a ser extraídos de um termo. A explicação de jogos de

⁶⁶ “Note-se, por exemplo, que as críticas de que existe um excesso de abstração na teoria de Dworkin apresentam um equívoco de base: a orientação filosófica de Dworkin vai em direção a uma análise pragmática da realidade. Tal acusação poderia ser feita às teorias argumentativas e epistemo-procedurais, mas não à Dworkin ou à hermenêutica filosófica.” (STRECK, 2009. p. 10).

linguagem, da manutenção de um sentido central de um signo, que é acompanhada da mudança sucessiva dos usos da linguagem de acordo com diferentes contextos e práticas, parece ser suficiente para evidenciar a dificuldade de se efetivar uma leitura “superficial”. Existem casos em que o próprio questionamento judicial está pautado na possibilidade de mais de uma interpretação dos textos normativos. A opção pela leitura superficial como garantidora do formalismo não assegura a diminuição de erros ou mesmo qualquer tipo de resposta adequada, seja em termos normativos ou sistêmicos.

Segundo, a diminuição do grau de abstração, ou as análises institucionais de grau mais baixo não podem ser levadas em consideração como uma alternativa de reestruturação da prática do judiciário. O problema, nesse caso, está nas situações em que aquilo que é trazido perante o Judiciário é justamente o sentido de temas de alta complexidade e abstração. Não raro, Cortes Constitucionais lançam mão de argumentos a respeito da proteção da democracia, da violação da separação de poderes, ou mesmo sobre o sentido de determinados direitos fundamentais.

Não apenas se trata de um fator recorrente na construção argumentativa dos Tribunais, também é possível observar que questões controvertidas são suscitadas em diferentes casos e, cabe ao Judiciário, diante do silêncio dos outros poderes, pacificar (ainda que momentaneamente) as disputas a respeito do conflito. O problema se encontra não apenas na pouca praticidade da teoria que se propõe como realizadora da guinada institucional, mas, na inevitabilidade de se tratar tanto de temas abstratos, quanto de temas sobre os quais não se chega a qualquer consenso – nem político nem jurídico.

Outra crítica que pode ser endereçada à teoria das capacidades institucionais diz respeito à sua “novidade”. De modo a tratar sua teoria como única e inovadora, os autores desconsideram outras contribuições que já haviam sido realizadas anteriormente pela teoria do processo legal de Henry Hart e Albert Sacks (HART JR; SACKS, 1994). E por aqueles que lhe deram continuidade, John Hart Ely, por exemplo, defendeu uma teoria em que o papel ativo do Judiciário estava voltado para a correção de disfunções do legislativo, logo, o controle de constitucionalidade seria justificado, em certas ocasiões, para corrigir tais equívocos.⁶⁷

A proposta de Vermeule, por isso, dá continuidade a essa vertente

⁶⁷ “São os tribunais que devem policiar as restrições à liberdade de expressão e a outras atividades políticas, porque não podemos confiar em que nossos representantes eleitos o farão: em geral, os incluídos querem que os excluídos continuem excluídos.” (ELY, 2010. p. 142).

procedimental, sem assumir sua herança e com uma perspectiva mais radical a respeito do papel dos Tribunais. Está próxima, por isso, das argumentações de Antonin Scalia para quem os juízes, no momento da atividade interpretativa, deveriam deixar de lado a história legislativa e também a evolução do regime legal, pois tais artifícios aumentariam o poder discricionário dos magistrados (SCALIA, 1998).⁶⁸ Para Vermeule, os juízes não devem ter acesso a materiais referentes ao contexto e devem limitar sua atuação à aplicação do sentido superficial dos textos normativos. Assim, se ele acusa certos autores de sofrerem com a falácia do nirvana, Eskridge afirma que a teoria das capacidades institucionais sofre com o “nirvana das agências”.⁶⁹

Para Vermeule, o debate constitucional não sinaliza para a adoção de qualquer teoria interpretativa específica, ou seja, a partir da Constituição não seria possível derivar qualquer procedimento interpretativo de como ler o texto constitucional (VERMEULE, 2006. p. 33). A questão é que Vermeule está a reviver um tipo de teoria árida que acentua aspectos instrumentais do processo decisório e desconsidera, em virtude do afastamento dos aspectos normativos, que as decisões possuem uma dimensão política e não apenas técnica. Isso está refletido, por exemplo, no problema da legitimidade das decisões.

A aridez da teoria conflita com as características constitutivas do Direito,⁷⁰ com o fato de que o Direito é o reflexo de uma série de fatores históricos, políticos, morais e técnicos. Logo, seria forçoso negar que considerações morais e sobre a legitimidade constituem o direito, elas também são adotadas no momento da decisão.

Tome-se como exemplo uma lei que regulamente a entrada de veículos em um parque. Da proibição de entrada de veículos em um parque, pode-se depreender que motocicletas não podem trafegar no referido local, porém, por outro lado, da simples proibição não se pode afirmar com segurança se a proibição deve ser estendida para

⁶⁸ “The new textualism posits that once the Court has ascertained a statute’s plain meaning, consideration of legislative history becomes irrelevant.” (ESKRIDGE JR, 1990. (b) p. 623).

⁶⁹ “Yet he offers little empirical or theoretical reason to think that unmonitored agencies will be good for the country, and the book as a whole suffers from ‘agency nirvana’.” (ESKRIDGE JR, 2006. p. 2046). Não há nada que garanta que as interpretações realizadas por agências irão efetivamente refletir interesses públicos melhor do que decisões jurídicas. Vermeule não leva em consideração o fato de que determinadas agências podem ser “capturadas” por interesses privados e ter sua atuação moldada por tal “captura”. Por outro lado, juízes que possuem em seu favor a vitaliciedade, podem ser considerados em uma posição institucional interessante para realizar a revisão de interpretações legislativas feitas por agências.

⁷⁰ Nos termos de Lenio Luiz Streck: “Uma vez que o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, *senão que é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito*, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelos direitos às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos.” (STRECK, 2004. p. 182).

bicicletas, triciclos e skates. A especificação de que “veículo” compreende qualquer mecanismo de transporte que carrega de uma pessoa de um lugar para outro não ajuda, pois, por exemplo, poder-se-ia ou não incluir cadeiras de rodas nessa descrição? O parque passaria a não permitir a entrada de cadeirantes? Se uma criança estiver em um triciclo, a proibição também se aplica?

Para problemas desse tipo, Eskridge sugere que a interpretação seja feita sob a luz: 1) do significado claro do texto; 2) da estrutura legislativa e conteúdo de outras leis relevantes; 3) da história legislativa da norma, de seus compromissos e propostas; 4) das interpretações anteriores dos tribunais e agências (precedentes); 5) da observação da evolução do esquema legislativo, incluindo novas práticas e normas; 6) dos cânones substantivos da interpretação legislativa (fontes normativas) (ESKRIDGE JR, 2006. p. 2042).

A decisão de um juiz a respeito da possibilidade da entrada de veículos no parque, por mais singela que pareça, também reflete uma série de valores morais e faz parte das deliberações que ocorrem em diferentes âmbitos dos poderes. Assim, compreende-se que as decisões dos tribunais são componentes da constituição da moralidade de um povo. Ademais, elas estão inseridas no âmbito público, que é palco de tensões e disputas sociais, morais e normativas. Tais disputas não podem ser solucionadas de maneira trivial com a limitação dos recursos interpretativos dos juízes, principalmente em questões que envolvam aspectos de alta intensidade política.

Uma criança que seja proibida de entrar no parque com seu triciclo não está apenas a questionar temas atinentes à literalidade da lei, o caso traz em questão também problemas relacionados à democracia das normas, o devido processo legal, o direito à igualdade e a legitimidade do Estado na aplicação de proibições – as razões que o ente estatal deve apresentar para justificar a proibição de determinadas condutas. O textualismo de Vermeule, que preza pelos custos e benefícios das decisões não parece considerar os custos relacionados com a perda da legitimidade de uma lei.⁷¹

Ao afastar uma teoria da legitimação do Estado, não é possível definir se as interpretações são boas ou ruins. Ademais, para que isso possa ser avaliado, precisa-

⁷¹ “A state that arrests and detains a tricycle-riding girl under a statute not aimed at her is a state whose legitimacy is potentially in peril. If that state followed with further arrests of skateboarders, roller skaters, and even parents pushing baby carriages (all of which could be justified under a no frills textualism), the legitimacy of the criminal law and perhaps of the rule of law itself would decline over time.” (ESKRIDGE JR, 2006. p. 2053).

se determinar qual é a instituição mais competente para tomar decisões – pergunta anterior sobre *quem* deve decidir sobre qual é a melhor instituição decisória. A determinação da instância mais capaz demanda também avaliações normativas e empíricas.

A questão, há tempos, não mais se limita a definir “como devem decidir os juízes”, demanda-se também a definição de como a decisão pode ser justificada como legítima perante a comunidade política. A resposta mais difundida sobre a questão da legitimidade remete à necessidade da apresentação de justificações pelos julgadores, elemento que não parece possuir respaldo da teoria das capacidades institucionais.⁷²

Nesse sentido, faz-se oportuna a lembrança de que “(...) *não é possível desdobrar o ato de aplicação em dois momentos: decisão e fundamentação. Um faz parte do outro, questão que vem bem explicada pelo teorema ontológico-fundamental do círculo hermenêutico.*” (STRECK, 2004. p. 210-211). A preocupação com a legitimação se coloca em sintonia com o novo paradigma estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, no qual o Direito assume a tarefa de transformação e não apenas de estabilização das relações sociais (STRECK, 2004. p. 165). A Constituição passa a ser fonte legitimadora das relações intersubjetivas e encaminha o processo de “re-fundação” da sociedade: “*A Constituição é, finalmente, o resultado de sua interpretação, uma vez que uma coisa só é (algo, uma coisa) na medida em que é interpretada (porque compreendida ‘como’ algo).*” (STRECK, 2004. p. 171).⁷³

Trata-se da demanda sobre as “*condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo*” (STRECK, 2000. p. 164), diante da impossibilidade de se exprimir o mundo fora da linguagem e a compreensão de que é somente através da linguagem, essa percebida como condição de possibilidade, que é possível ter acesso ao mundo. Logo, negar acesso a relações aprofundadas com o sentido do texto ou procurar limitar o papel do intérprete ao de reproduzidor da

⁷² A aposta na deferência para as interpretações fornecidas pelas agências parece ser suficiente: “So far as agency deference goes, no high-level choice of interpretive values over time, no high-level theory of the legitimacy of statutory drift, seems necessary.” (VERMEULE, 2006. p. 226). Para Streck: “(...) não é qualquer direito que vale e é legítimo, mas apenas aquele que passou pela prova de uma “razão hermenêutica”, ou seja, da *applicatio* jurídica. Esse conteúdo moral tem seu ponto de estofa no espaço de formação da decisão judicial. Isso quer dizer que, no momento em que se afirma que decisões discricionárias não podem ser aceitas – que nada mais são do que decisões que exoneram o juiz do dever de decidir corretamente –, tem-se aí já a introdução do elemento moral e, ao mesmo tempo, o maior atestado da autonomia do direito, no momento em que essa decisão formada corretamente será *reconhecida* por toda a comunidade jurídica *como* direito.” (STRECK, 2010. p. 510).

⁷³ “Desse modo, a *Constituição não é um elemento objetivo, separado do intérprete, fora da circularidade hermenêutica; dela é impossível ‘deduzir’ outro elemento ‘objetivado’.*” (STRECK, 2004. p. 229).

“superficialidade” do texto, é clamar pela abdicação da entrada no “mundo” construído nas narrativas jurídicas que são apresentadas diante dos tribunais, trata-se de uma visão instrumental da linguagem como simples objeto mediador da relação sujeito e objeto (STRECK, 2000. p. 166).

A busca pela simplificação, pelo intérprete simplificado(r) de Vermeule, desconsidera o fato de que o nosso modo de ser (humano) é interpretativo: “*O horizonte de sentido é-nos dado pela compreensão que temos de algo. O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão.*” (STRECK, 2000. p. 182).

Tais considerações distam da proposta de Vermeule, para quem, boa parte do cânone a respeito de formas interpretativas é relegado como um conjunto de abstrações ou questões de “alto nível”, que deveriam ser afastadas de sua projeção imagética de um juiz tolhido de capacidades, o que levaria à decisão pautada pelo custo-benefício e pela possibilidade da redução de danos no plano empírico. O resultado disso é uma das teorias mais “austeras” sobre o papel interpretativo do Judiciário já apresentadas (SIEGEL, 2007. p. 389).

Ainda, a teoria não apresenta garantias a respeito de uma de suas propostas mais contundentes, a de que a adoção da postura deferente perante o Executivo ou o Legislativo (no caso de textos ambíguos), produziria uma redução dos custos atrelados à adoção de outros métodos interpretativos que não a leitura superficial dos textos. Motivo pelo qual pouco resta da teoria das capacidades institucionais que pode vir a ser utilizado para aprimorar a prática jurisdicional brasileira.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Teorias que tratam da deferência do Judiciário possuem sua importância para, ao menos, lembrar que o exercício da fiscalização de constitucionalidade não pode ser realizado de maneira a desestabilizar as instituições democráticas ou de modo que o Judiciário venha a suplantam a figura do legislador. As teorias que propugnam pela autocontenção também são relevantes para sublinhar particularidades institucionais de cada um dos poderes e aprofundar o questionamento a respeito de qual dos Poderes pode fornecer melhores respostas para os casos difíceis que são apresentados diante do Estado.

As teorias normativas hermenêuticas procuraram pavimentar o caminho das discussões sobre qual melhor resposta poderia ser produzida pelo Judiciário. Em resposta, a teoria das capacidades institucionais procurou delinear os limites empíricos da transposição de tais teorias para o mundo fático. Porém, ao final, a imagem projetada pelo (novo) formalismo acaba por ser a reedição de antigas propostas para retirar questões polêmicas do Judiciário, por meio da alegação de que suas decisões possuem um custo elevado e que este Poder não ocuparia uma posição institucional adequada para realizar tais atividades.⁷⁴

Continua-se a realojar velhos esqueletos teóricos de suas covas e substituir seus caixões. A incerteza que permeia o Judiciário não é reduzida ou os custos das decisões não são diminuídos quando outras instâncias assumem o papel de substituir o Judiciário diante de sua autocontenção. Ainda que os tribunais possuam, de fato, limitações e possam tomar decisões equivocadas, o Judiciário é detentor de vantagens institucionais se comparado com outros espaços de tomada de decisão.⁷⁵ Apostas romantizadas em qualquer um dos ramos dos Poderes (ou mesmo no “Povo”) correm o risco de esquecer os problemas que podem assolar qualquer uma das instituições em questão.⁷⁶

É inevitável que os poderes venham a ser eventualmente abusados. Não se trata de uma novidade que a fiscalização de constitucionalidade possa vir a ser instrumento para usurpar normas que possuem respaldo democrático e que foram produzidas tecnicamente de maneira adequada.

Ao (antigo) questionamento sobre quem possui as melhores condições para responder a casos difíceis, antepõe-se a resposta de que a construção dos saberes jurídicos precisa ser realizada como uma conversa contínua entre todos aqueles que

⁷⁴ “In offering such a stingy view of the courts’ potential value, Vermeule gives too little weight to the courts’ vital role of checking the executive. This role arises not merely from the courts’ political insulation, but from their status as a separate branch of government that does not participate in the primary formulation or execution of policy. If that role were removed, executive agencies would have a greatly enhanced ability to set the limits of their own power. (SIEGEL, 2007. p. 425-426).

⁷⁵ Siegel anota situações em que os tribunais podem estar em vantagem decisória: “(...) courts act at the moment the statutory text is actually applied to a particular case. In contrast to legislatures, which act generally and in advance, and thus cannot anticipate every circumstance to which statutes will apply, courts are better positioned to use certain interpretive techniques. (...) Legislatures are institutionally disadvantaged when it comes to appreciating the potential absurdity of what they write. No matter how much work they do in advance, they will make some mistakes that come to light only afterwards. Courts, on the other hand, are in a position to see the statute after the drafting process, when its absurdity may be apparent in light of the particular case in which it arises.” (SIEGEL, 2007. p. 420-421).

⁷⁶ “It is usually far easier for most people – whether ordinary citizens or law professors – to criticize the Court rather than the Constitution itself. The idea of ‘judges on a rampage’ is a familiar element of our standard narratives of American constitutional history, even if different persons will offer conflicting examples of exemplary rampages.” (BALKIN; LEVINSON, 2007. p. 79).

se encontram envolvidos em sua produção e revisão. Por fim, se há uma preocupação genuína no aumento da legitimação das decisões proferidas pelos Poderes a opção pela redução da complexidade parece rumar no sentido inverso daquela que propõe diálogos intra e interinstitucionais, na edificação de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALLAN, T. R. S. *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O Argumento das “Capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. *Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI: v.2*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. 13 Ways of Looking at Dred Scott. *Chicago-Kent Law Review*, v. 82, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. *Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI: v.2*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CORAM, Bruce T. Second Best Theories and the Implications for Institutional Design. In: GOODIN, Robert E. *The Theory of Institutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

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

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fonte, 2005.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESKRIDGE JR, William N. Dynamic Statutory Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 135, 1987.

_____. Gadamer/Statutory Interpretation. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 3, 1990.

_____. No Frills Textualism. *Harvard Law Review*. v. 119, 2006.

_____. The New Textualism. *UCLA Law Review*, v. 37, 1990.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FARBER, Daniel A. Legal Formalism and the Red-Hot Knife. *The University of Chicago Law Review*. v. 66, 1999.

FISS, Owen. Objectivity and Interpretation. *Stanford Law Review*, v. 34, 1982.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

HAMILTON; MADISON; JAY. *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HART, Herbert L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

_____. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HART JR. Henry; SACKS, Albert M. *The Legal Process: basic problems in the making and application of law*. New York: Foundation Press, 1994.

HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, 2004.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KENNEDY, Duncan. Legal Formalism. In: SMELSER, Neil; BALTES, Paul. *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. V. 13. New York: Elsevier, 2001.

KING, Jeff A. Institutional Approaches to Judicial Restraint. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, 2008.

KINGWELL, Mark. Let's Ask Again: Is Law Like Literature? *Yale Journal of Law & the Humanities*. v. 6, 1994.

KRAMER, Larry D. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MICHELMAN, Frank I. *Brennan and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SADURSKI, Wojciech. Constitutional Review in Europe and in the United States: Influences, Paradoxes and Convergence. *Sydney Law School Research Paper n. 11/15*, 2011.

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, v. 97, 1988.

SIEGEL, Jonathan R. Judicial Interpretation in the Cost-Benefit Crucible. *Minnesota Law Review*. v. 92, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O direito como um conceito interpretativo. *Pensar*, v. 15, n. 2, 2010.

_____. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, n. 2, 2009.

_____. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*? *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 34, n. 2, 2014.

SUNSTEIN, C. Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*. v. 108, n. 7, 1995.

_____. Second-Order Perfectionism. *University of Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper n. 319, 2006.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper* n. 156, 2002.

TRIBE, Laurence. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

VERMEULE, Adrian. Collective Wisdom and Institutional Design. In: LANDEMORE, Hélène; ELSTER, Jon. *Collective Wisdom: principles and mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

_____. Interpretive Choice. *New York University Law Review*, v. 75, 2000.

_____. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *O Livro Azul*. Lisboa: Edições 70, 1992.

_____. *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell, 1986.

Recebido em 17/06/2015

Aprovado em 15/07/2015

Received in 17/06/2015

Approved in 15/07/2015