

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

ZIEL FERREIRA LOPES

**ONDE HABITA O JUIZ HÉRCULES?
UMA APROXIMAÇÃO ENTRE TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO E
QUESTÕES INSTITUCIONAIS**

SÃO LEOPOLDO

2020

Ziel Ferreira Lopes

Onde Habita o Juiz Hércules?
uma aproximação entre teorias da interpretação e
questões institucionais

Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Doutor em
Direito Público, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof^o Dr. Lenio Luis Streck

São Leopoldo

2020

L864o Lopes, Ziel Ferreira
Onde habita o juiz Hércules? uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. / Ziel Ferreira Lopes--2020.
276 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2020.
Orientador: Prof. Dr. Lenio Luis Streck.

1. Juízes - Decisões. 2. Decisão judicial. 3. Direito - Integridade. 4. Minimalismo judicial. 5. Desacordos. 6. Análise institucional. I. Título. II. Streck, Lenio Luis.

CDU 347.95

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORALCO

A tese intitulada: “**ONDE HABITA O JUIZ HÉRCULES? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais**”, elaborada pelo doutorando **Ziel Ferreira Lopes**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de maio de 2020.


Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**,
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck Participação por Webconferência

Membro: Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha Participação por Webconferência

Membro: Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior Participação por Webconferência

Membro: Dr. Anderson Vichinkesk Teixeira Participação por Webconferência

Membro: Dr. José Rodrigo Rodriguez Participação por Webconferência

AGRADECIMENTO AO CNPQ

O presente trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - Brasil (CNPq-BR).

Em memória de Maria das Dores Ferreira

AGRADECIMENTOS

A meu orientador, professor Lenio Luis Streck, por me ensinar – com suas palavras e com seu exemplo – a pôr a curiosidade acima de tudo na vida acadêmica.

Aos membros da banca examinadora, pela leitura atenta e crítica da tese.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, pelo compromisso com a excelência na formação de seus alunos.

Aos professores dos Programas de Pós-Graduação em Filosofia e em Educação da Unisinos, que me apresentaram mundos novos.

À equipe da Unisinos, pela acolhida e suporte.

Aos membros do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, pela dádiva de trabalharmos e aprendermos juntos. Será sempre uma honra ter feito parte desse grupo.

Aos membros da Associação Brasileira de Direito Processual, pela defesa das garantias fundamentais em tempos tão difíceis.

Aos amigos que fiz em São Leopoldo e aos amigos que deixei em Petrolina, pelo carinho.

Agradeço imensamente à minha família, por todo apoio. A meus pais, Zilma Ferreira Lopes e José Gabriel Barbosa Lopes; a meus irmãos, Amliz Ferreira Lopes e Alden Ferreira Lopes; e à minha sobrinha, Alice Sousa Lopes.

Por fim, a Samara Cavalcanti Santos Lopes, minha esposa, agradeço por absolutamente tudo.

Rompe o destino com tua mão: aos tristes íferos esteja
acessível a visão da luz, e que o inacessível umbral lhes
conceda fáceis caminhos até os súperos.
(Sêneca, *Hércules furioso*)

RESUMO

As teorias da interpretação jurídica vêm sendo desafiadas a lidar com a situação concreta dos juízes, vistos como membros de instituições complexas e repletas de limitações. Um debate fundamental sobre esse tema envolveu dois dos maiores juristas de nosso tempo, Ronald Dworkin e Cass Sunstein. O primeiro tentou mostrar que as exigências da correta compreensão do direito eram incontornáveis, defendendo que os juízes decidissem buscando sua integridade principiológica. O segundo apontou para os riscos da digressão dos juízes por teorias morais, recomendando que eles decidissem de modo raso e estreito, sempre que não pudessem julgar de maneira confiante. O debate progrediu, despertando o melhor dos dois autores. Ambos refinaram suas críticas e chegaram a convergências surpreendentes. Diante disso, como avaliar os argumentos trocados pelos autores, reorganizar o conhecimento disponível e, a partir daí, traçar as diretrizes fundamentais para uma visão do direito que acomode devidamente teoria da interpretação e análise institucional? Em suma: quais as coordenadas para uma pequena hermenêutica institucional? Esse foi o problema que tentei enfrentar nessa tese. Para tanto, procedi da seguinte maneira a cada capítulo: 2) apresentei uma caracterização das teses centrais de Ronald Dworkin, focando sua teoria da interpretação jurídica; 3) apresentei uma caracterização das teses centrais de Cass Sunstein, focando suas preocupações institucionais sobre a decisão judicial; 4) reconstruí o debate Dworkin-Sunstein, analisando criticamente seus argumentos e defendendo uma apropriação criativa de seus legados – isto é, uma proposta autoral em continuidade à série teórica inaugurada por Dworkin e Sunstein; e, 5) confrontei os resultados obtidos com outra proposta de continuação do debate, a (anti)teoria institucional da interpretação de Adrian Vermeule, disputando o tipo peculiar de empirismo que ela representa em face da tradição hermenêutica. Como resultado, esbocei algumas diretrizes para um modelo interpretativo-institucional, propondo que a teoria do direito como integridade fosse assumida como campo básico, e que ela fosse desenvolvida a partir de três pontos levantados por Sunstein: uma ampliação da doutrina da prioridade local; a defesa de um modelo para exposição de decisões colegiadas; e a observação do surgimento de novos desenhos institucionais, com grandes implicações para a teoria da interpretação jurídica. Submeti tal visão ao diálogo com a perspectiva de Adrian Vermeule. Este autor tem defendido que se

diminua a importância de teorias normativas, focando numa comparação dos efeitos gerados por diferentes modelos interpretativos, através de análises institucionais sob as variantes das capacidades judiciais e efeitos sistêmicos. Reconheci as vantagens das propostas de mediação institucional que propõe para os modelos normativos. Contudo, apontei deficiências na fundamentação de algumas de suas teses, naquilo que pretendem dispensar o debate normativo e apelar para uma fundamentação empírica sob racionalidade limitada. Por fim, esbocei cinco coordenadas metateóricas para aproximar esses temas de maneira produtiva: fundamentação empírica rigorosa; justificação teórico-normativa; humildade metodológica; equilíbrio temático entre interpretação e instituições; e perspectiva histórica.

Palavras-chave: Direito como integridade. Minimalismo judicial. Desacordos. Análise institucional.

ABSTRACT

Theories of legal interpretation have been challenged to deal with the concrete situation of judges, faced as members of complex institutions with various limitations. A fundamental debate on this issue involved two of the greatest legal thinkers of our time, Ronald Dworkin and Cass Sunstein. The first tried to show that the requirements for a correct understanding of law were unavoidable, arguing that the judges should decide seeking for a principled integrity. The second pointed to the risks of judges detour on moral theories, recommending that they decide in a shallow and narrow way, whenever they could not judge with confidence. The debate progressed, bringing up the best of each author. Both refined their criticisms and reached surprising convergences. Therefore, we need to ask: how to evaluate the arguments exchanged by the authors, reorganize the available knowledge and, from this point, sketch the fundamental guidelines for a vision of law that properly accommodates the theory of interpretation and institutional analysis? In short: what are the coordinates for a small institutional hermeneutics? That was the problem I dealt with in this thesis. To do so, I proceeded in the following manner in each chapter: 2) I presented a characterization of Ronald Dworkin's central theses, focusing on his theory of legal interpretation; 3) I presented a characterization of Cass Sunstein's central theses, focusing on his institutional concerns about the judicial decision; 4) I reconstructed the Dworkin-Sunstein debate, analyzing critically their arguments and defending a creative appropriation of their legacies - that is, an authorial proposal in continuity with the theoretical series inaugurated by Dworkin and Sunstein; and, 5) I compared the results obtained with another proposal for the continuation of the debate, the (anti) institutional theory of interpretation by Adrian Vermeule, disputing the peculiar type of empiricism that it represents in face of the hermeneutical tradition. As a result, I sketched some guidelines for an interpretive-institutional model, proposing that the theory of law as integrity should be assumed as a basic field, and that it should be developed from three points raised by Sunstein: an extension of the doctrine of local priority; the defense of a model for exposing collegial decisions; and the observation of the emergence of new institutional designs, with major implications for theories of legal interpretation. I submitted this view to a dialogue with the perspective of Adrian Vermeule. This author has defended that the importance of normative theories must be diminished, focusing on

a comparison of the effects generated by different interpretative models, through institutional analyzes under the variables of judicial capacities and systemic effects. I recognized the advantages of institutional mediation that it proposes for normative models. However, I pointed out deficiencies in the foundation of some of his theses, in their intention to dismiss the normative debate and appeal to an empirical foundation under bounded rationality. Finally, I outlined five metatheoretical coordinates to bring these topics together in a productive way: rigorous empirical foundation; theoretical-normative justification; methodological humility; thematic balance between interpretation and institutions; and historical perspective.

Keywords: Law as integrity. Judicial minimalism. Disagreements. Institutional analysis.

RESUMEN

Las teorías de la interpretación legal han sido desafiadas a para hacer frente a la situación concreta de los jueces, vistos como miembros de instituciones complejas y llenas de limitaciones. Un debate fundamental sobre este asunto implicó a dos de los mayores expertos legales de nuestro tiempo, Ronald Dworkin y Cass Sunstein. El primero intentó demostrar que los requisitos para una correcta comprensión de la ley eran inevitables, argumentando que los jueces deberían decidir buscando su integridad basada en principios. El segundo señalaba los riesgos del recorrido de los jueces por las teorías morales, recomendando que decidan de manera superficial y estrecha, siempre que no puedan juzgar con confianza. El debate progresó, despertando lo mejor de ambos autores. Ambos refinaron sus críticas y alcanzaron sorprendentes convergencias. Ante esto, ¿cómo evaluar los argumentos intercambiados por los autores, reorganizar el conocimiento disponible y, a partir de ahí, esbozar las pautas fundamentales para una visión del derecho que acomode adecuadamente la teoría de la interpretación y el análisis institucional? En resumen: ¿cuáles son las coordenadas para una pequeña hermenéutica institucional? Ese fue el problema que traté de enfrentar en esta tesis. Para hacerlo, procedí de la siguiente manera para cada capítulo: 2) presenté una caracterización de las tesis centrales de Ronald Dworkin, centrándome en su teoría de la interpretación jurídica; 3) presenté una caracterización de las tesis centrales de Cass Sunstein, centrándome en sus preocupaciones institucionales sobre la decisión judicial; 4) reconstruí el debate Dworkin-Sunstein, analizando críticamente sus argumentos y defendiendo una apropiación creativa de sus legados, es decir, una propuesta autoral en continuidad con la serie teórica inaugurada por Dworkin y Sunstein; y, 5) comparé los resultados obtenidos con otra propuesta para la continuación del debate, la teoría (anti) institucional de interpretación de Adrian Vermeule, cuestionando el tipo peculiar de empirismo que representa frente a la tradición hermenéutica. Como resultado, esboqué algunas pautas para un modelo interpretativo-institucional, proponiendo que la teoría del derecho como integridad debe asumirse como un campo básico, y que se desarrolle a partir de tres puntos planteados por Sunstein: una extensión de la doctrina de la prioridad local; la defensa de un modelo para exponer decisiones colegiadas; y la observación de la aparición de nuevos diseños institucionales, con importantes implicaciones para la

teoría de la interpretación jurídica. Sometí este punto de vista al diálogo con la perspectiva de Adrian Vermeule. Este autor ha defendido que se disminuya la importancia de las teorías normativas, enfocándose en una comparación de los efectos generados por diferentes modelos interpretativos, a través de análisis institucionales bajo las variaciones de las capacidades judiciales y los efectos sistémicos. Reconocí las ventajas de las propuestas de mediación institucional que propone para los modelos normativos. Sin embargo, señalé deficiencias en el fundamento de algunas de sus tesis, en lo que pretenden prescindir del debate normativo y apelar a un fundamento empírico bajo una racionalidad limitada. Finalmente, describí cinco coordenadas metateóricas para unir estos temas de manera productiva: fundamentos empíricos rigurosos; justificación teórico-normativa; humildad metodológica; equilibrio temático entre interpretación e instituciones; y perspectiva histórica.

Palabras clave: Derecho como integridad. Minimalismo judicial. Desacuerdos. Análisis institucional.

LISTA DE SIGLAS

APT	Acordos Parcialmente Teorizados
AR	Agências Reguladoras
CHD	Crítica Hermenêutica do Direito
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DE RONALD DWORKIN	32
2.1 A Luta por um Direito que fizesse Sentido	33
2.2 Verdades na Interpretação: o exemplo da literatura	35
2.3 O Interpretativismo como Paradigma para as Teorias Do Direito	38
2.4 O Integracionismo e a Dimensão Moral da Interpretação Jurídica	48
2.4.1 A Conceituação dos Princípios.....	48
2.4.2 O Argumento dos Desacordos	54
2.4.3 O Debate que Dworkin Queria	58
2.4.4 O Direito como um Ramo da Moral	64
2.4.5 Balanço: a versão final da teoria de Dworkin	74
2.5 Críticas ao Integracionismo	81
2.5.1 Os Pontos mais Frágeis do Integracionismo	95
3 AS PREOCUPAÇÕES INSTITUCIONAIS DE CASS SUNSTEIN	97
3.1 A Nova Realidade Socioinstitucional Americana	98
3.1.1 O Clima Anti-Judiciarista	98
3.1.2 A Polarização do Debate Público	99
3.1.3 As Agências Reguladoras	99
3.2 Por uma Pesquisa Jurídica mais Prática e Empírica	101
3.3 O Minimalismo Judicial	102
3.3.1 Primeiros Trabalhos sobre Interpretação	102
3.3.2 A Criação de um Modelo Decisório Próprio.....	113
3.3.3 A Visão de Democracia na Qual o Minimalismo se Insere	118
3.3.4. Como Ler Sunstein?.....	121
3.4 Pressupostos Interpretativistas e sua Reformulação	124
3.4.1 O Interpretativismo Reformulado.....	125
3.4.2 O Novo Enquadramento da Disputa e as Teorias Rivais	127
3.4.3 Filosofias da Interpretação: uma análise crítico-comparativa.....	129
3.5 Críticas ao(s) Minimalismo(s)	133
3.5.1 Limites Reconhecidos por Sunstein	133
3.5.2 Outros Minimalismos	137
3.5.3 Contra o Minimalismo: um panorama.....	140

3.5.4 Os Pontos mais Frágeis do Minimalismo	143
4 O DEBATE DWORKIN-SUNSTEIN: PARA UMA APRORIAÇÃO CRIATIVA ...	145
4.1 Textos “Canônicos”: reconstrução comentada	148
4.1.1 O Elogio da Teoria	149
4.1.2 Da Teoria à Prática	162
4.1.3 Réplica	170
4.2 Balanço dos Principais Argumentos	175
4.3 Análise Crítica e Proposta de Síntese	178
4.3.1 Desenvolvimento de “Doutrinas” da Prioridade Local	184
4.3.2 Um Modelo para Exposição de Decisões Colegiadas	188
4.3.3 Novos Desenhos Institucionais e Implicações para a Interpretação Jurídica	192
4.4 Conclusões Parciais: um sistema de contenções institucionais para o integracionismo.....	193
5 NOVOS DEBATES: UMA (ANTI)TEORIA INSTITUCIONAL DA INTERPRETAÇÃO?	197
5.1 Teses e Argumentos de Adrian Vermeule.....	200
5.1.1 Crítica.....	201
5.1.2 Reconstrução	203
5.1.3 Aplicação.....	208
5.2 Contra-Argumentando: limites da análise institucional	218
5.2.1 Tese Metodológica Fraca.....	218
5.2.2 Tese Metodológica Forte.....	220
5.2.2.1 Tese da Mediação Institucional Necessária	220
5.2.2.2 Tese da Substituição	221
5.2.2.3 Uma Tese Metodológica “Moderada”?	224
5.2.3 Tese Metodológica “Extrema”	229
5.2.4 Tese Substantiva.....	232
5.3 Conclusões Parciais: os sentidos legítimos da análise institucional	238
5.4 Mundos Possíveis: entre o olimpo e o hades.....	241
5.5 Interpretação e Instituições: coordenando os temas de modo produtivo	244
5.5.1 Fundamentação Empírica Rigorosa	244
5.5.2 Justificação Teórico-Normativa	245
5.5.3 Humildade Metodológica	246
5.5.4 Equilíbrio Temático entre Interpretação e Instituições.....	247

5.5.5 Perspectiva Histórica.....	249
6 CONCLUSÃO	251
REFERÊNCIAS.....	263

1 INTRODUÇÃO

Se não puder dobrar os deuses, moverei os infernos¹
(Virgílio, *Eneida*, XII, p. 312)

Como um juiz deve interpretar o direito? O problema é velho, mas sua combinação a preocupações institucionais – típicas dos sistemas jurídicos contemporâneos – tem apresentado novos desafios. Nesse momento, aumenta a pressão para que os juristas não pressuponham atores em abstrato na construção de seus modelos teóricos. Precisariam dialogar, também, com a situação concreta dos juízes, vistos como membros de instituições complexas e repletas de limitações.

Muitas vezes essa pressão faz o debate retroceder para uma dicotomia entre teoria e prática, levando ao sacrifício de uma em benefício da outra. Isso acontece especialmente com teorias de caráter normativo, que costumam ser destituídas pelos céticos de seu potencial crítico-transformador, e tratadas como ideais inúteis.

Fugindo desse impasse, uma maneira mais produtiva de colocar o problema pode ser integrar os dois tipos de preocupação, perguntando: como fazer para que teorias sobre o que “deve ser” a interpretação possam guiar intervenções naquilo que prática jurídica “é”? E como fazer esses modelos normativos produzirem bons resultados, dentro das condições reais de funcionamento das instituições?

Nessa perspectiva, o problema revela alguns desdobramentos importantes: tais condições podem impor revisões na própria teoria normativa, ao revelar que algumas de suas diretrizes levam a resultados que contrariam seus propósitos, caso implementadas em condições sub-ideais? Até onde pode ir essa revisão da teoria,

¹ A citação é da passagem em que Juno diz que vai recorrer às forças infernais para ajudar sua protegida, já que não obteve ajuda dos deuses. Foi popularizada por Freud, que a utilizou como epígrafe em *A interpretação dos sonhos*. Com isso, pretendia se referir ao giro necessário na investigação sobre a mente, voltando-se ao seu “submundo”. Freud confessou ter imitado a ideia de Ferdinand de Lassale, que utilizou a mesma epígrafe no estudo *A guerra italiana e a tarefa da Prússia*. Por sua vez, Lassale indicava que, diante da impossibilidade de influenciar os governantes, passaria a aticar os governados. Para Freud, a citação trouxe inconvenientes. Boa parte de seus críticos a leu como algo mais relacionado à sua biografia do que à sua obra. Assim, viram nela um tom prometeico, desafiador, negado desesperadamente por Freud. SOUZA, Paulo Cesar de. **As palavras de Freud**: o vocabulário freudiano e suas versões. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 39-42. Aderir a esse mote, mesmo com toda a confusão tragicômica que ele traz, parece irresistível nesse caso. A descida de um personagem para o mundo inferior é um evento clássico do teatro grego, conhecido como *katábasis*. Foi este o último trabalho de Hércules. Com licença poética e boa vontade interpretativa, isso tudo ilustra de modo bastante oportuno a análise que se pretende realizar, trazendo o modelo de juiz Hércules de Dworkin para discussão em contextos sub-ideais.

essa negociação “pragmática” com a realidade, sem comprometer a integridade do projeto normativo? E, nesse caso, será que os próprios desenhos institucionais devem ser alterados para acomodar novas teorias sobre como os juristas interpretam e/ou deveriam interpretar o direito?

Antes de esboçar respostas, é importante entender todo o alcance das perguntas, e a mobilização que elas têm gerado. Esse “giro institucional” não está ocorrendo apenas em nossa área, mas nas ciências humanas e sociais como um todo. Nos distanciamos² da era das grandes teorias, na qual intelectuais como John Rawls e Jürgen Habermas podiam subir a níveis elevados de abstração ao debater o melhor sistema de pensamento para (re)organizar a sociedade. O próprio modelo deliberativo, e todos os pressupostos sob os quais tais autores se movimentavam, passou a ser contestado em sua viabilidade, diante de déficits cognitivos e motivacionais dos agentes de carne e osso³⁴.

² O uso da escrita em primeira pessoa é uma decisão consciente deste trabalho, inserido numa tendência que revê o papel e a “voz” do cientista, sobretudo nas ciências sociais. Ver nesse sentido: OLIVEIRA, S. F. As vozes presentes no texto acadêmico e a explicitação da autoria. **Pedagogia em Ação** (PUC-MG), Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 3-21, 2014. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/pedagogiacao/article/view/9182>. Acesso em: 05 mar. 2020. No âmbito jurídico: CALADO, Vinicius de Negreiros. “Porte ilegal de fala”. O “crime” de discurso crítico contra-hegemônico. In: COLARES, Virginia (org.). **Linguagem e direito**. Recife: Universitária da UFPE, 2010. p. 241-297. A temida “personalização” deve ser evitada pelo rigor e honestidade intelectual, orientado cientificamente por um referencial teórico-metodológico. Contudo, a devida “suspensão dos pré-juízos” não implica “fazer caso omisso de si mesmo”, como disse Hans-Georg Gadamer (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012). Na verdade, o apagamento artificial da autoria esconde muito mais do que revela, apelando a uma pseudo-neutralidade que atribui o raciocínio à decorrência automática do próprio objeto. Escrever na primeira pessoa não é apenas um recurso estilístico, consistindo num modo de assumir a responsabilidade pelo que é dito, identificando claramente o que é citação de conhecimento pré-existente e o que é interpretação e argumento desenvolvidos pelo autor do trabalho. Em alguns momentos, isso será feito no plural, como recurso para envolver o leitor numa digressão, em forma de reflexão conjunta. Afirmções mais diretas serão feitas na primeira pessoa do singular.

³ Essa terminologia é bem difundida na literatura. Por déficit, entenda-se aqui os limites que normalmente ocorrem nos seres humanos, e não apenas casos excepcionais.

⁴ Por todas, ver: MOUFFE, Chantal. Deliberative democracy or agonistic pluralism? **Social Research**, [S. l.], v. 66, n. 3, p. 745-758, Sept./Dec. 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/40971349.pdf?seq=1>. Acesso em: 05 mar. 2020. Embora não caibam aprofundamentos sobre esse ponto, vale registrar o impasse sobre “o que fazer” diante desses desafios práticos: “Um crítico simpático a Mouffe julga que o principal problema do modelo agonístico é não se estabelecer efetivamente como modelo, permanecendo na desconstrução do deliberacionismo e não avançando no entendimento de como uma democracia agonística pode lidar com o problema da exclusão e, simultaneamente, manter a função de domar o conflito antagônico (cf. Mendonça, 2010). Creio que é um problema insuperável, nos marcos da distinção antagonismo/agonismo, que limita o alcance da crítica às vertentes hoje hegemônicas da teoria democrática”. MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do “agonismo”. **Lua Nova**, São Paulo, n. 92, p. 32, maio/ago. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 maio 2018.

Cada vez mais, a academia é desafiada a renovar seus diagnósticos do que está acontecendo e oferecer soluções práticas para o que parece ser uma grande crise da democracia como a conhecemos. Sem jogar fora esse valioso patrimônio teórico sobre “ser” e “dever ser”, o trabalho agora assume também caráter operacional: “como fazer”?

Mesmo sendo parte de um movimento maior, que atravessa disciplinas, o direito ocupa um lugar de destaque nessa nova agenda de pesquisa. Uma vez denunciadas, as preocupações institucionais mostraram-se incontornáveis para os juristas, especialmente para aqueles que lidam com os problemas de aplicação do direito aos casos concretos. Toda uma literatura clássica passou a ser revista, a partir do cruzamento temático entre teorias da interpretação e análise institucional⁵. Juristas dos mais variados referenciais têm convergido para pesquisas desse tipo⁶.

⁵ SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **U Chicago Law & Economics**, [S. l.], v. 111, Olin Working Paper n. 156; U Chicago Public Law Research Paper n. 28, p. 885-951, Jul. 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=320245>. Acesso em: 10 dez. 2017. Ver também os capítulos 1, 7 e 8 de: VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

⁶ O debate Dworkin-Sunstein teve grande impacto nos Estados Unidos, envolvendo vários dos principais juristas americanos. Fora desse eixo, têm se destacado no Reino Unido os trabalhos de Dimitrios Kyritsis e Tamas Gyorfí. No Brasil, há diversos autores produzindo pesquisas de grande qualidade e relevância sobre o tema. Ligados à teoria do direito e a diálogos com a tradição dworkiniana, pode-se citar Felipe Paschoalini, Loiane Prado Verbicaro, Thomas Bustamante, Ronaldo Porto Macêdo, etc. Mais ligados às questões institucionais e ao marco Sunstein-Vermeule: Alexandre Garrido da Silva, Carlos Bolonha, Diego Werneck Arguelhes, Clémerson Merlin Cleve, Fernando Leal, José Ribas Vieira, Margarida Lacombe, Valéria Ribas do Nascimento, etc. Discutindo o mesmo problema, a partir de outras tradições teóricas: Conrado Hubner, Leonel Severo Rocha, Marcelo Neves, Maria Eugênia Bunchaft, José Rodrigo Rodriguez, etc. Na Crítica Hermenêutica do Direito, movimento no qual esse autor se insere (ver nota de rodapé n. 36), também já se vinha lidando com questões desse tipo, seja nos trabalhos de Lenio Streck ou dos pesquisadores que formou, como os de Giancarlo Copelli e Isadora Ferreira Neves, sobre capacidades institucionais, e de Clarissa Tassinari sobre diálogos institucionais. Esse rol (não exaustivo) serve à identificação de uma comunidade científica que tem se formado em volta do problema. Infelizmente, muitas omissões devem ter sido cometidas aqui. Por isso, como pauta para futuras pesquisas, seria importante realizar um levantamento de estado da arte – mapeando bibliografias de Programas de Pós-Graduação brasileiros e eventos acadêmicos ligados ao problema – e metapesquisas capazes de compilar e sistematizar suas diferentes contribuições. Com relação ao lugar ocupado pelo problema em minha própria pesquisa, há alguns anos venho produzindo especificamente sobre ele, aprendendo e dialogando com vários dos autores supracitados. Mesmo antes de trabalhar diretamente com o marco Dworkin-Sunstein, já vinha enfrentando questões do tipo desde minha dissertação: LOPES, Ziel Ferreira. **Jurisdição e método: limites processuais e possibilidades hermenêuticas de controle das decisões judiciais**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, UNISINOS, São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5212>. Acesso em: 10 dez. 2017. A partir do diálogo entre a Crítica Hermenêutica do Direito e teorias discursivo-procedimentais, analisei diferentes modelos de processo judicial, tomando como casos exemplares alguns institutos do Código de Processo Civil que estava sendo elaborado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Avaliando os resultados dessa pesquisa, veio a necessidade de seguir discutindo questões operacionais levantadas por Habermas sobre a hermenêutica jurídica, tanto em suas referências a Dworkin quanto no seu debate com Gadamer. Assim, a presente tese se justifica também como parte de uma trajetória curricular.

Nesse sentido, um debate fundamental sobre o tema envolveu dois dos maiores juristas de nosso tempo. De um lado, Ronald Myles Dworkin, um “clássico contemporâneo”⁷ da jusfilosofia, que elevou a interpretação a ponto central da teoria do direito. De outro, Cass Robert Sunstein, atualmente o jurista mais citado no mundo, famoso por articular o direito a outras disciplinas, como a economia comportamental.

Dworkin⁸ causou grande impacto em seu debate com os positivistas, no qual sustentou a insuficiência de critérios empíricos para a identificação do direito. Para ele, a interpretação jurídica não poderia ser reduzida a um sistema de regras convencionais vistas de modo isolado. Ela envolveria um esforço holístico na identificação de princípios, e sua aplicação aos casos da maneira que mais os desenvolvesse.

Na verdade, Dworkin defendeu que tal abordagem seria inevitável, por razões como: a impossibilidade de tratar normas como fatos brutos (moralmente neutros), já que elas imediatamente convocam seu intérprete a desenvolver e justificar sua melhor concepção, tomando parte num empreendimento “construtivo”; a existência de desacordos jurídicos sobre questões não empíricas, diante dos quais se faz necessário disputar qual interpretação é superior, revelando o direito sob a melhor luz; a demanda por uma prestação de contas no uso coercitivo do poder estatal, para que o direito mantenha a legitimidade; a exigência de igualdade substantiva no tratamento dos cidadãos; e, a necessidade de assegurar a integridade do direito, combinando a fidelidade às decisões passadas com as novas exigências projetadas pelos princípios, sob os quais se constitui o direito da comunidade. Para o autor, todo esse processo de “interpretação-construtiva” já ocorreria (em alguma medida) nas práticas jurídicas, devendo ser assumido criticamente e ampliado para orientar melhores decisões.

Mas isso levou a um paradoxo: por um lado, o tratamento teórico que Dworkin deu aos princípios aumentou o rol de elementos que constrangeriam a decisão, onde antes se viam “zonas de penumbra”; por outro lado, a admissão de componentes valorativos entre os critérios de identificação do direito levou muitos

⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Teoria, filosofia e dogmática jurídica: rigor e método. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Teoria do direito contemporânea**: autores e temas. Curitiba: Juruá, 2017. p. 32.

⁸ Desde Modelo de Regras I, publicado originalmente em 1967, e republicado como terceiro capítulo em: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

críticos a atribuírem a Dworkin a culpa por aumentar a discricionariedade judicial. Muitos até reconheceram que os juízes efetivamente recorrem a princípios, mas negaram a possibilidade de controle racional nesse campo. Como resultado, alguns juristas assumiram a discricionariedade judicial como um problema inevitável em casos difíceis, enquanto outros tentaram combatê-la com um retorno ao textualismo ou um salto rumo a análises empíricas de consequências das decisões.

Nesse contexto, Sunstein⁹ apareceu como um interlocutor privilegiado, por trazer o debate para a prática sem menosprezar a demanda por legitimidade do raciocínio jurídico. Partindo de pressupostos similares aos de Dworkin, mas combinando-os a preocupações institucionais sobre as capacidades do Judiciário, atenuou seu modelo interpretativo para diminuir os riscos da digressão dos juízes pela teoria moral. Destacou-se, então, por defender um “minimalismo judicial”, segundo o qual os juízes deveriam decidir de modo raso e estreito, sem tentar abarcar muitos casos ou aprofundar-se quanto a valores, sempre que faltassem informações para um julgamento confiante. Para Sunstein, isso evitaria os riscos da *húbris*¹⁰ de um juiz que seguisse o modelo hercúleo de Dworkin – a arrogância do herói, que precipita as tragédias gregas. Com isso, Sunstein restringe o papel dos atores, e põe o foco da deliberação democrática no bom funcionamento de todo o quadro institucional. O Judiciário deveria manter uma deferência a instituições mais capacitadas tecnicamente ou mais legitimadas politicamente para tomar determinadas decisões.

Dworkin lhe respondeu, questionando a possibilidade de estabelecer um limite artificial para a “ascensão justificadora”, que não seria questão de escolha do juiz, mas exigência de correta compreensão do direito e manutenção de sua integridade. Sunstein contra-atacou, tentando catalogar hipóteses em que seria justificável uma “descida” na deliberação dos juízes em busca de convergência sobre resultados práticos, diante do risco de erros ou divergências profundas nas interpretações muito ambiciosas. O debate progrediu, despertando o melhor dos dois autores. Dworkin foi confrontado com desafios práticos à sua teoria, formulados da melhor maneira

⁹ Suas principais obras sobre o tema são: SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2018. SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

¹⁰ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2018. p. 17, 45, 76, 98, 220. SUNSTEIN, Cass R. *Incompletely theorized agreements*. **Harvard Law Review**, [S. l.]. v. 108, n. 7, p. 1751, 1759, 1764, May 1995. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2995488>. Acesso em: 21 fev. 2020.

possível – isto é, sem cair nas velhas caricaturas que se costuma fazer dele. Sunstein encarou o teste máximo de consistência filosófica de seu modelo, cujo vício e virtude foi ter sido construído com aportes de áreas bastante diversas. Ambos refinaram suas críticas e chegaram a convergências surpreendentes.

A sequência de textos em que os autores se enfrentaram estabeleceu um importante marco teórico sobre esse tema híbrido, a que se tem chamado de “Interpretação e Instituições”¹¹. Contudo, apesar do interesse crescente sobre ele, ainda há muito a desbravar, tanto em termos de pesquisa empírica quanto teórica. Com exceção de alguns valiosos trabalhos¹², o próprio debate Dworkin-Sunstein ainda não recebeu a devida atenção da comunidade jurídica – ao menos, nada comparável ao debate Hart-Dworkin, que ocupa a teoria do direito há várias décadas.

Para além disso, existe uma demanda por interpretações abrangentes sobre quais os resultados do debate Dworkin-Sunstein, e sobre como seguir debatendo a partir dele. Como avaliar os argumentos trocados pelos autores, reorganizar o conhecimento disponível e, a partir daí, traçar as diretrizes fundamentais para uma visão do direito que acomode devidamente teoria da interpretação e análise institucional? Em suma: quais as coordenadas para uma pequena hermenêutica institucional? Esse é o problema que essa tese tenta responder. Para tanto, procede da seguinte maneira a cada capítulo:

- a) apresenta uma caracterização das teses centrais de Ronald Dworkin, focando sua teoria da interpretação jurídica;

¹¹ Veja-se o verdadeiro “manifesto” de Sunstein e Vermeule: VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **U Chicago Law & Economics**, [S. l.], v. 111, Olin Working Paper n. 156; U Chicago Public Law Research Paper n. 28, p. 885-951, jul. 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=320245>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹² Nos Estados Unidos o debate gerou uma rica fortuna crítica. Destaca-se o seguinte artigo, que faz uma comparação detalhada as ideias de Dworkin e Sunstein: KAUFMAN, Alexandre H. Incompletely theorized agreement: a plausible ideal for legal reasoning? **Georgetown Law Journal**, [S. l.], v. 85, n. 2, p. 395-415, Dec. 1996. No Brasil, ainda há pouca literatura especificamente sobre o debate. Cabe mencionar o excelente trabalho de: PASCHOALINI, Felipe. **Interpretação e instituições: o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin**. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-18112015-145137/en.php>. Acesso em: 10 dez 2017. Para além do debate, Carlos Bolonha também vem realizado e orientado excelentes pesquisas, tomando como referencial teórico os trabalhos de Sunstein e Vermeule. Coordena o Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições, principal Grupo de Pesquisa brasileiro sobre o tema.

- b) apresenta uma caracterização das teses centrais de Cass Sunstein, focando suas preocupações institucionais sobre a decisão judicial¹³;
- c) reconstrói o debate Dworkin-Sunstein, analisando criticamente seus argumentos e defendendo uma apropriação criativa de seus legados – isto é, uma proposta autoral em continuidade à série teórica inaugurada por Dworkin e Sunstein; e,
- d) confronta os resultados obtidos com outra proposta de continuação do debate, a (anti)teoria¹⁴ institucional da interpretação de Adrian Vermeule¹⁵, disputando o tipo peculiar de empirismo que ela representa em face da tradição hermenêutica.

A hipótese principal que pretendo avançar é que seria possível integrar preocupações sobre a legitimidade da interpretação jurídica com preocupações sobre o funcionamento das instituições, compatibilizando algumas teses de Dworkin e Sunstein para combater a discricionariedade judicial. Indo além, sustento que a construção dessa “epistemologia integrada”¹⁶ seria fundamental para que se possa

¹³ O autor não apresenta seu “minimalismo judicial” como uma “teoria”, entendida como um sistema encadeado de teses. Tampouco parece querer que ele seja representado dessa maneira. A todo momento, enfatiza a importância de manter a humildade cognitiva com relação ao seu próprio modelo decisório. Dessa maneira, o minimalismo seria muito mais o resultado de um conjunto de preocupações com as condições de decisão judicial, tentando evitar ao máximo um comprometimento com doutrinas ambiciosas sobre o problema. Contudo, não chega a ser “antiteórico” no sentido beligerante de Richard Posner e (por outros caminhos) de Adrian Vermeule. Não quer eliminar totalmente a teoria, tampouco o conhecimento sobre questões não empíricas, mas apenas evitar compromissos abrangentes por uma questão de humildade cognitiva.

¹⁴ A expressão “anti” não é usada aqui em sentido depreciativo, mas em respeito à intenção do próprio autor. Apesar de não constar no título do trabalho, Vermeule declara expressamente que seu propósito é anti-teórico ao longo do livro: VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 63. Seu projeto é evitar a necessidade do debate teórico-normativo, focando na comparação entre os efeitos gerados pelos diferentes modelos interpretativos. Assim, espera complementar e, em alguns pontos, substituir teorias valorativas por convergências sobre resultados práticos. Vai ainda mais longe ao propor métodos e soluções empiricistas ousadas, como técnicas de decisão sob racionalidade limitada para o contexto judicial, algo que é pouco desenvolvido em Sunstein.

¹⁵ Sua principal obra sobre o problema é: VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

¹⁶ Usando (de modo ampliado) uma expressão de Dworkin. Através dela, o autor critica as teorias arquimedianas e o dogmatismo moral, defendendo a necessidade de tomar os conhecimentos já existentes como ponto de partida, mas sem absolutizá-los. Isso seria feito através de um modelo coerentista. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 124-130 e 150-152.

seguir avançando no debate contemporâneo da teoria do direito, gerando um programa de pesquisa progressivo¹⁷ capaz de mobilizar a comunidade jurídica.

A isso acrescento um conjunto de sub-hipóteses independentes, que poderiam ser rejeitadas sem prejuízo da hipótese principal: em algumas situações, seria necessário rever diretrizes da teoria normativa, em função dos resultados práticos que elas poderiam gerar em condições sub-ideais de aplicação; existiriam limites para essa revisão, que precisariam ser defendidos não apenas através de evidências empíricas, mas também de um acesso “compreensivo”¹⁸ ao o que “é” a interpretação jurídica e de uma justificação sobre o que ela “deve ser” (discordando do não cognitivismo moral¹⁹ e do empirismo sob “racionalidade limitada”²⁰ defendidos por Vermeule); e, esses resultados poderiam levar a revisões dos desenhos institucionais, os quais, por sua vez, poderiam influenciar reflexivamente as práticas interpretativas de um sistema jurídico.

No que se refere às questões metodológicas sobre a tese, trata-se de trabalho teórico, voltado à análise crítica e participação ativa nos debates entre

¹⁷ Entendendo-se por isso: a tendência a gerar a observação de novos fenômenos, redução de anomalias, explicações para evidências empíricas acumuladas, predições e resolução de problemas, além da definição de velhas questões já explicadas e de novas questões a serem explicadas. LAKATOS, Imre. **La metodología de los programas de investigación científica**. Tradução de Juan Carlos Zapatero. Madrid: Alianza, 1993.

¹⁸ Refiro-me especificamente à tradição hermenêutica-fenomenológica. Contudo, a importância de um acesso “compreensivo” nas Humanidades não é caro apenas a ela, entendido aqui como um modo de conhecimento sobre questões qualitativas, mais complexo do que a explicação. Como colocado por Marcos Nobre: “Sustento que existe uma diferença entre explicar e compreender. Quando se faz uma distinção entre explicar e compreender, quem é ‘soft’ é quem explica, e nós é que somos ‘hard’, porque compreendemos”. NOBRE, Marcos S. *et al.* **O que é pesquisa em direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 70.

¹⁹ Trata-se de expressão metaética para designar posições que negam a possibilidade de conhecimento, veracidade e/ou demonstrabilidade no campo valorativo. O autor adota uma série de estratégias para evitar o debate teórico-normativo sobre a interpretação jurídica, tentando fundamentar suas teses unicamente em fatos. Por vezes, denomina isso de “agnosticismo” sobre princípios. Em outros momentos, invoca o conceito rawlsiano de “consenso sobreposto” para afirmar que um determinado resultado prático geraria uma convergência entre partidários de diferentes teorias normativas. VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 2, 71, 83, 215, 250, 267 e 272. Contudo, tal conceito não parece refletir bem a abordagem de Vermeule, como discuto no último capítulo.

²⁰ Vermeule chega a um dilema: por um lado, o “giro institucional” na teoria da interpretação jurídica serviu para repensar os critérios e as variáveis relevantes na análise de diferentes modelos; por outro lado, esse giro aumentou significativamente a necessidade de evidências empíricas para se estabelecer comparações rigorosas, que levarão muito tempo para serem coletadas. Nesse meio tempo, o autor defende um modelo institucionalista provisório, gerado através de técnicas de decisão em contextos de “racionalidade limitada” (*bounded-rationality*). Trata-se de decidir com qualquer informação disponível, ou que possa ser gerada sob custos aceitáveis, através de técnicas deliberadamente simplificadoras. VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 154-156.

juristas, atravessando disciplinas como filosofia e economia. Diante da amplitude do material de pesquisa, se faz necessário estabelecer alguns recortes.

i) Sobre o tema

Cabem algumas explicações sobre os termos “interpretação” e “instituições”. O que entendo exatamente por cada um deles?

Por teorias da interpretação jurídica, entendo aqui modelos (descritivos e/ ou normativos) sobre como ler o material jurídico básico. Esses modelos não se limitam a catalogar instrumentos, técnicas, ou cânones interpretativos, podendo envolver uma discussão sobre as próprias condições da racionalidade no direito. Além disso, o material jurídico básico ao qual me refiro não se limita a textos de lei, decisões anteriores e doutrinas, mas também a elementos não escritos, costumes, comportamentos, práticas, aspirações, etc.

Como referência principal sobre o tema, adoto o paradigma interpretativista e a teoria do direito como integridade de Dworkin, assim como a tradição hermenêutica que vem de Gadamer e é trabalhada pela Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck. A espinha dorsal dessa visão hermenêutico-interpretativista pode ser definida como: enxergar a atividade judicial como atribuição de sentidos, que não é pura reprodução, nem pura criação, mas um processo de interpretação construtiva.

Dou atenção especial à perspectiva do juiz, a qual apresenta as seguintes vantagens metodológicas²¹: sua atuação não tem interesses diretos no julgamento da causa, permitindo uma discussão mais focada na melhor interpretação; e, a perspectiva do juiz é uma via de acesso à discussão sistêmica, já que seu comportamento tem um efeito indutor sobre o comportamento das partes.

²¹ Sobre a utilidade metodológica de se estudar a interpretação jurídica a partir da perspectiva do juiz: “Este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam. Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os do juiz. Mas a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 19.

Com relação a instituições, são necessários maiores cuidados. Apesar de toda a popularização do termo, sua história no direito é bastante recente e pouco uniforme. Abordagens chamadas de “institucionalistas” costumam vir de outras áreas, tão variadas como sociologia, ciência política, economia, psicologia, filosofia, etc²². E cada uma leva a uma maneira diferente de se discutir instituições jurídicas.

Dentro do direito, os primeiros trabalhos especificamente jurídicos a falar em instituições como questão central foram os de: no direito público e administrativo, Maurice Hauriou (1916) e Santi Romano (1917), em reação a visões contratualistas e normativistas; no direito constitucional, de Carl Schmitt (1934), tomando-as como elemento definidor de uma ordem concreta, fundamental para a estabilização do Estado; e, na filosofia do direito, Neil MacCormick e Ota Weinberger (1986), que se referiam à função das regras quando vistas como “fatos institucionais”, a partir da filosofia da linguagem de John Searle²³.

Nessa tese, a maioria dos autores citados se ligam a uma outra forma de relacionar direito e instituições, que têm crescido no debate americano, sobre as bases lançadas por “advogados-economistas” como Neil Komesar (1984)²⁴. Trata-se de comparar os desempenhos de instituições, para alocar responsabilidades decisórias em meio a alternativas imperfeitas.

Particularmente, entendo por questões institucionais o debate sobre entidades sociais duráveis e autônomas, que não se confundem com a vontade de um ator isolado. Isso despersonaliza o foco da análise, trazendo-a para uma dimensão mais complexa que envolve coordenação de múltiplos atores, estruturas organizacionais, procedimentos, competências, questões logísticas, etc.

Da maneira como as trabalho aqui, questões institucionais não são: apenas questões empíricas, já que se tratam de construções humanas que têm uma

²² Um bom panorama pode ser visto em: GOODIN, Robert. Institutions and their design. In: GOODIN, Robert (ed.). **The theory of institutional design**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 1-53.

²³ VEITCH, Scott; CHRISTODOULIDIS, Emiliós; GOLDONI, Marco. Legal institutionalism. In: VEITCH, Scott; CHRISTODOULIDIS, Emiliós; GOLDONI, Marco. **Jurisprudence: themes and concepts**. 3. rd. London: Routledge, 2018. p. 290-299. PINTORE, Anna. Institutionalism in law. In: STERN, Robert A. M. **Routledge encyclopedia of philosophy**. London: Routledge, 1998.

²⁴ KOMESAR, Neil K. Taking institutions seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis. **University of Chicago Law Review**, [S. l.], v. 51, n. 2, 1984. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/ucprev/vol51/iss2/3>. Acesso em: 12 fev. 2020. Reconhecendo seu pioneirismo: SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **U Chicago Law & Economics**, [S. l.], v. 111, Olin Working Paper n. 156; U Chicago Public Law Research Paper n. 28, p. 937, jul. 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=320245>. Acesso em: 10 dez. 2017.

dimensão valorativa; algo que se opõe necessariamente a abordagens culturais, já que as duas dimensões se relacionam e se misturam, como nas questões de “cultura institucional” (regras não escritas, protocolos, liturgias, etc.); e/ou, uma nova forma de “procedimentalismo”, já que também envolvem debates substantivos sobre qual a sua missão, com quais critérios qualitativos se pode avaliar seu desempenho, como legitimam o conteúdo de suas decisões, etc.

Como referência nessa parte da tese, adoto os trabalhos de Sunstein e Vermeule²⁵. Sua análise institucional aplicada ao direito envolve avaliar o desempenho de instituições que tomam decisões jurídicas, compará-lo com o de outras instituições, e discutir “quem” deve decidir e “como” deve decidir. As principais variáveis a mensurar são “capacidades institucionais” e “efeitos sistêmicos”. Os metacritérios que propõem tentam minimizar “custos de decisão” e “custos de erro”.

As instituições de que trato são as de tipo formal e ligadas ao funcionamento do Estado. Isso abarca os três Poderes, com ênfase num braço estatal quase independente que vem ganhando muita importância no contexto americano, as famosas Agências Reguladoras. Dou atenção especial à perspectiva do Judiciário, a qual apresenta as seguintes vantagens metodológicas: sua missão institucional não se liga diretamente a interesses políticos, de modo que sua atividade decisória seria orientada (em tese) por argumentos de um tipo especial; e, sua racionalidade pode (segundo alguns²⁶) ter um efeito indutor sobre o comportamento das demais instituições.

ii) Sobre a abordagem

Meu foco não é histórico-exegético com relação às obras dos autores, mas tenta partir delas para discutir as hipóteses formuladas. Assumo os desenhos institucionais atuais como pano de fundo para debater a interpretação jurídica, me referindo apenas de modo eventual a possíveis mudanças nessa base. Para os fins desse trabalho, priorizo um dos sentidos na relação entre “Interpretação e

²⁵ Esses autores comungam de várias ideias. As diferenças entre eles serão explicitadas nos capítulos 3 e 5.

²⁶ Esse é o grande pressuposto de Sunstein em: SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. Vermeule levanta sérios questionamentos sobre esse tipo de coordenação ambiciosa em: VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 118-153.

Instituições”: os impactos das questões institucionais sobre as teorias da interpretação. Embora questões empíricas se façam presentes a todo momento, não investigo por meios próprios a solidez das premissas invocadas pelos autores. Assumindo-as como sólidas, para fins desse debate, foco na avaliação de sua força inferencial e na consistência lógico-valorativa dos argumentos.

Vale notar que os debates analisados foram travados entre juristas americanos²⁷, mas não possuem caráter paroquial, de modo que podem ser acompanhados com interesse por todos. Um trabalho à parte, que abduco de fazer aqui, seria tentar “aplicar” esses referenciais ao contexto jurídico brasileiro²⁸, o que exigiria recursos de direito comparado e uma atenção especial para nossas questões sociais.

Por envolver autores de paradigmas distintos²⁹, além dos recursos tradicionais de análise argumentativa³⁰, algumas vezes se faz necessário estabelecer recuos para “meta-debates” de filosofia da ciência³¹ e metaética³². Assim, o próprio regime

²⁷ Boa parte da bibliografia sobre o tema está escrita em inglês. Obedecendo a necessidade de que os trabalhos científicos sejam escritos no vernáculo, e também visando aumentar a acessibilidade ao conteúdo do trabalho, optei por fazer traduções livres. Dado o volume de citações, evitei repetir a advertência de que se trata de “tradução nossa”, o que deve ficar subentendido para o resto do trabalho. Defendendo essa opção metodológica: UNISINOS. Biblioteca. **Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos**: artigo de periódico, dissertação, projeto, relatório técnico e/ou científico, trabalho de conclusão de curso, dissertação e tese. 16. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2017. Disponível em: <http://unisinos.br/biblioteca/images/docs/manual-elaboracao-trabalhos-academicos.pdf>. Acesso em: 08 jan 2020.

²⁸ Nesse sentido, vejam-se as pesquisas aplicadas de Carlos Bolonha, especialmente sobre questões previdenciárias. Para uma mediação teórica entre esses referenciais e o debate brasileiro, ver o mesmo autor em: SOUZA, Rafael Bezerra de; BOLONHA, Carlos; Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 43, p. 162-183, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/373>. Acesso em: 27 fev. 2020.

²⁹ “Em geral, quando se confrontam posições teóricas no Direito, tem-se a ideia de que basta apenas confrontar argumentos ou trazer premissas diferentes, para defender os paradigmas que se enfrentam. É preciso olhar mais no fundo da questão e descobrir qual é o *standard* de racionalidade que está por trás da argumentação e das premissas”. STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005. p.135.

³⁰ Sem precisar aderir a teorias específicas da argumentação jurídica, se pode concordar com algumas boas práticas científicas e critérios mínimos de lógica informal para debater produtivamente. Nesse sentido: SACRINI, Marcus. **Introdução à análise argumentativa**: teoria e prática. São Paulo: Paulus, 2016.

³¹ Obviamente, não se trata de fazer filosofia da ciência, mas apenas de tentar fazer um trabalho científico atento ao chão filosófico sobre o qual está pisando. A rigor, seria possível ficar para sempre no meta-debate filosófico, sem chegar a uma solução aceita por todos. Por isso, recorro a ele apenas na medida necessária para justificar certos pressupostos que serão assumidos no debate jurídico. Evito questões muito controversas, focando nos pontos de convergência entre os principais filósofos da ciência contemporâneos. Adiro especialmente às posições moderadas de Imre Lákatos sobre as condições de progressão científica, mudança de paradigmas e comparação entre programas de pesquisa. Para um panorama desse debate, veja-se: LAKATOS, Imre; MUSGRAVE, Alan (org.). **A crítica e o desenvolvimento do conhecimento**. Tradução de Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1979.

de verdade e demonstração entra em jogo na tese, passando a fazer parte do caminho a ser construído e justificado dentro dela – não sendo aplicado como algo pronto, vindo de fora.

Como diretrizes gerais de abordagem, visando suspender pré-juízos e produzir um diálogo autêntico³³, dedico-me a: ler as contribuições de cada autor da maneira que mais aproveite seu potencial³⁴; sempre que possível, “traduzir” argumentos de maneira que façam sentido em ambos referenciais; e, diante de divergências profundas, ao menos tornar as posições mutuamente inteligíveis.

iii) Sobre a contribuição original

Fixadas essas bases, cabe uma palavra sobre as lacunas a serem enfrentadas. Como já foi dito, o fenômeno que se propõe analisar não é inédito na literatura, embora ainda se esteja formando massa crítica a seu respeito. Sua própria constituição – ligada à existência de desacordos entre os juristas – exige uma pluralidade de trabalhos dialogando abertamente. No quadro colaborativo em que esta tese se insere, espera-se trazer contribuições originais, através da

³² Com liberdade didática, pode-se dizer que a metaética está para o conhecimento valorativo assim como a filosofia da ciência está para o conhecimento empírico. Trata-se de uma disciplina filosófica que estuda os pressupostos da ética normativa. Enquanto essa última discute o que é bom/mau, correto/errado, justo/injusto, a metaética discute as próprias condições de cognoscibilidade, veracidade e demonstrabilidade no campo valorativo. Para classificação das teorias do direito a partir da metaética: FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

³³ A preocupação com um diálogo autêntico, capaz de gerar uma “fusão de horizontes” entre seus participantes, foi tratada por: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. O grande lema da hermenêutica é que “o outro pode ter não apenas direito, mas razão”. Onde não se reconhece o outro não pode haver hermenêutica, pois ela pressupõe sempre a escuta desse não-Eu. Por isso interpretamos, e não colocamos palavras na boca dos outros – sejam eles textos, pessoas ou o mundo que nos “fala”.

³⁴ A ideia é conhecida na filosofia da ciência como “princípio da caridade”, cuja elaboração está associada a Donald Davidson. Na pesquisa jurídica, torna-se particularmente importante, para superar o que Marcos Nobre denominou de “modelo do parecer”. Trata-se de trabalho acadêmico que imita a lógica advocatícia, compilando apenas citações favoráveis ao que se quer defender, sem analisar rigorosamente argumentos contrários: NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 66, p. 145-153, jul. 2003. Disponível: http://bibliotecavirtual.cebrap.org.br/arquivos/019_artigo.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020.

delimitação específica dos problemas, das hipóteses a serem trabalhadas³⁵, e da tradição hermenêutica a partir da qual se dialoga³⁶.

Enfim, o presente trabalho pode ser sintetizado numa imagem, buscada em Dworkin. No começo de *O Império do Direito* (1986)³⁷, ao traçar seus objetivos de pesquisa, o jusfilósofo americano afirmou: “Estou preocupado com a questão do direito, não com as razões que os juízes possam ter para atenuar suas afirmações sobre o que é o direito”³⁸. Mais à frente, ao discutir seu modelo de juiz Hércules, colocou-o na Suprema Corte, avaliando questões constitucionais. O título do item é “Hércules no Olimpo”, talvez em referência ao topo da carreira judicial. Mas uma ressalva em seu último parágrafo traz uma ambiguidade, pela qual se pode imaginar que o Olimpo se refere também ao caráter ideal da situação trabalhada:

[...] Hércules serve a nosso propósito porque é livre para concentrar-se nas questões de princípio que, segundo o direito como integridade, formam o direito constitucional que ele aplica. Não precisa preocupar-se com a urgência do tempo e dos casos pendentes, e não tem dificuldade alguma, como inevitavelmente acontece com qualquer juiz mortal, de encontrar uma linguagem e uma argumentação suficientemente ponderadas para introduzir quaisquer ressalvas que julgue necessárias, inclusive a suas caracterizações iniciais do direito. Também não se preocupa,

³⁵ Uso essa expressão deliberadamente ampla, no sentido de tornar minhas hipóteses “tratáveis” e passíveis de verificação, mas sem me restringir a testes empíricos.

³⁶ Este autor se liga à Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), movimento jurídico e referencial teórico-metodológico fundado por Lenio Luiz Streck – orientador desta tese de doutorado –, sobre as bases filosóficas de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Ernildo Stein. Streck coordena o *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos da UNISINOS, e o Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica, vinculado ao CNPq, dos quais esse autor faz parte. Seus trabalhos, e o de seus orientandos, vêm gerando grande impacto acadêmico, influenciando pesquisas em outras universidades, além de um impacto prático, sendo muito citada em processos judiciais e legislativos. A obra de base, que deu início a esse movimento, é: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Originalmente em 1999. Com o tempo, incorporaram-se a isso elementos do interpretativismo dworkiniano – que, por sua vez, já buscava em Gadamer alguns pressupostos filosóficos de seu pensamento. Como defende Streck, trata-se de uma “leitura antropofágica” desses autores, adaptada à realidade brasileira. Nesse movimento, Francisco Motta defende uma leitura de Dworkin sob uma lente de aumento gadameriana, buscando uma iluminação recíproca entre suas obras. MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Para uma reflexão sobre o alcance teórico e filosófico da CHD, ver: TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Crítica hermenêutica do direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311-326, set./dez. 2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd>. 2017.93.09/6434. Acesso em: 27 fev. 2020.

³⁷ Mesmo optando pelo sistema de referências em notas de rodapé, mencionarei no corpo do texto o ano original de publicação de uma obra citada, sempre que for útil para situar temporalmente o leitor.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 16.

podemos dizer agora, com um problema prático adicional que é particularmente sério nos casos constitucionais. Um verdadeiro juiz deve às vezes introduzir ajustes naquilo que acredita ser o certo enquanto questão de princípio, e, portanto, também questão de direito, para poder gerar os votos de outros juízes e tornar a decisão conjunta suficientemente aceitável à comunidade, que desse modo poderá continuar atuando como uma comunidade de princípios no nível constitucional. Servimo-nos de Hércules para fazer uma abstração desses problemas de ordem prática, como deve fazer qualquer análise bem fundada, para assim podermos ver quais soluções de compromisso os juízes reais consideram necessárias enquanto compromissos do direito³⁹.

Tal recorte era necessário para que se pudesse desenvolver seu modelo normativo de juiz, num exercício contrafático. Contudo, Dworkin deixa em aberto⁴⁰ outro exercício importante, de fazer o caminho de volta: pensar em “Hércules *fora* do Olimpo”. Que tipo de atenuações seriam justificadas para ele? A “descida” a que Sunstein convida pode ser o próximo trabalho em sua jornada.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 454-455.

⁴⁰ E isso fica mais claro no debate com Sunstein.

2 A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DE RONALD DWORKIN

O primeiro passo dessa tese é apresentar a teoria da interpretação jurídica de Ronald Dworkin, que serve de base (e de alvo) para os debates com Cass Sunstein e Adrian Vermeule.

Nesse espaço, não caberia tentar abarcar toda a vasta obra de Dworkin⁴¹. Tampouco seria útil proceder a um resumo genérico do autor. Sem perder o olhar sistêmico, nossa incursão teórica deve ter um objetivo bem delimitado, de levantar conceitos úteis para os debates dos quais se ocupará o resto da tese. Isso se desdobra nos seguintes objetivos específicos: 2.1) recuperar as questões sociais do tempo de Dworkin, que pressionavam por mudanças na teoria do direito⁴²; 2.2) liberar o caminho para a outra racionalidade que ele precisou perseguir, demonstrando a existência de “verdades interpretativas” a partir do exemplo da literatura; 2.3) situar paradigmaticamente o interpretativismo, o novo enquadramento que ele propôs para elaborar e disputar teorias do direito; 2.4) captar a evolução de sua teoria do direito como integridade, no que se refere à dimensão moral da interpretação jurídica; e 2.5) discutir algumas das críticas mais importantes que lhe são feitas.

A caracterização de uma teoria termina sempre refletindo a perspectiva do seu comentador, por maior que seja o esforço de apenas expor as ideias dos outros. Essa perspectiva pode ser assumida e explorada ativamente, quando se trabalha uma bibliografia muito conhecida, em busca de uma maneira revigorante de apresentá-la, mostrando sua atualidade – e, talvez, despertando a simpatia do leitor. Para usar a expressão de Bloom, trata-se de fazer uma espécie de “desleitura”⁴³. Nesse caso, me esforçarei para mostrar como a teoria da interpretação de Dworkin se desenvolveu para atender exigências do fenômeno jurídico, e não por um exercício de diletantismo intelectual, como boa parte da crítica a enxerga.

⁴¹ Nesse sentido, ainda segue imbatível: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. rd. Palo Alto: Stanford University Press, 2012.

⁴² Não tenho a pretensão de realizar um profundo estudo histórico ou sociológico nesse sentido. Meu foco continua sendo a análise dos argumentos apresentados pelos autores. Buscarei apenas colocar algumas dessas ideias num contexto humanizado, a partir do que os próprios autores identificavam como os problemas sociais que inspiraram suas reflexões.

⁴³ BLOOM, Harold. **Um mapa da desleitura**. Tradução de Thelma Médici Nóbrega. Rio de Janeiro: Imago, 1995. Ver sua apropriação hermenêutica em: STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: UNIJUÍ, 2014. p. 15-41.

2.1 A Luta por um Direito que fizesse Sentido

Um aspecto frequentemente negligenciado a respeito de Dworkin é a sintonia com as questões sociais de sua época. Sua produção acadêmica se mistura profundamente com intervenções no debate público. Desse modo, o projeto jusfilosófico desse autor não ocorre no vácuo, num plano puramente abstrato. Dworkin tentou responder a uma série de demandas concretas por novos direitos, pela legitimidade do Estado democrático e pelo controle do poder através do argumento. Tudo isso pode ser sintetizado em um ponto: a reabilitação de verdades na vida pública, sobre o que deve ser uma comunidade justa.

Com essa sensibilidade, Wayne Morrison apresenta Dworkin como um pensador em luta contra o “desencanto”, em busca de um direito que fizesse sentido:

O projeto de Dworkin é em parte defensivo – uma tentativa de revitalizar a legalidade liberal em face dos desafios que se abateram sobre as sociedades ocidentais a partir da década de 1970 – e em parte inspirador – uma tentativa de oferecer uma ‘moralidade de aspiração’. A natureza defensiva decorre do fato de Dworkin haver escrito, a partir dos anos 70, no contexto de uma crise de confiança que assolou o mundo ocidental à medida que suas metanarrativas e suas instituições passaram a ser questionadas. Nos Estados Unidos, a guerra do Vietnã e o caso Watergate levaram muitas pessoas a perder a confiança na conduta dos governos; a má-fé e hipocrisia pareciam estar, de modo ostensivamente claro, acometendo as ‘democracias baseadas em princípios’. Por inúmeras razões, a política tornou-se populista e os governos da Inglaterra e dos Estados Unidos tornaram-se conservadores, enquanto na academia as tendências ‘progressistas’ se dividiram. A teoria jurídica não mais podia ser pensada simplesmente como ‘filosofia jurídica’, e várias correntes de pensamento implicavam que o direito deveria ser colocado no contexto social para ser devidamente compreendido, ou que a política subjacente do direito devia tornar-se visível; o Movimento de Direito e Economia parecia estar propondo que as ideias tradicionais de felicidade, equidade e justiça fossem substituídas por cálculos de maximização da riqueza; os Estudos Jurídicos Críticos vinham substituindo a tradição do realismo jurídico, e o feminismo começava a fazer ouvir sua voz. A ideia liberal do estado de direito precisava de maior clareza e reformulação para manter sua credibilidade intelectual. Um problema metodológico central remetia à questão da objetividade: como a autoridade da filosofia jurídica podia ser (r-)estabelecida diante do declínio que o positivismo parecera oferecer? Se a filosofia jurídica de Hart nos levava inquestionavelmente a um projeto empírico que ele não pôde perseguir, de que modo se poderia criar uma metodologia que pudesse defender a ideia do direito como um sistema sem cair no

relativismo conceitual que, por exemplo, fora aceito por Kelsen, ou sobreviver ao desafio cético colocado pelos Estudos Jurídicos Críticos? A filosofia jurídica liberal poderia ser reformulada, ou só manteria sua coerência se simplesmente ignorasse todos os questionamentos? [...]44

Mas como perseguir a legitimidade do direito, em tempos de ceticismo? O próprio autor nos dá pistas sobre o caminho intelectual que o animava, ao falar de seus ídolos. Em entrevista a Bryan Magee, vemos um jovem Dworkin explicando a luta pelos direitos civis, e a maneira como juristas e (cada vez mais) economistas vinham tentando lidar com essas questões. Foi então que a filosofia política reapareceu, pela mão de Rawls, reabilitando o poder da teoria normativa para ajudar nesses debates. Ao comentar a obra de Rawls, Dworkin atribui seu sucesso ao fato de que:

[...] não apenas ele representa uma teoria particular, mas uma demonstração majestosa do poder do argumento na política. As pessoas são novamente atraídas pela ideia de que um argumento sustentado, que começa com princípios que podem ser considerados plausíveis como primeiros princípios, pode realmente nos dizer o que fazer sobre direito indenizatório ou sobre a distribuição de leite para as crianças nas escolas45.

Dworkin também tentaria realizar algo semelhante na sua área. Ocorre que a teoria do direito precisa lidar com circunstâncias que estão dadas, diferentemente da teoria da justiça. Isso diminui a eficácia de métodos construtivistas e procedimentais, e põe o foco na reconstrução de razões substantivas presentes nos textos de lei, precedentes e doutrinas.

Seria de imaginar que essa tarefa fosse mais fácil. Afinal, um jurista não precisa partir do zero para fundamentar a solução justa para um caso, porque conta com uma base legal que já foi debatida e positivada democraticamente. Contudo, vale lembrar da frase de Alfred Adler: “é mais fácil lutar por princípios do que viver de acordo com eles”46.

O desafio dworkiniano seria justamente demonstrar que o direito nos traz compromissos, e que as decisões judiciais devem estar de acordo com seus

44 MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos aos pós-modernos. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 498.

45 MAGEE, Bryan. Philosophy and politics [entrevista com Ronald Dworkin]. MAGEE, Bryan. **Talking philosophy**: dialogues with fifteen leading philosophers. New York: Oxford University Press, 2001. p. 213.

46 BOTTOME, Phyllis. **Alfred Adler**: apostle of Freedom. London: Faber, 1957. p. 76.

princípios constitutivos. Para tanto, precisou defender a existência de interpretações superiores, capazes de colocar o material jurídico básico sob a sua melhor luz. Isso não poderia ser feito através de provas empíricas ou de raciocínios lógico-apodícticos. Por isso, a grande contribuição do autor foi lançar mão de recursos criativos para oferecer um outro tipo de demonstração, capaz de sensibilizar até mesmo alguns céticos.

2.2 Verdades na Interpretação: o exemplo da literatura

Questões interpretativas muitas vezes são vistas pela comunidade científica como algo que não se pode debater produtivamente. Tal postura ignora que esse debate é inevitável. Parte fundamental da existência humana, e da convivência em sociedade, já conta com a existência de alguma racionalidade nessa área. Disciplinas como o direito a pressupõem. Mas como demonstrá-la?

Adotarei aqui uma chave de leitura de Dworkin, sob uma lente de aumento gadameriana, tal como defendida por Streck⁴⁷ e Motta⁴⁸. Ela auxilia na compreensão paradigmática desse autor.

⁴⁷ No livro: STRECK, Lenio. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 167-169: Bianor Arruda pergunta: “O senhor usa a expressão ‘resposta adequada à Constituição’, enquanto Dworkin usa a expressão ‘uma resposta correta’, traduzida por alguns como a ‘única resposta correta’. Enfim, o senhor diz que a Crítica Hermenêutica do Direito já é uma teoria da decisão. Então, gostaria de saber em que sentido ela é uma teoria da decisão?” Streck responde: “Na verdade, é assim: eu discuti esse assunto, mas eu avancei em relação a isso. Hoje estamos trabalhando, minha equipe e eu, já com uma espécie de antropofagia, ou seja, pegamos Gadamer, Heidegger e Dworkin e colocamos a questão assim: para nós, não há dúvida alguma, ou seja, para mim não há dúvida alguma, e também para os meus alunos que trabalham isso expondo e pesquisando. Estou convicto de que Dworkin é absolutamente caudatário de Gadamer. É falso achar que Dworkin não tem nada a ver com Gadamer. Toda noção que Dworkin tem sobre coerência e integridade está baseada nas questões de Gadamer. A sua tese interpretativa nada mais é do que essa terceira cadeira que se coloca entre dois grandes paradigmas.

Veja que até mesmo quando Dworkin vai falar sobre objetivismo moral, em seu livro *Justiça para Ouriços*, eu posso mostrar, hermeneuticamente, que esse objetivismo moral dele não é o da metafísica clássica, da ontologia. Eu posso demonstrar isso. Um aluno meu, Francisco Borges Motta, escreveu agora uma tese, uma belíssima tese sobre Dworkin, ele tinha essa dúvida e me mandou um e-mail. Respondi a ele, nas vésperas da defesa, e ele inseriu na tese. Então, com essa compreensão, eu digo que o objetivismo moral de Dworkin não tira dele a importância, a coerência e a integridade da sua própria obra. Se ele é interpretativista, se ele acabou exatamente de tentar superar esses paradigmas, ele não poderia falar em objetivismo no mesmo sentido da metafísica clássica. Veja a sutileza disso. Para ser mais simples: quando Dworkin se diz um objetivista moral, não é o mesmo que Atienza dizer que é um objetivista moral. Eles falam de lugares diferentes. A hermenêutica é uma das coisas mais sutis que existem, porque ela é cheia de detalhes, porque, nas mínimas coisas, estão os giros, estão as circunstâncias que fazem com que a compreensão tome um caminho ou a compreensão tome outro caminho. Então, na teoria da decisão que você perguntava, eu acho que Dworkin tem a teoria da decisão. Gadamer teria, se eu for a fundo. Eu teria que ter um auditório gadameriano só para falar sobre isso, porque eu teria que

Na filosofia, Gadamer⁴⁹ promoveu uma revolução, ao defender a existência de verdades na interpretação. Antes, precisou libertá-la da concepção moderna de “método”, imitado das ciências naturais, que havia sido transformado em condição universal da verdade. Para mostrar outras formas de racionalidade, Gadamer partiu de três exemplos privilegiados: a obra de arte, a história e a linguagem. Em cada um desses casos, a compreensão seria algo que já nos aconteceria e sobre o que faríamos juízos de veracidade, independentemente de seguirmos um procedimento mecânico.

Dworkin seguiu um caminho semelhante, ao buscar na literatura a liberação de uma outra racionalidade para o direito, na qual conseguimos nos entender e disputar seu melhor sentido.

Partiu da constatação de que “a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte”⁵⁰. Tinha consciência de que esta tese despertaria muitas divergências. Mesmo assim, insistiu num ponto mínimo: sabemos que interpretar uma obra não se confunde com criá-la, ou transformá-la em algo que ela não é. Por exemplo: uma interpretação do filme *Laranja Mecânica*⁵¹ que o coloca como um bom filme de ação, na mesma linha de Rambo, é uma má interpretação, por sequer se ajustar ao gênero ao qual essa obra de arte se propõe. E não se admitiria ao intérprete enxergar no filme cenas de ação que não existem, apenas para forçar esse ajuste.

Ao mesmo tempo, a interpretação não é “neutra” avaliativamente em relação à obra. Ela não é só ajuste, mas traz um componente crítico-constructivo ao tentar achar a melhor luz para a obra.

ter, digamos, uma espécie de auditório ideal para poder compreendermos que, quando Gadamer fala na autoridade da tradição e na possibilidade de verdade, ali tem a decisão. O seu antirrelativismo é a decisão, isto é, os meus pré-juízos que me constroem são a condição de possibilidade da resposta correta ou adequada, porque ele fala várias vezes, e eu descobri isso. Se você pegar uns textos meus, você vai ver as partes que eu descobri quando ele fala em resposta certa. Eu cito em alemão e depois, traduzo para o português onde ele diz quando a resposta é certa, e ele diz o seguinte: a resposta é certa quando eu já não me pergunto sobre ela. Isso é genial, porque é uma espécie assim, digamos, de uma cotidianização das perguntas e das respostas. Então, nesse sentido, seria uma teoria da decisão judicial. Mas aí para avançarmos, então, o que eu faço? Eu pego Heidegger, Gadamer, Dworkin, juntos os três e construo aquilo que chamo de *Crítica Hermenêutica do Direito – CHD*”.

⁴⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 222.

⁵¹ No exemplo esclarecedor de: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espino em movimento. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. VII-XVIII.

Em resumo, aqui “não há mais uma distinção categórica entre a interpretação, concebida como algo que revela o real significado de uma obra de arte, e a crítica, concebida como avaliação de seu sucesso ou importância”⁵².

É com essa mesma natureza que Dworkin vê as questões morais, éticas, políticas e jurídicas. A decisão judicial não seria o mero ajuste à jurisprudência. Não seria a simples tarefa de rever as decisões passadas, as leis e as convenções, de descrever o que tem sido feito para casos similares e tentar reproduzi-lo mecanicamente.

A certa altura, Dworkin lança mão de um exercício literário mais complexo para comparar com o direito, forçando ao extremo a fusão entre as condições de autor e intérprete.

Suponha-se que um grupo de autores seja contratado para escrever um romance em conjunto. O primeiro autor escreve um capítulo, que manda para o autor seguinte continuar, e assim por diante. Um romancista que se vê no meio dessa cadeia tem a dupla responsabilidade, de interpretar e criar. Deve manter o fio narrativo e tocar a história adiante, não apenas como uma sequência de acontecimentos, mas de sentido geral do que esse romance deverá ser.

Assim, Dworkin desenvolve sua analogia:

Decidir casos controversos no direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do Common Law, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras e princípios ‘subjazem’ a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se obrigado a olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas muito diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções sociais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, dos quais essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no

⁵² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 227.

futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então⁵³.

A associação entre direito e literatura costuma ser vista por muitos como “adorno” ou “perfumaria”. Mas, nesse caso, ela tenta captar a própria estrutura da racionalidade jurídica⁵⁴, isto é, um exercício de “interpretação-constructiva”. Esse *insight* levará a outra maneira de elaborar e disputar teorias do direito.

2.3 O Interpretativismo como Paradigma⁵⁵ para as Teorias Do Direito

Dworkin foi um dos principais responsáveis pelo chamado “giro interpretativo”

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 235-237.

⁵⁴ Ernildo Stein vem discutindo a importância de refletir sobre a relação entre direito e literatura, evitando que essa última disciplina seja usada apenas como ornamento. Dworkin parece evitar esse problema ao recorrer à literatura como um modo de liberar uma outra racionalidade para a discussão jurídica, na mesma linha de Gadamer. Busca-se na literatura uma discussão de paradigma filosófico. Nesse sentido, vale lembrar que Stein aponta três maneiras em que a relação entre filosofia e ciência pode se dar, e que pode ser adaptada (com os devidos cuidados) para discutir a relação com a literatura. A primeira é a invocação da filosofia como ornamento para o discurso científico, uma citação *ad hoc* sem maiores compromissos. Trata-se da falsa escolha filosófica por excelência. A segunda é a filosofia como orientação, buscando-se numa determinada perspectiva filosófica um guia direto para o cientista. Esta já é uma relação mais compromissada, porém ainda superficial e potencialmente ilusória, deixando de fora todas as perplexidades da fundamentação filosófica em prol de uma determinada finalidade científica. A última relação é a da filosofia como *standard* de racionalidade. Aqui o cientista já se movimenta paradigmaticamente, localizando-se e operando a partir de uma estrutura mínima de conhecimento (com suas noções de racionalidade, demonstrabilidade, verdade, etc.). Ele faz ciência com atenção aos seus pressupostos, o chão filosófico no qual que está pisando. STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005. p.135-138. Para uma reflexão sobre esses três modos de relacionar direito e filosofia, e suas consequências para um programa de pesquisa jurídico, veja-se: STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. O processo judicial visto pela crítica hermenêutica do direito. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 25, n. 100, p. 213-228, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201712139153.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2020.

⁵⁵ Dworkin usa o termo paradigma para se referir aos conceitos interpretativos compartilhados pelos usuários do direito. Aqui, estou usando o termo de modo ligado à filosofia da ciência, como o conjunto de pressupostos (sobre racionalidade, verdade, demonstrabilidade, etc.) a partir dos quais os cientistas elaboram suas teorias. Muitas vezes, o debate entre dois cientistas precisa recuar, saindo da disputa teórica imediata e passando para um nível paradigmático, porque podem estar trabalhando sob pressupostos diferentes. A meu ver, o interpretativismo é um novo paradigma que Dworkin propõe para que elaborem e disputemos teorias do direito, no qual se destacam o convencionalismo, o pragmatismo e o integracionismo (direito como integridade). Ele vem substituir a visão do direito como simples fato e as teorias semânticas, paradigma no qual se destacavam o jusnaturalismo, o realismo jurídico e o positivismo descritivo. Dworkin não nomeia a diferença entre o interpretativismo e sua teoria do direito como integridade, mas fica claro na obra do autor que os dois conceitos não operam no mesmo nível. Por vezes, também me referirei ao interpretativismo como um novo “enquadramento” para as teorias do direito.

na teoria do direito⁵⁶. Isso significa que a interpretação deixou de ser apenas uma questão instrumental e passou a ser um verdadeiro paradigma para todo o conhecimento produzido na área, com um regime próprio de verdade, racionalidade, justificação, demonstração, etc.

Esse giro⁵⁷ fez parte de uma mudança mais ampla nas ciências humanas e sociais, em reação ao projeto moderno, o qual tentou reproduzir o sucesso das ciências naturais imitando seus métodos. Sob esse paradigma, o positivismo havia se destacado como uma maneira de trabalhar também com “fatos sociais”, dando-lhes um tratamento empírico. Na área jurídica, isso implicou descrever o direito como algo posto pela mão humana, separando-o metodologicamente da avaliação de seu conteúdo por critérios morais⁵⁸.

Contudo, a virada da modernidade trouxe uma crise do fundamento. Foram se acumulando denúncias sobre a impossibilidade de um conhecimento absoluto, neutro, incondicionado, garantido por um método – o substituto moderno para Deus. Para alguns, isso levaria ao relativismo. Para outros, essas pré-compreensões não seriam apenas uma “sujeira” que o método não conseguiria purificar, e que deveriam ser assumidas como uma fatalidade. Elas teriam também um caráter possibilitador e constitutivo do saber, levando a outro tipo de verdade⁵⁹. A partir daí, muitos pensadores passaram a defender que todo conhecimento deveria se assumir como condicionado pelo universo compreensivo que já carregamos conosco, e prestar contas disso. A filosofia foi invadida pela linguagem. A sociologia descobriu sua dimensão “compreensiva”. O biologismo médico foi desafiado pela psicanálise. E também o direito teve que reconhecer que seu “objeto” não poderia ser reduzido à empiria.

Mesmo os positivistas jurídicos constataram as dificuldades de manter seus modelos teóricos fundamentados em fatos puramente físicos. Até então, na tradição anglo-saxônica, destacava-se o elegante “modelo de Austin”, que reduzia a

⁵⁶ Atualmente, existe vasta bibliografia sobre o tema. Uma análise aprofundada pode ser lida em: FELDMAN, Stephen Matthew. The new metaphysics: the interpretive turn in jurisprudence. **Iowa Law Review**, **Iowa Law Review**, [S. l.], v. 76, p. 660-669, Oct. 1991. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2566986>. Acesso em: 30 dez. 2018.

⁵⁷ Analisando o giro linguístico nas várias matrizes filosóficas: OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. Ipiranga: Loyola, 2006.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Positivismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Casa do direito, 2017. p. 159-211.

⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 360 e 390-391.

identificação do direito à obediência habitual aos comandos do Soberano amparados numa sanção. Contudo, começaram a ficar evidentes os limites dessa explicação, baseada em regularidades externas de comportamento. Vendo apenas “de fora”, como distinguir a ação de um assaltante do cobrador de impostos? E quem seria o Soberano numa democracia complexa?

Para continuar descrevendo o direito de modo adequado, seria necessário mergulhar na interpretação. O jurista deveria aderir minimamente ao ponto de vista interno dos participantes das práticas sociais, recorrendo aos sentidos que eles lhes atribuem para compreendê-las. Com essa proposta, Hart⁶⁰ refundou o positivismo jurídico, sob o conceito-chave da “regra de reconhecimento”.

Onde buscar o sentido do direito? Ele já estaria pronto nas leis? Ou seria uma ficção dos juristas, que não poderia ser verdadeiramente fundamentada em lugar algum? Para fugir da polarização entre formalistas e céticos, Hart seguiu o lema dos filósofos da linguagem ordinária: perguntar pelo uso, pela maneira como os falantes já se entendem na prática.

Buscando alguma objetividade “fraca” em que pudesse amparar sua teoria⁶¹, o jusfilósofo britânico passou a focar nas práticas verbais convergentes entre os usuários do direito, pelas quais estes reconheciam a existência de uma norma jurídica. A tarefa do teórico seria estudar esses “jogos de linguagem”, explicitando suas regras ocultas. Quais os critérios que as pessoas já compartilham para dizer que algo é direito? Nesse ponto, muitos comentadores reconheceram em Hart uma inflexão “hermenêutica”⁶² da teoria do direito.

Contudo, sua posição ficava (deliberadamente) a meio caminho entre a explicação positivista e um acesso “compreensivo” às questões humanas. Hart resistiria a uma imersão maior no ponto de vista interno, para manter a cientificidade do seu modelo. Sua ambição era apenas trazer à tona esses novos fundamentos do direito, descrevê-los sem tentar dizer se eram bons ou ruins. Isso também implicava ir somente até onde eles operavam de maneira clara, reconhecendo zonas de penumbra na linguagem que seriam preenchidas pela discricionariedade do juiz.

⁶⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sete- Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Originalmente publicado em 1962.

⁶¹ MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004.

⁶² BIX, Brian, H. L. A. Hart and the hermeneutic turn in legal theory. **Southern Methodist University Law Review**, [S. l.], v. 52, p. 167-199, 1999. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=163810>. Acesso em: 22 nov. 2018.

Vista de uma perspectiva anti-positivista, a proposta de Hart não iria longe o suficiente. Ela seria uma espécie de “hermenêutica pela metade”, que objetificaria o sentido das práticas jurídicas para transformá-los em explicações de comportamentos. Dessa perspectiva, a linguagem seria tratada por ele como semântica “morta e empalhada” para exposição científica. Não se reconheceria seu caráter “vivo”, que abarcaria seus falantes, os interpelaria e fazia exigências. Para Gadamer, a correta compreensão já traria em si uma normatividade⁶³. Não por acaso, uma radicalização hermenêutica desse projeto hartiano, com Ronald Dworkin, passou a contemplar também uma dimensão ética.

Dworkin se rebelou contra a função meramente descritiva a que estava confinada a teoria do direito por essa visão positivista, a qual não captaria a complexidade de sua natureza interpretativa. Para ele, os conceitos jurídicos não poderiam ser simplesmente explicados de uma maneira neutra, desengajada, como se tratasse de um fato bruto. Aquele que tenta interpretar um conceito jurídico está imediatamente convocado a justificá-lo, isto é, a interpretá-lo sob a sua melhor luz, dentro de uma narrativa histórica e segundo seu “propósito”. Haveria uma dimensão prescritiva embutida na interpretação. Por isso, antes de defender uma teoria própria do direito, Dworkin propôs mudar o enquadramento no qual essas teorias seriam elaboradas e disputadas.

Para ele, o enquadramento anterior tomava o direito como uma simples questão de fato. Hart até teria conseguido libertar o positivismo da dependência de fatos puramente “físicos”, como a obediência e a sanção. Contudo, sua teoria trouxe apenas uma sofisticação linguística para fazer um “teste de origem” das normas, que continuava dependendo inteiramente de critérios factuais. Isso levou à reconstrução do positivismo como uma “teoria semântica do direito”, que faria a verdade das proposições jurídicas depender de convenções socialmente aceitas. Teorias rivais também poderiam ser reconstruídas dessa maneira “semântica”: o jusnaturalismo seria a teoria do direito que faz a verdade das proposições jurídicas depender de fundamentos morais, igualando direito e justiça; enquanto isso, o realismo jurídico tomaria essas proposições como “adjuvantes e renunciativas”, relegando-se a fazer meras previsões sobre o que os juízes decidiriam. Nesse enquadramento, o

⁶³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 413.

positivismo seria a teoria superior, já que as outras ofereciam um retrato bastante implausível de como as pessoas falam sobre o direito⁶⁴.

Contudo, essa disputa deixaria escapar o verdadeiro sentido da prática jurídica, que apareceria sob o enquadramento “interpretativo”. Para Dworkin, não existiria um ponto de vista moralmente neutro para dizer o que é direito. Mesmo uma tentativa de descrição já estaria prescrevendo o *status quo*⁶⁵. Portanto, qualquer teoria do direito deveria descrever as práticas jurídicas ao mesmo tempo em que assume a responsabilidade de justificá-las. Na feliz síntese de Coelho⁶⁶: para o interpretativismo de Dworkin, o que o direito “deve ser” é aquilo que ele já “é”, interpretado sob sua melhor luz.

Ainda que não se concorde com Dworkin, é preciso entender qual é o seu ponto. Seria possível simplesmente descrever “o que as pessoas acham que é o direito”? Sim. Mas isso não seria propriamente fazer teoria do direito, no sentido de entender seus elementos constitutivos e como identificá-los, e sim um exercício sociológico feito “sobre” as práticas jurídicas⁶⁷.

Para explicar essa diferença, o interpretativismo entra numa disputa de metáforas com os positivistas⁶⁸. Muitas vezes, eles se referiram ao seu modo de fazer teoria do direito como a explicitação das regras ocultas de um jogo, semelhante à descrição das regras de uma partida de xadrez. Da perspectiva dworkiniana, o jogo escolhido não reflete a que acontece no direito, porque aqui a disputa das regras faz parte do jogo. Já no xadrez, ninguém discute se a movimentação de um cavalo em “L” é ou não a melhor leitura das práticas enxadrísticas. Em lugar disso, Dworkin propõe comparar o direito com uma outra prática social de caráter interpretativo: a cortesia⁶⁹. Suponha que uma pessoa convida outra para jantar, mas não paga a conta⁷⁰. Ela agiu com cortesia? Para

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 41-45.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 169-265.

⁶⁶ Em palestra sobre o tema.

⁶⁷ Que também tem sua importância. Apenas, seria uma atividade distinta daquela que Dworkin entende como teoria do direito, por não lidar (diretamente) com a racionalidade interna desse fenômeno.

⁶⁸ Essa é a questão central de: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 57-59 e 84-89.

⁷⁰ Resumindo um exemplo famoso de: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199-209.

responder isso, precisaremos discutir os critérios avaliativos dessa prática. Partiremos de exemplos históricos de situações semelhantes, mas também de argumentos sobre o que eles deveriam significar. A disputa interpretativa-argumentativa faz parte do “jogo da cortesia”, assim como do “jogo do direito”. Suas regras não podem ser descritas sem qualquer envolvimento do teórico.

Colocando de maneira mais concreta: caso um jurista fosse perguntado se um direito existe ou não em determinado ordenamento, não poderia buscar um ponto de vista moralmente neutro para dar sua resposta. Qualquer resposta dele estaria endossando a existência (ou inexistência) de obrigações, dentro daquele quadro de leis, precedentes e doutrinas. Se ele respondesse apenas que, para um número X de pessoas, num momento Y, aquele direito existe, o jurista estaria fugindo da pergunta. O fato de que a maioria das pessoas acredita num direito não pode ser tomado automaticamente como critério para dizer se ele existe ou não.

Um exemplo extremo pode ajudar a entender melhor porque não se poderia descrever o direito de uma maneira neutra. Suponha que alguém perguntasse a um positivista hartiano se existia o direito a possuir pessoas escravizadas nos Estados Unidos na época em que o caso *Dred Scott v. Sandford* (1857) foi julgado – o que foi aceito pela Suprema Corte. Suponha que o positivista respondesse apenas que a Suprema Corte decidiu assim, ou que a maioria das pessoas pensava assim, mas fizesse a ressalva de que ele mesmo não interpretaria assim o direito americano. Nesse caso, o positivista teria dificuldade de levar sua postura metodológica às últimas consequências, e dizer que sua interpretação era apenas uma “opinião” pessoal, e que ela não teria importância. Sabendo que a interpretação dada em *Dred Scott* é absurda, e perverte todo o sentido do direito de seu país, um positivista hesitaria em dizer que o direito é aquilo que determinadas pessoas, num determinado momento, disseram que ele é.

No mínimo, seria possível avançar a seguinte crítica a partir de Dworkin: dizer o que pessoas acham que é o direito é diferente de reivindicar a identificação de um “conceito de direito” através de critérios puramente factuais, como Hart pretendeu fazer, além de exigir delimitações da amostra e recursos de pesquisa empírica muito diferentes dos que ele empregou.

Mas, então, dizer que alguém tem um direito seria uma questão “metafísica”⁷¹? Não. Para Dworkin, seria uma questão jurídica: trata-se de oferecer uma interpretação responsável e justificada do que o direito daquele país exige naquele caso. Uma teoria do direito realizaria a mesma atividade, só que num nível maior de abrangência.

Ao abandonar-se a visão do direito como simples fato e admitir-se o interpretativismo, uma nova disputa teórica surge: não uma busca pela maneira como as pessoas usam a palavra direito, mas uma busca por aquilo que julgamos mais valioso nas práticas jurídicas, uma defesa de qual seria a “melhor luz” do direito, capaz de legitimar o uso do poder coercitivo num Estado democrático.

Sob esse novo enquadramento, surgem três grandes teorias rivais disputando a melhor interpretação do direito: o convencionalismo, o pragmatismo e o integracionismo (ou: direito como integridade)⁷².

⁷¹ Aqui Dworkin está tentando imitar a estratégia “quietista” de John Rawls, em: RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. Tradução de Regis de Castro Andrade. **Lua Nova**, São Paulo, n. 25, p. 25-59, abr. 1992. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264451992000100003&lng=en&nrm=is. Acesso em: 03 fev. 2020. Está empregando o termo metafísica num sentido comum ao debate filosófico americano, como algo que gera comprometimentos ontológicos. Para fortalecer uma teoria, esses comprometimentos deveriam ser evitados tanto quanto possível, na linha defendida por: QUINE, William Van Orman. *Sobre o que há*. In: QUINE, William Van Orman. **De um ponto de vista lógico**: nove ensaios lógico-filosóficos. Tradução de Antonio Ianni Segatto. São Paulo: UNESP, 2011. p. 11-35. Tal visão da metafísica tem problemas na tradução para outras matrizes filosóficas. Na tradição hermenêutica continental, “a superação da metafísica não é o fim da metafísica”, para lembrar o mote de Heidegger. Os absolutos deram lugar a uma “metafísica da finitude”, lançada na linguagem e na historicidade. E ela seria inevitável. Por isso, para Stein, quando autores como Habermas falam em “fundamentação pós-metafísica”, eles estão se desprendendo dos absolutos, mas continuam operando dentro de uma metafísica do cotidiano, que nos permite dizer algo sobre algo. Sobre isso: STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014. Talvez essa visão hermenêutica da metafísica fosse até melhor do que a rawlsiana para explicar a fundamentação em Dworkin. A teoria dworkiniana é menos construtivista e procedimentalista do que a de Rawls, assumindo um caráter mais substantivo e interpretativo. Isso impediu que ele mantivesse a estratégia quietista até o fim. Por isso, foi fortemente cobrado pela comunidade filosófica. Em suas últimas obras, enfrentou sérias dificuldades para explicar que tipo de “objetividade” defendia. Para uma discussão sobre interpretativismo, metafísica e direito: FELDMAN, Stephen Matthew. *The new metaphysics: the interpretive turn in jurisprudence*. **Iowa Law Review**, [S. l.], v. 76, p. 660-669, Oct. 1991. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2566986>. Acesso em: 30 dez. 2018.

⁷² Essa é a “jurisprudência revisitada” de que fala o capítulo 3: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 109-141. Aqui, enfatizarei o que essas teorias dizem sobre decisão judicial. Entretanto, cabe advertir que, para Dworkin, uma teoria do direito deve conter também uma teoria da legislação e da observância da lei. Mais especificamente, no que se refere à teoria da decisão judicial, ela “deve conter uma teoria da controvérsia, que estabeleça os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos jurídicos difíceis, e uma teoria da jurisdição, que explique por que e quando os juízes - e não outros grupos ou instituições - devem tomar as decisões exigidas pela teoria da controvérsia” (p. IX). Como ficará claro ao longo desta tese, a teoria de Dworkin é mais desenvolvida no que se refere à teoria da controvérsia, enquanto a de Sunstein prioriza a teoria da jurisdição.

A primeira teoria é uma criação do próprio Dworkin, para fins argumentativos. Diante da recusa dos positivistas em debater com ele, por alegarem estar apenas descrevendo o direito, Dworkin cria uma versão interpretativista do modelo hartiano, atribuindo-lhes consequências normativas. O positivismo convencionalista seria uma defesa da aplicação das regras nos casos fáceis e uma aceitação da discricionariedade judicial nos casos difíceis. Convencionalistas interpretam como valor principal do direito a fidelidade às decisões institucionais anteriores, tratando-se casos iguais de modo igual. Ao tratar o direito como um conjunto de convenções, essa teoria se volta para o passado.

No outro flanco, Dworkin coloca o pragmatismo jurídico. Esse modelo interpreta as práticas jurídicas com um foco na melhoria da sociedade, buscando os melhores resultados práticos em cada decisão. Ao diminuir a importância da fidelidade às decisões anteriores, os pragmáticos aderem a uma visão instrumental dos direitos, voltada para o futuro. Para Dworkin, trata-se de um rival mais forte do que o positivismo, por envolver um ceticismo sobre o caráter deontológico das normas, que só poderia ser enfrentado com um recurso à filosofia política e moral.

Ao centro, Dworkin coloca sua teoria do direito como integridade. Por integridade, entende uma virtude diferente da fidelidade/equidade processual⁷³ e da justiça substantiva. Direitos e obrigações decorreriam de decisões institucionais anteriores, não só quando eles estivessem explicitados em regras, mas também quando eles fossem exigidos pelos princípios que justificam tais decisões. A integridade pede que os legisladores tentem tornar o direito um conjunto de leis moralmente coerente. E pede aos juízes que tentem ver o direito como estruturado por um conjunto coerente de princípios, e que os apliquem aos casos que surgirem, de maneira que a situação de cada pessoa seja equânime e justa de acordo com essas normas. O romance em cadeia reaparece aqui como uma meta: tratar o direito como um empreendimento coletivo que, ao mesmo tempo, tenta falar com “uma só

⁷³ Como contraponto à busca por uma justiça substantiva, Dworkin fala primeiro na virtude de manter fidelidade às leis. Depois, começa a falar também na importância de se dar voz igual a todos os cidadãos no processo legislativo, uma visão que toma como justo qualquer resultado de um processo em que haja distribuição equitativa de poderes. A mudança tem a ver com a estratégia teórica: Dworkin discute diferentes virtudes que circundam a integridade, buscando contrapontos para desenvolver os vários aspectos que a qualificam. Ao longo do livro, fala em: fidelidade, imparcialidade, equidade – uso a tradução consolidada para facilitar a referência, mas acompanho a observação feita por Streck de que o termo *fairness* seria mais bem traduzido como equanimidade, para não se confundir com os chamados julgamentos por equidade (*equity*) –, justiça, devido processo, etc. Na reconstrução que faço nesse ponto da tese, não desdobrarei essas discussões, para simplificar a análise das três grandes teorias do direito.

voz” aos seus cidadãos. Essa teoria do direito depende de uma visão holística⁷⁴, que não lê os casos a partir de regras isoladas, mas à luz dos vários padrões interpretativos que emergem do sistema jurídico.

Nesse modelo, a fidelidade às decisões passadas seria importante, mas não da mesma maneira que para os convencionalistas. Dworkin não busca manter apenas uma coerência formal entre as decisões, mas uma consistência principiológica. Isso pode levar à quebra de uma cadeia de precedentes, para atender às razões substantivas que os justificam, quando mais bem compreendidas. Por exemplo, Dworkin cita um caso do direito inglês, *Saif Ali v. Sydney Mitchell & Co [1980] A.C 198*. Estava em jogo a responsabilidade de advogado devido a danos causados por negligência. Até então, a advocacia era a única profissão que não se sujeitava ao instituto. Embora essa profissão tenha um regime jurídico próprio, o tratamento diferenciado nesse ponto não se justificava à luz dos princípios de responsabilidade civil. Diante disso, “a Câmara dos Lordes atualmente reduziu essa isenção: ao fazê-lo, preferiu a integridade à coerência estrita. A integridade, porém, não estará satisfeita enquanto a isenção não for totalmente eliminada.”⁷⁵

Por outro lado, o integracionismo também busca a melhoria da sociedade, mas não do mesmo modo que para os pragmáticos, já que eles cairiam num ceticismo normativo. Os pragmáticos tratariam as pessoas apenas “como se” elas tivessem direitos, desde que isso não conflitasse com suas análises custo-benefício, capazes de maximizar a felicidade/riqueza/eficiência/utilidade. Para Dworkin, a busca de melhorias nas decisões judiciais não tem caráter instrumental, tratando-se de uma exigência da correta compreensão dos direitos. Se uma pessoa tem um direito, ela tem um trunfo contra todos, mesmo que isso torne a situação da sociedade pior. O direito seria justamente esse mínimo indisponível, um componente anti-utilitário que possibilitaria a vida em sociedade.

Em suma: o direito como integridade busca uma consistência de princípios, que olha tanto para o passado quanto para o futuro. Os juízes não descobrem nem criam o direito, mas realizam as duas coisas ao mesmo tempo.

⁷⁴ Esse é a característica central que Hart atribui à teoria de Dworkin: HART, Herbert L. A. O pesadelo e o nobre sonho. In: HART, Herbert L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 137-161.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 264.

Mas por que o integracionismo seria uma teoria melhor, se comparada ao convencionalismo e ao pragmatismo?

Aqui, entramos num problema filosófico complexo. Segundo Dworkin, o integracionismo seria melhor porque ofereceria uma interpretação superior das práticas jurídicas, colocando-as sob sua melhor luz. Fica claro que há uma relação de circularidade entre o paradigma interpretativista e a teoria do direito como integridade. O que Dworkin pressupõe para avaliar as teorias do direito é a mesma coisa que ele está tentando “provar” como melhor teoria do direito: que existem verdades na interpretação, e que elas são melhores ao se ajustarem e justificarem melhor o que se propõem a interpretar.

O máximo que Dworkin poderia argumentar em sua própria defesa seria: em primeiro lugar, que o interpretativismo é inescapável como paradigma, e a única maneira de rejeitá-lo é interpretativamente; em segundo lugar, que existe uma circularidade, mas ela não é viciosa. Os dois termos da relação se reforçam mutuamente, mas o integracionismo não é apresentado como uma consequência lógica do interpretativismo. Outras teorias poderiam ser vistas com a melhor interpretação das práticas jurídicas, demonstrando que faz sentido atribuir, em seu âmbito, um maior peso à fidelidade ou à melhoria social.

Caso essa argumentação seja aceita, como Dworkin demonstraria que valorizamos a tal integridade? Na impossibilidade de “provar” diretamente a existência de uma virtude, ele tentou mostrar como ela dá sentido a convicções e comportamentos já observáveis entre os juristas:

Os astrônomos postularam a existência de Netuno antes de descobri-lo. Sabiam que só um planeta, cuja órbita se encontrasse além daquelas já conhecidas, poderia explicar o comportamento dos planetas mais próximos. Nossos instintos sobre a conciliação interna sugerem outro ideal político ao lado da justiça e da equidade. A integridade é nosso Netuno⁷⁶.

É verdade que essa maneira de invocar a integridade ainda está muito abstrata. Para demonstrá-la concretamente, o autor buscou exemplos históricos nos quais os juízes seguiram padrões normativos diferentes de regras expressas, sem cair na discricionariedade.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 222.

2.4 O Integracionismo e a Dimensão Moral da Interpretação Jurídica

A mudança teórica (e paradigmática) que Dworkin buscava não podia ser declarada “por decreto”. Ela teve que ser disputada ponto a ponto. Para tanto, o autor teve que encontrar exemplos e dilemas capazes de questionar a hegemonia positivista, e avançar seu modo interpretativo de enxergar o direito.

Além de representarem mudanças na sua estratégia de combate, suas novas obras foram refletindo um aumento na importância da dimensão moral para sua teoria da interpretação jurídica.

Sob essa chave de leitura, analisarei as fases principais do conjunto da obra dworkiniana: 2.4.1) a conceituação dos princípios; 2.4.2) o argumento dos desacordos; 2.4.3) o debate que Dworkin queria; e 2.4.4) a tese do direito como um ramo da moral. A esse trabalho reconstrutivo, acrescentarei duas reflexões: 2.4.5) um balanço sobre a versão final da teoria de Dworkin; e 2.4.6) as perspectivas que isso traz, para uma nova agenda de pesquisa sobre a interpretação jurídica.

2.4.1 A Conceituação dos Princípios

A Segunda Guerra Mundial foi um grande catalisador para a crise do fundamento na área do direito. A questão era: como enfrentar o ceticismo que se instalara, sem reincidir no seu oposto ingênuo, isto é, a defesa de fundamentos últimos e absolutos para o conhecimento? No primeiro extremo, estavam os céticos que consideram que direitos e deveres são mitos inventados pelos juristas, com os quais nem deveríamos perder tempo na busca de nossos objetivos sociais; no outro, estavam aqueles (“formalismos”, “jurisprudência mecânica”, “jusnaturalismos”⁷⁷ e etc.) que pressupunham um encadeamento perfeito de normas, prontas, atemporais, estocadas em algum depósito conceitual, apenas esperando para serem descobertas.

Como já foi dito, o positivismo de Hart⁷⁸ tentou fugir desse dilema, mostrando de que maneira o direito operaria entre um extremo e outro, pela existência de regras jurídicas que já são socialmente reconhecidas. Na prática, as regras jurídicas

⁷⁷ Fazendo sempre a ressalva de que há versões bem mais sofisticadas dessas teorias, que não caberia discutir nesse espaço.

⁷⁸ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sete- Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Originalmente publicado em 1962.

desempenham um papel efetivo, sendo usadas pelas pessoas com um sentido compartilhado. Hart aponta a existência de regras primárias, que prescrevem algum direito/obrigação. Por exemplo: uma regra proibindo o homicídio e atribuindo-lhe uma penalidade. As sociedades simples só têm regras desse tipo, cuja fonte social é a aceitação. Já sociedades complexas desenvolvem regras secundárias – de identificação, modificação e aplicação – que validam essas regras primárias. Trata-se de regras sobre regras, como por exemplo: o direito processual que regula a aplicação de regras primárias aos casos concretos. Aqui entra a legislação criada por um Parlamento, a Constituição e etc. E aqui surge o direito moderno, fundamentado nesses critérios de normatividade socialmente reconhecidos. Com isso, Hart escapa também da dependência que versões anteriores do positivismo tinham da categoria do Soberano como fonte de comandos a serem obedecidos.

Contudo, Hart estaca diante dos chamados casos difíceis, nas zonas de penumbra da linguagem, que também afetariam o direito. Onde a regra não está clara, relega-se a decisão à discricionariedade do juiz, que atuaria como se fosse um “legislador intersticial”. É nesse ponto em que Hart para que Dworkin começa⁷⁹.

Dworkin lança seu primeiro ataque ao positivismo num artigo de 1967, intitulado originalmente *Is Law a system of rules?*⁸⁰ Aponta três grandes teses no positivismo:

- (a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como ‘regras morais’) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.
- (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com ‘o direito’, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante ‘a aplicação do direito’. Ele deve ser decidido por alguma

⁷⁹ Como Streck costuma observar em suas aulas.

⁸⁰ Título original do artigo, republicado como *Modelo de Regras I* (por ter escrito uma sequência), terceiro capítulo de: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

autoridade pública, como um juiz, 'exercendo seu discernimento pessoal', o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

(c) Dizer que alguém tem uma 'obrigação jurídica' é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem.) Na ausência de uma tal regra jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria⁸¹.

Como o título do artigo antecipa, sua crítica a Hart parte da constatação de que o direito não é esse sistema de regras. Haveria padrões normativos não captados pelo positivismo, que contrariariam todas essas teses.

Segundo Dworkin, estes padrões normativos também já operariam na prática. Para demonstrá-los, seu exemplo central foi o famoso caso *Riggs v. Palmer* (1889)⁸². O chamado "caso Elmer" se refere a um processo judicial americano do final do século XIX. Elmer Palmer, juntamente com suas tias, Mrs. Riggs e Mrs. Preston, era beneficiário do testamento de seu avô, Francis Palmer. Ao ver que seu avô iniciara um relacionamento amoroso, e temendo que isso pudesse prejudicar seu quinhão no testamento, Elmer planejou e executou seu assassinato, por envenenamento. Foi descoberto, denunciado e condenado penalmente. Contudo, no que se refere ao testamento, não havia previsão específica no direito estatutário nova-iorquino impedindo o assassino de um testador de receber o que este lhe destinara no testamento. Mesmo assim, suas tias tentaram impugná-lo judicialmente, sob argumentos de equidade, além de argumentarem que permitir que Elmer se beneficiasse do testamento seria permitir que ele se beneficiasse de seu próprio malfeito. Foram derrotadas inicialmente e apelaram.

A Corte de Apelações de Nova Iorque então se dividiu, mas desta vez as irmãs foram vitoriosas. A minoria, liderada pelo Juiz Gray, votou contrariamente ao pedido, alegando que não cabia àquela Corte alterar o testamento feito por uma pessoa depois de sua morte, quando o legislador tinha determinado as condições

⁸¹ DWORKIN, Ronal. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 27-28.

⁸² ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelações de Nova York. **Riggs vs Palmer**. Nova York, 1889. Disponível em: http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm. Acesso em: 17 Jul 2016.

em que estava dispondo de seus bens, sem fazer ressalvas que se aplicassem ao caso. A maioria, liderada pelo Juiz Earl, reconheceu que pelos estatutos nova-iorquinos Elmer tinha direito de receber o que lhe fora destinado. Contudo, apelou a vários argumentos para negar-lhe esse direito. Falou-se de vários casos em que interpretações estritas levam a situações absurdas, citando desde o decálogo, até Aristóteles, Blackstone, etc. Invocaram-se precedentes sobre fraude e estelionato em testamentos, chamando atenção para o absurdo que seria se Elmer se beneficiasse juridicamente de seu crime. Por fim, apesar do reconhecimento da limitação dos estatutos, defendeu-se uma interpretação do caso que levasse em conta todo o conjunto do *Common Law*, no qual era recorrente a proibição de que alguém se beneficiasse de seus malfeitos.

Dworkin se concentrou nesse último fundamento da decisão. Para ele, estava-se diante de um padrão normativo diferente, que surgia da interpretação do todo coerente do direito. A existência desse tipo de norma entraria em choque com as três grandes teses positivistas, porque: não era reconhecida por um “teste de *pedigree*”, mas por suas razões; determinava a decisão judicial mesmo em casos difíceis; e, justificava a existência de uma obrigação jurídica, mesmo onde não havia regra clara.

Alguém poderia tentar rejeitar preliminarmente o exemplo dado, através de contraexemplos. Onde estaria a proibição de “se beneficiar de seu próprio malfeito” num caso de usucapião? Dworkin responde, elaborando as especificidades desse tipo de norma.

Um princípio como ‘Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprio delitos’ não pretende estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas necessita uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção – por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite a punição ao que foi estipulado pelo Poder Legislativo. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso

direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como uma razão que inclina numa outra direção⁸³.

No caso de usucapião, o princípio de que ninguém pode se beneficiar de seu próprio malfeito cederia a outros princípios de maior peso – no Brasil, falaríamos na “função social da propriedade” –, sem que isso implicasse uma revogação. Isso remete à própria diferença entre os tipos normativos, que o autor elaboraria teoricamente. Haveria três aspectos a observar: a aplicação, o modo de entrar em conflito e a validação/referência às fontes.

Regras se aplicam no “tudo-ou-nada”, enquanto um princípio apenas “enuncia uma razão que conduz um argumento em certa direção”. As primeiras se enunciam de uma maneira categórica em relação aos fatos que estipulam. Já os princípios não podem capturados em hipóteses prévias de aplicação ou exceção.

No conflito entre regras, ou uma revoga a outra ou se estabelece uma exceção. Já os princípios possuiriam uma dimensão de peso. Quando eles se cruzam, tem que se levar em consideração o peso relativo de cada um para o caso. Para tanto, devem ser consideradas duas dimensões⁸⁴: ajuste institucional (*fit*) e justiça substantiva (*value*). Os princípios devem ser buscados na reconstrução da história institucional. Apenas não aparecerão como algo dado, um fato, um enunciado pronto, e sim como um padrão interpretativo, uma razão que emerge de todo o direito. Além disso, princípios também possuem um caráter prospectivo. Suas razões fazem exigências, levando a corrigir entendimentos jurisprudenciais equivocados.

Por fim, chegamos à questão das fontes. As regras extraem suas forças da aceitação social ou da validação por uma regra secundária. Já os princípios se sustentam em razões substantivas. Valem na medida das justificações morais que podem ser reconstruídas a seu favor, entendidas aqui como “moralidade política” (ligada à história institucional), e não pessoal.

Mesmo com tudo isso, um positivista poderia se apegar teimosamente à desqualificação normativa dos princípios. Poderia objetar que princípios não são normas, são elementos extra-jurídicos (embora “entrem” na decisão judicial) e não

⁸³ DWORKIN, Ronal. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 41-42.

⁸⁴ Como ele esclarece posteriormente, em outros textos, especialmente em: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

são obrigatórios. São apenas padrões interpretativos que os juízes podem adotar na prática. Dworkin responde: a prática jurídica demonstra que princípios desempenham um papel na decisão, e que não são algo à mera disposição do juiz. Não são apenas citados à toa, como seu abuso retórico às vezes nos faz crer; determinam genuinamente a decisão num ou noutro sentido, como se pode ver em *Riggs v. Palmer* e tantos outros casos.

O positivista poderia, então, conceder que os princípios sejam obrigatórios, mas que não podem prescrever um resultado particular. Mas isso não lhes negaria seu *status* normativo nem seu caráter anti-discrecional. Apenas reafirmaria a distinção que Dworkin propôs entre princípios e regras. Além disso, regras também não são absolutamente previsíveis, e nem por isso as desacreditamos como normas.

O positivista reformularia: nem princípios nem regras podem prever um resultado particular, mas os princípios não podem valer como lei, pois sua autoridade e seu peso são intrinsecamente controversos. O caso é que, por mais controversa que seja discussão sobre um direito, isso não retira a obrigação de chegarmos a uma compreensão correta dele, e de tomarmos uma decisão de acordo com o que as normas exigem. Dizer que tais padrões são controversos não quer dizer que eles não existam, que não sejam jurídicos, e que os juízes sejam livres para decidir de acordo com suas preferências pessoais. Além disso, tanto os princípios valem como lei que, como vimos, eles chegam a mudar a aplicação de regras legalmente estabelecidas. E, por mais controverso que isto seja, não depende de meras preferências pessoais do juiz.

Depois de responder essas três possíveis objeções, Dworkin enfrenta uma saída conciliatória: os princípios poderiam ser tomados como regras de reconhecimento? Não. Se apelássemos para dizer que as regras de reconhecimento são todos os princípios possíveis, cairíamos numa tautologia de dizer que o direito é o direito. E se tentássemos catalogar todos os princípios, por definição, não conseguiríamos, pois eles não se prestam a esse tipo de sequestro enunciativo. Essas saídas não trariam um ganho teórico. Elas contrariariam o próprio sentido do que são os princípios, sua dimensão de peso, e tudo que Dworkin quis trazer à tona a partir deles.

É verdade que a referência a princípios estaria longe de ser algo inédito na teoria do direito. O próprio Dworkin reconhece que os manuais já estavam cheios de

referências a eles. Há uma longa tradição em invocá-los. A novidade de Dworkin estaria em lhes dar densidade teórica, diferenciando-os das regras? Sim, mas não apenas isso.

Na verdade, os princípios serviram de acesso para toda uma outra maneira de se fazer teoria do direito, reconectando-a com seus conteúdos, mas sem voltar aos termos que haviam sido colocados pela tradição jusnaturalista. Esse seria o marco distintivo da teoria de Dworkin⁸⁵.

Depois, a distinção regra-princípio é até deixada de lado na sua obra. Ele segue discutindo a relação entre direito e moral por outros meios, cada vez mais ambiciosos.

2.4.2 O Argumento dos Desacordos

Boa parte dos manuais e livros didáticos que abordam o pós-positivismo param nesse momento em que Dworkin deu tratamento teórico aos princípios. Mas esse foi só o começo do debate, ao qual se seguiu uma grande reação positivista.

Mesmo com todo o esforço de Dworkin em antecipar objeções, suas respostas apelavam para um tipo de racionalidade muito tênue, que não possibilitava provas cabais a favor de sua teoria.

Por isso, os positivistas conseguiram se recompor, assimilando os princípios de várias maneiras⁸⁶: uma ala passou a afirmar que eles influenciam a decisão judicial sem se tratar propriamente de direito, mas de fatores extra-jurídicos que adentram na prática; outros aceitaram sua inclusão no direito desde que o próprio ordenamento jurídico os tivesse previsto. Enfim, a nova categoria normativa foi tratada como regra puramente moral, ou como uma espécie mais complexa de convenção, sem que isso implicasse um maior comprometimento dos juristas com o conteúdo do direito.

Da perspectiva de Dworkin, a reação dos positivistas seria uma espécie de fuga arquimediana, subindo para um ponto de vista externo à questão, para poder falar dela de fora.

Só que Dworkin também não parou por aí. A fase mais intensa de seu debate com os positivistas ainda estaria por vir. Lançaria uma outra grande ofensiva para

⁸⁵ Nessa linha: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Palo Alto: Stanford University Press, 2012.

⁸⁶ Apesar das várias objeções que Dworkin já tinha antecipado contra várias dessas saídas positivistas.

mostrar as conexões entre as normas jurídicas e seu conteúdo, trazendo os positivistas para o debate engajado. Para tanto, passa a focar na incapacidade de um positivista dar sentido ao que ele chama de “divergências teóricas” sobre o direito. Esse argumento foi esboçado numa reação a seus críticos, num artigo de 1972 republicado como *Modelo de regras II*. E foi desenvolvido plenamente em *O império do direito* (1986).

[...] podemos distinguir duas maneiras pelas quais advogados e juízes poderiam divergir a propósito da verdade de uma proposição jurídica. Eles poderiam estar de acordo sobre os fundamentos do direito – sobre quando a verdade ou falsidade de outras proposições mais conhecidas torna uma proposição jurídica específica verdadeira ou falsa – mas poderiam divergir por não saberem se, de fato, aqueles fundamentos foram observados em um determinado caso. Advogados e juízes podem concordar, por exemplo, que a velocidade-limite na Califórnia é de 90 quilômetros por hora se a legislação desse estado contiver uma lei nesse sentido, mas podem divergir quanto ao fato de ser este o limite de velocidade, por discordarem quanto à existência de tal lei na legislação estadual vigente. Poderíamos dar a isso o nome de divergência empírica sobre o direito. Ou eles poderiam discordar quanto aos fundamentos do direito, sobre quais outros tipos de proposições, quando verdadeiras, tornam verdadeira uma certa proposição jurídica. Podem concordar, empiricamente, quanto àquilo que os repertórios de legislação e as decisões judiciais precedentes têm a dizer sobre a indenização por danos provocados por companheiros de trabalho, mas discordar quanto àquilo que a lei das indenizações realmente é, por divergirem sobre a questão de se o corpus do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito. Poderíamos dar a isso o nome de divergência ‘teórica’ sobre o direito (grifo nosso)⁸⁷.

Como um positivista poderia explicar o que acontece quando nós concordamos sobre os fatos, sobre o material jurídico básico, e sobre os conceitos utilizados, mas discordamos sobre a maneira como o direito deveria ser aplicado? Esse seria um debate falso, sem o menor sentido? Na falta de uma prova cabal de sua posição, a estratégia de Dworkin passa a ser: forçar a teoria do direito positivista a ter que oferecer explicações extravagantes para as práticas efetivas, negando que nossas interações cotidianas façam algum sentido.

Ocorre que parte dos desacordos jurídicos tem mesmo um caráter interpretativo-valorativo. E não tratamos isso como algo irracional, impossível de ser

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 7-8.

controlado. Pelo contrário, nos engajamos numa acirrada disputa pela resposta correta, tentando oferecer justificações articuladas (“teorias”) para demonstrar que nossa interpretação é superior.

Por sinal, a escolha terminológica que Dworkin faz aqui é curiosa, idiossincrática e pouco comentada: ele cunha a expressão “divergências teóricas sobre o direito” (*theoretical disagreements*), colocando-a como contraposta às divergências empíricas, quando já existe a expressão “desacordos morais” sendo usada de modo corrente na filosofia. Com isso, aproxima os termos “teoria”, “moral” e “interpretação”, chegando até a usá-los de maneira intercambiável em vários momentos de sua obra. Todos eles passam a ser uma maneira abreviada pela qual o autor se refere a fenômenos que envolvem uma “interpretação construtiva”. Por outro lado, a inovação terminológica ajuda a distanciar o desacordo moral no direito de um desacordo moral puro, trabalhado na filosofia, em que inexistem quaisquer preocupações sobre fontes institucionais.

A partir da constatação desse tipo de desacordo jurídico, Dworkin se volta contra aqueles que concebem o que o direito “é” como algo totalmente independente do que ele “deveria ser”. Eles só poderiam dar conta de divergências empíricas no direito. Não poderiam explicar com racionalidade uma divergência teórica genuína sobre o direito. Ela seria uma falsa divergência teórica, motivada pelo erro empírico de algum juiz ou advogado sobre a lei ou precedente corretamente aplicável ao caso – puramente, o que é o direito, no sentido de conjunto de decisões institucionais. Ou seria uma disputa de poder pelo que eles acham que deveria ser o direito, criando-o a partir do zero (e não interpretando-o). No primeiro caso, tenta-se descobrir o direito; no segundo, tenta-se inventá-lo.

A versão leiga da visão do direito como simples questão de fato seria a torcida por tribunais “conservadores” ou “progressistas”. Num caso, os juízes têm uma fidelidade cega ao que “é” o direito. No outro, uma liberdade para aperfeiçoá-lo segundo o que acham que ele “deveria ser”. Em nenhum dos casos há engajamento numa prática interpretativa-argumentativa genuína sobre a norma. Com liberdade, poderíamos dizer: ou o direito já está posto e os atores jurídicos não o perceberam, ou vai ser posto agora por eles. Basta que alguém descubra ou invente a convenção. A polarização entre positivismo e pragmatismo seria apenas uma versão acadêmica mais sofisticada dessa mesma disputa.

Como vimos, na caracterização que Dworkin faz do positivismo, essa teoria não vai muito além de uma justaposição entre a fidelidade ao direito nos casos fáceis (sistema de regras) e zonas de discricionariedade judicial nos casos difíceis. Não existe uma conexão interpretativa operando continuamente em todos os casos. Dessa perspectiva positivista, não se diverge sobre os fundamentos (*grounds*) do direito, sobre os próprios critérios que tornam uma proposição jurídica verdadeira. Não se tenta oferecer uma melhor interpretação do que eles exigem no caso concreto, buscando a resposta correta.

Contrariando essa teoria, chama atenção que, na prática jurídica, os juízes costumam apresentar a fundamentação das suas decisões como a melhor leitura do que o direito já é, o que ele exige, e não como uma invenção sua – ou como uma convenção de uma sociedade antiga que não nos diz respeito mas que continuamos arbitrariamente aplicando hoje. A dificuldade de dar racionalidade a essa prática em curso é um problema para o positivismo.

O caso Elmer seria um exemplo bastante representativo. Para o jusfilósofo, foi este tipo de divergência que dividiu os juízes da corte nova-iorquina⁸⁸. Nenhum dos juízes disse: aqui acaba o direito e começa uma disputa de poder para escolhermos como vamos “legislar” sobre o caso. Tanto os votos contrários quanto os votos favoráveis a Elmer tentavam apresentar sua decisão como algo exigido por uma correta compreensão do direito.

O modelo teórico proposto por Dworkin mostra que, apesar de não compartilharmos critérios convencionalmente prontos sobre o direito (como queriam os positivistas), compartilhamos “conceitos essencialmente contestados”, para os quais tentamos apresentar a melhor concepção. Por isso, o processo interpretativo incluiria necessariamente uma dimensão moral.

Diante de um conceito desse tipo (como democracia, direito, testamento), estamos imediatamente convocados a justificá-lo, a atribuir-lhe um propósito e nos engajarmos nele para disputar que interpretação o colocaria sob a melhor luz. Isso difere de conceitos naturais. Por exemplo: se um grupo de cientistas se reúne em uma sala para discutir o que é um leão, buscarão discutir sua estrutura física, sua morfologia, DNA, etc. Não se coloca a questão do propósito, nem a busca de um leão “sob sua melhor luz”. Num outro exemplo: discutir o julgamento de um crime é

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 25.

diferente de discutir se um amontoado de papel é um livro, uma brochura ou um folheto, este sim um problema moralmente neutro, resolvido a partir de critérios convencionais⁸⁹.

Afinal, vê-se que o próprio conceito de direito é interpretativo e não “natural” ou “criterial”. Por isso, seria equivocada uma teoria do direito que não reconhecesse essa dinâmica de contínuo apelo a conteúdos morais na identificação das normas. De certa forma, os positivistas estariam naturalizando o que alguém um dia achou ser o direito, transformando-o numa convenção.

2.4.3 O Debate que Dworkin Queria

Não se pode perder de vista que o chamado “argumento dos desacordos” era apenas um meio para um fim. Com ele, Dworkin esperava mudar o enquadramento das teorias do direito, trazendo positivistas e pragmáticos para uma disputa sobre melhor interpretação das práticas jurídicas.

Por isso, os desacordos se destacam apenas nos dois primeiros capítulos de *O império de direito*. Os outros 9 capítulos do livro são dedicados ao debate que Dworkin queria, defendendo que o convencionalismo e o pragmatismo eram recortes parciais se comparados ao integracionismo.

Para defender a superioridade do seu modelo, Dworkin passou a analisar alguns casos complexos, demonstrando como os juízes deveriam buscar a integridade na prática. Tentou fazer isso através de uma espécie de lente de aumento teórica, idealizando um juiz de capacidades sobre-humanas, sabedoria infinita e sem limitações de tempo para tomar suas decisões. Deu-lhe o nome de Hércules, em referência ao semi-deus grego⁹⁰. Ele poderia perseguir a integridade com toda intensidade possível, tornando-a mais visível para nosso estudo.

Submete-o, então, a três tarefas: interpretar um caso a partir dos precedentes do *Common Law*; um caso legal (*statutory*); e um caso constitucional.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 239-290.

⁹⁰ Hércules surge num artigo de 1972, republicado como o capítulo 4 de: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Reaparece como figura central no capítulo 6 de: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

Focarei apenas no primeiro caso, *McLoughlin vs. O'Brian* (1983)⁹¹. A família da senhora McLoughlin sofreu um acidente de carro, no qual um de seus filhos morreu. Ao ser informada do ocorrido, ela sofreu um colapso nervoso. Depois disso, tentou processar o responsável pelo acidente por danos morais. Nos precedentes que seu advogado conseguiu encontrar, o autor estava presente na cena do acidente ou tinha chegado logo em seguida, diferentemente da situação da Sra. McLoughlin.

Ocorre que os juízes britânicos seguem o princípio do direito consuetudinário de que as pessoas que agem com negligência só são responsáveis por danos razoavelmente previsíveis causados a terceiros. Diante disso, o juiz de primeira instância considerou que os precedentes não se aplicavam ao caso, porque o colapso nervoso de uma vítima indireta, depois do acidente e em local diverso dele, não configuraria danos razoavelmente previsíveis. Contudo, ao longo dos vários recursos no processo, surgiram diferentes interpretações dos juízes. Uma das instâncias até mesmo reconheceu a previsibilidade do dano, mas negou a indenização à Sra. McLoughlin sob argumentos de caráter econômico: isso abriria um precedente perigoso, causaria uma avalanche de ações, afetaria os preços de seguros automobilísticos, aumentaria a possibilidade de reivindicações fraudulentas, criaria maiores dificuldades na comprovação dos danos ocorridos longe dos locais dos acidentes, etc. Afinal, o caso chegou à Câmara de Lordes, que revogou as decisões e determinou um novo processo.

Como o juiz Hércules decidiria essa causa?

Ele é um juiz criterioso e metódico. Começa por selecionar diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos precedentes, mesmo antes de tê-los lido. Suponhamos que ele faça a seguinte lista: (1) Ninguém tem direito à indenização, a não ser nos casos de lesão corporal; (2) As pessoas têm direito à indenização por danos morais sofridos na cena de um acidente, por parte de alguém cuja imprudência provocou o acidente, mas não têm direito à indenização por danos morais sofridos posteriormente; (3) As pessoas deveriam ser indenizadas por danos morais quando a prática de exigir indenização nessas circunstâncias reduzisse os custos gerais dos acidentes ou, de outro modo, tornasse a comunidade mais rica a longo prazo; (4) As pessoas têm direito à indenização por qualquer dano, moral ou físico, que seja conseqüência direta de uma conduta imprudente, por mais que seja improvável ou imprevisível que tal conduta viesse a resultar em tal

⁹¹ DWORKIN, Ronald **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 29-35.

dano; (5) As pessoas têm direito moral à indenização por danos morais ou físicos que sejam consequência de uma conduta imprudente, mas apenas quando esse dano for razoavelmente previsível por parte da pessoa que agiu com imprudência; (6) As pessoas têm direito moral à indenização por danos razoavelmente previsíveis, mas não em circunstâncias nas quais o reconhecimento de tal direito possa impor encargos financeiros pesados e destrutivos àqueles cuja imprudência seja desproporcionais a sua falta⁹².

A resposta (1) é imediatamente afastada, por não se ajustar a quaisquer dos precedentes sobre o tema.

A resposta (2) se ajusta a alguns precedentes, mas não enuncia qualquer princípio de justiça e estabelece uma distinção completamente arbitrária.

A resposta (3) até poderia se ajustar a alguns precedentes, caso Hércules descobrisse, através de uma análise econômica, que alguém que aceitasse essa teoria e desejasse reduzir os custos dos acidentes para a comunidade teria tomado exatamente essas decisões. A partir daí, tal resposta poderia ser vista de duas maneiras.

Na versão (3^I), ela estabelece uma política que o governo pode ou não seguir para aumentar a riqueza geral, sem pressupor qualquer direito. Isso termina igualando juízes e legisladores na liberdade de mudar metas sociais. Portanto, essa resposta deve ser rapidamente descartada por Hércules, por não enunciar um princípio de justiça, deixando o direito de lado em prol de argumentos de política (*policy*).

Outra possibilidade seria formular a resposta (3^{II}) de modo semelhante a um princípio, em termos de aplicabilidade geral: “que as pessoas têm direito à indenização sempre que uma norma que concede a indenização produza, para a comunidade como um todo, mais riqueza do que uma regra que a negue”⁹³. Essa visão seria mais complexa, mas continuaria não reconhecendo exatamente um direito, e sim um cálculo político-econômico mais abrangente.

As respostas (4), (5) e (6) sobrevivem aos testes iniciais. Deve-se, então, ampliar o alcance da análise, para saber se alguma delas é incompatível com áreas mais abrangentes do direito. Começamos indo além do dano moral, tomando a responsabilidade civil por negligência como um todo.

⁹² DWORCKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p.288-289.

⁹³ DWORCKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 290.

Por exemplo, suponha que se descubram precedentes restringindo a indenização de danos físicos apenas a situações em que eram razoavelmente previsíveis (como de fato ocorreu⁹⁴). Seria necessário justificar porque essa restrição não se aplicaria também aos danos morais. Portanto, (4) só se sustentaria se pudesse encontrar alguma distinção de princípio entre danos físicos e morais, algo improvável.

Mas isso não excluiria (5) e (6). Então, deve-se continuar ampliando o alcance da análise para testar suas compatibilidades com o resto do direito. Agora, Dworkin pede que consideremos casos que envolvem prejuízos econômicos, e não físicos ou morais, nos quais os danos são potencialmente muito grandes. Por exemplo, casos em que consultores profissionais, como fiscais ou contadores, são processados por perdas que outros sofreram em razão de sua negligência.

Explicando melhor: as duas respostas restantes se distinguem por uma modulação presente em (6), de ordem econômica. Então, a questão é saber o quanto o resto do ordenamento endossa essa modulação. Para tanto, busca analisar casos de indenização por negligência em outra área, que envolvem diretamente um prejuízo econômico.

A interpretação (5) sugere que essa responsabilidade seja ilimitada em quantidade, por mais prejudicial que seja no total, desde que o dano seja previsível, e a (6) sugere, pelo contrário, que a responsabilidade é limitada exatamente devido às altíssimas somas que, do contrário, poderia alcançar. Se uma interpretação é uniformemente contestada por julgados desse tipo, e não encontra apoio em nenhuma outra área da doutrina que Hércules poderia examinar mais tarde, e se a outra é confirmada pela expansão, ele vai considerar a primeira inaceitável, e somente a última terá sobrevivido⁹⁵.

E se não houvesse decisões em apenas um sentido, e sim um padrão misto? Uma interpretação seria mais satisfatória se mostrasse um menor dano à integridade que sua rival. Mas isso não se descobre através de uma frequência estatística⁹⁶.

⁹⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A integridade do direito e os protocolos de Hércules. In: COELHO, André; MATTOS, Saulo; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 156.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 295.

⁹⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A integridade do direito e os protocolos de Hércules. In: COELHO, André; MATTOS, Saulo; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 158.

Hércules deve buscar o padrão decisório mais importante, fundamental, abrangente, enfim, o que apresenta melhor ajuste/justificação ao material interpretado.

E se não ficasse claro qual o padrão mais importante? Nesse caso, Hércules deveria ampliar ainda mais seu foco, examinando o direito área por área. Mas digamos que ele não o faça, se convencendo de que o ajuste não o ajudará mais nessa deliberação. Nesse caso, ele deve decidir qual é a interpretação que mostra o histórico jurídico como o melhor possível do ponto de vista da moralidade política. A resposta correta vai depender:

[...] não apenas de suas crenças sobre qual desses princípios é superior em matéria de justiça abstrata, mas também sobre qual deve ser seguido, em matéria de equidade política, por uma comunidade cujos membros têm as mesmas convicções morais de seus concidadãos⁹⁷.

Veja-se que, mesmo aí, o juiz não atua com liberdade. Ele tenta interpretar o caso a partir do direito daquela comunidade, procurando qual a solução o coloca sob a melhor luz, e/ou tentando respeitar a igual voz de seus concidadãos sobre o tema. Isso assume uma característica peculiar no *Common Law*. Nesse âmbito, é importante investigar o quanto os precedentes ainda refletem a moralidade popular, e o que caiu em desuso – por exemplo, foi assim que se deixou de punir judicialmente a blasfêmia.

Afinal, pelos critérios estabelecidos acima, Hércules decide pela resposta (5)⁹⁸, como aquela que interpreta o direito sob sua melhor luz. O direito de seu país permite indenização por qualquer dano moral diretamente causado por um motorista negligente, que poderia ter previsto o acidente se fosse razoavelmente sensato. Digamos que ele tenha precisado recorrer aos critérios mais abstratos para o desempate entre as respostas (5) e (6), argumentando que a resposta (5) torna o direito mais justo e equitativo naquela comunidade – talvez Dworkin tenha preferido essa resposta, porque (6) introduzia um argumento de política. Hércules sabe que suas próprias convicções desempenharam algum papel nisso tudo. E sabe que outros juízes poderiam decidir de modo diferente. Mas, pela atitude que assumiu nesse processo, isso não invalida automaticamente os argumentos que ofereceu em

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 299.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 309.

favor dessa resposta. Para impugná-la, serão precisos argumentos superiores a favor de (6). A crítica não poderia vir de um ponto de vista externo, mas deve tomar parte no mesmo jogo de interpretação construtiva.

Os outros casos analisados por Hércules seguem basicamente a mesma abordagem, apenas revelando algumas peculiaridades com relação ao peso da equidade e da justiça.

No caso *Tennessee Valley Authority v. Hill* (1973), ele lida com a aplicação de direito legislado. Nesse âmbito, dá maior relevância à equidade em detrimento de argumentos de justiça substantiva. A lei é o resultado de um processo em que cada cidadão teve igual voz. Portanto, os cidadãos devem ser submetidos às regras que escolheram para si mesmos. Na prática, isso significa uma maior importância do ajuste.

Depois disso, analisa o famoso caso *Brown v. Board of Education* (1954). Aqui, atribui maior importância a argumentos de justiça substantiva. A distância temporal entre as leis segregacionistas e os dias atuais diminuiria a importância dos argumentos de equidade processual em defesa delas, já que não se pode falar de regras que uma geração escolheu para si mesma. Além disso, estava em jogo no caso a anulação de leis que estabeleciam discriminação racial. Não se podia falar que essas leis resultavam de um processo em que cada cidadão teve igual voz, e sim de leis que a parcela branca da população impôs à parcela negra. Em último lugar, a equidade processual não deveria prevalecer nesse âmbito, mesmo que existisse uma maioria real a seu favor, porque os princípios constitucionais servem justamente para proteger as pessoas do que pensam a maiorias.

Enfim, pode-se observar os seguintes passos no modo como Hércules interpreta o direito⁹⁹:

⁹⁹ Além dos casos resolvidos por Hércules, também levei em consideração: “as etapas da interpretação” (p. 81-84) e a doutrina da prioridade local (p. 300-304) em DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014; os comentários de COELHO, André. **Ronald Dworkin: Como interpretar à maneira de Hércules?** [S. l.] 24 jun. 2012 Blog: Filósofo Grego. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2012/06/ronald-dworkin-como-interpretar-maneira.html>. Acesso em: 08 fev. 2020; e os comentários de MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A integridade do direito e os protocolos de Hércules. In: COELHO, André; MATTOS, Saulo; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

- a) formular hipóteses sobre o caso a partir das práticas sociais, discursos, aspirações e convicções socialmente compartilhadas, a fim de definir quais elementos são pertinentes para sua análise;
- b) reunir o material jurídico básico, as leis, precedentes e doutrinas pertinentes ao caso analisado;
- c) buscar um ajuste institucional entre as hipóteses e esse material jurídico, identificando padrões interpretativos e avaliando qual das hipóteses os explica melhor;
- d) avaliar quais hipóteses justificam essas práticas, fazendo delas o melhor que elas podem ser, e eventualmente reformulando-as conforme o que a prática “realmente” requer.
- e) em todo esse processo, dar prioridade às áreas jurídicas em que o caso imediatamente se insere, respeitando as divisões do direito como decisões institucionais em si mesmas valiosas. Contudo, deve-se ampliar o alcance da análise conforme essas divisões se mostrarem arbitrárias, ou conforme a necessidade de avaliar qual hipótese se compatibiliza mais com o direito, visto de maneira sistêmica.

A observação desses passos deve ser o foco quando se estuda Hércules, e não as respostas dadas por ele. Deve-se focar nas perguntas que ele faz, o modo como ele busca legitimar o raciocínio jurídico. Outros juristas que aceitam o direito como integridade poderiam dar respostas diferentes? Sim. Mas Dworkin adverte: “se você rejeitar esses pontos de vista distintos por considerá-los pobres enquanto interpretações construtivas da prática jurídica, não terá rejeitado o direito como integridade: pelo contrário, ter-se-á unido a sua causa”¹⁰⁰.

2.4.4 O Direito como um Ramo da Moral

Qual foi a reação ao argumento dos desacordos? Não foi uma adesão ao debate que Dworkin queria.

Da parte do pragmatismo jurídico, não se seguiu um debate sistemático, talvez até por culpa de Dworkin, que colocou numa mesma categoria movimentos

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 287.

tão heterogêneos quando a Análise Econômica do Direito e os Estudos Jurídicos Críticos. Nessa frente, a maioria das contestações a Dworkin foi no sentido de negar a relevância de teorias normativas para justificar decisões judiciais, insistindo numa abordagem mais prática e empírica do direito.

Na frente positivista, a maioria dos autores não se animou a abandonar o projeto descritivo, assumir o convencionalismo, e passar a disputar com Dworkin outra interpretação para os casos. Não ofereceram um modelo alternativo a Hércules, por julgarem que essa não era sua função.

Alguns até reconheceram o potencial do argumento dos desacordos, que demandaria novas explicações. Porém, se esquivaram dele com o que se pode chamar (dworkinianamente) de uma nova fuga arquimediana. Por todos, veja-se Shapiro¹⁰¹, para quem “desacordos teóricos seriam simplesmente um produto das disputas sobre quais os propósitos são de fato os objetivos do sistema ou sobre qual metodologia melhor harmoniza com aqueles objetivos”. Sendo assim, tais desacordos explicam-se por ideologias dos *designers* do sistema jurídico, com recurso a fatos sociais; não se justificam por razões substantivas. Dito de outro modo: é possível explicar as divergências entre os atores jurídicos como ideologias entrando em choque, sem que o jurista precise reconhecer que aquela prática social só faz sentido se pressupusermos uma racionalidade jurídica sobre a interpretação da lei, muito menos a busca de uma resposta correta. Mais uma vez, os positivistas contornaram as tentativas dworkiniana de atraí-los para um plano de discussão sobre o conteúdo do direito.

Vendo desta maneira a evolução do debate, é compreensível a irritação de Dworkin com os rumos que os novos positivismos (inclusivos e exclusivos) tomaram, e a busca do autor por um agendamento mais produtivo, que forçasse os positivistas a discutirem conteúdo e lhes impedisse uma nova fuga arquimediana. Ele já tateava essa ideia em *Justiça de Toga* (2006)¹⁰², ao falar que talvez devêssemos ver o direito como um ramo da moral. Mas foi em *A raposa e o porco-espinho* (2011)¹⁰³ que a

¹⁰¹ SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. **U of Michigan Public Law**, Working Paper [S. l.], n. 77, p. 1.-54, mar, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo9781139167109.002>. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em: 17 jul. 2016 e 30 dez. 2018.

¹⁰² DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 239-291.

desenvolveu plenamente, numa grande integração de sua teoria, amarrando seus aspectos ético, estético, moral¹⁰⁴, político e jurídico sob a tese da unidade do valor.

Com o passar do tempo, ficou claro que Dworkin não estava defendendo apenas uma teoria própria do direito, que seria conectado à moral. Ele também precisaria discutir o que estava entendendo por moral, para esclarecer e justificar a tese da conexão. Já era visível que a moral que tinha em mente não era a concepção corrente. Não era aquilo que os jusnaturalistas buscavam, nem o que os positivistas temiam. Suas incursões nessa área, assim como na política e no direito, tinham a mesma peculiaridade: elas pressupunham um paradigma interpretativista.

Assim, em resposta às provocações de vários filósofos, Dworkin escreveu *A raposa e o porco-espinho*, livro no qual desenvolveu sua filosofia moral e a conectou com todo o resto de sua obra, dedicando um capítulo ao direito. Depois disso, o autor ainda publicaria um pequeno livro sobre questões teológicas¹⁰⁵, intitulado *Religion without god* (2013)¹⁰⁶ – vindo a falecer nesse mesmo ano.

Repetindo sua estratégia usual, Dworkin buscou se distanciar tanto dos sistemas éticos criados a partir da pura razão quanto dos sistemas dogmáticos. Evitou, a todo custo, assumir compromissos “metafísicos” pesados. Para Dworkin, não precisamos discutir o que torna proposições morais verdadeiras ou não, em termos de uma causa profunda ou de algo “lá fora” que as legitime. Não só no direito, mas na vida como um todo, já operamos com verdades valorativas. Sabemos, por exemplo, que torturar bebês por diversão é errado. E podemos descobrir mais sobre o que é certo e errado coerindo nossas demais convicções. Aliás, não fazê-lo seria irresponsabilidade, um pluralismo valorativo preguiçoso.

A coerência de nossas convicções aparece aqui como aquilo que possibilita a cognoscibilidade, a veracidade e a demonstrabilidade no campo dos valores. Por esse campo, Dworkin compreende tudo aquilo que envolve uma interpretação-constructiva, como a ética, a estética, a política, a moral e o direito.

O modelo coerentista seria mais consistente do que as alternativas, como o fundacionalismo, que deriva todo um sistema moral a partir de crenças básicas

¹⁰⁴ Dworkin distingue entre ética e moral. A primeira diria respeito ao âmbito privado, sobre como devemos viver; a segunda diria respeito ao âmbito público, sobre como devemos tratar os outros.

¹⁰⁵ Relacionando-as com o direito à liberdade de crença, questões de filosofia moral e critérios de veracidade que transcendem a empiria.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Religion without god**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

tomadas como axiomas, ou o relativismo, que diminui o caráter racional e universalizável dos juízos morais.

Mas qual o tipo específico de coerentismo defendido por Dworkin? Infelizmente, o autor não costuma se auto-classificar, nem comparar sua teoria com as demais posições conhecidas no debate sobre ética e metaética. Apesar disso, podemos analisar seus pressupostos a partir de um modelo de coerentismo qualificado, defendido por Coitinho¹⁰⁷:

- a) certamente, pode-se classificar o coerentismo dworkiniano como “holístico”, na medida em que assume um sistema justificatório no qual os princípios se apoiam mutuamente, na forma de uma “cúpula geodésica”¹⁰⁸. Isso evita o problema do coerentismo linear, que leva a um regresso ao infinito da cadeia justificativa;
- b) também é um modelo que evita a dicotomia fato-valor, ao ligar o conhecimento moral às práticas efetivas, à história institucional e até a conhecimentos empíricos, de modo pluridirecional, para gerar uma “epistemologia integrada”¹⁰⁹;
- c) evita um “isolacionismo” ou um sistema de crenças “coerente mas fictício”, ao manter um teste de convicção, cuja combinação com a coerência leva à uma espécie de intuicionismo mitigado. Além disso, me parece extensível à posição de Dworkin aquilo que Coitinho chama de holismo social ou congruência intersubjetiva, pelo qual esse sistema de crenças ganharia credibilidade e lastro no mundo externo ao se basear em crenças compartilhadas.
- d) para escolher entre sistemas alternativos de crença, Dworkin teria a oferecer os mesmos critérios de justificação intra-sistêmica: convicção e coerência. Coitinho enriquece significativamente essa criteriologia. Primeiro, detalha os diferentes graus de coerência que os sistemas podem apresentar, podendo-se dizer que uns desenvolverão teias

¹⁰⁷ COITINHO, Denis. Moralidade, justificação e coerência. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 56, n. 132, p. 557-582, dez. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2015000200557&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 fev. 2020.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 227.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 124-130 e 150-152.

justificatórias mais densas do que outros. Segundo, amplia o que Dworkin chama de convicção, que passaria a abranger diferentes testes comparativos de aceitabilidade, de caráter pessoal e social, assim como testes de razoabilidade, de caráter moral/intelectual. Terceiro, sugere um critério inteiramente novo, ligado à estabilidade social que um determinado princípio poderia promover, ao despertar a motivação dos agentes, tornando-o preferível a outros princípios que poderiam não ser seguidos em todos os casos.

Nesses termos, a evolução da posição de Dworkin não seria um capricho ou extravagância filosófica. Sua rejeição do fundacionalismo o levaria ao coerentismo, e a fuga dos problemas de um coerentismo simples o levaria a uma busca cada vez maior da unidade do valor. Eis o ponto mais alto a que Dworkin eleva sua tese/abordagem integracionista:

[...] Pretendo submeter cada uma das concepções políticas por mim descritas ao teste da convicção. Não me baseio no pressuposto de que uma teoria é sólida simplesmente porque se harmoniza com outras teorias que também achamos convincentes. Tenho a esperança de desenvolver concepções integradas que pareçam todas corretas em si mesmas, pelo menos depois de alguma reflexão. Proponho, entretanto, uma tese independente e muito forte. Ao longo de todo o livro, defendo a ideia de que, na moral política, a integração é uma condição necessária de verdade. Não é possível sustentar concepções definitivamente persuasivas dos diversos valores políticos a menos que essas concepções de fato se encaixem entre si. Quem ganha fácil demais é a raposa: é sua vitória aparente, hoje tão celebrada, que é oca¹¹⁰.

Essa tese da unidade do valor não nega que as pessoas têm diferentes visões morais e que elas podem entrar em conflito (inclusive, dentro de uma mesma pessoa). Apenas sustenta que nosso conhecimento nesse campo envolve uma busca crescente por coerência. Desse modo, os princípios que sustentamos não devem ser abandonados à contradição ou à incomensurabilidade. Devemos buscar sempre sua melhor leitura, na qual eles se apoiem mutuamente. Temos uma responsabilidade interpretativa de buscar essa integração. Ou, para colocar de outra maneira: o pluralismo não pode ser usado como desculpa para não se justificar, para

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 12.

se apegar dogmaticamente a um princípio, sem levar em consideração outros princípios importantes. E isso é ainda mais relevante quando se está defendendo uma posição no debate público.

Para John Mackie, do fato de divergirmos sobre a moral, segue a inexistência de verdades nesse campo¹¹¹. Há muito tempo, Dworkin vinha acusando essa visão de ser falaciosa, porque a veracidade poderia exceder a demonstrabilidade¹¹². Em momentos mais ousados, Dworkin parece inverter a lógica de Mackie, defendendo que o fato de divergirmos apaixonadamente sobre a moral sinaliza nossa busca por reconciliação, por respostas corretas. E é essa busca que investe os desacordos de sentido.

Desacordos só fazem sentido porque não consideramos que as alternativas são equivalentes, de uma perspectiva epistêmico-moral. Se elas promovem soluções diferentes para um problema, haverá uma delas que atende melhor o quadro valorativo como um todo. Como Dworkin já havia notado, a possibilidade de empate é remota num jogo complexo, com muitos critérios de pontuação e muitas rodadas¹¹³. Isso valeria para o direito, e também deveria se estender à moral.

Portanto, o autor reconhece a existência de padrões intersubjetivos, interpretações superiores das nossas convicções morais compartilhadas, a partir dos quais podemos avaliar as condutas uns dos outros.

Nada disso quer dizer que alguém já tenha todas as respostas corretas. Elas precisarão ser sempre buscadas, numa tarefa interpretativa coletiva e individual, para conciliar nossas convicções em um sistema coerente de crenças. Ainda que esse objetivo jamais seja completamente realizável, a própria maneira como o buscamos é valiosa. Além de defender o coerentismo, Dworkin fala na existência de “valores adverbiais”¹¹⁴, que dizem respeito à própria atitude que assumimos nessa busca de uma vida “íntegra”.

Também por isso, não defende a imposição político-jurídica de um ambicioso sistema moral para todos. Tirando as obrigações mínimas de convivência, cada um

¹¹¹ Para ver a discussão dessa tese: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 69-72.

¹¹² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175-216.

¹¹³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A integridade do direito e os protocolos de Hércules. In: COELHO, André; MATTOS, Saulo; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o Império do direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 151.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 133-141.

deve buscar perseguir sua própria concepção de bem, com responsabilidade pessoal e autonomia individual. Dworkin defende o liberalismo-igualitário, como forma de conciliar duas grandes virtudes morais historicamente consolidadas. Apenas recusa a ideia de que todo liberalismo precise depender de um ceticismo moral¹¹⁵. Seria possível defender verdades nesse campo, mas priorizar a autonomia individual, inclusive para agir de modo deliberadamente errado.

Chegando ao Capítulo 19, dedicado ao direito, Dworkin decide revisar seu debate com os positivistas a partir dessa grande tese da unidade do valor. Ocorre-lhe, então, que o direito não poderia ser “um sistema rival de regras que podem conflitar com a moral”¹¹⁶.

Com efeito, seus primeiros ataques davam uma impressão de que, de alguma maneira, havia um espaço de mera convencionalidade no direito que era perturbado pelos princípios. Isso seria meio-positivismo. Como ele mesmo diz, a “falha fatal” de todos (inclusive dele) foi pressupor que direito e moral constituíam sistemas normativos separados, porque “não há nenhum ponto de vista neutro a partir do qual o vínculo entre esses dois sistemas supostamente separados possam ser avaliado”¹¹⁷. A recusa a esse ponto de vista neutro, arquimediano, nos leva a ver que o direito já está, desde sempre, incrustado na moral. Na verdade, essa crítica ao arquimedeanismo sempre foi central na obra de Dworkin, como já observava Ripstein em 2007¹¹⁸.

O tema mais significativo e mais central do trabalho de Dworkin é a rejeição de todas as tentativas de abordar questões da filosofia moral, jurídica ou política de um ponto de vista fora do modo ordinário de pensar sobre elas. Assim, ele se recusa a se envolver no que às vezes é considerado o projeto definidor da filosofia, ou seja, o projeto de encontrar um ‘ponto arquimediano’ fora de nosso modo ordinário de pensar sobre as coisas, um ponto que nos dará uma vantagem especial sobre as perguntas que achamos mais difíceis de abordar. Expondo o princípio das alavancas, Arquimedes teria dito: ‘me dê algo para apoiar e eu posso mover o mundo’. A metáfora de Arquimedes atraiu os filósofos desde então. De Platão a Habermas, os filósofos procuraram encontrar um ponto de vista fora das práticas

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 395-396.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 19.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 616.

¹¹⁸ RIPSTEIN, Arthur. Introduction: anti-archimedeanism. In: RIPSTEIN, Arthur (ed). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 1-22.

humanas que os intrigavam a partir do qual avaliar essas práticas. Dworkin explica que as teorias arquimedianas ‘pretendem ficar fora de todo um corpo de crenças e julgá-lo como um todo a partir de premissas ou atitudes que não lhe devem nada’¹¹⁹.

A nova compreensão de Dworkin leva seu arquimedianismo ainda mais longe. Aloja o direito dentro da moral, como um ramo especial dela. Nada no direito é deixado à convenção, pois não há norma valorativamente neutra.

Mas qual a especificidade que o direito mantém? O centro dessa resposta é o grau de institucionalização que revestirá suas normas. As normas puramente morais não são dotadas de coerção oficial. Numa sociedade complexa há meios institucionalizados para a criação do direito. Os direitos legislativos são normas que tratam de garantir esse poder legiferante da comunidade. Já os direitos jurídicos são aqueles imediatamente exigíveis por seus titulares nas instituições judiciais. É importante reparar que essa institucionalização não dilui o conteúdo moral do direito. Ela própria tem um valor, visível em todo o histórico de lutas para construção das democracias contemporâneas.

Essa visão unissistemática “faz sentido”, ao evitar os conflitos entre direito e justiça:

[...] Devemos, portanto, nos esforçar ao máximo, dentro dos limites da interpretação, para que a lei fundamental do nosso país seja compatível com nosso senso de justiça – não porque o direito deva às vezes curvar-se perante a moral, mas porque é exatamente isso que o próprio direito exige, quando é bem compreendido¹²⁰.

Contudo, teria Dworkin ido longe demais na sua empreitada, comprometendo o direito com uma espécie de nova teologia? Para Costa¹²¹, Dworkin “não apresenta propriamente uma filosofia moral, mas uma teologia moral, ou seja, uma dogmática que esclarece as exigências que nos são impostas pela virtude moral pressuposta

¹¹⁹ RIPSTEIN, Arthur. Introduction: Anti-Archimedeanism. In: RIPSTEIN, Arthur (ed). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 1-6.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 635.

¹²¹ COSTA, Alexandre Araújo. Teologia moral para ouriços: a teoria da justiça de Ronald Dworkin. **Direito**. Brasília, DF, v. 01, n. 01, p. 199-219, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/24>. Acesso em: 30 dez. 2018.

pelo autor”¹²². Tais virtudes absolutizadas seriam as de matriz liberal norte-americana, lugar de fala em que Dworkin se insere.

Perguntamos mais: como manter o controle público sobre esses fundamentos morais do direito, evitando o risco de dogmatismo e de um paternalismo dos juízes, como agentes morais privilegiados para asserir tais verdades?

Com efeito, houve momentos do livro em que a defesa dworkiniana da objetividade moral “independente da mente” pareceu se desviar para um tipo de realismo pesado. Dworkin negava, zombando daqueles que tratam a objetividade da moral como adequação das normas a espécies de partículas morais (*mórons*), mas não ofereceu uma explicação mais precisa de sua posição. Apenas tempos depois, em *Religion without god* (2013), o autor arriscou se auto-classificar como um “realista não fundacionalista” (*non grounded realism*)¹²³. Com isto, pareceu dizer que acreditava em algo a ser conhecido além dos sujeitos, mas que não se trata de uma essência ou de um fundamento absoluto, e sim de uma verdade que se fundamenta recursivamente em toda a teia de conhecimentos que possuímos. A esse tipo de critério recorreriam até os pesquisadores das *hard sciences*, quando falam da coerência ou elegância de uma teoria, diante dos limites das ciências experimentais para testá-la.

Talvez a dificuldade de delinear uma posição dworkiniana se deva às gavetas filosóficas que se formaram sobre o tema, como ele mesmo advertiu no início do seu livro.¹²⁴ Arrisco a hipótese de que suas inclinações hermenêuticas tenham levado a um conflito com a gramática analítica sobre a qual se desenvolveu toda linguagem da metaética, disciplina que lida com os pressupostos da ética normativa – e que Dworkin criticou fortemente. Sua posição é irredutível aos dualismos objetivismo/subjetivismo, universalismo/contextualismo, etc.

O importante para entender seu ponto é que já realizamos juízos valorativos no dia a dia, orientamos nossa vida por eles, e a veracidade nas práticas valorativas não é algo à livre disposição dos agentes morais – chame-se isso como quiser. Já operamos com elas e devemos tirar consequências disso, assumindo uma atitude responsável.

¹²² COSTA, Alexandre Araújo. Teologia moral para ouriços: a teoria da justiça de Ronald Dworkin. **Direito**. Brasília, DF, v. 01, n. 01, p. 203, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/24>. Acesso em: 30 dez. 2018.

¹²³ DWORKIN, Ronald. **Religion without god**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 19-20.

Se isso é dogmatismo, qualquer alternativa o será bem mais: o cético será totalmente dogmático em sua irresponsabilidade moral, ao negar racionalidade a seus juízos morais. Ao invés disso, Dworkin desafia o cético a abandonar a busca por um fundamento “lá fora”, assumir que já fazemos juízos morais continuamente, que eles são passíveis de justificação e controle intersubjetivo, e, assim, decidir de modo responsável o que fazer.

Seguindo em frente, também pode parecer ambiciosa a ascensão justificatória que o jusfilósofo americano faz até chegar a alguns princípios morais como “igual consideração” e “responsabilidade pessoal”. Sob perspectiva mais cética, sua argumentação para chegar até estes princípios daria passos muito largos, com os quais muitos poderiam discordar. Mas, há de se convir, trata-se de princípios difíceis de recusar justificadamente, sendo sustentados pelos testes de convicção e coerência. Ademais, é procedimento corrente entre filósofos do direito, moral e política, elaborar teorias normativas com essa mesma generalidade a partir de condições que defendem já operar na prática¹²⁵. Ferreira Neto¹²⁶ chama de “recognitivo” este projeto (meta)ético que parte de uma descrição das práticas efetivas para elaborar princípios normativos sobre o que ela deveria ser. Trata-se de um lugar teórico limítrofe, frequentemente visto como muito dogmático pelos filósofos e muito especulativo pelos juristas.

Mas, o mais importante de tudo: se no resto do livro temos dúvidas, o capítulo 19 reassegura que Dworkin não abandonou seu chão fenomenológico, não o absolutizou, pelo menos não no direito. Para ele: “[...] Não há nada de misterioso ou de metafísico nessa maneira de inserir o direito na nossa estrutura: ela não pressupõe nenhuma força emergente, nem tampouco – e isto é crucial – nega a tipicidade acerca do que é o direito e do que ele deve ser”¹²⁷.

Para ilustrar sua posição, ele dá o exemplo de uma briga familiar, em que um pai tem que “julgar” uma disputa entre dois filhos. Para tanto, ele não poderia julgar com justiça a partir do nada, ou ignorando todas as decisões que já tomou com relação aos filhos. Deverá seguir princípios estruturadores que criam a “moral

¹²⁵ Por sinal, até mesmo autores que inspiraram várias críticas a Dworkin elaboram os grandes princípios de suas teorias de uma maneira semelhante. Por exemplo: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

¹²⁶ FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 623.

característica da família”. Assim, “[sua decisão] será injusta a menos que uma interpretação nova e melhor dos mesmos princípios mostre porque ela não é injusta”¹²⁸. Mesmo num caso eminentemente moral, Dworkin continua mostrando a importância de se identificar as práticas sociais já existentes e justificá-las numa rede integrada de valores, de modo a fazer dessas práticas o melhor que puderem ser de acordo com o propósito que se lhes atribui. Em um caso jurídico, soma-se aos critérios de decisão todo um filtro institucional, que exige um ajuste às normas democraticamente produzidas.

Veja-se que essas duas etapas, de identificação e justificação, são passíveis de controle público, que as práticas sociais já existentes aliviam os riscos de um direito “encontrado no céu, em tabuinhas transcendentais”¹²⁹, mas não se absolutizam numa teologia moral. Funcionam como uma base de conservação de direitos (pois é preciso começar por algum lugar) e como alavanca de transformações, na medida em que cada prática é revista à luz do todo.

Aqui não há uma determinação historicista, como em determinado momento acusa Costa, mas certamente há uma circularidade em que valores são renovados a partir de outros valores, como Dworkin reconhece¹³⁰, numa herança gadameriana tal que a crítica à tradição é levantada a partir de elementos da própria tradição¹³¹.

2.4.5 Balanço: a versão final da teoria de Dworkin

Muitos autores veem nessa tese final um desvio do autor com relação a seu projeto interpretativista. Aqui Dworkin se expõe como nunca, abrindo oportunidades a seus críticos, e levando até mesmo dworkinianos a hesitar em acompanhá-lo. Qual a minha posição a seu respeito?

Antes de responder, é preciso deixar claro quais os riscos e as vantagens que estão em jogo. Boa parte do que foi construído sobre a autonomia do direito, sobretudo na separação entre o direito e a moralidade pessoal do juiz perante o

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 626.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 7.

¹³⁰ Cita Gadamer em: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 75. Defendendo uma leitura de Dworkin com uma lente de aumento gadameriana: MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 255-338.

debate público, poderia submergir agora numa intrincada confusão acadêmica. Some-se a isso a aposta – crescente ao longo da obra dworkiana – numa complexa objetividade moral e na capacidade dos juízes acessarem-na, para despertar em muitos juristas o medo de teorias paternalistas e que absolutizam uma moral ligada a uma determinada posição de poder.

Teria Dworkin exagerado no seu combate ao positivismo, traído seus pressupostos interpretativistas e se desviado para um novo tipo de “jusnaturalismo”¹³²? Na pior das hipóteses, alguém poderia ver nessa tese até mesmo a ruína do interpretativismo. Se todas as premissas que Dworkin estabeleceu ao longo dos anos levarem mesmo a essa conclusão, e se ela se mostrar uma má compreensão da relação entre direito e moral, a teoria de Dworkin ficaria comprometida, mesmo em suas versões anteriores. Assim, o interpretativismo morreria ao ir longe demais na sua tentativa de provar que o direito não pode ser questão de pura convenção.

Por outro lado, a inovação radical nos termos da discussão pode desbloquear uma agenda que já tomou muito tempo e energia da comunidade jurídica. A abordagem descritiva poderia ser deixada de lado, abrindo-se discussões bem mais produtivas sobre o que o direito deveria ser e como pôr isso em prática, sob um novo marco de racionalidade.

Como vimos, o positivismo de Hart surgiu para enfrentar o ceticismo, trazendo os céticos para o mundo, para as práticas efetivas, os sentidos normativos que já reconhecemos socialmente. Para muitos, o que Dworkin fez foi aprofundar esse movimento hartiano¹³³, levando a sério essas práticas e o investimento de sentido que fazemos nelas. A resposta dos positivistas foi, por várias vezes, recuar para um ponto de vista desengajado, e conseguiram fazê-lo com segurança até aqui. Contudo, esta última ofensiva de Dworkin foi a mais radical de todas e não parece deixar espaço para novas fugas arquimedianas. O direito está lançado nas práticas valorativas, incrustado na moralidade política. Sua própria institucionalização, os procedimentos que o diferenciam das normas morais em geral, tem em si um valor.

¹³² Aqui, me refiro ao justanaturalismo tal como entendido por Dworkin, e do qual ele foi acusado por seus críticos positivistas/pragmáticos, sem ignorar a existência de versões altamente sofisticadas dessa tradição, tanto entre os clássicos quanto os contemporâneos.

¹³³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 280.

O interpretativismo começou por uma categoria normativa negligenciada, os princípios. Subiu para disputar o próprio conceito de direito, especialmente o tipo de controvérsia que o direito envolve. Chegou, então, a rever o arranjo de todas as disciplinas normativas (estética, ética, moral, política e direito...)¹³⁴. Numa ilustração didática, podemos dizer que Dworkin tentou arrombar a fortaleza positivista que separava o direito da moral, primeiro pela porta, depois pelo muro, para, enfim, declarar que nunca houve muro.

Se há dúvidas filosóficas quanto à grande unificação das disciplinas normativas, em especial quanto aos princípios unificadores que Dworkin rapidamente estabelece, sua incursão no direito parece consistente. Mantendo o chão fenomenológico da identificação das práticas sociais e da sua integração numa rede de valores, corrige-se um antigo enquadramento em que o direito ficava sendo um sistema de regras que conflitavam com a moral.

O direito seria um ramo da moralidade, que mantém sua autonomia pela institucionalização das normas jurídicas nas sociedades complexas. Assim, a produção das leis, a identificação dos materiais jurídicos básicos e sua melhor interpretação, de acordo com o propósito que se lhes atribui, são todos processos abertos ao controle público, favorecendo a responsabilidade social e pessoal dos agentes morais.

Toda a teoria de Dworkin precisaria ser relida à luz dessa tese final. Ela potencializa ao menos dois pontos de seus trabalhos anteriores: a dimensão moral da interpretação jurídica e a necessidade de integridade das decisões judiciais. Assim, mesmos as regras e os processos de institucionalização do direito precisariam ser vistos à luz de seus propósitos.

Até aqui, busquei oferecer uma interpretação de porque Dworkin chegou à tese do direito como um ramo da moral, não só pelas justificativas que ele deu explicitamente, mas considerando toda sua teoria e também o que seus comentadores disseram a respeito. A meu ver, essa tese representa seu corolário, conectando os pressupostos de seu interpretativismo e dando-lhes plena consequência. Por isso, ela não me parece exatamente uma opção, mas algo inevitável, uma revelação sobre o que a interpretação jurídica exige para se legitimar.

¹³⁴ Aqui apenas estou descrevendo a visão (bastante particular) de Dworkin, o que ele consideraria como disciplina normativa e como as relacionaria.

Contudo, isso não obriga a uma única teoria sobre o que devemos fazer. Os riscos aos quais o modelo decisório de Dworkin se expõe são inegáveis. E alguns juristas podem decidir que não vale a pena corrê-los. Um jurista pode entender a dimensão moral da interpretação jurídica, e decidir diminuir a dependência dela, mudando o desenho das instituições, procedimentos e competências. Só cabe fazer uma advertência: qualquer teoria desse tipo precisará recorrer a justificações que são, elas próprias, morais.

5) *Perspectivas: uma nova agenda para o debate jurídico?*

O debate entre Hart e Dworkin gerou a chamada “agenda metodológica” da teoria do direito. Há mais de 50 anos, a comunidade jurídica tem se mobilizado para debater as condições científicas de descrição e/ou prescrição nessa área.

Diante disso, Dworkin se mostrou insatisfeito. Várias vezes, declarou que o debate com os positivistas havia se tornado estéril, exageradamente conceitual, pouco interessante, e que os novos positivistas se manteriam mais fiéis à paixão e ao gênio de Hart se buscassem revigorar sua discussão, ao se engajarem com os problemas jurídicos¹³⁵.

Nessa linha, veio à tona em 2013 um surpreendente texto póstumo de Hart, escrito por ocasião de uma fala para membros da *Legal Process School*¹³⁶. Falando a um público americano, Hart tentou direcionar sua análise da linguagem ordinária para identificar os espaços de discricionariedade judicial e ajudar no seu combate. Da maneira como se colocou, a oposição a Dworkin seria minimizada e ambos seriam aliados num projeto bem diferente. Contudo, as múltiplas repercussões dessa guinada deixaram Hart inseguro. Segundo sua biógrafa, Lacey¹³⁷, provavelmente foi esta a razão de o texto apresentado no encontro não ter sido publicado. Eis “o caminho não trilhado”, como disse Lacey.

A despeito disso, muitos positivistas vêm mantendo trabalhos puramente conceituais, pregando até um recuo ao Hart anterior ao “Pós-escrito”, que teria

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 264.

¹³⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. Discretion. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 127, n. 652, 20 Dec. 2013. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2013/12/discretion/>. Acesso em: 10 dez 2017.

¹³⁷ LACEY, Nicola. The path not taken: H.L.A. Hart's Harvard essay on discretion. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 127, n. 2, p. 636-651, 20 Dec. 2013. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2013/12/the-path-not-taken-h-l-a-harts-harvard-essay-on-discretion/>. Acesso em: 10 dez. 2017.

concedido demais na discussão com Dworkin ao aceitar incluir os princípios em seu modelo.

Não se pode negar a importância dessa agenda metodológica. E estamos longe de chegar a seu esgotamento. Contudo, outras agendas importantes podem aparecer, levando a debates mais produtivos. Nesse caso, tais agendas mereceriam maior atenção da comunidade jurídica. Mas como avaliar isso?

Os critérios apresentados por Dworkin – especialmente, de que a teoria do direito deveria ser “interessante” – são passíveis de contestação por outros juristas, que veriam nisso um elemento psicológico de pouca relevância para o progresso científico¹³⁸.

Parece-me que um critério melhor do que o apresentado por Dworkin pode ser buscado (com os devidos cuidados) na filosofia da ciência de Imre Lakatos, quando ele discute o caráter progressivo ou regressivo que um programa de pesquisa pode assumir. Um programa progressivo se caracteriza por: tendência a gerar a observação de novos fenômenos, redução de anomalias, explicações para evidências empíricas acumuladas, previsões e resolução de problemas, além da definição de velhas questões já explicadas e de novas questões a serem explicadas¹³⁹.

Um programa regressivo não é necessariamente incorreto. Apenas deixou de gerar os efeitos apontados acima. Mas algum *insight* ou descoberta podem reativá-lo, voltando a torná-lo progressivo.

A meu ver, o debate metodológico com os positivistas descritivos passou a assumir um caráter regressivo, gerando manobras conceituais mais destinadas a salvar teorias do que a melhorar nosso conhecimento sobre o fenômeno jurídico. Obviamente, um jurista pode negar isso e continuar a se dedicar à sua pesquisa nessa linha, com uma liberdade de cátedra que deve ser defendida por todos. O ponto aqui é apenas discutir, de modo não impositivo, o que seria uma pauta comunitária mais produtiva para nossa área, capaz de mobilizar pesquisadores que não estejam comprometidos com um programa em particular.

Nesse sentido, a tese final de Dworkin teria muito a contribuir. Certamente, ela não traz uma prova cabal contra o positivismo, tampouco vai gerar uma rendição

¹³⁸ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 290.

¹³⁹ LAKATOS, Imre. **La metodología de los programas de investigación científica**. Tradução de Juan Carlos Zapatero. Madrid: Alianza, 1993.

consensual dos adeptos dessa teoria. Mas ela consolida algumas teses sobre o direito e põe em movimento novas questões relevantes, tais como: a interpretação jurídica envolve uma dimensão moral inevitável; existem critérios mínimos que usamos para demonstrar a superioridade moral de uma interpretação; e, diante dos limites e possibilidades desses critérios, precisamos decidir se vamos propor mudanças na teoria da interpretação jurídica ou nos desenhos de nossas instituições.

Sob o enquadramento do direito como um ramo da moral, ficaria difícil uma nova fuga positivista do tipo “estou apenas descrevendo como é o direito, sem me comprometer com seu conteúdo”. Mais do que nunca, ganha força a objeção de Dworkin de que só descrever já é prescrever alguma coisa (o *status quo*) por omissão. Isso diminui a importância da velha agenda metodológica¹⁴⁰, e nos leva a um reagendamento moral-político¹⁴¹ da pesquisa jurídica, isto é, discutir como podemos promover da melhor maneira o direito de uma comunidade.

Ainda haveria espaço para um positivismo mais estreito, que não nega de maneira geral o papel que a moral desempenha no direito. Ele reconheceria esse papel, e desceria para o debate normativo, sobre a melhor maneira de aplicar o direito. Poderia defender que uma sociedade seria mais democrática se as interpretações do direito se ativessem a uma espécie de novo textualismo, ou à intenção documentada dos legisladores eleitos, ou à coerência formal com decisões passadas, porque isso seria melhor do que confiar na sensibilidade moral dos juízes. Com efeito, a defesa de um textualismo sob tais justificativas é o que propõe o positivismo normativo de Jeremy Waldron¹⁴², que, não por acaso, celebra a tese do direito como ramo da moral.

Claro, Dworkin ainda seguiu sustentando sua teoria do direito como integridade, sem abrir mão de uma interpretação judicial mais profunda, da superação da intenção do autor em matéria de interpretação, e do valor (moral e

¹⁴⁰ A reflexão sobre o agendamento do debate jurídico por Dworkin é feita por: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 17-21. Macedo analisa o que chama de dois *rounds* do debate entre Dworkin e os positivistas: o primeiro, centrado no argumento dos princípios, e o segundo, no argumento dos desacordos. Sugeri que a tese do direito como um ramo da moral seria a última grande ofensiva de Dworkin, a qual a maioria dos positivistas ainda não se animou a responder. Aqui, tento especular que nova agenda surgiria depois dessa tese.

¹⁴¹ Refiro-me aqui à moralidade política que justifica o direito de uma comunidade.

¹⁴² WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for Hedgehogs. NYU School of Law, **Public Law Research**, [S. l.] p. 13-45. jul, 2013. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2290309>. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2290309>. Acesso em: 30 dez. 2018.

epistêmico) do tribunal como “fórum de princípios”. Contudo, já admitiu que, ao se colocar o positivismo de uma maneira normativa e engajada, a discussão jurídica se tornaria melhor.

Em todo caso, a indagação sobre se os juízes agem ou não com paternalismo moral é uma questão moral sobre o valor dos critérios de decisão judicial ou legislativa, evidenciando o novo enquadramento em que se coloca o debate jurídico, menos conceitual e mais propositivo. Essa constatação reconecta a filosofia do direito com questões institucionais, como o debate sobre o *judicial review*.

Mas precisamos ir além das observações feitas pelo próprio autor. Elas não dizem nada sobre a situação de uma terceira grande teoria do direito: o pragmatismo jurídico.

Desde *O império do direito*, Dworkin havia reconhecido no pragmatismo um rival mais forte do que o positivismo, por assumir uma postura cética que só poderia ser enfrentada com recursos à filosofia política e moral. Seu debate com os pragmáticos passou por demonstrar os limites das diferentes versões de utilitarismo que assumiram ao longo do tempo, tornando-se menos sistemático (e menos famoso) do que seu debate com os positivistas.

Contudo, seus últimos livros também podem levar a um reagendamento do debate com os pragmáticos. Dworkin não apenas colocou o direito como um ramo da moral, como também pôs fim à velha lenda de que ele seria adepto de alguma forma caricata de jusnaturalismo. Na verdade, ele coloca toda a moralidade como um empreendimento interpretativo, que parte das práticas efetivas e é refinado pela coerência.

Isso o aproxima de pragmatismos jurídicos ligados a filósofos como John Dewey e Hillary Putnam, que fundamentam sua moral em termos bastante similares aos dessa última fase dworkiana, e afasta pragmatismos jurídicos de base cética, como o de Richard Posner. Por sinal, outra estratégia ética “recognitiva”, similar à dworkiniana, é também conhecida como “pragmática”! Diante disso, crescerá a importância de debater com um pragmático moderado, como Cass Sunstein.

No enquadramento final, o positivismo normativo de Waldron e o pragmatismo moderado de Sunstein representam os novos desafiantes da teoria do direito como integridade. Portanto, precisaremos saber como eles lidam com os velhos problemas levantados por Dworkin: a distinção entre regras e princípios e a questão dos desacordos.

Vale observar que, antes, os desacordos teóricos-valorativos eram um desafio a ser explicado pelos juristas. Agora, os desacordos passam a ser um problema a ser resolvido normativamente, assumida a inserção do direito na moral, a capacidade de veracidade nesse campo, e a importância da teoria (justificações morais articuladas) para demonstrar a superioridade de interpretações jurídicas.

Pela direção em que sua obra aponta, Dworkin provavelmente seguiria defendendo que os desacordos teóricos devem ser resolvidos judicialmente por uma disputa interpretativa, na qual se demonstre qual posição coloca o direito sob a melhor luz. Waldron¹⁴³ tentará negar a relevância da objetividade moral para o direito, remetendo esse tipo de desacordo para o âmbito legislativo, defendendo a abolição do *judicial review* e aderindo a uma teoria da interpretação textualista. Já Sunstein¹⁴⁴ partirá de um pressuposto minimalista, reconhecendo os desacordos morais como inevitáveis no direito, mas tentando facilitar sua resolução através de “acordos parcialmente teorizados”, de um *judicial review* pontuado pela deferência a instituições com maior capacidade técnica ou legitimidade política (as Agências Reguladoras e o Legislativo), e de um modelo interpretativo que privilegie analogias e princípios de baixa abstração.

2.5 Críticas ao Integracionismo

A produção de Dworkin causou grande impacto acadêmico e, com isso, despertou a atenção de muitos críticos. Considerando a vastidão dessa bibliografia, priorizarei as críticas mais úteis para os debates relacionados a essa tese. Também considerarei algumas respostas que o autor já deu, ou que poderia ter dado, a elas. Contudo, não pretendo realizar uma análise exaustiva de todas as suas linhas argumentativas. Cada uma delas valeria uma tese à parte. Jogando dos dois lados do tabuleiro, pretendo apenas focar nos lances iniciais, para mapear os pontos mais frágeis da teoria dworkiniana – sem tentar adivinhar todo o desenrolar da partida.

Idealismo. A matriz de várias críticas a Dworkin é a ideia de que sua teoria não tem utilidade prática, por ser muito idealista. Uma versão mais forte dessa crítica, que nega qualquer sentido à teoria de Dworkin, compreende mal o seu projeto metodológico. Ele tentou discutir como um raciocínio jurídico deveria ser para

¹⁴³ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1991.

¹⁴⁴ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2018

se legitimizar, revelando a responsabilidade interpretativa dos juristas, em todo seu alcance. Apesar disso, jamais negou que atenuações seriam necessárias na sua aplicação.

Ademais, esse modelo não é uma pura invenção da cabeça de Dworkin. Ele parte das práticas jurídicas cotidianas, interpreta as razões que as sustentam, as expande num modelo teórico normativo, e então se volta reflexivamente sobre a realidade. Trata-se de um modelo “ideal-real”, e não “ideal-ideal” ou “real-real”¹⁴⁵. Vale ressaltar que o direito como integridade não é “direito como justiça”, mas uma interpretação do material jurídico básico sob a melhor luz.

Em todo caso, são possíveis críticas mais moderadas, a um déficit de realidade em Dworkin. Sem negar completamente o sentido do projeto dworkiniano, elas podem alegar que seu modelo é incompleto se não discutir as circunstâncias de sua atenuação. Ou, ainda, que o modelo só precisa de atenuações porque interpreta de uma maneira equivocada o que o raciocínio jurídico requer. Essas são as brechas que serão exploradas por autores como Sunstein.

Resposta correta. É provável que essa tenha sido a tese mais criticada de Dworkin. Infelizmente, a maioria das críticas tomou como alvo aquilo que o autor não disse. Desde o início, Dworkin formulou a tese como um ataque ao ceticismo, à atitude que considera, de antemão, que todas as respostas são equivalentes ou que nenhuma delas tem sequer aptidão de ser correta¹⁴⁶. Segundo Guest¹⁴⁷, a tese de Dworkin é mais contra a “inexistência de respostas corretas” (*no right answer*) do a favor da existência de uma “única resposta correta” (*one right answer*).

Diante disso, alguém pode pedir que Dworkin demonstre quais são as tais respostas corretas. Ele até realiza vários estudos de caso, se esforçando para dar as melhores respostas possíveis, mas seu foco é mostrar como devemos tentar legitimar nossos raciocínios jurídicos, dentro do jogo da interpretação e argumentação. Dworkin nunca defendeu a existência de argumentos

¹⁴⁵ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Palo Alto: Stanford University Press, 2012. p. 81-82

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. Os direitos podem ser controversos? *In*: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 429. DWORKIN, Ronald. Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos? *In*: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 175-276. DWORKIN, Ronald. Apêndice: resposta aos críticos. *In*: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 507-519.

¹⁴⁷ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Palo Alto: Stanford University Press, 2012. p. 141.

“nocauteadores”, provas irrefutáveis a favor de uma única resposta jurídica, uma verdade absoluta esperando ser descoberta para cada caso a ser julgado.

Ocorre que a existência de respostas corretas não depende de sua demonstrabilidade. Considere a proposição “só proposições que podem ser demonstradas, ou provadas, como verdadeiras, são capazes de serem verdadeiras ou falsas”¹⁴⁸. Ela mesma não pode ser demonstrada! Essa linha de objeção é autoderrotável, e precisa ser abandonada para dar lugar a uma discussão mais produtiva. Mas, então, caso se admita que a correção não depende da demonstrabilidade, estaríamos liberados do dever de tentar demonstrar que uma resposta é superior a outra? Não. Dworkin defende apenas que essa demonstração não será lógica ou empírica, mas interpretativa-avaliativa.

Aqui pode surgir uma nova objeção, mais desafiadora, já que um jurista pode recusar a tese da resposta correta por defender um não cognitivismo moral. Isso leva a um debate bem mais complexo. Dworkin pode alegar que, no direito, o não cognitivismo moral contraria as práticas efetivas, nas quais já nos entendemos minimamente sobre o que é justo ou injusto. Conseguimos identificar os padrões normativos que emergem do nosso direito, e ter discussões racionais sobre eles. Além disso, o não cognitivismo moral contraria nosso senso de responsabilidade pessoal e as críticas que fazemos à irresponsabilidade dos outros.

Num exemplo dramático¹⁴⁹, ele pede para imaginarmos um juiz que condena alguém à prisão, mas, ao final da sentença, diz que aquela é apenas sua opinião, e que alguém poderia ter uma opinião diferente. Reagiremos horrorizados. Se outras opiniões eram possíveis, por que ele não optou por uma na qual o réu não fosse encarcerado? Se tal decisão deve ser tomada, queremos saber que ela é uma exigência do direito, e que outra superior não pôde ser vislumbrada. Dworkin pede que levemos a sério essa aversão à irresponsabilidade, e que tentemos fazer o melhor possível com os recursos argumentativos de que dispomos para discutir se uma decisão é correta.

Enfim, a tese que Dworkin esperava avançar era que não somos livres para decidir de qualquer maneira no direito, mesmo nos chamados casos difíceis. Ao

¹⁴⁸ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Palo Alto: Stanford University Press, 2012. p. 140.

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Is there truth in interpretation?** Mountain View: Google, 2009. (1 h 7 min 10 s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>. Acesso em: 24 fev. 2020.

argumentarmos, temos uma responsabilidade de buscar a interpretação que faça do material jurídico o melhor que ele pode ser.

Princípios. Dworkin costuma ser acusado de ter aberto a “caixa de pandora” do pós-positivismo, por ter popularizado os princípios no debate jurídico contemporâneo. Com isso, teria fornecido um álibi teórico para a discricionariedade judicial. Contrariamente a isso, os princípios aparecem na teoria de Dworkin como um padrão normativo a mais, algo que restringe a liberdade do juiz. Foi justamente a partir deles que concebeu a tese da resposta correta. Além disso, segundo sua teoria, seria necessário identificar esses padrões normativos na história institucional.

Na verdade, a ideia equivocada de que é possível criar princípios livremente foi gestada pelas vulgatas teóricas, como tem denunciado Streck, crítico mais destacado do abuso de princípios no debate jurídico brasileiro. Para Streck, o “pamprincipiologismo”¹⁵⁰ surge de fatores como as relações de poder em nossos fóruns, as deficiências em nosso ensino jurídico e a falta de criticidade em nossa doutrina. Em sentido convergente – embora crítico à teoria de Dworkin –, Rodriguez¹⁵¹ tem denunciado como nossas práticas jurídicas se apropriam dos jargões de diferentes teorias, de modo instrumental, sem mudar sua lógica baseada em argumentos de autoridade.

Diante disso, alguém poderia reformular a crítica, afirmando que a teoria de Dworkin não é diretamente responsável pelos abusos com princípios, mas que a dificuldade em transmiti-la, em toda sua complexidade, é uma prova da sobrecarga cognitiva que ela geraria nos juízes. Dworkin poderia admitir essa dificuldade, mas alegar que os princípios são necessários para compreender corretamente o direito. A questão passaria a ser: até onde os princípios causam mais bem do que mal nesse processo. E ela precisa ser discutida urgentemente.

Hércules. Outra grande polêmica tem a ver com a metáfora escolhida por Dworkin para discutir seu modelo de juiz. Uma maneira improdutiva de criticar Hércules é focar no seu caráter idealizado, alegando que ele não existiria na realidade.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 162-177. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Especialmente o posfácio.

¹⁵¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 15, nota de rodapé n. 1, e p. 80-103.

Esse crítico entende mal nosso exercício. Hércules nos é útil justamente porque é mais reflexivo e autoconsciente do que qualquer juiz verdadeiro precisa ou, dada a urgência do trabalho, precisaria ser. Sabemos que os juízes reais decidem os casos de maneira bem menos metódica, mas Hércules nos mostra a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica [...] ele não tem acesso a mistérios transcendentais que são obscuros pra eles. Seus juízos sobre adequação e moral política são feitos da mesma matéria e têm a mesma natureza que os deles [...]¹⁵².

Outra leitura, ainda mais problemática, é aquela que toma Hércules como uma defesa de que o Judiciário tenha mais poderes. Interpretá-lo assim é perverter completamente o modelo. Hércules é uma metáfora sobre a responsabilidade¹⁵³, sobre as tarefas hercúleas que cabem ao juiz. Seus superpoderes servem apenas como um artifício para mostrar como um juiz decidiria se tivesse infinitas capacidades. Dworkin já tinha advertido que:

[...] Hércules não é um historicista, tampouco tem o estilo aventureiro às vezes satirizado sob o epíteto de 'direito natural'. Ele não acha que a Constituição é apenas o que de melhor produziria a teoria da justiça e da equidade abstratas à guisa de teoria ideal. É guiado, em vez disso, por um senso de integridade constitucional; acredita que a Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais norte-americanos como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacentes a essa questão. [...] Ele também não é um 'ativista'. Vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação. [...]¹⁵⁴

A metáfora também atraiu especulações sobre em quem Dworkin teria se inspirado para criá-la, ou ainda, sobre se Hércules não funcionaria como um *alter ego* de Dworkin¹⁵⁵. Esse tipo de debate é pouco proveitoso, já que o propósito de Hércules não era servir de pseudônimo para opinar sobre casos polêmicos. O foco

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 316.

¹⁵³ Esclarecendo essa questão, e outras incompreensões sobre a obra dworkiniana no debate jurídico brasileiro: MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 474-475.

¹⁵⁵ RAI, Arvidh. Dworkin's Hercules as a model for judges. **Manchester Rev. L. Crime & Ethics**, [S. l.], v. 6, n. 58, p. 1-11, 2017. Disponível em: [https://heinonline.org/HOL/LandingPage? Handle =hein.journals/manrvlc_e6&div=9&id=&page=](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?Handle=hein.journals/manrvlc_e6&div=9&id=&page=) Acesso em: 25 fev. 2020.

de Dworkin não eram as decisões em si, mas a maneira de Hércules interpretar e argumentar.

Na verdade, essa metáfora atraiu tantas confusões que mesmo autores simpáticos a Dworkin, como Fleming, lamentam que ele tenha escolhido o semi-deus para batizar seu modelo “porque a formulação de Dworkin faz as responsabilidades de julgar parecerem muito hercúleas (ou olímpicas). E isso gera ou agrava as preocupações daqueles que estão preocupados com as capacidades institucionais limitadas dos tribunais”¹⁵⁶. Segundo Denis Coitinho¹⁵⁷, Hércules terminou ofuscando a metáfora do romance em cadeia, muito mais relevante para entender a interpretação do direito como um empreendimento coletivo.

Tendo isso em mente, passemos para críticas mais desafiadoras. Muitos autores viram em Hércules um modelo de juiz elitista, paternalista, aristocrático, monológico, solipsista, heroico, tendente à húbri, etc. Por tudo o que vimos até aqui, o modelo dworkiniano não se enquadra totalmente nesses adjetivos¹⁵⁸.

Primeiro, porque as decisões judiciais estão sujeitas a diversos controles intersubjetivos, tanto na sua dimensão de ajuste quanto de justificação.

Segundo, porque sua teoria não vale apenas para o juiz, mas para toda a comunidade de intérpretes, por assim dizer. Dworkin falava que precisávamos de uma “hermenêutica jurídica protestante”¹⁵⁹, isso é, de que os cidadãos tomassem posse dos textos jurídicos e participassem ativamente da interpretação do direito em sua comunidade, não apenas se submetendo às instituições ou seus intérpretes autorizados.

Terceiro, porque sua teoria só entra em choque com concepções pluralistas em alguns sentidos específicos. Politicamente, Dworkin é um liberal não cético, isto é, alguém que defende liberdade para as pessoas perseguirem diferentes concepções de bem, não por julgar que inexitem respostas corretas, mas por valorizar a autonomia. Em filosofia moral, Dworkin defende apenas que o pluralismo

¹⁵⁶ FLEMING, James E. The odyssey of Cass Sunstein. **Tulsa L. Rev.**, [S. l.], v. 43, p. 854, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol43/iss4/2>. Acesso em: 23 fev. 2020.

¹⁵⁷ Anotações de aula.

¹⁵⁸ Uma importante defesa de Dworkin pode ser lida em: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 433-439. O item 6 de seu posfácio intitula-se: “Fazendo justiça a Dworkin e Gadamer. De como o juiz Hércules não é subjetivista (solipsista). As razões pelas quais “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”

¹⁵⁹ HENLEY, Kenneth. Protestant hermeneutics and the rule of law: Gadamer and Dworkin. **Ratio Juris**, [S. l.] v. 3 n. 1, p. 04-28, Mar. 1990. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9337.1990.tb00048.x>. Acesso em: 25 fev. 2020.

não sirva de desculpa para dogmatismos. Ao se reconhecer a importância de diferentes princípios, um agente responsável deve tentar achar uma forma de conciliá-los. Não deve declarar, de antemão, sua incomensurabilidade. Na área jurídica, buscamos um direito que fale às pessoas com uma só voz em questões de princípio, não por paternalismo moral, mas porque buscamos uma igualdade substantiva de tratamento entre os cidadãos. Nada disso nega a possibilidade de conflitos, divergências, disputas, debates, etc. O tipo de verdade que Dworkin defende é interpretativa. Está justamente lançada nessas contingências, sendo revisável por melhores argumentos. Mas ela não busca o conflito como fim em si mesmo, numa espécie de celebração da polifonia jurídica, e sim como uma arena discursiva na qual podem surgir respostas melhores.

Quarto, porque está defendendo apenas um controle interpretativo da jurisdição, uma instituição que já existe. Não está propondo a criação de um novo desenho institucional, que aumente os poderes do juiz. Seu foco no juiz tem caráter metodológico, porque é esse agente que toma a decisão final. Mas não ignora os contributos das partes. Nesse sentido, se o integracionismo é paternalista, todas as teorias da decisão também o são. Na verdade, teorias que não estabelecem qualquer controle interpretativo para a atividade dos juízes serão ainda mais paternalistas – como o convencionalismo ao lidar com casos difíceis, ou o pragmatismo ao ignorar decisões instituições passadas – porque atribuem às Cortes o poder de estipular livremente os direitos numa comunidade.

Quinto, porque a teoria de Dworkin não depende da (famosa) tese de que juízes raciocinam melhor sobre a moral do que os demais cidadãos¹⁶⁰, de que têm um acesso privilegiado à verdade moral¹⁶¹, ou de que essa seria a única justificativa para uma versão forte do *judicial review*. Dworkin nunca disse isso. E, surpreendentemente, Sunstein¹⁶² parece ter vindo em seu socorro. Numa longa pesquisa empírica sobre a coerência de decisões judiciais, constatou que os juízes tinham um desempenho superior a outros atores para tomar decisões coerentes,

¹⁶⁰ WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law*, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 2–24, Jan. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mon035>. Acesso em 25 fev. 2020.

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 241-296.

¹⁶² SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; RITOV, Ilana; SCHKADE, David. Predictably incoherent judgments. *Stanford Law Review*, [S. l.], v. 54, p. 1156-1157, 2002. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12414&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

provavelmente porque tinham maior familiaridade com os dados jurídicos a ser coeridos e mais experiência nessa atividade. Comparemos isso a um modelo judicial baseado numa visão radical de democracia direta, uma espécie de jurisdição popular. Os juízes têm melhor desempenho deliberativo do que o tribunal do júri, por tratarem os casos de maneira mais consistente, enquanto os jurados fazem as penas e valores de indenizações flutuarem arbitrariamente. Assim, a atribuição do papel de intérprete da Constituição a juristas profissionais não precisa ser defendida apelando para uma virtude transcendente. Ela pode ser defendida com base no saber prudencial¹⁶³ que um agente desenvolve nesse ofício. Tal defesa pode ser recusada, em prol de uma alternativa superior. O ponto é apenas que o debate será travado sem precisarmos apelar para algo fora desse mundo.

Enfim, o que se pode dizer em defesa de Hércules é que ele não está estruturalmente comprometido esses defeitos dos quais é acusado, não podendo ser descartado de modo preliminar. Mas isso não quer dizer que ele seja necessariamente o melhor modelo nesses quesitos de participação/dialogicidade/controlabilidade, e que não possa ser complementado ou superado por outras teorias.

Nesses termos, consigo visualizar ao menos duas frentes promissoras de discussão. A primeira diz respeito a outras teorias que aumentariam o controle interpretativo sobre os juízes – e Dworkin teria ficado feliz se outros juristas tivessem se engajado mais nesse tipo de disputa. A segunda diz respeito à relação entre controles interpretativos e controles institucionais, um debate cuja importância Dworkin sempre reconheceu, mas do qual nunca buscou participar. Ele admitia que seria possível duvidar desse controle interpretativo dos juízes e pregar uma mudança institucional radical, para diminuir seus poderes, aumentar a participação popular, etc. Aliás, é possível (talvez até necessário) defender uma teoria na qual as dimensões interpretativa e institucional não cheguem a competir, mas possam ser pensadas de modo conjunto para combater a discricionariedade. Em todos esses pontos, Sunstein aparece como um novo interlocutor a ser estudado.

¹⁶³ Esse seria o tipo de saber ligado à função judicial, desde Aristóteles (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999), passando por Gadamer. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 418-419 e 433.

Juízes filósofos. Um desdobramento da discussão sobre Hércules que merece ser ressaltado diz respeito à ligação que Dworkin estabelece entre a atividade judicante e a filosofia política e moral. Afinal, Dworkin está defendendo que juízes sejam filósofos? A resposta vai depender do que se entende por filosofia¹⁶⁴.

Se por juiz filósofo tem-se em mente uma atribuição de poderes para que luminares julguem conforme suas próprias teorias numa versão contemporânea dos reis filósofos – os “guardiões platônicos”¹⁶⁵ da Constituição, temidos por Learned Hand, ou “vanguarda iluminista da nação”¹⁶⁶, sonhada por Luís Roberto Barroso –, a resposta é definitivamente não.

Learned Hand preveniu-nos de que não deveríamos ser governados por juízes-filósofos mesmo que nossos juízes fossem melhores filósofos. Mas essa ameaça é e continuará a ser uma hipérbole. Chegamos a um equilíbrio em que o Tribunal desempenha um papel no governo, mas não, mesmo exagerando, o papel principal. Os juristas acadêmicos não prestam nenhum serviço ao tentar disfarçar as decisões políticas que esse equilíbrio atribui aos juízes. O governo por sacerdotes acadêmicos guardando o mito de alguma intenção original canônica não é melhor que o governo por guardiões platônicos em roupagens diferentes. O melhor que fazemos é trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento nacional de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento de nossa parte. Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito¹⁶⁷.

É verdade que as escolhas retóricas de Dworkin nem sempre o ajudam, como quando chama os juízes de príncipes do império do direito¹⁶⁸. Mas o autor não defende mais poderes para os juízes, no sentido de mudanças institucionais. E sua teoria da interpretação traz mais responsabilidades do que poderes.

¹⁶⁴ Não se pode esquecer que um filósofo pode ser cético, ou partidário de várias correntes de pensamento incompatíveis com o estereótipo de juiz-filósofo como alguém que consegue acessar verdades através de seu gênio reflexivo.

¹⁶⁵ Criticados por: HAND, Learned. **The bill of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1958. p. 74.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. [S. l.], p. 1-41, 10 ago. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2915571>. Acesso em: 08 maio 2018.

¹⁶⁷ Essa linha de resposta foi esboçada em: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 103.

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 175.

Se alguém tem em mente que juízes devem ser filósofos, no sentido de ter uma formação específica nessa área, a posição dworkiniana não chega a isso. Até defende que um conhecimento sobre as principais teorias da justiça, e o treino no uso rigoroso de argumentos, são importantes para alguém que vai exercer a função de juiz, mas não comete o exagero de condicionar um ofício ao outro.

Por fim, Dworkin¹⁶⁹ esclareceu que, para ele, os juízes deveriam ser filósofos, no sentido de adotarem uma genuína atitude reflexiva sobre as questões que têm diante de si. Muitas delas envolvem desacordos não empíricos. São questões avaliativas, que exigem uma disciplina do argumento. Nesse sentido, mesmo o juiz que se diz prático não deixa de ter uma “filosofia” sobre como julgar. A questão é que, se essa filosofia não é explicitada e refletida, ela tende a resultar numa má prática jurídica, incoerente e repleta de falácias.

Por uma forma mais modesta de colocar a questão, Eisgruber¹⁷⁰ defende que Dworkin deveria ter dito apenas que a interpretação jurídica envolve princípios, mas não que ela envolve análises filosóficas. Essa forma inflacionada de descrever a “leitura moral da Constituição” leva seus críticos a imaginarem-na como uma atividade bem mais ambiciosa do que ela realmente é. Eisgruber enfatiza a importância da dimensão de ajuste, da reconstrução da história institucional que dá suporte à melhor resposta. Diferentemente da filosofia, a atividade judicante dá preponderância ao “raciocínio histórico”, ao caso concreto, às particularidades.

Enviesamento. É muito frequente se acusar Dworkin de contrabandear suas posições políticas para sua teoria da decisão. Suas análises de caso dependeriam muito de seu viés liberal-igualitário. Nas decisões de Hércules, seu criador nunca sairia insatisfeito.

Contudo, Dworkin não parte de uma visão pura de justiça, mas tenta fazer o melhor possível do material jurídico pré-existente. Além disso, o autor nunca negou que ao interpretar, os juízes se orientarão de algum modo por suas convicções de justiça. Aquilo que já trazemos conosco vai ser a base para qualquer conhecimento novo. Mas isso não quer dizer que possamos nos entregar a juízos não ponderados.

¹⁶⁹ Sobre esse ponto, o texto mais bem-acabado do autor é: DWORKIN, Ronald. ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos? Tradução de Leonardo García Jaramillo. **Isonomía**, México, n. 32, p. 7-29, abr. 2010. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100001&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 25 fev. 2020.

¹⁷⁰ EISGRUBER, Christopher L. Should Constitutional judges be philosophers? *In*: HERSHOVITZ, Scott. **Exploring law's empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Numa decisão jurídica, não se pode substituir as leis, os precedentes e as doutrinas por convicções. Para Dworkin, nossas convicções de justiça precisam ser assumidas e disciplinadas pela coerência, levando a uma resposta que compartilhe elementos avaliativos e produza um argumento racionalmente aceitável. Gadamer falaria na suspensão de pré-juízos para abrir-se para o diálogo com o outro, que pode ter razão, o que não quer dizer fazer caso omissivo de si mesmo¹⁷¹.

Ademais, McCaffery¹⁷² denuncia o caráter perverso das acusações que tomam Dworkin por sofista, e que insinuam uma motivação pessoal dele nos seus estudos de caso. Fazendo isso, voltam a habilidade argumentativa do autor contra ele mesmo, como se ela fosse um defeito. Esse tipo de acusação é pouco produtiva e pode paralisar o debate científico por especulações paranóicas. O melhor a fazer é focar na consistência das teses, apresentando objeções a seus argumentos, e não às supostas intenções de seu autor. Dworkin argumenta em favor de uma solução liberal-igualitária para um caso? Ao invés de acusá-la de tendenciosa, seu crítico deve mostrar que há uma solução superior a ela. Conclui defendendo que discutamos mais com Dworkin, e não contra ele.

Modelos teóricos. Uma questão que não é muito discutida, mas que é importante para essa tese, diz respeito à maneira como Dworkin¹⁷³ reconstrói suas teorias rivais. Ele admite que vários juristas podem não se reconhecer em qualquer uma delas. E admite que todas essas teorias são interpretações de práticas jurídicas circunscritas no tempo e no espaço. Just diz que convencionalismo, interpretativismo e pragmatismo devem ser “entendidos como posições teóricas típico-ideais dentro do espectro intelectual anglo-americano”¹⁷⁴. Nessa metodologia, podem não ser encontráveis na realidade em suas formas puras, tampouco exaurem a possibilidade de existência de outros modelos. Portanto, não devem ser naturalizados.

Veremos que o modelo de Sunstein não se enquadra muito bem no pragmatismo, tal como Dworkin o imaginou, seja no seu aspecto descritivo, seja no prescritivo. Sunstein também advertirá sobre a importância de recursos empíricos para entender o cenário no qual se está debatendo, porque diferentes modelos

¹⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

¹⁷² MCCAFFERY, Edward J. Ronald Dworkin, inside-out. **California Law Review**, [S. l.], v. 85, n. 4, p. 1043-1086, Jul. 1997. Disponível em: www.jstor.org/stable/3481131. Acesso em: 27 jan. 2020.

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 109-141.

¹⁷⁴ JUST, Gustavo. Guinada interpretativa. In: BARRETO, Vicente Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 396.

interpretativos podem apresentar diferentes vantagens e desvantagens a depender de algumas variáveis concretas.

Além disso, a mudança de país pode requerer modelos jurídicos inteiramente novos. E eles deverão ser construídos de baixo pra cima, isto é, atentos ao que as práticas jurídicas locais já são, sua própria lógica interna. Nesse sentido, Rodriguez¹⁷⁵ critica a utilidade dos modelos dworkinianos para compreender e debater o direito brasileiro. Nossa práxis não é bem captada por qualquer um deles. Defende, também, um melhor acesso empírico a essa questão, realizando pesquisas de análises de julgados para entender a estrutura argumentativa adotada por nossas Cortes.

Elementos institucionais. Explorando a obra de Dworkin, podemos encontrar alguns breves comentários sobre questões institucionais. Porém, o autor sempre procede com grande cuidado nesse tema. Sua posição é o inverso da maioria das teorias normativas contemporâneas, que evitam compromissos substantivos, mas se posicionam fortemente sobre como deveriam ser os procedimentos – por vezes até de maneira axiomática. Já Dworkin é incisivo ao discutir questões substantivas, mas é modesto ao discutir desenhos institucionais e seus contornos procedimentais. Por que essa diferença? O autor não se explica, obrigando-nos a fazer suposições.

A meu ver, Dworkin critica a hesitação dos juristas diante de direitos substantivos porque eles já estão previstos no direito americano, sendo algo que as pessoas podem exigir judicialmente. Por isso, o autor se posiciona de maneira mais incisiva sobre esse tipo de questão.

Mas, com esse posicionamento, ele não age como um teórico paternalista, que se antecipa à práxis, aos conteúdos que as pessoas podem querer reivindicar? Acredito que não, pelas seguintes razões: ele se posiciona dessa maneira no âmbito da decisão judicial, onde já existem direitos previstos, mas não se arroga a pautar os conteúdos que as pessoas poderiam reivindicar na luta política; e, mesmo no âmbito judicial, as respostas que oferece não reivindicam um saber absoluto, mas se colocam como interpretações jurídicas superáveis por outras interpretações mais justificadas.

Já no plano dos desenhos institucionais, Dworkin é deferente às decisões políticas que as pessoas podem tomar sobre como organizar a sociedade, como

¹⁷⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 16.

alocar poderes e funções. Para ele, aqui não existe um material jurídico básico a ser interpretado, um direito concreto a ser garantido. Esse aspecto de sua teoria talvez tenha a ver com as circunstâncias do direito americano, cuja Constituição é muito econômica ao prever direitos processuais.

Mas, então, como o autor se posiciona no principal debate institucional do direito americano, sobre a manutenção ou abolição do *judicial review*?

Ao contrário do que muitos pensam, Dworkin não faz uma defesa categórica do instituto ou de um aumento das funções do Judiciário. Quando fala na Corte como um “fórum de princípios”¹⁷⁶, o foco de sua discussão são as consequências do *judicial review* para a teoria da interpretação, caso as pessoas decidam mantê-lo.

Se queremos a revisão judicial – se não queremos anular *Marbury contra Madison* – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. 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. Se estou certo a respeito disso e do que isso significa, são questões para a teoria jurídica e política, e são essas questões que devemos tentar responder¹⁷⁷.

Para firmar essa visão substantiva da interpretação constitucional, ele enfrenta duas propostas “neutras” de *judicial review*: o intencionalismo, que reduz a decisão à descoberta de fatos históricos; e o procedimentalismo, que reduz o papel da Corte a manter as garantias fundamentais de participação nos processos políticos. Conclui que “essa fuga da substância deve terminar na substância”¹⁷⁸.

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 não devem tomar. A intenção e o processo são

¹⁷⁶ Capítulo 2 de: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 41-104.

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 101.

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 101.

ideias nocivas que encobrem essas decisões substantivas com piedade processual e finge que elas não foram tomadas [...]”¹⁷⁹

Essas seriam as decorrências interpretativas que ele propõe, caso se admita o *judicial review*. Com relação ao instituto em si, apenas sugere que esse mecanismo institucional traz vantagens (embora não seja logicamente necessário) para o direito americano, porque “obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio”¹⁸⁰. Mesmo para aqueles que discordam das decisões da Suprema Corte, o mecanismo é vantajoso, porque eles “não seriam tão sensíveis ao princípio sem a cultura jurídica e política de que a revisão judicial constitui o âmago”¹⁸¹. Por fim, alega que a abolição do instituto traria a desvantagem de alterar algo bem estabelecido no sistema constitucional de seu país¹⁸².

Ainda sobre esse tema dos elementos institucionais de sua teoria, Dworkin discute o que é questão de princípio e o que é questão de política no direito processual¹⁸³. O autor parte das seguintes perguntas:

(1) É coerente, com a proposição de que as pessoas têm direito de não ser condenadas por um crime que não cometeram, negar às pessoas quaisquer direitos, no sentido estrito, a processos que ponham à prova sua inocência? (2) Se não, a coerência exige que as pessoas tenham direito aos processos mais precisos possíveis? (3) Se não, existe algum meio-termo defensável, segundo o qual as pessoas têm alguns direitos processuais, mas não aos processos mais precisos possíveis? Como tais direitos poderiam ser formulados? (4) Nossas conclusões são válidas para o Direito civil, assim como para o Direito penal? (5) As decisões que os tribunais tomam a respeito do processo, no decorrer de um julgamento, são decisões de política ou de princípio? O que deveriam ser? (6) As pessoas têm direitos processuais no que diz respeito a decisões políticas acerca de uma política?¹⁸⁴

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 43.

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 102.

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 103.

¹⁸² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 41.

¹⁸³ Capítulo 3 de: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 105-152. Para um comentário sobre esse texto, e sua aproximação do debate processual brasileiro: FERREIRA LOPES, Ziel. Eficiência judicial no Brasil: revisitando princípio, política e processo. In: SALOMÃO LEITE, George; STRECK, Lenio Luiz; NERY JR., Nelson (org.). **Crise dos poderes da república**: judiciário, legislativo e executivo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 104-119.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 116

Para respondê-las¹⁸⁵, começa admitindo que as pessoas têm direito a não serem condenadas injustamente. E disso se segue¹⁸⁶ que elas têm direito a algum processo que evite essa condenação injusta. Mas não se segue que elas tenham direito ao melhor processo que se possa imaginar. A sociedade deve decidir, pelas vias legislativas e executivas, quanto de seus recursos escassos ela está disposta a alocar no processo judicial. O meio-termo moralmente defensável, entre um processo ótimo e processo nenhum, deve observar o direito à avaliação correta dos danos causados por injustiças (igual respeito) e o direito à aplicação coerente da avaliação desses danos entre os cidadãos (igual consideração). Assim, a sociedade pode assumir correr riscos de um desempenho deliberativo longe do ideal, por não estabelecer determinado número de apelações ou não aumentar o número de membros que compõe o júri. Mas não pode permitir que um grupo de cidadãos seja particularmente exposto a riscos de condenações injustas no estabelecimento de direitos processuais, ou que os direitos estabelecidos lhes sejam aplicados de modo diferente. Essas conclusões são, em princípio, válidas para o Direito civil assim como para o Direito penal, embora o campo civil tenha várias restrições (caráter mais subconstitucional, ênfase no direito à aplicação coerente em relação à avaliação correta do dano causado pela injustiça, e etc.). As decisões que os tribunais tomam a respeito do processo, no decorrer de um julgamento, são decisões predominantemente de princípio, apesar de algumas exceções jurisprudenciais. E as pessoas não têm propriamente direitos processuais a decisões políticas, como um direito fundamental a participar do planejamento de uma estrada. Estabelecer (ou não) a participação nesse tipo de decisão política é uma decisão política secundária.

Mais uma vez, fica claro que Dworkin evita antecipar teoricamente um desenho institucional muito ambicioso, deixando essas questões para serem resolvidas na prática, pelos interessados.

2.5.1 Os Pontos mais Frágeis do Integracionismo

Refletindo sobre essas críticas e suas respostas, destacam-se dois pontos frágeis da teoria de Dworkin, que devem ser mais explorados em novos debates:

¹⁸⁵ O autor propõe uma série de experimentos mentais para desenvolver seus argumentos e enfrentar possíveis objeções, que não caberia desenvolver aqui.

¹⁸⁶ Não garantir qualquer processo seriam moralmente incoerente com o direito a não ser condenado injustamente.

sua complexidade filosófica, que gerou inúmeras confusões acadêmicas, e tende a sobrecarregar cognitivamente os operadores do direito; e, sua falta de consideração no que se refere a questões práticas, empíricas, institucionais, que são fundamentais para determinar a aplicabilidade de suas teses. Sem isso, o integracionismo pode gerar resultados que contrariam seu propósito.

A meu ver, o modelo dworkiniano pede complementos, teorias de mediação com a prática, diretrizes operacionais, etc. Obviamente, não podemos deixar que isso se converta num “procedimento mecânico”¹⁸⁷ ou numa “dogmática da interpretação”¹⁸⁸, algo abominado por Dworkin. Sabemos que o integracionismo é mais uma questão de atitude. Mas apostar todas as fichas numa indefinição filosófica do modelo pode levar a mais problemas do que soluções. É preciso estabilizar alguns conceitos, dar uma estrutura para os desacordos, criar incentivos para boas práticas argumentativas e mostrar o papel que pequenos passos interpretativos podem desempenhar na legitimação do raciocínio jurídico. Ao analisar seu debate com Sunstein, Kaufman – um crítico bastante simpático a Dworkin – observou a importância de detalhar como Dworkin trabalha casos em que não haja a ascensão justificadora, lançando mão de recursos como a analogia e informações institucionais contingentes. Para ele, se Dworkin “se afastar completamente dos elementos que fazem seu trabalho plausível para juízes, acadêmicos e advogados, sua legitimidade diminuirá”¹⁸⁹. Dito de outro modo, o integracionismo precisa ser “urbanizado”¹⁹⁰. E isso não é tarefa para uma só pessoa, e sim para um verdadeiro empreendimento coletivo.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 41-45.

¹⁸⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A integridade do direito e os protocolos de Hércules. *In*: COELHO, André; MATTOS, Saulo; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o império do direito**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 171.

¹⁸⁹ KAUFMAN, Alexander. Incompletely theorized agreement: a plausible ideal for legal reasoning? **Georgetown Law Journal**, [S. l.], v. 85, n. 2, p. 411-412, Dec. 1996.

¹⁹⁰ Tomo de empréstimo a expressão de Habermas, quando disse que o trabalho de Gadamer urbanizou a província heideggeriana (HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987. p. 74). Heidegger foi um dos filósofos mais profundos, complexos e radicais da história. Sua descoberta da dimensão hermenêutica da filosofia levou a um processo ruptural, isolando-o dos demais autores. Gadamer veio fazer o caminho de volta, mostrando como todas as hermenêuticas – as tecnologias da compreensão que foram se desenvolveram em imitação às ciências naturais – têm uma dimensão filosófica. Assim, restabeleceu o diálogo entre a filosofia e as demais humanidades. Além disso, ao falar numa província heideggeriana, Habermas diz não ter em mente apenas o sentido limitativo, mas também a acepção de teimosia que essa palavra tem na língua alemã. Talvez algo semelhante possa ser esperado da obra de Cass Sunstein com relação a Dworkin.

3 AS PREOCUPAÇÕES INSTITUCIONAIS DE CASS SUNSTEIN

O segundo passo dessa tese é apresentar algumas ideias centrais ao pensamento de Sunstein, e o contraponto que ele vai desenvolvendo a Dworkin.

O título desse capítulo visa honrar o propósito de Sunstein, que não costuma denominar sua produção sobre o tema de “teoria”, ao menos não no sentido de um conjunto abrangente de teses ou mesmo de um sistema fechado. O autor defende um “minimalismo judicial”, modelo que recomenda aos juízes adotar uma humildade cognitiva quando forem decidir. E estende a recomendação aos juristas acadêmicos, quando forem desenvolver seus modelos decisórios.

Sunstein pratica o que prega. Primeiro, porque desenvolve seu minimalismo de modo econômico, evitando especulações muito ambiciosas e não se comprometendo com pressupostos pesados, que não possam ser aceitos pela maioria dos juristas. Segundo, porque ele mesmo se colocou na posição de principal crítico do minimalismo, sempre catalogando e discutindo suas inúmeras exceções.

A obra de Sunstein é ainda mais vasta e tematicamente diversificada do que a de Dworkin. Analisarei apenas seu modelo de interpretação jurídica, focando nas preocupações institucionais que o diferenciaram dos demais autores de sua época. Isso se desdobra nos seguintes objetivos específicos: 3.1) recuperar as questões sociais que motivaram as reflexões de Sunstein, especialmente a nova realidade institucional americana; 3.2) situar sua obra no movimento mais geral da chamada “Escola de Chicago”, com maior apelo às questões práticas, à pesquisa empírica e ao diálogo com outras disciplinas; 3.3) apresentar seu minimalismo judicial, e como ele se posiciona em relação a outras teorias; 3.4) discutir o que Sunstein escreveu especificamente sobre os pressupostos filosóficos do debate sobre interpretação jurídica; e 3.5) catalogar alguns limites que o próprio autor e alguns críticos apontaram nesse modelo. Tentarei mostrar como Sunstein desenvolve seu modelo de forma equilibrada, diferentemente da maneira como muitos críticos costumam vê-lo. Mesmo com suas preocupações institucionais, seus aportes empíricos e sua proximidade com a economia comportamental, Sunstein não assume a atitude beligerante de um anti-teórico do direito – como outros membros da Escola jurídica de Chicago, a exemplo de Posner. Ele não nega a dimensão de legitimidade do direito, nem mesmo a importância de justificações articuladas (“teorias”) a seu respeito, para orientar os juristas. Afastando-se do pragmatismo cético de Posner,

se aproxima mais do pragmatismo original de Dewey e do quietismo de John Rawls. Com isso, tenta evitar a dependência de doutrinas éticas muito abrangentes para propor soluções para os problemas jurídicos.

3.1 A Nova Realidade Socioinstitucional Americana

Há pelo menos três grandes questões importantes que parecem mobilizar a produção de Sunstein, no que se refere à interpretação jurídica: o clima anti-judiciarista; a polarização do debate público; e o aumento do poder das Agências Reguladoras.

3.1.1 O Clima Anti-Judiciarista

O autor começa a escrever sobre interpretação no início dos anos 90. A essa altura, os americanos estavam refletindo sobre os resultados de décadas de intervenções judiciais em questões sociais controversas. Crescia a discussão sobre se as Cortes estariam exorbitando o seu papel ao interpretarem o direito. Velhas questões se tornavam dramáticas, ao serem assimiladas pelo debate público: como controlar essa interpretação? Como garantir sua legitimidade?

Sem deixar isso tudo de lado, uma nova questão traria mais preocupações para Sunstein: como garantir que as decisões judiciais gerassem resultados socialmente estáveis?

O autor observa um fenômeno de refluxo¹⁹¹, no qual grupos favorecidos por decisões judiciais pareciam se desarticular no debate público, enquanto os grupos insatisfeitos passavam a se articular com muito maior vigor, para desconstruir esses novos direitos pelas vias políticas e judiciais.

Além disso, mesmo os grupos favorecidos por decisões judiciais reclamariam frequentemente do modo paternalista como elas foram tomadas, impondo-se de cima para baixo, e distorcendo os interesses em jogo

As fundamentações imaginadas por um pequeno grupo de juízes, por virem de “intérpretes autorizados” – e possuírem, em alguns casos, efeito vinculante¹⁹² –,

¹⁹¹ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 59.

¹⁹² Refiro-me aqui à diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

também poderiam atrapalhar o fluxo argumentativo da disputa, levando à sua radicalização emocional na arena política.

Por tudo isso, interpretações judiciais mais ambiciosas poderiam ser um caminho contraproducente para a afirmação de direitos, tendo um efeito perverso na democracia deliberativa. Seria necessário pensar em outras vias institucionais, com outro papel do Judiciário, para assegurar um progresso sustentável.

3.1.2 A Polarização do Debate Público

Outra preocupação de Sunstein vem das dificuldades para resolver desacordos nesses novos tempos. Sua obra é atravessada por referências a fenômenos como radicalização, polarização, extremismo, boatos e teorias conspiratórias, os quais prejudicariam a deliberação coletiva.

Esse problema adquiriria um caráter especial no Judiciário, no qual diferentes teorias da interpretação (como o originalismo) passaram a ser usadas como armas em disputas políticas, para desfazer direitos atualmente consolidados. Seria necessário desenvolver um modelo interpretativo mínimo, sobre o qual diferentes juristas pudessem concordar, para facilitar a produção de consensos de base racional. Esses consensos deveriam visar o respeito às leis e regulamentos democraticamente produzidos, as sabedorias historicamente acumuladas, e a busca de melhorias de maneira incremental¹⁹³.

3.1.3 As Agências Reguladoras

Por fim, o grande impulso para que Sunstein começasse a elaborar uma visão própria sobre interpretação jurídica veio de uma mudança institucional nos EUA, que não estava recebendo suficiente atenção dos teóricos do direito: a ascensão das Agências Reguladoras (AR).

Tais órgãos têm uma posição peculiar no direito americano¹⁹⁴. Apesar de serem tipicamente ligados ao Executivo, não costumam ser supervisionados por ele. São criados pelo Legislativo, este sim, exercendo alguns poderes de supervisão

¹⁹³ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 2018. p. 35-60.

¹⁹⁴ A comparação com as Agências Reguladoras do Brasil seria um trabalho à parte que não cabe realizar aqui.

sobre as AR. Destinam-se a regulamentar e garantir (*enforce*) a aplicação da lei, chegando a exercer funções “quase-judiciais” para tanto¹⁹⁵. A primeira AR foi criada em 1887 para regular as ferrovias. Durante o *New Deal*, dezenas de novas AR foram criadas entre 1930 e 1940. O fenômeno do “Estado Regulador” (também chamado “Estado Administrativo”) se consolidou nos anos 70, quando as AR ganharam responsabilidades de proteção do consumidor, do meio ambiente, e de vítimas de discriminação¹⁹⁶. Sunstein observa que:

As demandas do estado administrativo moderno acabaram impossibilitando os tribunais de sustentar uma teoria da interpretação enraizada no *Common Law* do século XIX. Como resultado, as práticas interpretativas mudaram. Os tribunais muitas vezes repudiaram as linhas de base do direito privado por interpretar o direito público e foram menos antagônicas aos estatutos regulatórios¹⁹⁷.

Para muitos, as AR se tornaram o novo centro da atividade estatal, uma espécie de quarto gigante, assumindo funções tradicionais dos três Poderes, sem se sujeitar totalmente a qualquer um deles. Diante disso, seria necessário repensar o que o Judiciário deveria decidir, e como deveria decidir, nesse novo desenho institucional.

Um detalhe biográfico tornaria isso tudo ainda mais relevante: depois de muito tempo sendo cotado como possível indicado para a Suprema Corte dos EUA, Sunstein foi nomeado Administrador do poderoso Escritório da Informação da Casa Branca e Assuntos Regulatórios, de 2009 a 2012, durante a presidência de Barack Obama. Como suas posições acadêmicas se traduziriam em atos concretos foi a pauta de intensos debates nas sabatinas de confirmação, bem como na imprensa e nos movimentos de pressão organizados em torno das AR.

¹⁹⁵ REGULATORY AGENCY. In: AUGUSTYN, Adam *et al.* (ed.). **Encyclopædia Britannica**. Chicago, Encyclopædia Britannica, 2019. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/regulatory-agency>. Acesso em: 13 fev. 2020.

¹⁹⁶ SUNSTEIN, Cass R. Interpreting statutes in the regulatory state. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, p. 409, Dec. 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12320&context=journal_articles. Acesso em: 13 fev. 2020.

¹⁹⁷ SUNSTEIN, Cass R. Interpreting statutes in the regulatory state. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, p. 409, Dec. 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12320&context=journal_articles. Acesso em: 13 fev. 2020.

3.2 Por uma Pesquisa Jurídica mais Prática e Empírica

A nova realidade social demandava um modelo de decisão jurídica que: protegesse as minorias, evitando falar por elas ou gerar reflexos que pusessem suas conquistas a perder; facilitasse a produção de acordos em meio à polarização do debate público; e repensasse o papel do Judiciário, para acomodar a atuação de outras instituições mais capacitadas.

Ao mesmo tempo, o cenário acadêmico começava a mudar. O pragmatismo voltava a ganhar força, visto como uma filosofia autenticamente americana, contra os grandes sistemas teóricos e em defesa daquilo que funciona. A multidisciplinariedade se popularizava, sob o mote de que o direito deveria se abrir para o diálogo com outras ciências sociais. Neste processo, a Escola de Direito de Chicago¹⁹⁸ funcionou como uma importante incubadora, ao interligar os departamentos e fazer os alunos cursarem disciplinas ministradas por professores de outras áreas. Rapidamente, a economia se destacou como a principal interlocutora dos juristas, reavivando o sonho de um direito demonstrável, capaz de fundamentação matemática e empírica. A isso se combinava um senso de realizações práticas, de produção de resultados que melhoravam a situação da sociedade, pelo qual os juristas da época tanto ansiavam. Como uma síntese desses fatores, desponta o trabalho de Posner (1973)¹⁹⁹. É ele quem se tornará o principal adversário de Dworkin, entre os defensores do pragmatismo jurídico.

O trabalho de Sunstein em Chicago começa pouco depois, mas tempo suficiente para observar os desenvolvimentos dos debates e tentar se posicionar neles de maneira diferente, evitando suas questões mais espinhosas. Ao contrário de Posner, Sunstein evita asserções polêmicas sobre a verdade moral, a utilidade da teoria, aplicações inusitadas de raciocínios econômicos a questões jurídicas, etc. Pode-se dizer que seu minimalismo judicial vai sendo gestado como uma forma “pragmática” de evitar os problemas que o pragmatismo jurídico vinha gerando, até então.

¹⁹⁸ MORDFIN, Robin I.; NAGORSKY, Marsha Ferziger. **Chicago and law and economics: a history**. Chicago: University of Chicago Law School, 2011. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/news/chicago-and-law-and-economics-history>. Acesso em: 13 fev. 2020.

¹⁹⁹ Data da publicação original de: POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 9 th. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

Ressalto, contudo, que é difícil fazer um diagnóstico preciso de Sunstein, porque: há muitas diferenças entre os próprios fundadores da filosofia pragmática; o pragmatismo jurídico não é uma simples derivação dessa filosofia no direito; a Análise Econômica do Direito (AED) é um movimento heterogêneo; as relações entre AED e pragmatismo são complexas e inconstantes; Posner mudou muitas vezes de posição; Sunstein não se autotransmite, declara filiações a autores de tradições distintas, faz aportes multidisciplinares, e mostra-se mais preocupado em resolver problemas práticos do que em manter uma uniformidade teórica; parece haver posicionamentos diferentes em suas obras, sem que o autor os reconheça de maneira explícita e indique qual deles deve prevalecer; e, muitos comentadores do autor hesitam sobre como enquadrá-lo. Voltarei a discutir esses pontos mais à frente.

3.3 O Minimalismo Judicial

Para organizar a produção de Sunstein de maneira cronológica e estabelecer uma hierarquia temática, analisarei: 3.3.1) seus primeiros trabalhos sobre interpretação; 3.3.2) a criação de um modelo decisório próprio; e, 3.3.3) a visão de democracia na qual o minimalismo se insere. Por fim, acrescento: 3.3.4) uma reflexão sobre a melhor maneira de ler esse autor.

3.3.1 Primeiros Trabalhos sobre Interpretação

Os primeiros trabalhos de Sunstein sobre interpretação defenderam ideias surpreendentemente convergentes às de Dworkin, por vezes usando até o mesmo jargão. Em 1989, Sunstein esboçou seis teses sobre o tema, que podem ser sintetizadas da seguinte maneira²⁰⁰:

- a) perguntar se um caso como *Brown* é uma questão de direito puro e inflexível (*hard law*) ou preferência pessoal é cair numa dicotomia enganosa. Para superá-la, é preciso ver como os argumentos jurídicos funcionam. Eles valem pelas razões que conseguem apresentar em seu

²⁰⁰ SUNSTEIN, Cass R. Six theses on interpretation Symposium. **Constitutional Commentary**, [S. l.], v. 6, p. 91-96, 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12454&context=journal_articles. Acesso em: 14 fev. 2020.

favor. “Essas razões – como em *Brown v. Board of Education* – envolvem o sentido da igualdade constitucional à luz dos casos decididos e da concepção apropriada do direito constitucional”²⁰¹;

- b) não há grandes diferenças entre direito ordinário e constitucional, em termos de metodologia interpretativa. A única diferença é com relação aos “constrangimentos institucionais [que] fazem a Suprema Corte relutante em invalidar decisões legislativas e executivas”;
- c) a tese da indeterminação compreende mal a argumentação constitucional: “Às vezes, é dito, contra as abordagens interpretativas do direito, que se algo depende de julgamentos de valor, não se sabe quem está certo [*all bets are off*]. Mas essa ideia gira em torno de noções grosseiramente positivistas de ciências sociais. O argumento apresentado acima não é, em sentido simples, uma mera afirmação de preferência pessoal. Se está errado, deve ser porque o argumento constitucional, devidamente entendido, o faz errado; e essa é uma questão que deve ser discutida”;
- d) a interpretação jurídica pode se beneficiar de analogias com a crítica literária, a teologia e a filosofia moral, mas há limites, determinados pelos propósitos de cada uma dessas áreas. Algumas especificidades do direito são: coercitividade, juízes não são eleitos, algumas fontes jurídicas são permitidas e outras não, as Cortes atuam em sociedades plurais, seus julgamentos são autoritativos, etc.;
- e) a interpretação jurídica é crítica, e não convencional. Por isso: “As Cortes devem decidir entre entendimentos plausíveis que competem. Mas deve-se repetir: isso não quer dizer que juízes estão jogados ao mar, ou que não há respostas corretas e erradas”. A correção é determinada pelo contexto.
- f) o que é necessário não é discutir se direito constitucional é mesmo direito, mas como um argumento constitucional funciona, de modo substantivo, e por quais razões ele não deveria ser aceito.

Ao longo do texto, chegou a falar que uma solução jurídica é “a melhor reconstrução do direito corrente”²⁰². Defendeu que seu argumento sobre igualdade

²⁰¹ SUNTEIN, Cass R. Six theses on interpretation Symposium. **Constitutional Commentary**, [S. l.], v. 6, p. 95-96, 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12454&context=journal_articles. Acesso em: 14 fev. 2020.

não apenas apontava uma convenção, ou desenvolvia uma reivindicação moral pura, e sim que ele era a melhor interpretação da cláusula de igual proteção, a qual dependia de uma teoria sobre o sentido da noção constitucional de igualdade, e que essa teoria tentaria ligar discriminação racial e de gênero.

A virada de Sunstein rumo a um projeto mais inovador começou no mesmo ano, ao publicar o artigo seminal *Interpreting Statutes in the Regulatory State*²⁰³. Diante da emergência das AR, alguns autores defendiam uma passividade judicial em questões regulatórias. Sunstein concordou que, quando as instruções do Congresso fossem claras e não criassem absurdos, as Cortes deveriam segui-las, mas observou que isso não seria suficiente para abarcar toda a complexidade do processo interpretativo. A ambiguidade não poderia levar a uma deferência judicial automática. Muitas vezes, ela deveria ser resolvida antes pela Corte, através das normas existentes no pano de fundo jurídico. Contrariando uma tendência cética dessa literatura, ele defendeu a relevância prática de critérios como estrutura, propósito e história. Também tentou reabilitar os chamados “cânones construtivos”, de maneira sensível aos novos arranjos institucionais – envolvendo a elaboração, o monitoramento e a aplicação da lei – e às aspirações, funções e deficiências dos estatutos regulatórios.

Assim, mostrou a defasagem de velhos princípios da interpretação jurídica diante da emergência das AR, tais como:

- Cortes devem sempre aderir ao significado original dos estatutos [leis, regulamentos, decretos, regimentos] ou à intenção original do legislador em exercício;
- Cortes são ou podem ser meros agentes do Congresso;
- O significado dos estatutos permanece constante ao longo do tempo;
- O significado dos estatutos é equivalente à intenção legislativa;
- Pontos de vista controversos sobre políticas públicas nunca são e nunca devem fazer parte da construção estatutária; e

²⁰² SUNTEIN, Cass R. Six theses on interpretation Symposium. **Constitutional Commentary**, [S. l.], v. 6, p. 92, 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12454&context=journal_articles. Acesso em: 14 fev. 2020.

²⁰³ SUNSTEIN, Cass R. Interpreting statutes in the regulatory state. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, p. 405-508, Dec. 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12320&context=journal_articles. Acesso em: 13 fev. 2020. O artigo recebeu o prêmio da *American Bar Association* em Direito Administrativo no ano de 1990.

- Cânones da construção, ou normas interpretativas básicas, são um guia ultrapassado e inútil das cortes²⁰⁴.

Em seu lugar, defendeu novos princípios de interpretação estatutária, que desviassem o controle judicial de debates constitucionais²⁰⁵, tais como:

- evitar invalidade constitucional e dúvidas constitucionais*: em muitas situações, seria melhor uma interpretação construtiva agressiva para salvar a validade dos estatutos, evitando um juízo de constitucionalidade muito mais intrusivo da parte do Judiciário contra as instituições políticas;
- federalismo*: deve-se respeitar a autoridade dos estados para regular seus cidadãos e territórios, sendo necessária uma declaração clara (*clear statement*) para invalidar seus estatutos ante à lei federal;
- prestação de contas política; freios e contrapesos; princípio da não delegação*: a alocação de responsabilidades decisórias é fundamental num ordenamento jurídico. Em certo momento, nos EUA, se criou uma cultura muito permissiva quanto à possibilidade de delegação de poderes pelo Congresso. Agora, deveria haver algum controle judicial dessa delegação, levando em conta quando existem boas razões para que as AR tenham poderes discricionários, e quando a supervisão legislativa e executiva é necessária para promover *accountability*. Através da interpretação estatutária, as Cortes podem construir de modo estreito tais concessões de poder para realização de políticas públicas;
- estado de direito*: grandes balizas interpretativas vêm da tradição do *rule of law*, como presumir que as leis são claras ao invés de vagas, que elas não se aplicam retroativamente, que elas operam no mundo como elas operam nos livros, que elas não se contradizem, etc.;
- deliberação política; antipatia constitucional a transferências de puros interesses de grupo (naked interest-group transfers)*: ações governamentais devem ser embasadas em algum valor público, e não em

²⁰⁴ SUNSTEIN, Cass R. Interpreting statutes in the regulatory state. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, p. 412, Dec. 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12320&context=journal_articles. Acesso em: 13 fev. 2020.

²⁰⁵ SUNSTEIN, Cass R. Interpreting statutes in the regulatory state. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, p. 468-474, Dec. 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12320&context=journal_articles. Acesso em: 13 fev. 2020.

benefícios privados de algum grupo com poder. As Cortes devem atuar requerendo deliberação, onde ela parece não ter ocorrido. E devem interpretar de modo estreito atos que envolvam meros interesses de grupos. Não se trata de usar o *judicial review*, mas de exigir declarações claras para construir esses estatutos;

- f) *direitos de ser ouvido*: uma das salvaguardas mais fundamentais da democracia é o direito de ser ouvido. Contudo, às vezes é difícil saber seus limites concretos. Por exemplo: as pessoas têm direito à participação direta na formulação de todas as políticas regulatórias? Ao interpretar essas questões, as Cortes devem interpretar de modo estreito as provisões que diminuem esses direitos;
- g) *grupos desfavorecidos*: existe uma grande disputa sobre o papel das Cortes em defesa de grupos desfavorecidos. Elas deveriam se abster para não atrapalhar o processo político? Quanto usar o *judicial review*? Deveriam exigir um “intento discriminatório” para invalidar leis? Para Sunstein, as Cortes deveriam lançar mão de uma construção agressiva de estatutos destinados a proteger grupos desfavorecidos, mesmo quando eles fossem ambíguos, como uma maneira de proteger a norma constitucional da igual proteção de uma maneira menos intrusiva;
- h) *propriedade e direitos contratuais*: depois do *New Deal*, as Cortes se tornaram relutantes em afirmar direitos de propriedade e contratos contra políticas regulatórias, entendendo que objetivos redistributivos estão entre os poderes estatais. Sunstein defende apenas que as Cortes podem proteger tais direitos, de maneira menos intrusiva, através de construções estreitas de estatutos regulatórios que levantam sérias dúvidas constitucionais sob os contratos e suas cláusulas de tomada pelo poder público;
- i) *direitos de bem-estar*: outra questão altamente controversa nos EUA é a defesa judicial de direitos ligados a uma rede de proteção social. Nos anos 60 e 70, ela passou a ser apoiada por alguns juristas. Outros levantaram sérias objeções políticas e administrativas a esse tipo de atuação judicial, difícil de controlar. Para Sunstein, uma Corte que visse força substantiva nessa reivindicação por direitos constitucionais ao bem-estar tentaria defendê-los, não através da Constituição em si, mas através

de uma construção estatutária agressiva para garantir contra privações arbitrárias ou irracionais de benefícios.

Junto a esse redimensionamento do *judicial review* e da interpretação constitucional, Sunstein discute princípios interpretativos para responder diretamente às “preocupações institucionais” em “melhorar o desempenho de entidades governamentais”²⁰⁶:

- a) *estatutos sobre “apropriação”*: as Cortes devem interpretar de modo estreito os atos jurídicos que destinam algo (verbas, bens, etc.) para um uso específico;
- b) *abordagem cuidadosa da história legislativa*: que não a descarte inteiramente, mas atribua a ela um peso limitado;
- c) *presunção contra derrogação tácita*: Cortes não devem aceitar facilmente que uma provisão elimina outra sem que haja considerações específicas nesse sentido;
- d) *isenções tributárias implícitas*: Cortes não devem reconhecê-las, em respeito ao orçamento, aos poderes do Congresso e ao tratamento equânime entre os contribuintes;
- e) *a questão da discricionariedade administrativa*: as Cortes devem ser deferentes às AR, em “reconhecimento à responsabilidade democrática superior, às capacidades de investigação de fatos das agências e à crença correspondente de que Cortes devem tratar decisões das Agências com um nível justo de respeito”²⁰⁷;
- f) *a presunção a favor do judicial review*: por outro lado, as AR não foram excluídas do *judicial review*, e há bons motivos para tanto. Estudos recentes têm mostrado o quanto elas estão sujeitas ao faccionalismo e à representação autointeressada. Isso cria uma tensão com o respeito ao poder discricionário das AR. A melhor reconciliação dessas preocupações concorrentes pede por: um princípio que requeira um afastamento

²⁰⁶ SUNSTEIN, Cass R. Interpreting statutes in the regulatory state. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, p. 474-476, Dec. 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12320&context=journal_articles. Acesso em: 13 fev. 2020.

²⁰⁷ SUNSTEIN, Cass R. Interpreting statutes in the regulatory state. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, p. 475, Dec. 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12320&context=journal_articles. Acesso em: 13 fev. 2020.

legislativo claro da revisão judicial; uma deferência judicial nas decisões da agência sobre fatos, políticas e questões "mistas" com componentes legais; e uma revisão judicial independente de questões de direito, exceto quando o Congresso delegou poder interpretativo à agência;

- g) *ratificação, aquiescência, stare decisis e histórico pós-promulgação*: todos esses elementos podem ajudar a dar consistência e racionalidade à interpretação de estatutos. Contudo, devem ter um papel limitado, principalmente no que diz respeito ao histórico pós-promulgação. Embora ele possa fornecer um contexto útil sobre o significado dos atos políticos, é menos informativo sobre o que os legisladores buscavam do que a história legislativa que antecede a promulgação do estatuto. Precedentes também podem fornecer uma base sobre a qual trabalhar, embora decisões anteriores possam ter entendido mal o estatuto.

O autor ainda propõe uma série de princípios interpretativos destinados a compensar falhas na regulação socioeconômica, tais como problemas na compreensão de seus efeitos sistêmicos e coordenação entre diferentes estatutos regulando a mesma área. Para tanto, as Cortes deveriam atentar para os riscos de aplicação excessiva ou deficiente (*over/underenforcement*), permitir exceções minimalistas, assumir proporcionalidade na regulação e construir generosamente estatutos desenhados para proteger grupos desfavorecidos e valores não-mercantis²⁰⁸.

Antes dessas considerações técnicas mais específicas, num momento mais reflexivo sobre as diretrizes gerais de seu trabalho, Sunstein se comparou a Dworkin pela primeira vez:

Em vários aspectos, a abordagem de Dworkin se ajusta de maneira congenial ao que sugiro aqui: ela também insiste em esforços judiciais para promover um conjunto de requisitos legais por princípios e não *ad hoc* e para promover o que Dworkin chama de 'integridade', às vezes em face da 'intenção' legislativa ou do caráter real do processo legislativo. A abordagem de Dworkin é marcada, no entanto, pelo caráter aberto de seu princípio interpretativo orientador - uma falha que fornece o elo final entre o esforço de Dworkin e o da Escola do Processo Legal. Os perigos da discricionariedade judicial

²⁰⁸ SUNSTEIN, Cass R. Interpreting statutes in the regulatory state. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, p. 476-493, Dec. 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12320&context=journal_articles . Acesso em: 13 fev. 2020.

na busca e distribuição de conteúdo para o ‘melhor princípio’ não são amplamente abordados. Dworkin falha em explorar o contexto institucional, ou as funções e falhas substantivas dos regimes legais. As características do estado regulatório moderno são totalmente invisíveis no tratamento de Dworkin. O relato de Dworkin traça uma dicotomia muito nítida entre ‘o melhor princípio’ - encontrado por meio de ferramentas externas (em que medida?) à provisão em disputa ou à cultura jurídica predominante – e ‘o que o legislador fez’, com o último às vezes tratado como se fosse um tipo de fato bruto. Por esse motivo - e esse é o problema central –, o esforço de Dworkin para encontrar o princípio que melhor justifica o que o legislador fez é em grande parte irrestrito. Uma ênfase no texto, na história ou na intenção parece um refúgio mais atraente de uma investigação geral desse tipo. Em particular, a dependência do texto parece ter um *pedigree* democrático muito melhor e é muito mais promissora para limitar a discricionariedade judicial²⁰⁹.

Esse conflito entre a dimensão substantiva do direito e os limites institucionais do Judiciário definiu o resto da obra de Sunstein. Em trabalhos seguintes, ele ampliou essa reflexão, pensando não apenas nas Agências Reguladoras, como também no Legislativo. Ao fazer o *judicial review*, a Suprema Corte deveria manter uma “saudável deferência ao governo representativo”²¹⁰, por três grandes “limitações institucionais”²¹¹.

Em primeiro lugar, para manter o fluxo deliberativo nas arenas políticas, que seriam obstruídas por uma jurisdição constitucional agressiva. Opõe-se à visão de Dworkin dos tribunais como o “fórum de princípio”, defendendo que “os maiores reflexos de deliberações de princípio vieram do Congresso e do Presidente, não das Cortes”.²¹² No século XX, isso é exemplificado pelo “movimento trabalhista, o New Deal, o movimento ambientalista, o movimento contra o excesso de regulação e o movimento feminista”.

As diretrizes da interpretação jurídica de Sunstein estão fortemente ligadas à promoção da democracia deliberativa, no sentido de formar uma “república de razões”. Com isso, tenta revigorar uma tradição do republicanismo americano, cuja meta fundadora era gerar acordos entre cidadãos reconhecidos como iguais.

²⁰⁹ SUNSTEIN, Cass R. Interpreting statutes in the regulatory state. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, p. 436-437, Dec. 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12320&context=journal_articles. Acesso em: 13 fev. 2020.

²¹⁰ SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p. 192.

²¹¹ SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p. 186-192.

²¹² SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p. 187.

Em segundo lugar, porque as decisões judiciais ambiciosas não seriam eficazes. Para apoiar essa afirmação, cita estudos sobre o caso *Brown* mostrando que a decisão da Suprema Corte teve poucos efeitos práticos – na frequência de crianças negras em escolas integradas – e que a verdadeira mudança veio da luta dos ativistas negros, pelas vias políticas. Também cita estudos sobre o caso *Roe* que mostram, mais uma vez, poucos efeitos práticos – na taxa de abortos legais – da decisão tomada pela Suprema Corte, sendo que a mudança já estava vindo pela via política, com as legislações estaduais encaminhadas nesse sentido, sob pressão dos movimentos feministas. Além de não ter sido o verdadeiro responsável pelos direitos reprodutivos celebrados por muitos, o julgamento de *Roe* ainda teve efeitos negativos para o grupo que se destinava a proteger:

[...] Talvez mais fundamentalmente, a decisão contribuiu para a formação da ‘maioria moral’; ajudou a derrotar a Emenda dos Direitos Iguais; impediu que efetivamente se chegasse a soluções de consenso para o problema do aborto; e enfraqueceu as bases do movimento feminista gravemente pela identificação dele como um movimento de uma única questão do aborto, pelo incentivo e organização da oposição e pela desmobilização de aderentes em potencial²¹³.

Em terceiro lugar, porque o Judiciário teria um enfoque muito estreito para intervir em questões políticas. Suas decisões não teriam como considerar as alternativas em jogo nas decisões político-administrativas, nem as consequências negativas não intencionais de seus julgamentos, ao menos não com os mesmos recursos que outras instituições teriam para tanto. Por exemplo: a afirmação judicial de um direito contra a poluição, sem um bom planejamento regulatório, poderia gerar aumento em preços de serviços e desemprego, afetando os mais pobres. Essas “considerações pragmáticas”²¹⁴ levam a se rever o papel do Judiciário. Não se trata simplesmente de retirar a atuação judicial da questão, mas de calcular como os problemas podem ser resolvidos de uma maneira institucionalmente sustentável.

Diante disso, qual o critério de Sunstein para determinar uma intervenção judicial? Nessa fase de sua obra, essa resposta ainda não estava conceitualmente organizada. O autor levantou várias ideias, à procura de um lugar novo entre os

²¹³ SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p. 189.

²¹⁴ SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p. 161.

extremos já conhecidos do debate. O denominador comum das ideias de Sunstein é: promover a deliberação e a responsabilidade política.

Num primeiro momento, pôde-se supor que ele adotaria uma visão procedimentalista. Ele até elogiou os critérios sugeridos por John Hart Ely, de que a Suprema Corte deveria intervir apenas para assegurar direitos procedimentais fundamentais e proteger minorias. Mas logo criticou sua pretensão de neutralidade moral e sua tentativa de dispensar interpretações substantivas. Para Sunstein, a identificação de um direito contramajoritário e o reconhecimento de uma minoria envolveriam uma interpretação substantiva, e isso é incontornável²¹⁵.

Em termos de metodologia da interpretação, ele criticou tanto os formalistas quanto os defensores da indeterminação do direito. Não haveria instruções interpretativas prontas no próprio texto. Mas isso não implicaria a ausência de constrangimentos na aplicação da lei. Eles viriam de um exercício da razão próprio dos empreendimentos humanos, através de “princípios semânticos” e também de “princípios substantivos”. Estes últimos “não exigem uma aula de idioma ou um dicionário, mas uma justificação política substantiva”²¹⁶.

Partindo daí, ele reconstruiu o debate sobre teoria da interpretação entre os juristas de língua inglesa, passando por Austin, Hart, e chegando a Dworkin – com atenção ao argumento dos desacordos. Elogiou os positivistas pela clareza proporcionada pela distinção analítica entre descrever o direito e prescrever o direito, mas tomou partido de Dworkin ao reconhecer a atuação de princípios mesmo nos tais casos difíceis.

Até esse ponto, o nosso julgamento do positivismo se aproxima daquele apresentado por Dworkin, mas há diferenças importantes. Dissemos que o significado é uma função dos princípios interpretativos e que é preciso contar com princípios bons, descartando os que não se encaixam nesse tipo. No entanto, isso é bastante diferente de dizer que os juízes fazem e devem fazer do direito o ‘melhor possível’. Essa teoria assume uma distinção extremamente aguda entre indagar o que é o ‘melhor’ e o que é o ‘ser’ relevante. No que concerne ao direito, não existe um ‘ser’ a flutuar sem qualquer controle e fora de contexto. O direito existente não constitui um fato bruto, mas sempre e forçosamente o produto de princípios de interpretação. A descrição que Dworkin faz desse ‘ser’ parece repetir o equívoco positivista de enxergar o direito como algo

²¹⁵ SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p. 183-186 e 131-135.

²¹⁶ SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p. 127.

a ser descoberto. Tampouco tentam os juristas, de uma forma bem abstrata, tornar o direito 'o melhor possível'. O questionamento que fazem sobre o que vem a ser 'melhor' é de fato avaliativo, ainda que muito disciplinado, no sentido de que resulta de princípios já orgânicos na cultura jurídica. Dworkin algumas vezes se expressa como se o questionamento sobre o 'melhor' fosse uma questão de filosofia política. Para os juristas, é algo completamente distinto, ou seja, consideram-no um questionamento mais de foro íntimo, muito embora impregnado de juízo de valor, sobre que posições podem agora, dentro da cultura jurídica, ser sustentadas por argumentos pertinentes²¹⁷.

Sunstein ressaltou que tanto ele como Dworkin são críticos do positivismo, e que a diferença entre suas posições é mais uma questão de “ênfase e detalhe”²¹⁸. Na verdade, sua concepção de pragmatismo se desvia bastante do tipo cético atacado por Dworkin, e quase se identifica com o direito como integridade. Sunstein não admite a retirada de “pontos de partida” jurídicos, com a diluição do direito na política, da razão em jogo de interesses, do constitucionalismo em agregação ocasional de preferências.

[...] A herança pragmática consiste na crítica ao realismo metafísico, ou seja, a ideia de que os seres humanos possuem acesso direto ao mundo sem o auxílio dos seus próprios filtros interpretativos. O pragmatismo dificilmente prega um ataque geral aos esforços dos seres humanos para desenvolver linhas básicas das quais possa distinguir entre o partidarismo e a neutralidade. Pelo contrário, ajuda a orientar esse esforço; insiste no fato de as categorias humanas, no direito e em todas as partes, serem construídas pela mão humana. Porém, entende esse ponto como o começo do esforço para bem construir as nossas categorias, pela referência aos nossos objetivos e necessidades, e não como um motivo para abandonar por completo o empreendimento²¹⁹.

A questão que surgia então era: se Sunstein adere à visão dos princípios como interpretações substantivas do direito, mas recusa o critério integracionista, como ele resolve as disputas interpretativas?

O autor parecia lutar para encontrar uma alternativa ao modelo dworkiniano. Em determinado momento, confessou: “O Direito Constitucional, da maneira como

²¹⁷ SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p.142.

²¹⁸ SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p. 143.

²¹⁹ SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p. 143.

funciona nas Cortes, é uma mistura desconfortável de teoria substantiva e refreamento institucional”²²⁰.

A certa altura, Sunstein passou a ver nessa realidade conflitiva algo mais do que um desconforto. O tal “refreamento” seria um fenômeno que precisaria ser compreendido, explicitado e apropriado criticamente. Não seria apenas um limite inconveniente, e sim a possibilidade de um novo modelo decisório: uma visão minimalista da interpretação jurídica, capaz de gerar estabilidade, consensos e melhorar a alocação das responsabilidades decisórias²²¹.

3.3.2 A Criação de um Modelo Decisório Próprio

O fenômeno do minimalismo judicial foi observado por Sunstein em *Leaving Things Undecided* (1995)²²², ao tecer comentários às decisões da Suprema Corte dos EUA. Ele o transforma num modelo decisório em *Legal reasoning and political conflict* (1996)²²³. Esse modelo é consolidado em *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court* (1999)²²⁴.

Inicialmente, Sunstein tenta descrever algo que já ocorre nas práticas jurídicas efetivas. Em diversos momentos, juízes e tribunais “não dizem nada mais do que o necessário para justificar um resultado, e deixam tanto quanto possível não decidido”²²⁵. Muita atenção já foi dedicada a estudar o que os juízes dizem, mas também seria importante atentar para o que eles não dizem. Nem sempre silenciar significa omitir-se; pode haver um “uso construtivo do silêncio” nas decisões judiciais. Partindo desta constatação, Sunstein tenta se apropriar criticamente do fenômeno, entendendo suas razões e seu funcionamento.

²²⁰ SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p. 195.

²²¹ No prefácio à edição brasileira, Sunstein observa que se tivesse que reescrever o livro atualmente, daria mais atenção ao fenômeno da polarização de grupos, dos acordos parcialmente teorizados e da necessidade de um segundo *Bill of Rights* para os direitos sociais. SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p. XXIX-XXXI.

²²² SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court, 1995 term-foreword: leaving things undecided. **Harv. L. Rev.**, [S. I.], v. 110, n. 4, Nov. 1996. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2781624. Acesso em: 18 fev. 2020.

²²³ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 2018.

²²⁴ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

²²⁵ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 3-4.

Tendemos a supor que as melhores decisões judiciais seriam as maximalistas/perfeccionistas, isto é, decisões amplas e profundas, cujos juízos tentam abarcar muitos casos ao mesmo tempo e adentrar complexas discussões principiológicas. Mesmo quando movido pelas melhores intenções, esse maximalismo aumenta o risco de se produzirem maus resultados, comprometer a jurisprudência com precedentes mal estruturados e levar a um refluxo social, pelo qual o debate público nas outras arenas institucionais se retrai diante da intervenção do Judiciário.

Diante disso, uma postura minimalista do Judiciário pode apresentar vantagens importantes, no que se refere a: facilitar a formação de consensos sobre resultados práticos, evitando controvérsias abstratas desnecessárias; evitar que a jurisprudência se comprometa com precedentes pesados e ambiciosos; catalisar o debate público sobre uma questão, remetendo-a às grandes arenas discursivas, sem fechá-la num debate judicial restrito em que poucos atores tentariam antecipar seus desdobramentos através de especulações. Assim, o minimalismo judicial ajudaria a promover a democracia contemporânea, ao aumentar a deliberação, no sentido de reflexão e apresentação de razões, e a “*accountability*”, no sentido de controle pelos eleitores.

No centro do modelo de Sunstein está o conceito de “acordos parcialmente teorizados” (APT), que podem ser de dois tipos: “acordos sobre particularidades concretas em meio a divergências ou incertezas sobre a base para essas particularidades concretas” e “acordos sobre abstrações em meio a divergências ou incertezas sobre o significado particular dessas abstrações”²²⁶. No que se refere à decisão judicial, esse conceito adquire a formulação mais específica de produção de “resultados particulares acompanhados de acordos em princípios de ‘nível baixo’ que os justificam”.²²⁷

Os APT devem ser buscados porque: ajudam a combater a discricionariedade judicial, ao tornar o debate jurídico mais controlável; ajudam a promover a estabilidade social; trazem previsibilidade ao direito; apostam na sabedoria coletiva, ao invés da capacidade de poucos sujeitos; permitem uma evolução moral da sociedade, de maneira incremental; promovem o respeito mútuo, ao evitar que

²²⁶ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 11.

²²⁷ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 2018. p. 37. Nessa obra o conceito de APT alcança seu pleno desenvolvimento.

devassemos e violentemos desnecessariamente as convicções mais profundas uns dos outros para resolver questões práticas; juízes não são filósofos morais (nem deveriam ser); e, os tribunais têm muitos casos e pouco tempo para decidir.

Para implementar os APT, Sunstein defende que as partes e o juiz procedam a uma “descida conceitual”, evitando teorias mais abrangentes e focando o debate em questões cada vez mais concretas e específicas. Ela funciona como uma espécie invertida de “ascensão justificadora”²²⁸ defendida por Dworkin. Na famosa visão dworkiniana do direito como integridade, valoriza-se o papel da teoria e da justificação para a legitimação do uso coercitivo do Poder estatal. Dworkin defende que o julgamento deve articular cada caso ao todo coerente do direito, reconstruindo sua história institucional e reconciliando os diferentes dados jurídicos sob princípios mais abrangentes que os justifiquem, superando eventuais distinções arbitrárias entre áreas direito, de modo que a decisão seja resultado dessa estrutura íntegra de justificação²²⁹. Tem-se aí uma exigência de coerência global.

Já a “decida conceitual” de Sunstein diminui esse apelo para uma coerência local. De modo mais concreto, quer dizer que se deve argumentar com base em regras específicas, analogias e – quando inevitável maior abrangência – princípios de “baixa densidade”. Todos esses recursos permitem construir argumentos com bases empírica e normativa mais modestas e controláveis, menos sujeitas a controvérsias. Tomam como base a legitimidade de decisões anteriores do legislador e dos tribunais, simplificando o ponto a ser demonstrado para se resolver o caso atual.

Veja-se que o minimalismo é mais complexo do que a auto-contenção judicial²³⁰. Embora seja possível ver relações entre as duas posturas, um minimalista na linha de Sunstein estaria disposto a invalidar leis e fazer juízos mais amplos e profundos em alguns casos. Não apelaria a um credo geral de “contenção judicial”, nem de deferência em todos os casos à “regra da maioria”, tampouco a uma visão política conservadora, porque todas essas hipóteses seriam formas de maximalismo. Um minimalista deve manter a humildade cognitiva mesmo com relação ao próprio

²²⁸ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 76.

²²⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²³⁰ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 28-32.

modelo decisório, admitindo que ele não é absoluto e que não se pode prever antecipadamente todas as hipóteses em que seria vantajoso.

Feita essa advertência, Sunstein tenta esboçar algumas hipóteses (não absolutas, nem exaustivas) nas quais o minimalismo judicial seria ou não recomendável.

Primeiro, diz que valeria tentar uma solução ampla e profunda nas seguintes hipóteses:

(1) quando juízes tem considerável confiança nos méritos daquela solução, (2) quando a solução pode reduzir incertezas custosas para futuras cortes e litigantes, (3) quando planejamento avançado é importante, e (4) quando uma abordagem maximalista promover objetivos democráticos através da criação das condições para a democracia ou da imposição de bons incentivos aos funcionários eleitos, incentivos aos quais é provável que eles sejam responsivos²³¹.

Já o minimalismo seria mais atrativo nas seguintes hipóteses:

(1) quando juízes estão procedendo em meio a incerteza moral ou factual (constitucionalmente relevante) e circunstâncias em rápida modificação, (2) quando qualquer solução parecer tendente a ser perturbada em casos futuros; (3) quando a necessidade de planejamento avançado não parecer persistente e (4) quando as condições para auto-governo democrático não estão em jogo e os objetivos democráticos provavelmente não serão promovidos por um julgamento limitado por regras²³².

Além disso, o minimalismo pode ser inevitável em órgãos colegiados incapazes de resolver seus desacordos profundos.

Em defesa do modelo minimalista, Sunstein apela a um critério metateórico. Compara as diferentes teorias da decisão segundo os “custos²³³ de decisão” e os “custos de erro” de cada uma.

O minimalismo decisório tem duas características atrativas. Primeiro, é provável que reduza os fardos da decisão. Pode ser muito difícil, por exemplo, obter uma decisão nas circunstâncias sob as quais a educação isolada de gênero seja legítima. Pode ser particularmente difícil fazer isso num tribunal multi-membros, consistindo em várias

²³¹ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 57.

²³² SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 57.

²³³ Tais custos não se reduzem à dimensão econômica.

pessoas que discordam muito. Uma Corte que tentar concordar nessa questão pode se encontrar sem tempo para mais nada. E uma Corte que tentar concordar nessa questão pode se encontrar em uma posição de ter que obter e usar uma grande quantidade de informação, informação que pode não estar disponível para Cortes (e talvez para ninguém). Segundo, e mais fundamentalmente, o minimalismo tende a cometer erros judiciais menos frequentes e (sobretudo) menos danosos. Uma Corte que deixa as coisas em aberto não vai criar impedimentos de uma maneira que vá gerar um grande prejuízo. Uma Corte pode muito bem errar se tentar, por exemplo, resolver as questões de ação afirmativa de uma vez por todas ou emitir julgamentos definitivos sobre o papel da Primeira Emenda na área de novas tecnologias da comunicação. Uma Corte que decide relativamente pouco vai também reduzir os riscos que vêm da intervenção em sistemas complexos, nas quais uma intervenção de ‘uma só tacada’ pode ter diversas consequências ruins não antecipadas²³⁴.

Mesmo para quem discorda do minimalismo judicial, seriam inegáveis os méritos de Sunstein em organizar um modelo decisório prático. Contextualizando suas inovações, podemos rastrear algumas influências importantes para sua teoria: paradigmaticamente, filia-se ao pragmatismo de um John Dewey; credita a Rawls sua inspiração para os APT, com o “consenso sobreposto”; reconhece ecos da cautela de Edmund Burke no minimalismo; toma partido de Dworkin na disputa com os positivistas, identificando sua posição minimalista com vários pressupostos do interpretativismo no que se refere às críticas a teorias puramente descritivas do direito, à visão do direito como um fato bruto e à visão das normas como convenções²³⁵.

Além de sintetizar todas essas ideias num quadro conceitual simples e elegante, uma espécie de “modo de fazer” do direito, Sunstein busca fundamentar suas posições na literatura jurídica e política, na análise de casos judiciais e, cada vez mais, em pesquisas empíricas amplas com aportes da economia comportamental. Assim, o minimalismo tende a crescer em utilidade e aceitação pela comunidade jurídica, sobretudo em momentos de grande polarização, em que disputas abrangentes dificultam a obtenção de resultados mínimos na vida pública.

²³⁴ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 4.

²³⁵ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 2018.

3.3.3 A Visão de Democracia na Qual o Minimalismo se Insere

O minimalismo judicial se insere em uma visão mais ampla sobre a democracia, os desenhos institucionais e as relações entre os Poderes. Contrariando primeiras impressões, liga-se a um modelo do Judiciário como promotor da democracia, e não uma visão de barreira, focada estritamente no estabelecimento de limites políticos ao direito, ou em uma visão permissiva, que apenas valida os resultados do processo democrático, entendido em concepção puramente majoritária.

Contudo, essa promoção da democracia não é alcançada através de um protagonismo, e sim de uma interação produtiva com as demais instituições. Por isso, o minimalismo judicial está fortemente ligado a uma visão deliberativa de democracia, concebendo o exercício do poder estatal pautado na troca de razões públicas – rejeitando um majoritarismo pelo qual há mera agregação de preferências individuais – e na prestação de contas/responsabilização dos agentes públicos perante a sociedade.

Nesse marco, as relações entre os Poderes não são vistas de modo estanque ou meramente concorrencial. Sem minimizar as dificuldades dos jogos políticos concretos, é possível entender como as instituições são mutuamente dependentes e como suas ações podem ser coordenadas para obter resultados mais produtivos para todos.

De maneira mais concreta, Sunstein exemplifica como o minimalismo judicial poderia promover a democracia:

1. Uma Corte pode derrubar leis vagas precisamente porque elas asseguram que funcionários do Executivo, ao invés de representantes eleitos, vão determinar o conteúdo do direito.
2. Uma Corte pode usar a doutrina da não delegação para requerer apreciações do Legislativo e não do Executivo em certas questões.
3. Uma Corte pode interpretar estatutos ambíguos de maneira a deixá-los fora do terreno da dúvida constitucional, na teoria de que julgamentos constitucionais problemáticos, para serem confirmados, devem ser feitos por corpos políticos responsabilizáveis [*accountable*], e não por burocratas e administradores. Essa ideia da ‘declaração clara’ é a versão Pós-New Deal da doutrina da delegação. Mostra que a doutrina não está realmente morta, mas que é usada de maneira mais modesta e direcionada para assegurar que certas decisões são feitas pelo Congresso e não pelo Executivo.

4. Uma Corte pode invocar a doutrina do desuso, que proíbe o uso de velhos direitos que perderam seu suporte público corrente, para requerer mais no que se refere a '*accountability*' e deliberação.
5. Uma Corte pode exigir que a discriminação seja justificada por propósitos atuais, e não hipotéticos, conseqüentemente deixando em aberto a questão de quando a justificação seria adequada se de fato oferecesse e encontrasse persuasão em políticas.
6. Uma Corte pode tentar assegurar que todas as decisões sejam apoiadas por justificações relativas ao público ao invés de poder e autointeresse; pode dessa maneira modelar e policiar o sistema de razão pública²³⁶.

Assim, verificadas as hipóteses discutidas acima – sobre em que tipo de caso/problema seria adequado recorrer ao minimalismo –, a efetiva escolha pelo minimalismo, e como isso será feito, dependerá em parte de considerações pragmáticas e em parte de juízos sobre capacidades de diversos atores institucionais. Isso faz com que não se possa falar sobre minimalismo em abstrato, sem saber qual o contexto empírico da atividade jurisdicional analisada.

Observe-se que um dos objetivos das decisões minimalistas é melhorar as relações entre Poderes e até mesmo remeter algumas decisões a instituições mais capacitadas para tomá-las. Ao mesmo tempo, as relações entre Poderes são o contexto em que essas decisões serão (ou não) tomadas. Isso faz com que o Judiciário passe a exercer um papel reflexivo, tendo que avaliar continuamente o seu próprio desempenho e o que deve fazer a cada momento para melhorá-lo.

O *insight* de Sunstein, sobretudo no que se refere às capacidades institucionais, vem de suas pesquisas sobre a relação entre o Judiciário, o direito administrativo e as agências reguladoras.

Grande parte do direito administrativo consiste em um esforço para assegurar o oferecimento de razões pelas agências reguladoras, em parte devido ao receio de que elas não tenham responsabilidade política suficiente e possam estar sujeitas a influências faccionais. A decisão judicial padrão, nesse contexto, testa o oferecimento de razões pela agência contra o resultado da agência; se o oferecimento de razões falhar, as decisões da agência são 'devolvidas' para outros procedimentos. A agência tem o direito de fazer o que fez antes, mas deve gerar uma explicação convincente, que mostre que algo além do poder de grupos de interesse ou fatores legalmente ilegítimos subjazem a essa decisão. Visto com boa vontade, o direito administrativo consiste, em grande parte, em um esforço de minimalismo promotor da democracia. No direito constitucional, o minimalismo promotor da democracia pode ser entendido em termos

²³⁶ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 27.

semelhantes. Muitas doutrinas feitas por juízes se esforçam para garantir o oferecimento de razões e são, no processo, um esforço para assegurar que razões legítimas, ao invés de ilegítimas, estejam em ação²³⁷.

Com relação ao Legislativo, o minimalismo judicial pode promover a democracia através de diversas táticas: pode anular uma lei por ser muito vaga, exigindo que o Congresso legisle de uma maneira mais específica; pode anulá-la por não justificar tratamentos discriminatórios, exigindo maior apresentação de razões; pode evitar abordar uma questão diretamente a partir do direito constitucional, para não complicar sua análise²³⁸; etc.

Além dos incentivos que o Judiciário tem para recorrer ao minimalismo em certos casos, como diminuição dos custos de decisão e custos de erro, este modelo também gera incentivos externos para que membros de outros Poderes exerçam sua capacidade deliberativa, assumindo competências/atribuições e mobilizando sua base eleitoral.

Uma forte teoria do *stare decisis*, especialmente em casos estatutários, pode ser entendida como um esforço para criar bons incentivos para aqueles que estão no processo democrático. Se os tribunais não alterarem sua interpretação dos estatutos, mesmo quando a interpretação puder estar errada, o Congresso terá um pano de fundo especialmente claro sobre o que trabalhar, sabendo que, se os erros devem ser corrigidos, o próprio Congresso deve fornecer o corretivo. Os tribunais não farão o seu trabalho por ele. Assim, uma forte teoria do *stare decisis* é parte de uma série de dispositivos destinados a criar incentivos apropriados para a democracia, fornecendo um pano de fundo claro para o Congresso. Considere a regra do 'significado simples' na interpretação estatutária, uma recusa em considerar a história legislativa, a falta de vontade de entender como implícitos direitos de ação privados, a recusa de impor restrições à concessão de danos punitivos pelo júri. Todos esses dispositivos podem ser entendidos como promotores da democracia, pelo menos na sua aspiração, na medida em que fornecem um pano de fundo claro para o Congresso e informam legisladores e outros que os corretivos devem vir legislativamente porque não virão judicialmente²³⁹.

²³⁷ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 31.

²³⁸ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 4.

²³⁹ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 22.

Obviamente, pode existir uma diferença entre como a Corte percebe a própria tomada de decisão e a maneira como ela será percebida por outros Poderes, para não falar na percepção do grande público.

3.3.4. Como Ler Sunstein?

Apesar de sua escrita acessível e sua atitude despretensiosa, Sunstein não é um autor simples. Seu pensamento mudou ao longo do tempo, assimilou pressupostos de diferentes referenciais, e tentou dar conta de novos fenômenos. Por isso, torna-se importante discutir como ler Sunstein, observando alguns pontos.

Genealogia: são possíveis trabalhos discutindo sua filiação a outros autores. Contudo, o próprio Sunstein diminui a importância dessa abordagem, ao deixar claro que se inspira em ideias pontuais de fontes diversas, sem comprometer-se com uma grande teoria.

Reformulações: como alguns comentadores observam²⁴⁰, Sunstein delimitou bastante suas teses ao longo do tempo. Fleming chega a referir-se à sua obra como “a incrível teoria constitucional que encolheu”²⁴¹. Para Fleming, a produção de Sunstein começou como “uma teoria de aperfeiçoamento da democracia deliberativa – ou garantia judicial das condições prévias para sua legitimidade” –, e terminou como “uma teoria de permitir amplamente que os processos políticos prossigam, como eles são – ou em grande parte deferência judicial aos processos representativos, como eles são”²⁴². Nesse processo de encolhimento, muitas teses importantes foram ficando para trás, em prol da economia argumentativa. Sunstein deliberadamente sacrificou parte de suas teses iniciais, mais ambiciosas, para chegar a um modelo decisório que pudesse ser amplamente aceito.

Normalmente, se presume que o trabalho de um autor deve ser lido de trás para frente, tomando seus últimos trabalhos como a versão definitiva e mais bem-acabada do que ele pretendeu deixar como legado. Essa talvez seja a leitura que mais respeita a intenção do autor. Contudo, não me parece sua melhor versão. A

²⁴⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Sobre Cass Sunstein e a neutralidade constitucional [Apresentação]. In: SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. XXV.

²⁴¹ FLEMING, James E. The odyssey of Cass Sunstein. **Tulsa L. Rev.**, [S. l.], v. 43, p. 848, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol43/iss4/2>. Acesso em: 23 fev. 2020.

²⁴² FLEMING, James E. The odyssey of Cass Sunstein. **Tulsa L. Rev.**, [S. l.], v. 43, p. 848, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol43/iss4/2>. Acesso em: 23 fev. 2020.

meu ver, seu modelo final deve ser lido junto com suas teses iniciais (que são interpretativistas), independentemente de isso contrariar a proposta metodológica de um modelo minimalista, porque essas teses são necessárias para responder várias questões importantes que sua reformulação deixou descobertas. A necessidade de voltar ao “jovem Sunstein” ficará mais clara quando analisarmos seu debate com Dworkin.

Classificação: como classificar esse autor na teoria do direito, isto é, como posicioná-lo em relação a outras teorias? Sunstein não quis estabelecer uma teoria completa da interpretação jurídica, muito menos uma teoria do direito. Apesar disso, ele não tem como falar do minimalismo judicial a partir de um lugar totalmente neutro. Somos tentados a classificá-lo no espectro do pragmatismo jurídico, pelas seguintes razões: por assumir o pragmatismo filosófico como sua referência mais recorrente; por sua ligação com a Escola de Chicago e sua proximidade com Richard Posner; por sua crítica ao uso da teoria no direito; por suas preocupações com as consequências das decisões; e por dar ênfase à dimensão construtiva da interpretação.

Contudo, cada uma dessas razões merece ressalvas: seu pragmatismo se alinha mais com John Dewey e Hilary Putnam do que com um Richard Rorty; embora a Escola de Chicago tenha promovido uma aproximação entre economia e direito, Sunstein nunca reduziu direito à economia²⁴³; ele atribui importância ao ajuste na interpretação, enquanto Posner o faz apenas quando isso leva a melhores consequências; ele não nega totalmente o papel da teoria ou a veracidade de juízos avaliativos; seu consequencialismo não é de tipo utilitarista; e, sua ênfase na dimensão construtiva da interpretação pressupõe alguma preocupação semântica e valorativa com princípios jurídicos. Por tudo isso, Sunstein não se encaixa perfeitamente nos tipos ideais dworkinianos, se colocando em algum ponto entre Dworkin e Posner. Pelos compromissos que Sunstein assumiu ao longo de sua obra. Felipe Paschoalini defende ele não deve ser lido como um pragmático cético, mas

²⁴³ Para uma crítica a formas não cognitivistas de Análise Econômica no Direito, especialmente alguns de seus desdobramentos no Brasil, veja-se: STRECK, Lenio Luiz; LOPES, Ziel Ferreira; DIETRICH, William Galle. Para um debate entre a crítica hermenêutica do direito e a análise econômica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, [S. l.], v. 16, n. 23, p. 11-25, jan./jul. 2018.

como um autor mais próximo do interpretativismo dworkiniano, embora com algumas ressalvas sobre as capacidades institucionais do Judiciário²⁴⁴.

Metaética: questão desafiadora se coloca a respeito da classificação metaética de Sunstein. Apesar de sua inserção na escola jurídica de Chicago e dos aportes que realiza da economia comportamental, suas posições em teoria da decisão fogem do empiricismo e do utilitarismo, parecendo se enquadrar melhor numa espécie de cognitivismo moral fraco, na linha de alguns pragmáticos que assumem verdades morais naquilo que “funciona” nas práticas efetivas, a partir da linguagem, de hábitos e de convergências intersubjetivas²⁴⁵. Seu minimalismo jurídico parece pressupor um minimalismo moral, uma teoria da justificação coerentista fraca (local e não global) e uma teoria deflacionista da verdade. Afinal, o autor evitaria tanto quanto possível se comprometer com ontologias pesadas. Evitaria até o próprio debate metaético, à moda de Dworkin²⁴⁶.

Contribuições: por fim, cabe tirar o foco do autor e trazê-lo para a comunidade jurídica, perguntando quais foram as contribuições de Sunstein para nossa agenda de pesquisa. De uma perspectiva da filosofia da ciência, o que Sunstein fez foi observar um fenômeno até então ignorado, relativo às situações em que as Cortes interpretam o direito de modo modesto, em função da incerteza jurídica e dos limites de suas capacidades institucionais. Essa deferência não é aleatória, pois obedece a certas regularidades. Também não é capricho dos juízes, pois tem uma justificativa, uma razão publicamente controlável. Essas justificativas precisam ser compreendidas, explicadas e, se possível, apropriadas criticamente pelos juristas. E esse é o objetivo do minimalismo judicial: usar observações do “uso construtivo do silêncio” pelas Cortes, para criar um modelo prescritivo capaz de resolver problemas.

De certa forma, Sunstein está repetindo em relação ao integracionismo aquilo que Dworkin fez em relação ao positivismo, quando observou os princípios como um padrão normativo ignorado, onde eles julgavam haver uma zona de penumbra. A meu ver, a proposta de Sunstein não leva a uma ruptura paradigmática, mas a um novo passo numa série teórica inaugurada por Dworkin – talvez até se possa dizer

²⁴⁴ PASCHOALINI, Felipe. **Interpretação e instituições**: o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-18112015-145137/en.php>. Acesso em: 10 dez 2017.

²⁴⁵ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 2018.

²⁴⁶ Sobre a aplicação da metaética à classificação de teorias jurídicas, veja-se: FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

que por Hart. Voltarei a essa discussão, quando analisar o debate entre Dworkin e Sunstein.

3.4 Pressupostos Interpretativistas e sua Reformulação

No caso de Sunstein, a criação de um modelo interpretativo precedeu a consciência paradigmática, a discussão do terreno filosófico sobre o qual os debates teóricos deveriam ser travados. Afinal, o que ele entende por interpretação jurídica e quais os critérios para elaborar e disputar diferentes visões sobre o tema?

Como vimos, Sunstein começa seus trabalhos defendendo teses bem parecidas com o integracionismo dworkiniano, mas vai desenvolvendo um entendimento próprio ao longo do tempo, o que ele denomina de uma “ênfase” diferente. Muito dessa ênfase se deve ao que ele herdou do pragmatismo jurídico.

O mesmo acontece num segundo nível, com relação aos seus pressupostos. Sunstein começa elaborando seu modelo, e comparando-o aos outros, nos mesmos moldes do interpretativismo. Ele tenta mostrar que seu modelo se ajusta melhor às práticas jurídicas efetivas e que as desenvolve da melhor maneira. Contudo, com o passar do tempo, ele desenvolve concepções particulares do que seriam esse ajuste e esse melhor desenvolvimento. Na minha interpretação, muito disso também se deve ao que ele herdou do pragmatismo filosófico.

Para explicar melhor essa leitura, preciso discutir um texto seu de caráter programático, intitulado: *There is nothing that interpretation just is (2009)*²⁴⁷. Trata-se de um trabalho de maturidade, no qual o autor discute os pressupostos dworkinianos, apresentando seu entendimento deles e de suas consequências para a disputa entre modelos. Procederei em três etapas: 1) lembrarei os pressupostos interpretativistas e apresentarei a reformulação proposta por Sunstein; 2) organizarei o novo enquadramento da disputa, com suas novas teorias rivais; e 3) farei uma análise crítico-comparativa entre os pressupostos filosóficos de Sunstein e os do

²⁴⁷ O texto apareceu pela primeira vez como o capítulo 1 de: SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of many minds**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2009. p. 19-32. Passou por várias modificações substanciais, até sua última publicação em: SUNSTEIN, Cass R. *There is nothing that interpretation just is*. **Constitutional Commentary**, Vermillion, v. 30, n. 2, p. 193-212, June./Sept. 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/120/>. Acesso em: 29 fev. 2020. Nessa análise, trabalharei com as duas versões do texto, dando preferência à versão final sempre que entrarem em conflito, assumindo uma mudança de posicionamento.

interpretativismo – sobre como relacionar “ser” e “dever ser”–, com aportes da tradição hermenêutica.

3.4.1 O Interpretativismo Reformulado

Retomemos alguns pontos. Dworkin havia apontado duas dimensões que as interpretações jurídicas deveriam satisfazer: ajuste e justificação. E havia dito que uma teoria da interpretação jurídica seria, ela mesma, interpretativa. Portanto, uma teoria da interpretação jurídica deveria ser defendida em duas dimensões: mostrando que ela se ajusta às práticas interpretativas de uma determinada comunidade; e, justificando-as, desenvolvendo uma concepção que as colocasse sob a sua melhor luz. Vale lembrar que essa separação tem mais um propósito didático para Dworkin, já que as duas dimensões estão sempre interligadas. Não existe um momento de puro ajuste, nem de pura justificação.

Sunstein elabora seu modelo interpretativo observando essas duas dimensões. Mas faz algumas modificações e ressalvas. Sua reivindicação central é:

Muitas pessoas acreditam que a Constituição deve ser interpretada da maneira que preferem. Eles insistem que a própria idéia de interpretação exige que os juízes adotem seu método de interpretar o documento fundador. O problema com essa visão é que, no contexto jurídico, não há nada que a interpretação ‘apenas seja’. Entre as alternativas razoáveis, nenhuma abordagem à interpretação constitucional é obrigatória. Qualquer abordagem deve ser defendida em bases normativas – não afirmada como parte do que a interpretação exige por sua natureza. Qualquer que seja sua abordagem preferida, tanto juízes quanto advogados devem confiar em seus próprios julgamentos normativos. No entanto, às vezes eles alegam que sua própria abordagem é necessária, no sentido de que não têm outra escolha a não ser adotá-la, se forem mesmo se engajar numa atividade interpretativa. Essa alegação é uma receita para confusão²⁴⁸.

Para combater essa confusão, Sunstein propõe qualificar o significado dos termos “ajuste” e “justificação”.

Com relação ao ajuste, qualquer teoria sensata da interpretação tem que atribuir alguma importância ao material interpretado. Mas isso deve ser feito observando o contexto. Se um amigo pede para que você vá encontrá-lo no

²⁴⁸ SUNSTEIN, Cass R. There is nothing that interpretation just is. **Constitutional Commentary**, Vermillion, v. 30, n. 2, p. 193, June./Sept. 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/120/>. Acesso em: 29 fev. 2020. Acesso em: 21 fev. 2020.

restaurante favorito dele, o contexto indica que você deve se perguntar sobre o restaurante que ele tinha em mente. Se ele pede que você o encontre no melhor restaurante da cidade, o contexto indica que você deve se perguntar qual restaurante é reconhecido pelos críticos culinários como o melhor. O mesmo aconteceria com ordens proferidas por autoridades. Se um chefe diz a seu empregado para fazer algo, o empregado deve se perguntar o que o contexto indica sobre como essa mensagem deve ser compreendida – se deve buscar fazer o que o chefe desejaria, ou seguir a ordem ao pé-da-letra. Dessa maneira, evita-se uma discussão mais profunda sobre o que é o ajuste através de um critério pragmático. Sunstein também ressalva que não se pode, a partir do ajuste, reivindicar que existe algo que a interpretação exija por natureza. Nesse ponto, seu alvo são certas concepções de originalismo, que supõem que sua teoria da interpretação é necessária porque seria a única a respeitar a autoridade originária. Elas ignoram que existem diferentes maneiras de compreender e defender o respeito à autoridade originária.

Com relação à justificação, ele evita a visão de Dworkin de que se trata de uma disputa por qual teoria da interpretação é mais legítima, moralmente superior, ou que torna o texto legal o melhor que ele pode ser. Para Sunstein, esses critérios estão sujeitos à confusão. Portanto, defende que a dimensão da justificação seja vista de uma maneira pragmática, como uma questão de qual modelo interpretativo produz os melhores efeitos, as melhores consequências. Reconhece, porém, que isso deixa em aberto a questão sobre o que tornaria uma consequência melhor do que a outra.

Por fim, Sunstein também considera confusa a síntese feita por Dworkin entre ajuste e justificação, com a ideia da interpretação-constitutiva. Para Sunstein, existe grande utilidade pragmática em diferenciar bem os dois pontos. Elogia a formulação de Lawrence Solum, que trata a interpretação como uma descoberta linguística ou semântica do significado do texto legal, e a construção como dar efeito legal a esse significado. Nessa perspectiva, a interpretação seria fracamente normativa, enquanto a construção seria fundamentalmente normativa. Contudo, Sunstein reconhece que essa separação levaria a concluir que há algo que a interpretação simplesmente “é”, embora caiba uma disputa sobre qual abordagem linguística ou semântica seria mais efetiva em descobri-lo. Em todo caso, para Sunstein, a dimensão mais importante é a construção, porque é nela que se vai disputar se uma

determinada abordagem é “correta ou equivocada”²⁴⁹. O curioso é que, com isso, Sunstein reintroduz expressamente um critério qualitativo na comparação entre modelos interpretativos. O problema da fundamentação substantiva sempre retorna, sem que se saiba como ela será controlada.

3.4.2 O Novo Enquadramento da Disputa e as Teorias Rivais

A maneira como Sunstein reformula o interpretativismo leva a um novo enquadramento da disputa teórica. Sua ênfase está em como diferentes teorias propõem “construir” a norma, desde que apresentem um mínimo ajuste ao material jurídico básico. A melhor construção será aquela que gerar os melhores resultados, dentro das circunstâncias fáticas em que será aplicada.

Nesses termos, vislumbra quatro modelos rivais: o passivismo de James Thayer Bradley; o originalismo de Antonin Scalia; o “perfeccionismo” de Ronald Dworkin; e o seu minimalismo. Cada um deles leva vantagem num determinado cenário hipotético.

Thayer pregava que as Cortes só deveriam declarar a inconstitucionalidade de um estatuto se ele não pudesse ser salvo por qualquer interpretação minimamente razoável. Essa seria a melhor opção em “Thayerville”, uma sociedade na qual os processos democráticos funcionassem extremamente bem, produzindo resultados justos, e os juízes fossem pouco confiáveis.

Scalia pregava que as Cortes deveriam se ater ao significado público original da Constituição. Essa seria a melhor opção em “Scalialand”, uma sociedade na qual esse significado fosse extremamente justo, os processos democráticos funcionassem extremamente bem, e os juízes fossem pouco confiáveis se liberados do significado público original da Constituição.

Dworkin pregava que as Cortes decidissem de modo que se ajustasse aos textos legais e fizesse deles o melhor que eles poderiam ser, aperfeiçoando-os. Essa seria a melhor opção em “Olimpo”, uma sociedade na qual o significado público original da Constituição não protegesse adequadamente os direitos, e os juízes, liberados dos constrangimentos passivistas, originalistas ou minimalistas,

²⁴⁹ SUNSTEIN, Cass R. There is nothing that interpretation just is. **Constitutional Commentary**, Vermillion, v. 30, n. 2, p. 207, June./Sept., 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/120/>. Acesso em: 29 fev. 2020. Acesso em: 21 fev. 2020.

produzissem a melhor defesa dos direitos, criando as pré-condições para a democracia e a autonomia.

Sunstein, por sua vez, prega que as Cortes decidam de modo raso e estreito quando não tiverem informação suficiente para julgar com confiança. Essa seria a melhor opção em “Smallville”, uma sociedade na qual o significado público original da Constituição e o processo democrático são bons, mas não excelentes, e os juízes vão mal ao interpretar o direito por sua própria conta, mas vão bem ao tentar fazer melhorias modestas e incrementais aos precedentes.

Mesmo com a reformulação de Sunstein, ele observa que esse enquadramento parece dar uma vantagem a Dworkin, já que todas as teorias propõem uma forma de perfeccionismo, no sentido de que tornariam o direito melhor caso aplicadas. Contudo, disso não se segue que a teoria de Dworkin será necessariamente a melhor, já que a superioridade será determinada em função do cenário no qual o modelo interpretativo for aplicado, especialmente de suas condições institucionais.

Ocorre que, ao analisar os EUA, Sunstein afirma que “talvez estejamos em Smallville; talvez estejamos no Olimpo. Mas nós certamente não estamos em Scialland ou em Thayerville”²⁵⁰. Isso porque a necessidade de uma intervenção judicial para proteger direitos constitucionais faz parte da história americana. E muitas dessas intervenções teriam sido negadas pelo passivismo e pelo originalismo. Por exemplo, as discriminações raciais, de gênero, etc. Sunstein termina elegendo a teoria dworkiniana como sua rival mais forte.

Isso afunila a disputa para uma questão de capacidades institucionais do Judiciário em relação aos demais Poderes. Se o Judiciário for mais capacitado, ele deve decidir de modo perfeccionista. Se não, deve adotar um “perfeccionismo de segunda-ordem”, isto é, o minimalismo. Deve adotar a melhor solução possível dentro das circunstâncias, mesmo que prefira idealmente outra solução. Numa imagem, poderíamos dizer que a aplicação (ou atenuação) do modelo hercúleo de juiz dependerá de um cenário Olímpico. Isso aumenta a importância de pesquisas empíricas, para se arbitrar entre o integracionismo e o minimalismo.

Sunstein nos dá um exemplo concreto: imagine que o governo impôs um determinado peso e altura na seleção de policiais, e que alguns grupos contestaram essa medida, alegando que ela prejudica candidatas do sexo feminino, que tendem

²⁵⁰ SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of many minds**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2009. p. 32.

a ser menores e mais leves do que os homens. O estatuto é questionado judicialmente. As Cortes podem adotar dois princípios, ajustáveis ao direito americano. Um princípio anti-discriminação exigiria um exposto intento discriminatório com referência a gênero para declarar a inconstitucionalidade do estatuto. Já um princípio “anti-castas” levaria a que as Cortes declarassem a inconstitucionalidade de critérios como altura e peso, independentemente de sua aparente neutralidade.

Uma perspectiva dworkiniana daria preferência ao princípio mais justificável, que conferisse maior integridade ao direito. Suponha que seria o princípio “anti-castas”, porque ele faria mais sentido da garantia da igualdade. Mesmo acreditando que essa interpretação é moralmente superior, uma Corte pode decidir pelo princípio anti-discriminação, por julgar que os critérios de seleção profissional são um tema que os juízes estão mal equipados para avaliar, e no qual eles tendem a cometer mais erros do que acertos. Para Sunstein, essa seria uma decisão legítima. O mesmo não se poderia dizer de uma decisão passivista, que só admitisse derrubar um estatuto discriminatório se ele fosse irracional de modo “autoevidente” – talvez essa expressão seja usada por ele num sentido de algo independente de valores, como uma norma contraditória em si mesma ou cujos meios não se prestam ao seu próprio fim. Sunstein não consegue visualizar uma sociedade concreta na qual essa seria a melhor opção. Podemos estender essa crítica aos originalistas, nos EUA. Eles não conseguem apresentar uma justificação convincente de como uma interpretação da Constituição americana, segundo seu significado público originário, não incluiria as práticas discriminatórias que outrora ela autorizou.

Com isso, aumenta a importância de um debate entre integracionismo e minimalismo. Falta saber se estamos no Olimpo ou em Smallville.

3.4.3 Filosofias da Interpretação: uma análise crítico-comparativa

Mesmo tentando respeitar a coerência interna da obra de Sunstein, é difícil ignorar que a falta de transparência com relação aos seus fundamentos substantivos gera algumas contradições e paradoxos, que voltam sempre que sua argumentação é pressionada. O que é uma abordagem interpretativa correta ou equivocada? O que torna uma consequência melhor do que outra? Sunstein deixa essas perguntas em aberto, para tentar ser mais prático e empírico, mas elas continuam exigindo

respostas. Essa lacuna não chega a comprometer seu modelo, mas pede por um complemento que é exatamente o que Sunstein tanto quer evitar: uma teoria da interpretação mais abrangente, que discuta como juízos avaliativos podem se legitimar.

Para responder essa questão, uma abordagem a partir da filosofia moral, ou da teoria da justiça, levaria a uma discussão pura sobre o que “deve ser” a teoria da interpretação jurídica mais justa.

Já uma visão interpretativista atribuiria importância ao que as práticas interpretativas já são, mas sem tentar derivar um “dever ser” de um “ser”, como na visão de um originalismo mais caricato. Isso levaria a infringir a lei de Hume.

Mas, então, como relacionar “ser” de “dever ser” de uma maneira não falaciosa?

Na visão de Dworkin, é preciso partir daquilo que a prática interpretativa já é, para se dizer o que ela deve ser, ao colocá-la sob a melhor luz²⁵¹. Este enfoque traz um componente justificativo para passar da descrição à prescrição.

Vale registrar que essa visão não é uma excentricidade de Dworkin. A tradição hermenêutica da filosofia continental, representada por autores como Gadamer, já atribuía importância à reflexão sobre o que a interpretação já é, o que nos acontece quando compreendemos, independentemente de nosso querer e fazer²⁵².

Atentar bem para isso seria importante, antes de sair elaborando teorias prescritivas, repletas de artifícios metodológicos importados das ciências naturais²⁵³. Existiria uma dimensão “antepredicativa”, uma estrutura comum às várias hermenêuticas regionais que se desenvolveram sobre a religião, a arte, o direito, como uma espécie de tecnologias da compreensão. Diferentemente do que possa parecer, o projeto gadameriano é extremamente modesto: ele não tenta fazer nenhuma grande reivindicação sobre a natureza da linguagem. Tenta apenas

²⁵¹ Parafrazeando André Coelho. Ver nota de rodapé n. 61.

²⁵² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 14.

²⁵³ Especificamente no direito, ver: RAVITCH, Frank S. The continued relevance of philosophical hermeneutics in legal thought. In: SLOCUM, Brian G. **The nature of legal interpretation**: what jurists can learn about legal interpretation from linguistics and philosophy. Chicago: The University of Chicago Press, 2017. Defende que a hermenêutica filosófica é importante para compreendermos melhor a hermenêutica jurídica, antes de passarmos para prescrições sobre o tema.

entender seus traços elementais, numa escuta atenciosa. Para Waellhens, Gadamer realiza uma “hermenêutica da hermenêutica”²⁵⁴.

Nesse projeto, uma das ideias mais marcantes é a de que lidar com a linguagem já é se colocar para além da subjetividade. Só interpretamos porque aceitamos que não somos o começo e o fim dos sentidos. Porque existe um Outro além do Eu, seja ele texto, pessoa ou o próprio mundo. Por isso, aquele que quer dizer algo sobre um texto deve deixar que, antes, esse texto lhe diga algo.

Na hermenêutica jurídica, Streck vem realizando aportes gadamerianos para criticar a discricionariedade judicial. Defende que a interpretação não é algo à livre disposição do intérprete. E que esse algo indisponível é um limite não apenas para decisões que vão além do que o direito exige, mas também para aquelas que podem ficar aquém dele²⁵⁵, como o minimalismo de Sunstein²⁵⁶. Os sentidos têm uma força cogente.

Além disso, a fusão entre as dimensões compreensiva e normativa do direito não é uma invenção de Dworkin. Ela já estava presente na obra de Gadamer, e tem ficado cada vez mais evidente naquilo que se tem chamado de “ética hermenêutica”²⁵⁷. Refletindo sobre “o problema hermenêutico da aplicação” (item 2.1.1. de *Verdade e Método*), passando pelo problema específico da hermenêutica jurídica, o filósofo alemão dissolve a dicotomia entre descrever e prescrever o direito:

[...] A distinção entre uma função normativa de uma função cognitiva faz cindir, definitivamente, o que é uno. O sentido da lei, que se apresenta em sua aplicação normativa, não é, em princípio, diferente

²⁵⁴ WAELHENS, Alphonse de. Sobre uma hermenêutica da hermenêutica. Tradução de Ernildo Stein. *In*: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de “Verdade e método”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

²⁵⁶ De passagem, em: O holding de um sistema de justiça democrático: garantias institucionais dos limites semânticos contra o protagonismo judicial. **Revista Forense**, v. 110, n. 420, jul./dez. 2014. Discutindo o alcance de perfis dos juízes criados por Sunstein para pesquisas estatísticas: STRECK, Lenio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>. Acesso em: 21 fev 2020.

²⁵⁷ ROHDEN, Luiz. Questões sobre ética e hermenêutica filosófica. *In*: ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica**: método, ética e literatura. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

do sentido de um tema, que ganha validade na compreensão de um texto [...] ²⁵⁸

Lembremos aqui da tese final de Dworkin:

[...] Devemos, portanto, nos esforçar ao máximo, dentro dos limites da interpretação, para que a lei fundamental do nosso país seja compatível com nosso senso de justiça – não porque o direito deva às vezes curvar-se perante a moral, mas porque é exatamente isso que o próprio direito exige, quando é bem compreendido ²⁵⁹.

Nessa perspectiva, existe algo que a interpretação nos exige e isso é fundamental para saber o que devemos fazer. Chama a atenção que Gadamer tenha escrito tudo isso mais de 50 anos antes de Dworkin. Contudo, não cogito se tratar de uma influência direta de um autor sobre outro, nesse ponto. Tampouco procuro uma compilação aleatória de trechos similares em diferentes autores, por mero diletantismo intelectual. Procuro, sim, lançar as bases para uma comparação entre essas teses ²⁶⁰, considerando tratar-se de visões sobre um mesmo fenômeno e que tentam responder a mesma questão jusfilosófica: como conhecimento da lei e justiça da norma se relacionam?

As convergências entre Gadamer e Dworkin autorizam supor que não se trata de dois acidentes em que ética e hermenêutica se associaram, mas de um caminho similar que leva do “giro interpretativo” ao compromisso com alguns traços éticos. A “extrapolação ética de conceitos hermenêuticos”, já aventada por Schmidt ²⁶¹, é um programa de pesquisa que merece ser considerado. Já as divergências entre esses autores apontam a modéstia no projeto ético de matriz gadameriana ²⁶², enquanto Dworkin, puxado pelas necessidades práticas do direito, inflaciona ao máximo sua tese sobre uma objetividade moral de base interpretativa. Com isso, pode oferecer

²⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 463.

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 635.

²⁶⁰ Uma “iluminação recíproca”, como diria Francisco Motta, ou uma “leitura antropofágica”, na expressão de Streck.

²⁶¹ “Finalmente, uma terceira maneira de defender a reivindicação de que a filosofia hermenêutica faz uma contribuição essencial à questão da vida ética seria extrapolar o significado ético de conceitos-chave hermenêuticos”. SCHMIDT, Dennis J. Hermeneutics as original ethics. *In*: SULLIVAN, Shannon; SCHMIDT, Dennis J. **Difficulties of ethical life**. New York: Fordham University Press, 2008. p. 38.

²⁶² Para extrapolações éticas ainda mais ambiciosas a partir da hermenêutica: COÑILL, Jesus Sancho. **Ética hermenêutica**: crítica desde la facticidad. Madrid: Tecnos, 2006. WALHOF, Darren. **The democratic theory of Hans-Georg Gadamer**. Michigan: Palgrave Macmillian, 2017.

respostas a vários dilemas jurídico-morais complexos²⁶³, mas ao custo de receber uma avalanche de críticas por suas incursões teóricas em terreno tão movediço.²⁶⁴

Fazendo um balanço: a desvantagem dessa abordagem hermenêutico-interpretativista é levar a teoria do direito para um debate extremamente complexo e arriscado; a vantagem é que ela pode fornecer as respostas que tanto necessitamos, sobre o que é um julgamento correto/justo/legítimo, a partir de elementos minimamente compartilhados.

3.5 Críticas ao(s) Minimalismo(s)

Como foi dito, Sunstein defende o minimalismo, ao mesmo tempo em que lidera os esforços para entender seus limites e catalogar suas inúmeras exceções. Além disso, existem outros modelos decisórios que podem ser chamados de minimalistas, mas que não se filiam à proposta de Sunstein. Por fim, há os autores anti-minimalistas, que questionam a própria lógica desse modelo. Passo a analisar: 3.5.1) os limites reconhecidos por Sunstein; 3.5.2) os outros minimalismos; 3.5.3) um panorama das visões contrárias ao minimalismo; e, 3.5.4) os pontos mais frágeis do minimalismo.

3.5.1 Limites Reconhecidos por Sunstein

Além de uma demonstração de honestidade intelectual, a autocrítica de Sunstein tem a ver com a própria lógica do modelo que ele propõe. Segundo a lógica minimalista, uma regra estabelecendo que os juízes deveriam sempre decidir de modo raso e estreito seria, na verdade, um maximalismo. Estaria tentando se antecipar a todas as circunstâncias. Sunstein reconhece a existência de casos nos quais os juízes precisam decidir de forma ampla e profunda – inclusive, realizando o processo de ascensão justificatória prevista por Dworkin. Portanto, um minimalista reconhece, logo de saída, que seu modelo não vai ser aplicável em várias situações.

Como lidar com esse paradoxo? Sunstein é empurrado para uma discussão de segundo nível, sobre quando os critérios minimalistas devem ser adotados. Mas ele reconhece que não há uma regra *a priori* para tanto. O problema disso é que: se os

²⁶³ *Riggs vs. Palmer* foi só um primeiro de uma longa série de casos controversos.

²⁶⁴ O ponto culminante desse processo é: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

metacrítérios para saber quando adotar o minimalismo forem, eles próprios, minimalistas, chega-se a uma circularidade viciosa. O agente decisório seria jogado de um lado para o outro, sem achar um fundamento efetivo em que se agarrar.

Sunstein fornece dois metacrítérios que poderiam pôr fim a esse paradoxo.

O primeiro é mais pragmático: defende que se diminuam “custos de erro” e “custos de decisão”, observando também se as Cortes não estariam apenas “exportando” tais custos para os cidadãos ou para instituições menos capacitadas.

Todos esses pontos sugerem que o minimalismo pode ser desejável por causa dos altos custos de decisão. Mas uma investigação sobre os custos de decisão nem sempre apóia o minimalismo. Às vezes, o custo total da decisão é muito menor com regras claras. Uma vez que as regras estão em vigor, o trabalho é muito mais simples para aqueles no futuro. Um tribunal que economize custos de decisão para si mesmo pode, no processo, ‘exportar’ custos de decisão para outras pessoas, incluindo litigantes e juizes em casos subseqüentes, que devem dar conteúdo ao direito. Tais custos também podem ser enfrentados por aqueles que estão tentando planejar seus negócios e que devem tentar descobrir o que será o direito no final das contas. É de se imaginar que uma decisão estreita no primeiro caso – envolvendo, vamos continuar a supor, liberdade de expressão e internet, ou o direito de morrer – levaria a custos de decisão agregados muito altos, já que os litigantes e tribunais distritais teriam que lutar com essa questão em casos subseqüentes. Parte do caso para a amplitude do julgamento é que, quando o direito é incerto, os custos das decisões podem proliferar, já que as pessoas investem em atividades destinadas a descobrir o conteúdo do direito e também a pressionar o conteúdo do direito em certas direções. Os altos custos de decisão são especialmente perniciosos quando o planejamento é importante; é por essa razão que o *stare decisis* e regras gerais são extremamente valiosas em casos que envolvem a necessidade de planejar. Assim, por exemplo, se as empresas não sabem se enfrentam danos punitivos nulos, baixos ou altos, terão que investir uma grande quantidade de recursos na especulação sobre como proceder²⁶⁵.

O segundo é mais abstrato e diz respeito à democracia deliberativa, valor que Sunstein mais preza: defende que, quando houver incerteza, a decisão judicial deve deixar espaço para o aprendizado com outras instituições, e respeitar a iniciativa dos órgãos políticos para normatizar novas questões²⁶⁶.

²⁶⁵ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 48.

²⁶⁶ Trata-se de uma síntese das autocríticas feitas pelo autor nos textos: SUNSTEIN, Cass R. Beyond judicial minimalism. **Tulsa Law Review**, [S. l.], v. 43, p. 825-842, 2007. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12217&context=journal_articles. Acesso em: 18 fev. 2020. SUNSTEIN, Cass R. Testing minimalism: a reply, **Mich. L. Rev.**, [S. l.], v. 104, n. 1, p. 123-130, Oct. 2005. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss1/4>. Acesso em: 18 fev. 2020.

Um exemplo ajuda a esclarecer: na Suprema Corte, a justice Sandra Day O'Connor é a que mais decide de modo minimalista. Contudo, há um caso especial em que essa sua atitude se mostrou problemática, nas políticas de ação afirmativa adotadas pelas universidades americanas. Algumas delas adotam, nos seus processos seletivos de alunos, um sistema que dá pontos extras para minorias raciais. Outras diluem esse critério racial em abordagens mais personalizadas. Essas políticas foram questionadas judicialmente, e a juíza deu votos contrários ao sistema de pontos, mas favoráveis ao critério personalizado. A princípio, esses votos são consistentes com a abordagem particularista do minimalismo, que prefere decisões caso a caso, evitando regras abrangentes. Contudo, elas aumentam a carga decisória dos examinadores, além de gerar um custo em termos de previsibilidade, transparência e tratamento equânime, que termina recaindo sobre os alunos. Afinal, Sunstein defende que:

[...] quando as decisões da Corte devem ser aplicadas em muitos contextos, e quando o assunto é frequentemente recorrente, o argumento por amplitude pode ser irresistível. Mas quando o assunto surge infrequentemente, e quando falta à Corte a informação que a habilitaria a produzir uma regra ampla na qual ela tem muita confiança, o argumento por estreiteza é muito forte²⁶⁷.

As respostas de Sunstein ao paradoxo são engenhosas. Contudo, o problema dos fundamentos tende a reaparecer, quando o modelo é pressionado. Afinal, quando é que falta “informação” à Corte para produzir uma regra ampla com “confiança”? E quando é que ela tem essa informação? Como verificar se essa informação está disponível e se ela justifica uma decisão em determinado sentido? Trata-se de um critério psicológico? Ou de algo controlável de modo intersubjetivo? Essa informação se limita a fatos empíricos, ou envolve juízos avaliativos?

Se recuarmos para os outros metacritérios, o problema dos fundamentos continua: custos de erro, custos de decisão e exportação de custos dependem de juízos avaliativos. O mesmo vale para saber quando uma omissão judicial promove a deliberação e quando ela respeita a iniciativa de agentes políticos.

É verdade que todo esse aparato conceitual oferecido por Sunstein serve para dar estrutura às discussões entre os juristas. Talvez, ao elaborá-las nesses

²⁶⁷ SUNSTEIN, Cass R. Problems with minimalism. **Stanford Law Review**, [S. l.], v. 58, p. 1918, Feb. 2006. Disponível em: <http://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/sunstein-1.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

termos, alguns deles consigam intuitivamente chegar a consensos. Isso já é um feito que não pode ser menosprezado. Contudo, decisões judiciais precisam de um *rationale*. Em algum momento, uma justificativa substantiva precisa aparecer para legitimá-las. Dessa maneira, a questão passa a ser: até onde o minimalismo pode adiar as disputas interpretativas?

Será necessário argumentar porque uma interpretação é melhor do que outra. Os metacritérios sugeridos pelo autor ganham tempo e facilitam o debate, mas não dizem como uma decisão judicial deve legitimar seu conteúdo. Mesmo aquilo que o autor chama de parte substantiva do minimalismo, entendida como um compromisso judicial de promover a democracia deliberativa, ainda é muito pouco para arbitrar entre diferentes interpretações.

Por fim, Sunstein não reconheceu limites do minimalismo apenas na sua dimensão normativa. Faz concessões também quanto à sua capacidade de descrever as decisões que vêm sendo tomadas pela Suprema Corte dos EUA. Criticando o minimalismo, Neil S. Siegel sugeriu hipóteses para testá-lo empiricamente. Embora tenha encorajado pesquisas nesse sentido, e elogiado as hipóteses de Siegel, Sunstein observou algumas dificuldades:

Para testar essa alegação, seria necessário identificar um grande número de casos, especificar os possíveis motivos para a decisão e ver com que frequência a Corte selecionou motivos mais estreitos diante de possibilidades concorrentes. Também seria necessário especificar o que conta como minimalismo em todas as dimensões relevantes e decidir como contar uma decisão na qual o minimalismo ao longo de uma dimensão (por exemplo, evitando os méritos) produz o maximalismo em outra dimensão (por exemplo, através de uma ampla decisão de manutenção). Uma grande quantidade de codificação seria necessária por pessoas com entendimento interno dos casos relevantes. Não obstante as dificuldades, há um grande espaço para testes empíricos do minimalismo. Na ausência de trabalho empírico, posso sugerir apenas que, em muitos dos casos mais importantes dos últimos anos, o Tribunal rejeitou a largura e a profundidade. O próprio Siegel oferece vários exemplos²⁶⁸.

As dificuldades reconhecidas pelo autor não dizem respeito apenas à logística da pesquisa, mas também (arriscaria dizer) a seus critérios qualitativos. O que conta como minimalismo e em quais as dimensões relevantes? Ele e Nigel entram numa

²⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R. Testing minimalism: a reply, *Mich. L. Rev.* [S. l.], v. 104, n. 1, p. 126, Oct. 2005. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss1/4>. Acesso em: 18 fev. 2020.

controvérsia. Talvez o próprio conceito de minimalismo, e sua aplicabilidade a casos concretos, envolva um processo de interpretação construtiva.

3.5.2 Outros Minimalismos

Na verdade, existe uma disputa sobre a melhor concepção de minimalismo judicial. Tal como conhecido no debate recente, o termo foi cunhado por Sunstein. Contudo, o próprio Sunstein²⁶⁹ admite que seu espírito já estava presente na crítica de Alexander Bickel (1962) à visão hamiltoniana do Judiciário como “o ramo menos perigoso do Estado”. Bickel elogia aquilo que denomina de “virtudes passivas” da jurisdição. Contudo, a diferença entre os dois é que Bickel, mesmo com suas críticas, ainda acredita que o Judiciário é o repositório dos princípios nas instituições americanas, por conta de seu isolamento do processo político. Já o minimalismo de Sunstein parte justamente da ideia de que o Judiciário não é o mais capacitado para asserir princípios, defendendo que outras instituições lideram a deliberação democrática.

Mas o minimalismo à moda antiga ainda tem seus defensores. Peters²⁷⁰ prega um retorno a Bickel, por uma visão “juristocêntrica”, contra o “policentrismo” de Sunstein, o qual reservaria ao Judiciário um papel submisso aos demais Poderes. Peters recusa todo o “minimalismo substantivo”, tanto na ideia de que o Judiciário deve promover a deliberação inter-institucional, quanto na ideia de que ele deve ser deferente a outros Poderes por possuir menor legitimidade política. Aceita a orientação procedimental de julgar de maneira rasa e estreita, mas num sentido defensivo (e não promocional) da atuação de outros Poderes. Apenas quer evitar que o Judiciário os ataque, julgando de modo desnecessariamente amplo e profundo. Contudo, as Cortes estariam em melhor condição democrática e operacional para proteger os direitos individuais, sempre que isso entrasse em questão.

²⁶⁹ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 38-41.

²⁷⁰ PETERS, Christopher J. Assessing the new judicial minimalism. **Colum. L. Rev.**, [S. /], v. 100, n. 1454, 2000. Disponível em: https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1459&context=all_fac. Acesso em: 18 fev. 2020.

Peters²⁷¹ também cita outros defensores do “novo minimalismo”, irmanados ao de Sunstein, e até alguns primos distantes para os quais vale a pena atentar:

- a) *outros proponentes do novo minimalismo*: as primeiras observações de Sunstein sobre o minimalismo foram publicadas num espaço tradicional e muito lido, o texto de abertura da revista de direito de Harvard, no dossiê anual sobre a Suprema Corte. Nas edições seguintes, outros autores fizeram comentários sobre o comportamento da Suprema Corte nesse mesmo espírito minimalista, podendo-se falar numa tendência. Embora as descrições costumem convergir, há algumas diferenças sensíveis nas suas prescrições sobre o que os juízes deveriam fazer. Richard Fallon defendeu que adotassem dois “testes doutrinários” para julgar: o primeiro é, basicamente, tentar buscar acordos parcialmente teorizados nos quais determinações possam ser alcançadas; e, o segundo recomenda a intervenção judicial em casos sobre “conteúdos suspeitos” e a deferência a outros Poderes em “conteúdos não suspeitos”. Um conteúdo é suspeito se envolver circunstâncias nas quais o processo democrático é manifestamente não merecedor de confiança (como direitos de minorias), e não suspeito se envolver “acordos razoáveis”. Vai além de Sunstein ao defender regras gerais para saber se o minimalismo deve ou não ser adotado. Já Michael Dorf defende que as Cortes forneçam soluções provisionais, adequadas às rápidas mudanças de nossos tempos, atentando mais para seus limites institucionais, e menos para o verdadeiro significado dos textos. Para tanto, defende diminuir a vinculatividade dos precedentes, e dar mais poder aos estados e às Cortes locais. Sua visão é mais dinâmica do que a de Sunstein, e menos confiante na lenta acumulação de saberes pelo *Common Law*;
- b) *outros novos minimalistas e alguns primos*: Robert Burt talvez seja o progenitor do novo minimalismo, antes mesmo que Sunstein. Em 1992, já defendia algumas técnicas similares às de Bickel. Sua diferença principal está em que o minimalismo de Burt não é apenas judicial, se aplicando a

²⁷¹ PETERS, Christopher J. Assessing the new judicial minimalism. **Colum. L. Rev.**, [S. I.], v. 100, n. 1454, 2000. Disponível em: https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1459&context=all_fac. Acesso em: 18 fev. 2020.

todas as instituições. Ele não se baseia numa preferência pela deliberação política à judicial, mas numa visão da democracia como uma ausência de coerção. Por isso, defende que o Judiciário se retraia quando sua atuação puder exercer coerção sobre o debate político, mas que intervenha quando um dos lados de um conflito exercer coerção sobre o outro. Outro tipo de minimalismo que vem se destacando é denominado por Peters de “discursivista”, e envolve diálogos e interações cooperativas entre instituições. Seu mote seria dado por Nevil Devins “nenhum ramo estatal deve ser o árbitro final do sentido da Constituição”²⁷². Para Devins, o minimalismo de Sunstein às vezes vai longe demais, e às vezes não vai longe o suficiente. Vai longe demais ao defender uma excessiva passividade judicial, quando as Cortes poderiam catalisar o debate público ao injetar nele o idioma dos princípios, em lugar do auto-interesse, das análises custo-benefício e do sim-ou-não das decisões políticas. Não vai longe o suficiente ao não usar técnicas defendidas por Bickel para evitar decisões. Já Neal Kumar Katyal defende que o Judiciário deve atuar como um “conselheiro”, recomendando a outras instituições certos cursos de ação baseados em princípios, através de *obiter dicta*. Tanto Devins quanto Katyal defendem uma deliberação judicial profunda, diferentemente de Sunstein, mas seguida por uma decisão estreita e rasa. Com isso, esperam promover um *judicial review* sem supremacia judicial;

c) *abolicionismo*: atualmente, tem se revivido uma tendência do século XIX que defendia a extinção do *judicial review*. Seria uma forma mais radical de “minimalismo”, no sentido de que prega uma deferência total da Suprema Corte aos julgamentos políticos em questões constitucionais. Nesse sentido, Mark Tushnet vem criticando o poder da Suprema Corte tomar uma decisão que não se aplique apenas às partes, mas a todos os ramos estatais, em qualquer circunstância, para sempre – ou até outra decisão da Corte. Dentre as suas justificativas, tenta mostrar que o *judicial review* não traz vantagens efetivas, e que as demais instituições

²⁷² PETERS, Christopher J. Assessing the new judicial minimalism. **Colum. L. Rev.**, [S. I.], v. 100, n. 1454, 2000. Disponível em: https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1459&context=all_fac. Acesso em: 18 fev. 2020.

são capazes de tomar decisões constitucionais tão boas quanto – ou melhores do que – a Suprema Corte.

Nessas variações do minimalismo, reaparece o paradoxo: ao propor a simplicidade na construção de um modelo decisório, tentando facilitar a convergência, Sunstein deixa muitas questões importantes em aberto, que terminam levando a uma acirrada disputa normativa. Talvez esse problema só possa ser resolvido com mais teoria.

3.5.3 Contra o Minimalismo: um panorama

Tentando sistematizar as críticas mais relevantes ao minimalismo, podemos falar em três frentes de discussão: críticas interpretativas; críticas sociais; e críticas institucionais.

Críticas interpretativas. Dworkin lança um contra-ataque a Sunstein, questionando, dentre outras coisas, se o minimalismo não contraria as exigências feitas pela própria interpretação ao se julgar um caso. A “ascensão justificadora” não seria uma opção feita pelo juiz, mas parte do processo necessário de compreensão e justificação. A crítica de Dworkin colocaria Sunstein em um dilema: apresentar sua teoria de uma maneira bem mais modesta, no sentido de que os juízes simplesmente não deveriam cometer excessos e fugir do caso, caindo assim na trivialidade²⁷³; ou assumir uma versão extrema de sua teoria, a qual defenderia que, por razões institucionais, os juízes devem inclusive ficar aquém das exigências deliberativas de uma correta compreensão do caso. Assumiria, assim, a pecha de defensor de uma teoria da justiça para “avestruzes”, como Dworkin sugere²⁷⁴. Como veremos, Sunstein ofereceu respostas engenhosas que evitam esses extremos, levando a um refinamento progressivo do debate.

²⁷³ Além disso, Dworkin já estabelece que a ascensão justificadora deve ser pensada respeitando uma “doutrina da prioridade local” (DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 77-78). Mesmo sem falar dessa doutrina, toda a teoria de Dworkin enfatiza a importância do “fit” (ajuste, adequação) à base institucional do direito interpretado, considerando, inclusive, a força gravitacional que os precedentes exercem sobre o julgamento de casos atuais. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Críticas sociais. Uma discussão importante é levantada por Post e Siegel²⁷⁵, no que diz respeito à tese do refluxo (*backlash*) social que as decisões maximalistas poderiam gerar. Antes de tudo, essa objeção nos leva a um desafio para a pesquisa empírica: demonstrar, de modo suficientemente generalizável, que essa retração do debate público e dos movimentos sociais realmente acontece diante de decisões maximalistas. Além disso, ainda haveria a questão de se seria (ou não) justo e valioso para uma concepção deliberativa de democracia que o tribunal funcionasse também como um fórum de discussões públicas, debatendo o caso na sua devida extensão fática e principiológica, engajando os cidadãos no debate de seus direitos e levantando argumentos que poderiam ser apropriados para a luta jurídica e política. Haveria, assim, uma “função construtiva do desacordo”. Em nosso sistema jurídico, essa função poderia ser potencializada através de uma doutrina e de um ensino jurídico mais críticos²⁷⁶, como também de mecanismos processuais como audiências públicas jurisdicionais²⁷⁷, estabelecendo-se incubadoras deliberativas²⁷⁸.

Arriscaria dizer que, por mais que se ressalte a importância da deliberação política nas instâncias legislativas para se resolver problemas em sociedades complexas, deve-se cogitar a existência de um caráter especial no debate jurídico, trazendo à luz aquilo que o direito corretamente compreendido já nos exige, isto é, as consequências necessárias dos princípios constitutivos de uma comunidade, com os quais já nos comprometemos. Esse tipo de experiência pode ter uma qualidade

²⁷⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, New Haven, v. 42, p. 373-434, 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020.

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²⁷⁷ Analisando criticamente o debate entre Post-Siegel e Sunstein e chamando atenção para esse mecanismo das audiências públicas jurisdicionais, veja-se: BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, v. 38, p. 1-20, 2011. Disponível: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189>. Acesso em: 05 mar. 2020.

²⁷⁸ Apesar de todas as dificuldades de fazer as participações nas audiências públicas influenciarem concretamente as decisões, não podemos renunciar precipitadamente a essa oportunidade. Ela deve ser reforçada por institutos já existentes, tais como: art. 10 do CPC/2015, segundo o qual “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”; e o art. 489 § 1º, IV, que diz não se considerar fundamentada qualquer decisão judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Por fim, cabe lembrar uma observação feita por José Rodrigo Rodriguez durante uma banca de qualificação de Mestrado na Unisinos: as audiências públicas jurisdicionais devem ser julgadas não apenas por seu resultado endoprocessual, mas também por toda a mobilização que elas geram, organizando em seu entorno uma série de atores sociais para a defesa (jurídica e política) de seus direitos

deliberativa distinta, capaz de gerar reflexividade, autocompreensão e um verdadeiro aprendizado social, através de efetivas trocas de razões sobre os fundamentos de nossa comunidade, ao invés de nos socorrermos sempre do critério majoritário de decisão – caminhando, assim, de convenção em convenção.

Críticas institucionais. Seria um erro supor que um enfoque institucional levaria a uma convergência automática, e que outros autores não apontariam problemas dessa ordem no modelo de Sunstein. Sua maior fraqueza institucional estaria nas suas ambições deliberativas, que exigiriam uma complexa coordenação de comportamentos entre os juízes e entre Judiciário e os demais Poderes.

Precisamos assumir aqui o caráter altamente especulativo da teoria de Sunstein, sendo difícil realizar uma análise de dados empíricos ampla o suficiente para predizer interações complexas entre diferentes atores e instituições. Uma agenda de pesquisa a ser perseguida seria confrontar o minimalismo com os ricos relatos da experiência canadense²⁷⁹, conhecida como “diálogos institucionais”²⁸⁰, tentando transpô-la para outras realidades²⁸¹. Mesmo assim, o desafio é grande e os resultados podem se mostrar contrários ao minimalismo²⁸².

Para Adrian Vermeule²⁸³, modelos interpretativos deveriam evitar depender da coordenação entre juízes para produzir resultados benéficos, porque ela aumenta

²⁷⁹ LOPES, Ziel Ferreira. O minimalismo poderia melhorar as relações entre judiciário e legislativo? *SOCIOLOGY OF LAW*, 5., 2019, Canoas. **O direito na sociedade tecnológica**. Canoas: Unilasalle, 2019. v. 1. p. 2508-2529. Disponível em: <http://svr-net20.unilasalle.edu.br/handle/11690/1246>. Acesso em: 18 fev. 2020.

²⁸⁰ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights Isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, [S. l.], v. 35, n. 1, p. 81, Mar./June. 1997. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>. Acesso em: 18 fev. 2020.

²⁸¹ NEVES, Isadora Ferreira; LOPES, Ziel Ferreira. Desafios aos diálogos institucionais no Brasil: o papel do STF na relação entre Poderes. *In: ANAIS SOCIOLOGY OF LAW 2018*, 4., 2018, Canoas. **O direito entre o caos e desconstrução**. Canoas: Unilasalle, 2018. p. 1256-1265; Disponível em: <http://repositorio.unilasalle.edu.br/handle/11690/1106>. Acesso em: 18 fev. 2020.

²⁸² Como sugeri em outra oportunidade: “Curiosamente, o fator de sucesso dos diálogos institucionais pode ser justamente o contrário da lógica minimalista. Os membros de uma instituição deveriam chamar para si o ônus de oferecer razões sobre um caso, tentando ser econômicos no uso de poder com relação aos efeitos práticos de sua decisão. Lançadas na esfera pública, tais razões podem informar um debate qualificado, que vai pressionar decisões subsequentes de outras instituições e influir na sua implementação. Haveria grande proveito em tomar decisões abertas à complementação e revisão por outros órgãos mais especializados, inaugurando-se um processo deliberativo/decisório de várias rodadas, em que cada ator seria pressionado a melhorar as razões já colocadas na sua vez de agir”. LOPES, Ziel Ferreira. O minimalismo poderia melhorar as relações entre judiciário e legislativo? *In: SOCIOLOGY OF LAW*, 5., 2019, Canoas. **O direito na sociedade tecnológica**. Canoas: Unilasalle, 2019. v. 1. p. 2524. Disponível em: <http://svr-net20.unilasalle.edu.br/handle/11690/1246>. Acesso em: 18 fev. 2020.

²⁸³ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 118-153.

significativamente os “custos decisórios” e diminui a viabilidade prática do modelo. A necessidade da coordenação com demais instituições é ainda mais custosa.

No que se refere à relação entre o Judiciário e o Legislativo, Omori²⁸⁴ questiona se o minimalismo poderia mesmo gerar cooperação. Para tanto, seria preciso considerar que: quando o Judiciário decide de maneira minimalista, há exportação de custos de decisão e custos de erro; esse custo precisa ser menor em outros Poderes; esse custo precisa ser menor especificamente no Legislativo; decisões rasas e estreitas podem produzir conflitos no Legislativo, mesmo gerando acordos na Corte; e decisões rasas e estreitas podem impedir, e não promover, a deliberação. Legisladores podem simplesmente ocupar o vácuo de poder deixado pelos tribunais, sem oferecer boas razões em troca. Isso tudo converge para a conclusão de que as decisões judiciais rasas e estreitas podem ser vantajosas quando o Legislativo já funciona bem, e podem agravar as coisas se o Legislativo funciona mal. Assim, são limitadas as expectativas de que o minimalismo possa fazer Judiciário e Legislativo cooperarem. Talvez isso só aconteça quando cada um desses Poderes já funciona bem internamente, por circunstâncias próprias²⁸⁵.

3.5.4 Os Pontos mais Frágeis do Minimalismo

Há uma constante nos problemas apresentados pelo minimalismo: a falta de uma teoria mais completa sobre a interpretação, o que fundamenta sua legitimidade, suas razões substantivas.

Isso não compromete sua estrutura. Tampouco tira o valor de suas contribuições, no sentido de tornar operacional a atividade judicante e facilitar a obtenção de acordos. Mas pede uma complementação no seu conteúdo, sobre

²⁸⁴ OMORI, Hidetomi. Can minimalism make judiciary and Legislative cooperate? In: MORIGIWA, Yatsumoto; TAKIKAWA, Hirohide (ed.). **Judicial minimalism** – for and against. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012. p. 63-66.

²⁸⁵ Infelizmente, a réplica de Sunstein (intitulada “*On Falibility*”), no que diz respeito a Omori, foi curta e evasiva: “É importante ver que minimalistas não necessariamente são deferentes ao processo democrático; eles não adotam uma presunção forte em favor do que quer que o Legislativo decida. Aqueles que acreditam em uma política consistente de contenção judicial, ou que defendem respeito pelo que quer que os legisladores façam, não são minimalistas no sentido que eu entendo aqui. Considere a esse respeito os comentários de Hidetomi Omori, que talvez me entenda mal nesse ponto, e Yoh Matsuo, que pergunta se os minimalistas defendem o constitucionalismo popular; eles não o fazem. Minimalistas estão dispostos a invalidar os resultados do processo legislativo. O ponto central é que, quando eles o fazem, eles procuram julgar de maneira estreita e rasa” (MORIGIWA, Yatsumoto; TAKIKAWA, Hirohide (ed.). **Judicial minimalism** – for and against. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012. p. 93.). Não me parece ter havido descaracterização ou mal-entendido sobre o pensamento de Sunstein, da parte de Omori.

como arbitrar entre juízos avaliativos, até que ponto se pode negociar numa decisão colegiada, quando a analogia deve ser quebrada em prol de uma consistência de princípio, onde a deferência justificada acaba e começa o déficit na garantia judicial de um direito, etc. Tudo isso faz com que sua relação com Dworkin não esteja no passado. O minimalismo ainda tem contas a acertar com o integracionismo.

4 O DEBATE DWORKIN-SUNSTEIN: PARA UMA APRORIAÇÃO CRIATIVA

Décadas atrás, Dworkin mudou a agenda do debate sobre teoria do direito com seu ataque aos positivistas. O jusfilósofo americano conseguiu chamar atenção para um aspecto negligenciado do fenômeno jurídico: a existência de padrões normativos que não podiam ser capturados por um modelo simples de regras, identificáveis por sua origem em fontes institucionais autorizadas. Colocava-se, então, a questão dos princípios como categoria normativa diferenciada. Mas não apenas isso: levava-se a repensar todo o clássico problema da relação entre direito e moral²⁸⁶.

Ocorre que, nesse processo, surgiria um curioso paradoxo a respeito de Dworkin: por um lado, seu tratamento teórico dos princípios aumentava o rol de elementos que constrangeriam a decisão, sendo associada pelo autor, desde o início, à crítica da discricionariedade judicial e tendo levado à elaboração de uma tese da resposta correta; por outro lado, a admissão de componentes morais entre os critérios de identificação do direito, que para ele se daria através de uma “interpretação construtiva”, levou muitos críticos a atribuírem a Dworkin a culpa por aumentar tal discricionariedade. Teria fornecido um alibi teórico para ambiciosas digressões morais por parte dos juízes, desviando o foco da legislação e dos precedentes.

Sem dúvidas, há grande exagero nessa acusação. Importantes trabalhos já denunciaram o quanto a chamada “farra panprincipiológica”²⁸⁷ está relacionada a uma apropriação caricatural da obra de Dworkin, e até a uma invocação puramente retórica dele por muitos juristas²⁸⁸. Mesmo assim, para além das críticas injustas, há um ônus real ao se aderir à visão dworkiniana. Deve-se reconhecer os desafios e a complexidade trazidos por uma visão do direito que pretende ir além dos fatos brutos, o que levaria a todo um novo regime de verdade e fundamentação.

²⁸⁶ Veja-se: *Modelo de Regras I*, terceiro capítulo de DWORKIN, Ronald **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. A versão original foi publicada como artigo em 1967.

²⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Originalmente em 1999.

²⁸⁸ Demonstrando essa apropriação retórica de Dworkin no direito brasileiro, ao mesmo tempo em que mantém críticas ao autor: RODRIGEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

Aqui não bastaria mais o fundamento empírico – como se sonhou nas ciências naturais²⁸⁹ – sob o qual o positivismo tentou refundar toda a ciência jurídica. Para Dworkin, o direito envolveria a identificação de princípios nas leis, precedentes e doutrina, uma racionalidade valorativa que lhes desse sentido, com sua articulação ao caso concreto, da maneira que mais os desenvolvesse.

Além de extrapolar a empiria, aqui a relação da norma com seu fundamento não seria uma derivação simples e linear. O julgamento de cada caso exigiria um esforço (holístico) de integrá-lo numa rede normativa, o todo coerente do direito. Quanto mais uma interpretação harmonizasse diferentes dados jurídicos, quanto mais fundamentos se cruzassem na sua teia justificativa, melhor ela seria.

Nesse processo interpretativo, a verdade seria alcançada por uma consistência principiológica. Julgar um caso de herança envolveria fazer uma teoria da herança compatível com o resto do direito, que atribuísse a cada princípio pertinente o devido peso relativo. A teoria do direito assumiria um caráter necessariamente normativo e, assim, uma continuidade com a prática. Cada sentença judicial seria também uma peça de filosofia²⁹⁰.

Diante de toda essa revolução interpretativa, a comunidade jurídica se dividiu em várias novas escolas e tendências²⁹¹. Alguns pretenderam voltar para o estágio positivista anterior, rejeitando tais fenômenos normativos trabalhados por Dworkin. Ainda que alguns juízes se sentissem influenciados por tais padrões, eles seriam extra-jurídicos, portanto, externos à sua disciplina – a discussão de seu conteúdo seria própria da filosofia moral e política, estranha ao direito. Para esses positivistas fiéis ao Hart de *O Conceito de direito*, fazer teoria do direito continuaria sendo descrever os fatos sociais que o identificam, a partir de uma espécie de “teste de *pedigree*”. Só assim se garantiria segurança analítica no trabalho do jurista. Outros positivistas descritivos encontraram soluções intermediárias, que reconheciam a incorporação dos princípios pelas vias institucionais. Extrapolando esse modelo descritivo, houve um renascimento do chamado positivismo normativo. Com ele, assumia-se o caráter prescritivo da teoria do direito. O positivismo jurídico seria entendido como uma evitação deliberada da moral pelos juristas. Nesses termos,

²⁸⁹ Embora nem mesmo nelas uma visão tão extrema de empiricismo tenha espaço no *mainstream*.

²⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 113.

²⁹¹ Para um panorama, veja-se: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Especificamente sobre os diferentes tipos de positivismo: DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 265-314.

seria defendido como algo bom, vantajoso, que promoveria a democracia em uma sociedade plural. Na teoria da interpretação, volta-se a flertar com um textualismo.

A disputa entre essas maneiras de fazer teoria do direito (descritiva e normativa), com todas as suas implicações, ocupou por muito tempo o centro do debate nessa disciplina, com a chamada “agenda metodológica”²⁹². Mas havia outra agenda sendo gestada, e que agora vem à tona.

Correndo por fora desse debate metodológico, havia muitos outros juristas de vocação mais prática, que Dworkin denominou de “antiteóricos”²⁹³ – abrangendo grupos tão distintos quanto os realistas jurídicos, os adeptos dos *critical legal studies*, da análise econômica do direito e do pragmatismo. Eles já desprezavam as teorias analíticas-descritivas, por sua falta de utilidade concreta. E veriam no giro interpretativo-normativo da teoria do direito mais um motivo para questionar sua objetividade. Para o exército antiteórico, melhor seria reconhecer o caráter artificial e academicista da teoria do direito, substituindo-a por uma racionalidade externa, que pudesse ser traduzida em aplicações para melhorar a sociedade, por exemplo: critérios de justiça de inspiração social ou econômica.

Ainda, costuma-se esquecer de um terceiro grupo de juristas que concordam com vários pressupostos de Dworkin, mas que – ao partirem de preocupações institucionais com as condições de exercício da jurisdição – pretendem fazer atenuações no seu modelo interpretativo, de maneira a diminuir os riscos da digressão dos juízes pela teoria moral. Esta linha é sustentada por Sunstein²⁹⁴, e tem ganhado cada vez mais projeção, conforme as alas mais radicais do movimento antiteórico vão perdendo primazia.

Atualmente, vários fatores aumentam a importância dessa discussão sobre a necessidade de teoria para a prática jurídica, podendo-se citar: o acirramento dos conflitos político-jurídicos nas democracias contemporâneas, dificultando acordos morais abrangentes para embasar decisões; um crescente mal-estar institucional, atravessando o papel das Cortes na deliberação pública; e uma renovada onda anti-acadêmica e anti-intelectual, que questiona cada vez mais a relevância social da produção teórica.

²⁹² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 17-51, p. 54, 131, 148, 181 e 280.

²⁹³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 74 e 82-83.

²⁹⁴ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2018.

Nesse polêmico tema da incursão das Cortes na deliberação moral, o exercício da Jurisdição Constitucional é a situação-limite²⁹⁵, ao discutir a aplicação de um texto carregado dos compromissos valorativos que fundam uma comunidade.

Diante dos riscos envolvidos, coloca-se a seguinte pergunta norteadora: é possível evitar o recurso a teorias morais pelos juízes? Na tentativa de respondê-la, esse capítulo busca analisar o debate entre Dworkin e Sunstein. Para tanto, procede da seguinte maneira: 4.1) reconstrói e comenta o debate entre os autores nos seus textos “canônicos”²⁹⁶, 4.2) faz um balanço dos principais argumentos trocados, diante da complexidade conceitual desses textos; e 4.3) por fim, analisa criticamente seu resultado, interpretando que contribuições pode trazer para o estudo do tema, e traz uma proposta autoral em continuação à série teórica inaugurada por Dworkin e Sunstein.

4.1 Textos “Canônicos”: reconstrução comentada

Para uma busca cientificamente responsável da inovação, é fundamental sistematizar o conhecimento já existente a respeito do tema pesquisado e interpretá-lo da melhor maneira possível para desenvolver seu potencial, antes de tentar avançar novas hipóteses.

Por isso, nesta parte do capítulo, dedico-me a reconstruir o debate entre Dworkin e Sunstein, a partir dos textos principais em que tais autores se referiram

²⁹⁵ Há várias dificuldades na tradução desse debate para o Brasil. Combinar sua análise a um estudo de direito comparado extrapola em muito os objetivos desse capítulo. Contudo, é importante chamar atenção para alguns pontos: diferentemente dos americanos, temos o controle de constitucionalidade das leis em abstrato pelo Supremo Tribunal Federal e em concreto, não só pelo STF, mas também por todos os juízes. Por um lado, isso tornaria nosso sistema mais exposto a digressões morais na deliberação judicial. Por outro lado, é preciso lembrar que os americanos têm pouco direito legislado, uma Constituição sintética, e seu sistema de precedentes é mais flexível do que o inglês, o que aumenta a carga moral de sua jurisdição.

²⁹⁶ Sunstein refere-se a ele em suas grandes obras, como: SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2018. Estabelecem um debate direto nos seguintes artigos: DWORKIN, Ronald. In praise of theory. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 353-376, 1997. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=22&id=&page=>. Acesso em: 11 nov. 2019. SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 389-404, 1997. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017. DWORKIN, Ronald. Reply. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 431-446, 1997. Disponível: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=27&id=&page=>. Acesso: 10 dez. 2017. Depois disso, ainda publicariam colunas dedicados a analisar obras um do outro, mas sem que houvesse uma inovação substancial com relação aos argumentos apresentados no debate.

diretamente um ao outro: 3.1.1) *O elogio da teoria*, de Dworkin; 3.1.2) *Da teoria à prática*, de Sunstein; e 3.1.3) *Réplica*, de Dworkin.

Referidos textos serão trabalhados de maneira especial nesse momento da pesquisa, com cuidado documental, justificando-se o maior número de citações e as contextualizações frequentes. Contudo, meu maior foco será a reconstrução de suas razões, a cadeia dos argumentos de cada autor. Sempre que oportuno, tentarei enriquecê-las com comentários, reformulações e eventuais aportes de outros autores.

4.1.1 O Elogio da Teoria

A contraposição entre Dworkin e Sunstein vai se esboçando nos anos 90, com o início das incursões deste último sobre temas como desacordos morais no direito, decisão judicial e interpretação jurídica. Sunstein tornou-se famoso por defender um “minimalismo judicial”, pelo qual os tribunais deveriam decidir de modo raso e estreito, sem tentar abarcar muitos casos ou aprofundar-se quanto a valores²⁹⁷.

A essa altura, a parte central da teoria de Dworkin já estava consolidada, e ele passava a focar mais em discussões aplicadas. Depois de ser alvo de críticas de Sunstein em textos esparsos, o primeiro texto de Dworkin dedicado a estabelecer um debate sistemático com ele é *In praise of theory*²⁹⁸, inicialmente apresentado como uma palestra na tradicional sociedade de juristas *Order the Coif*, publicado na *Arizona State Law Journal* em 1997 e republicado no livro *A justiça de Toga* em 2006²⁹⁹.

Esta coletânea tinha como tônica aprofundar o debate sobre as relações entre direito e moral, respondendo às objeções que Dworkin havia recebido ao longo dos anos. Aí começa a ser gestada a revisão do modelo jusfilosófico tradicional, que

²⁹⁷ SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

²⁹⁸ DWORKIN, Ronald. In praise of theory. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 353-376, 1997. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=22&id=&page=>. Acesso em: 11 nov. 2019. Muito desse texto se baseia numa carta de Dworkin para Sunstein. Nela, comenta um manuscrito das *Tanner Lectures* de Sunstein, que ele tinha lhe enviado. Propõe esclarecer o que podem ter sido incompreensões sobre seu trabalho, embora ressalte que pode ser ele próprio quem entendeu mal seu interlocutor. DWORKIN, Ronald. [Carta]. Destinatário: Cass R. Sunstein. Nova York, mar. 1995. 1 carta. Localização: Arquivos da Biblioteca da Universidade Yale. Ronald Dworkin papers, MS 2071, Series I, Box 22, Folder 6 (partial).

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

tratava direito e moral como dois sistemas distintos, do qual Dworkin ainda não tinha se desvinculado completamente. Também começa a ficar clara a irritação do autor com as manobras conceituais do positivismo descritivo, que perderiam de vista o ponto central do argumento dworkiniano, retomando um debate que ele julgava estéril³⁰⁰. Isso tudo convergiria para a grande tese de fechamento de sua teoria em *A raposa e o porco-espinho* (2011)³⁰¹, com a realocação do direito como um ramo da moral e, por consequência, uma rejeição do positivismo descritivo – já que não se poderia descrever de modo completamente neutro e conceitual um fenômeno inescapavelmente valorativo. Nesse flanco, apenas um positivismo normativo seria um adversário teórico aceitável.

Contudo, Dworkin já tinha advertido em *O Império do Direito* (1986)³⁰² que o pragmatismo jurídico era um rival mais potente do que o positivismo. E, apesar de já haver em *A justiça de Toga* uma menção entusiasmada sobre o renascimento do positivismo normativo, são os pragmáticos que se destacam, efetivamente, como os grandes adversários teóricos nesse livro. São eles que mais oferecem desafios do tipo que Dworkin se anima a enfrentar, ao assumirem, com grande intensidade, a natureza prescritiva da disputa sobre o direito. Por sinal, o próprio título do livro parece responder de maneira otimista ao *Radicals in Robes* publicado em 2005 por Sunstein³⁰³.

Por “elogio da teoria” Dworkin entende a defesa de uma determinada abordagem aos problemas jurídicos que estaria sendo ameaçada pelo “espírito do nosso tempo”.

Os inimigos da abordagem teórica a veriam da seguinte maneira:

[...] raciocinar em termos jurídicos significa aplicar a problemas jurídicos específicos [...] uma ampla rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política. Na prática, é impossível refletir sobre a resposta correta a questões de direito a menos que se tenha refletido profundamente (ou se esteja disposto a fazê-lo) sobre um vasto e abrangente sistema teórico de princípios complexos acerca

³⁰⁰ DWORIKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 626-627. DWORIKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 262-264 e 265-314.

³⁰¹ DWORIKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

³⁰² DWORIKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 118.

³⁰³ SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing Courts are wrong for America. [S. l.]: Basic Books, 2006.

do significado da responsabilidade civil, por exemplo, ou do significado da liberdade de expressão em uma democracia, ou da melhor compreensão do direito à liberdade e à tomada de decisões éticas pessoais³⁰⁴.

Em seu lugar, defenderiam uma abordagem prática:

[...] uma decisão judicial é um acontecimento político, e juízes, advogados e todos os que refletem sobre o direito devem voltar sua atenção para o problema prático imediato que qualquer acontecimento político apresenta. A única questão deveria ser: como podemos tornar as coisas melhores? Para dar uma resposta proveitosa a essa questão prática, é preciso conhecer muito bem as consequências das decisões diferentes – e, talvez também, um pouco de economia para poder avaliar essas consequências. Para isso, porém, ninguém precisa de uma biblioteca de filosofia política³⁰⁵.

Dworkin objetiva mostrar como a abordagem prática é enganosa, e como a abordagem teórica é mais atraente e, até mesmo, inevitável. Para tanto, enfrenta três grandes argumentos anti-teóricos: metafísico, pragmático e profissional. Apenas esse último é dirigido diretamente a Sunstein, mas os dois primeiros também são importantes para compreender o desenvolvimento do debate – até porque, Sunstein adere a várias ideias de Dworkin, contrapondo-se aos antiteóricos radicais.

Antes de tudo, é preciso reformular o que se entende por “abordagem teórica”, ou teoricamente embutida [*theory-embedded*]³⁰⁶. Para Dworkin, uma afirmação sobre que direitos temos é “interpretativa”, no seguinte sentido: “ela alega que há princípios de tal modo inseridos na prática jurídica que, quando os aplicamos ao caso em questão, eles dão (ou não) o direito ao demandante [...]”³⁰⁷. Uma interpretação jurídica será superior às demais quando oferecer uma justificativa melhor para o caso, uma “teoria” capaz de harmonizar da melhor maneira essa rede de princípios em jogo. Isso não é apenas uma questão de “elegância”, mas também

³⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 72-73.

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 73.

³⁰⁶ Usam-se expressões semelhantes na filosofia da ciência, como “*theory-laden*” ou “*theory-impregnated*”.

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 74.

uma exigência político-moral de se tratar os membros de uma comunidade como iguais³⁰⁸.

Ocorre que, ao lidarmos com um caso concreto, verificam-se conflitos entre princípios. Diante disso, pode ser necessária uma “ascensão justificatória”: uma escalada no raciocínio jurídico, capaz de oferecer justificações adicionais³⁰⁹ e reconciliar os diferentes elementos em jogo que, à primeira vista, parecem entrar em choque³¹⁰.

Tal ascensão é algo que pode ser necessário no raciocínio jurídico, decorrendo da exigência para correta decisão num determinado caso. Mas ela não é uma necessidade automática em todos os casos, muito menos uma licença para digressões teóricas supérfluas do juiz. A interpretação deve observar uma “prioridade local” dos elementos normativos mais próximos ao caso, as decisões institucionais passadas que exercem uma força gravitacional na tomada de novas decisões.

A questão crucial é que não existe teste *a priori* ou abrangente para saber quando a ascensão será necessária. Evidentemente, diferentes juízes poderão divergir sobre qual a resposta correta³¹¹, e isso deverá ser decidido através da própria disputa interpretativa-argumentativa.

Parte da dificuldade em compreender Dworkin tem a ver com a grande confusão acerca do juiz Hércules³¹². É comum encará-lo como uma confissão de que

³⁰⁸ Dworkin se refere a uma comunidade de princípios. Esse é um arranjo de moralidade política difícil de evitar nas democracias contemporâneas, mesmo por quem antipatize com sua teoria. Quais seriam as alternativas? Uma associação de fato remete simplesmente a um grupo de pessoas sem vínculos, compartilhando um mesmo território. Uma comunidade de regras estabelecerá um sistema estrito de obrigações e proibições, amparados em comandos específicos de natureza convencional, algo difícil de estabelecer numa sociedade complexa. Já a formação de uma autêntica comunidade política exige um pacto fundador que reflita alguns princípios minimamente compartilhados (embora disputáveis na sua concretização), os quais passarão a servir de diretrizes para a vida pública. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

³⁰⁹ Nesse texto, Dworkin não fala nas diferentes “dimensões de peso” que se atribui aos princípios, expressão que havia cunhado já em *Modelo de regras I*. Contudo, é possível entender que esses diferentes pesos são atribuídos segundo as justificações (e conexões entre justificações) de cada princípio relativo ao caso. Nesse quadro, a “ascensão justificadora” permite arbitrar conflitos normativos a partir de princípios cada vez mais abrangentes.

³¹⁰ Vistos a partir de uma teoria mais ampla e complexa, eles podem se apoiar mutuamente. Para isso se encaminha a visão final de: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

³¹¹ Outra tese profundamente mal compreendida é sobre a resposta correta. Confira: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175-217.

³¹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 309-317.

a teoria dworkiniana é uma pura idealização, uma utopia judicial consciente de que as exigências que estabelece são inalcançáveis³¹³. Contudo, a objeção frequente de que os juízes reais não são Hércules, não têm seus super-poderes, desconsidera o propósito metodológico desse modelo.

Hércules é um artifício para revelar a estrutura oculta do raciocínio jurídico a partir de uma espécie de lente de aumento. Graças a suas capacidades sobre-humanas, pode desenvolver uma teoria abrangente para resolver cada caso, de fora para dentro, enquanto juízes reais pensam de dentro para fora. Mas o modo de raciocinar de ambos é o mesmo (embora em direções diferentes), assim como a rede de conhecimentos, os conteúdos justificatórios que precisam conectar ao caso. Esse é o ponto.

Apesar dessas caricaturas frequentes, há críticas mais justas a Dworkin, que compreendem seu recurso metodológico e, mesmo assim, ainda divergem de sua teoria sobre o raciocínio jurídico.

Para rebatê-las, Dworkin lança mão de uma comparação didática com o campo das ciências naturais, criando um modelo de deusa cientista chamada Minerva. Ela conheceria toda a física, química, etc., podendo aplicar esse conhecimento para construir uma ponte. Uma engenheira real não faria isso, e sim pensaria de dentro para fora, buscando os conhecimentos na medida necessária à construção da ponte. Mesmo que a engenheira não fosse além, nós pressuporíamos a existência de uma rede de conhecimentos ali, bem como sua possibilidade de encaixe – por exemplo, que nossa metalurgia e nossa engenharia fossem compatíveis. Para Dworkin, o mesmo deveria valer para os juristas.

Embora o autor seja econômico ao explicar as consequências dessa comparação, poderíamos arriscar dois *insights*, em defesa de uma certa “objetividade” do raciocínio jurídico: a solução de problemas na área valorativa também depende de uma estrutura de conhecimentos que não é pura invenção do juiz, mas parte de um esforço de articulação; e, também no direito, a medida em que recorreremos a círculos mais amplos dessa estrutura de conhecimentos, num caso concreto, não deveria ser vista como questão de escolha, mas como exigência para a resolução do próprio caso. Em suma: se reconhecermos a necessidade da

³¹³ Por um lado, o recurso a metáforas na (jus)filosofia pode desbloquear a imaginação para novas ideias; por outro, pode gerar uma quantidade de distorções e mal-entendidos que obscurecem seu propósito original.

ascensão teórica feita pela engenheira, não haveria justificativa para tratar de maneira diferente aquela realizada por uma juíza, como uma espécie de invenção ou capricho.

Outro ponto fundamental é a demarcação do fenômeno debatido, para livrá-lo de uma confusão frequente:

[...] Se a comunidade disser a um juiz que ‘A Constituição é o direito em seu sentido mais alto, e o seu trabalho consiste em dizer o que ela significa’, então, como tantas vezes tentei demonstrar, essa orientação vai exigir uma ‘digressão’ bastante considerável pelos domínios da moralidade política. Mas não precisamos instruir nossos juízes dessa maneira. É perfeitamente compreensível insistir que nossos juízes não devem ser encarregados da interpretação final e definitiva da Constituição. Se você teme um poder judicial demasiado grande, é isso que deve dizer. É uma grave confusão disfarçar seu desagrado pelo fato de os juízes terem grande poder – o que pode ser remediado, teoricamente, pela alteração de seu poder jurisdicional – como uma falsa teoria da argumentação jurídica [melhor seria ‘teoria do raciocínio jurídico’, já que o original fala em ‘*legal reasoning*’]³¹⁴.

Obviamente, Dworkin está criticando a maneira como outros autores misturam a discussão sobre as exigências da decisão judicial com a discussão sobre que formato deveria adotar a jurisdição. Mas, além disso, também está corrigindo uma ideia corrente a seu próprio respeito. É muito comum atribuir-lhe uma visão aristocrática da decisão judicial e também do lugar ocupado pelo Judiciário na vida pública. Mais do que isso, é comum atribuir-lhe uma visão aristocrática da própria filosofia do direito, como se o jusfilósofo saísse naturalizando suas especulações, simplesmente decretando como o direito deveria ser. Contudo, o trecho citado acima deixa bem claro que ele está argumentando sobre a melhor teoria do raciocínio jurídico – qual a maneira pela qual uma alegação poderia reivindicar legitimidade –, e que ele não deduz automaticamente disso todo um desenho institucional.

Aqui entra em questão mais um ponto da teoria de Dworkin que costuma gerar confusões, como as mencionadas acima: sua proposta de que os tribunais funcionem como “fóruns de princípios”³¹⁵. Sem problematizar muito, basta para o

³¹⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 82. DWORKIN, Ronald. In praise of theory. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 353-376, 1997. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?hand le=hein.journals/arzjl29&div=22&id=&page=>. Acesso em: 11 nov. 2019.

³¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 41-105.

momento entender que a tese não é uma defesa de um super-poder do Judiciário e, principalmente, que ela não força um desenho institucional a partir de uma teoria da decisão. Embora argumente longamente em sua defesa, Dworkin a trata como uma decisão política fundamental, e não uma necessidade lógica³¹⁶ – como fariam alguns autores³¹⁷.

Embora haja relação entre teoria da jurisdição e teoria da decisão, esses temas devem ser tratados com alguma autonomia. Dworkin parece mais maleável com relação à discussão sobre “teoria da jurisdição”, por sua natureza de artefato, de criação política pura, que pode ser instituída por uma decisão fundamental; já a teoria do raciocínio jurídico (e a “teoria da decisão judicial” a ele ligada) se movimentaria num plano mais restrito, de concretização de direitos, organizações e procedimentos já instituídos pela Constituição e pelo legislador³¹⁸. Nesse segundo plano, a teoria está mais jungida à interpretação da prática jurídica em que está inserida, a que direitos as pessoas têm ou não, à maneira como as instituições devem honrar os princípios sob os quais foram fundadas.

Esclarecidas essas bases sobre o que entende por “abordagem teórica” do direito, Dworkin passa a enfrentar os argumentos antiteóricos.

Primeiro, o argumento metafísico. Dworkin o atribui a Richard Rorty e, em menor medida, a Richard Posner. Segundo eles, não existe verdade objetiva sobre a moralidade. Não há algo “lá fora”, transcendentemente, na tessitura do universo, para fundamentá-la. Nós criamos a realidade moral em nossas práticas locais, nossos “jogos de linguagem”. Dizer que o genocídio é injusto, por exemplo, seria apenas modo de falar³¹⁹.

Isso impugnaria duplamente a abordagem teórica de Dworkin, porque dissolveria o critério moral pelo qual uma interpretação jurídica se legitima como

³¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101.

³¹⁷ Adrian Vermeule atribui a alguns autores a tese de que a jurisdição constitucional é uma necessidade lógico-conceitual das democracias constitucionais. VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 236.

³¹⁸ Essa leitura é reforçada por outros textos em que ele discute questões institucionais. Por exemplo: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 41-153. Para uma discussão da visão de Dworkin sobre procedimentos: FERREIRA LOPES, Ziel. Eficiência judicial no Brasil: revisitando princípio, política e processo. *In*: SALOMÃO LEITE, George; STRECK, Lenio Luiz; NERY JR., Nelson (org.). **Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 104-119.

³¹⁹ Dworkin tenta abarcar numa só crítica várias tendências da filosofia moral (projetivismo, expressivismo, emotivismo, etc.), as quais se apropriam da filosofia da linguagem para negar às proposições normativas um conteúdo que possa ser verdadeiro ou falso.

superior; e dissolveria, também, o critério pelo qual a própria abordagem teórica se legitima como superiora às demais visões sobre o raciocínio jurídico, já que Dworkin a apresenta como algo justo, a leitura da prática jurídica que mais honra seu compromisso com a igualdade.

Contudo, esse argumento cético não seria coerente. Se pressionado, um crítico metafísico provavelmente concordaria que o genocídio é injusto, mas com a ressalva de que isso não é a Verdade, sendo apenas uma opinião corrente em nossa sociedade. Num juízo de primeira ordem, ele estaria admitindo a veracidade da afirmação, para então subir a um plano transcendental e – não tendo encontrado nada nele – negar que o juízo que acabou de assumir faça parte da “Realidade Como Ela Realmente É”. Em outras obras, Dworkin enfatiza que o erro está nessa busca de segunda ordem, por uma espécie de partícula moral³²⁰. Se você quer negar que algo é injusto, você deve oferecer uma justificção para isso. Numa invocação da Lei de Hume, defende que não se pode buscar uma fundamentação para um “dever ser” em um “ser”³²¹.

O segundo argumento é o pragmático. Este é o principal argumento de Posner, que defende que sua abordagem é prática, instrumental, voltada para o futuro, ativista, empírica, cética, antidogmática e experimental, qualidades que faltariam à abordagem de Dworkin.

Certamente, não interessa a Dworkin reivindicar qualidades como instrumental, ativista e cético. Ademais, a disputa de outras dessas virtudes exigiria uma explicação adicional – e exemplos – da parte de Posner, como a acusação de dogmatismo. Sendo assim, Dworkin foca em disputar duas virtudes aglutinadoras às quais Posner dá destaque: o caráter “progressista” [no original: *forward-looking*³²²] e experimental da sua abordagem. Como não fica muito claro o que Posner entende especificamente por cada um desses termos, Dworkin procede por suposições.

Se se entende por progressista uma abordagem preocupada com as melhores consequências, Dworkin defende que sua abordagem é consequencial (não deontológica) em certo sentido, já que seus argumentos interpretativos “têm por finalidade assegurar um estado de coisas que, de acordo com princípios

³²⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 48, 62-65, 115, 177 e 182.

³²¹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 28-29 e 338.

³²² A tradução brasileira opta uma vez por “voltada para o futuro”, que me parece mais fiel ao texto, mas logo a substituí por “progressista”, e mantém assim no resto do texto.

incorporados à nossa prática, seja superior às alternativas³²³. Apenas não é um consequencialismo de tipo utilitarista, mas igualitarista³²⁴.

Isso parece um tanto confuso à luz do resto de sua obra, sobretudo no que se refere à tese dos direitos como trunfos individuais contra metas sociais, que garantem o indivíduo, por princípio, mesmo se a sociedade como um todo ficar pior. Ocorre que essa tese não chega a ser um “faça-se justiça e pereça o mundo”, admitindo a possibilidade do sacrifício de direitos diante de demandas políticas urgentes, com exceção dos direitos mais fundamentais³²⁵. Essa posição é facilmente distinguível daquela defendida por Posner, mas adquire um caráter mais sutil quando comparada com um pragmatismo jurídico moderado, como veremos com relação a Sunstein³²⁶.

Dworkin também defende que sua abordagem pode ser vista como experimental, no sentido de que recomenda que a decisão judicial seja imaginativa em relação a princípios. Não está presa a uma coerência formal com as decisões passadas, caso o juiz identifique um novo princípio, até então não considerado, como a melhor interpretação para uma determinada área do direito.

Contudo, reconhece que Posner pode não ter se referido a um experimentalismo “em teoria”, mas “em lugar da teoria”, seguindo o velho lema pragmático de não se perguntar pelo que é verdadeiro, ou outras questões espinhosas, mas focar naquilo que “funciona”. Esse conselho pode ser adequado em questões específicas, como o conserto de um carro – se o carro funcionar, dirija; não discuta com ele! Mas será inadequado se o objetivo da tarefa depender

³²³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. DWORKIN, Ronald. In praise of theory. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 353-376, 1997. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=22&id=&page=>. Acesso em: 11 nov. 2019.

³²⁴ Para aprofundamentos sobre essa questão, veja-se sua resposta a Posner em: DWORKIN, Ronald. Reply. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 441-442 e nota de rodapé 32, 1997. Disponível: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=27&id=&page=>. Acesso: 10 dez. 2017.

³²⁵ Habermas faz uma leitura benevolente de Dworkin, para escapar dessa contradição: “Nem todos os direitos subjetivos valem de forma absoluta, porém cada direito coloca barreiras ao cálculo do proveito e dos custos na realização de fins coletivos, os quais se justificam, em última instância, a partir do princípio do igual respeito por cada um”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 253.

³²⁶ Talvez essa linha divisória pudesse ser estabelecida, caso sua referência a um consequencialismo fosse reformulado como a busca por uma satisfação equilibrada entre diferentes princípios, sem colocá-los em competição com metas sociais (*policies*). Explicando melhor: ele não estaria abrindo mão dos direitos e fazendo um cálculo do que seria melhor para sociedade, como se fosse um legislador. Apenas estaria buscando qual leitura do direito realizaria da melhor maneira os princípios que o justificam.

justamente de descobrir o que é verdade, como no caso de um cientista que pesquisa a origem do universo.

Além disso, o conselho é particularmente inútil (e até incompreensível) no direito. Tome-se, por exemplo, a questão do aborto. Tanto os defensores quanto os críticos do instituto reagiriam horrorizados a uma proposta de experimento jurídico para testar durante algum tempo qual solução “funciona” melhor. Funciona em que sentido? Já que o “funcionamento” não se trata de um critério independente e autoevidente, é inevitável recorrer a uma cadeia de critérios valorativos para julgar a melhor solução. Nesse âmbito, não parece ser possível separar a solução de um problema de seus fundamentos, sendo necessária uma justificação teoricamente articulada.

Seguindo o debate, o último argumento anti-teórico é a chamada “objeção profissional”. Aqui tenta-se destacar que juristas não são filósofos, nem deveriam ser. As carreiras jurídicas são mais orientadas a resolver problemas práticos, e seus meios para tanto são bem menos ambiciosos teoricamente.

Essa maneira de ver o raciocínio jurídico já pode ser identificada nos antigos positivistas, como Betham, Austin, e mesmo em Hart, da maneira normativa que Dworkin o interpreta, isto é, como um convencionalista. Segundo esse enfoque, os atores jurídicos trabalhariam essencialmente com regras, recorrendo a padrões teóricos mais complexos – inclusive de ordem político-morais – na aplicação do direito, mas apenas no grau (aleatório) em que a prática convencional o determinasse. Isso abre debates à parte³²⁷, sobre se é justo fazer tal interpretação normativa de Hart e se o convencionalismo é uma teoria superior ao direito como integridade.

Depois dos positivistas, uma abordagem mais prática desse enfoque profissional pode ser encontrada no clássico americano *Introduction to legal reasoning* de Edward Levi, que dá grande destaque à analogia. Mais recentemente, várias outras observações de cunho profissionalista sobre o raciocínio jurídico foram desenvolvidas por Sunstein e elevadas ao *status* de uma abordagem própria, que seria “incompletamente teorizada”.

Para discutir sua aplicabilidade, Dworkin discrimina três tipos de responsabilidades dos cidadãos e das autoridades: de julgamento, de coordenação

³²⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

e de exposição. Para ele, a abordagem incompletamente teorizada seria cabível nos âmbitos de coordenação e exposição das deliberações públicas, de modo a produzir soluções conciliatórias entre sujeitos que têm pontos de vista em comum – embora diverjam quanto a doutrinas morais mais abrangentes –, para a tomada de uma decisão ou estabelecimento de uma política específica, seguidas pela produção de um documento conjunto expondo seu resultado. Contudo, nestes aspectos, o conselho de Sunstein nada teria de surpreendente ou excepcional, apenas ecoando o “consenso sobreposto” formulado muito antes por John Rawls.

Já com relação ao julgamento em si, Dworkin rechaça fortemente a abordagem incompletamente teorizada. Sunstein parece defender que ela seria cabível não apenas para sustentar alianças políticas e jurídicas, mas que as próprias decisões individuais independentes deveriam ser superficiais, como revela o seguinte trecho:

Mas Hércules, na opinião de Dworkin, ‘mostra-nos a estrutura oculta dos julgamentos’ comuns ‘e, assim, deixa-as abertas ao exame e à crítica’. Sem dúvidas, Hércules visa a uma ‘teoria abrangente’ de cada área do direito, ao passo que os juízes comuns, incapazes de examinar todas as linhas de investigação, devem visar a uma teoria que é ‘parcial’. Contudo, os julgamentos ‘feitos por Hércules acerca de adequação e moralidade política são feitos a partir do mesmo material e são da mesma natureza que os dos juízes’. **São estes aspectos que estou negando aqui.** (grifo nosso)³²⁸.

O parágrafo é confuso. Sunstein cita o esclarecimento feito por Dworkin sobre o papel metodológico do modelo de juiz Hércules. Parece se preparar para uma disputa sobre o que Dworkin verdadeiramente quis dizer, com isso tudo, sobre o material e a natureza do raciocínio jurídico. Mas não o faz. Sunstein não nega o que há em comum entre Hércules e os juízes reais: o caráter estrutural do conhecimento jurídico, que visa à coerência. Ataca justamente a lente de aumento, a capacidade excepcional de Hércules para a execução dessa tarefa, acertando apenas na velha caricatura de Dworkin.

Sobre a questão de a teoria ser parcial ou geral, Dworkin lembra que não se trata de uma opção, mas de uma exigência da própria resolução do caso. Com essa reformulação, devolve o ônus argumentativo para Sunstein: se ele realmente

³²⁸ Citado por: DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 97. No original: SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2018. p. 50.

pretende negar sua descrição do raciocínio jurídico, então imagina que um jurista deva recusar-se a lidar com problemas relativos à integridade, ou a tomar consciência deles.

Afinal, o que fazer diante de um caso em que há princípios conflitantes? A analogia não oferece uma saída viável, já que se trata apenas de uma maneira de afirmar uma decisão, não de chegar a ela, devendo o verdadeiro trabalho ser feito pela teoria. Subindo o tom, Dworkin afirma que o conselho de Sunstein “não serve para nada” – exagero que o cega para as contribuições trazidas por seu interlocutor, como pretendo demonstrar mais à frente.

Para não ceder à integridade, Sunstein fala em recorrer a “princípios de nível mediano”, mas essa categoria é muito pouco elucidativa. Mais fundamentalmente, o problema está em fixar um limite *a priori* para a ascensão justificadora.

Para manter a contraposição a Dworkin, Sunstein se veria obrigado a radicalizar sua posição, para defender uma omissão deliberada dos juristas diante daquilo que o caso exige. Do contrário, deveria aceitar uma versão bem enfraquecida da sua abordagem, caindo na trivialidade, ou nas ressalvas que o próprio Dworkin já fez.

Infelizmente, Sunstein muda muitas vezes seu posicionamento, ora se colocando como um duro crítico de Dworkin, ora voltando atrás, dizendo que não está tão certo da sua discordância, e estabelecendo uma série de ressalvas difíceis de sistematizar. Dworkin reclama que, afinal, fica muito pouco de pé na contraposição inicial entre os dois. Realmente, em vários momentos, não fica muito claro se uma linha argumentativa foi abandonada, se os autores estão andando em círculos ou se foi trazido algo novo ao debate.

Ainda, é importante chamar atenção para uma omissão bastante preocupante na obra de Sunstein: ele não cita várias ideias de Dworkin que já estabelecem controles e atenuações à ascensão justificadora – mesmo sem pretender formular um tabu antiteórico ou procedimento mecânico para autorizar a ascensão. Trata-se de ideias centrais, como a “doutrina da prioridade local”³²⁹, presente desde *O Império do Direito*, e outras que já estavam presentes em sua obra desde os primeiros artigos, na referência à força gravitacional das decisões passadas, à dimensão de ajuste da interpretação, etc.

³²⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 300-304.

Para Dworkin, algumas teses de Sunstein sobre porque os juízes deveriam evitar a teoria são confusas “porque, na verdade, o que delas se depreende não são as razões pelas quais a integridade deva ser abandonada, ou mesmo atenuada, enquanto objetivo, mas sim as exigências da própria integridade”³³⁰. Vale lembrar que a integridade não se confunde com a “justiça” em estado puro, mas leva em conta (simultaneamente) as dimensões de ajuste e de justificação. Dworkin, então, complementa:

[...] Ele [Sunstein] chama a atenção, por exemplo, para a importância do precedente na prática jurídica, e receia que os juízes ansiosos por impor novas estruturas teóricas ao direito sejam demasiado rápidos em desconsiderá-los. Mas esta é uma preocupação que também foi sentida por Hércules, e que o levou, exatamente por respeito à integridade dessa característica de nossa prática, a adotar o que chamei de princípio da prioridade local, um princípio que Sunstein não menciona, mas que parece equivalente à sua própria sugestão de que os juízes devem adotar um ‘pressuposto’ de que as revisões no direito devem ser locais³³¹.

Para um debate mais produtivo, seria necessário reconhecer essas ideias dworkinianas como parte do conhecimento já disponível sobre o raciocínio jurídico, para então introduzir os teoremas relativos à abordagem incompletamente teorizada, esclarecendo no que eles inovam, refutam ou complementam a série teórica inaugurada por Dworkin.

Além da disputa sobre a correta descrição do raciocínio jurídico, Sunstein também faz uma defesa normativa da abordagem incompletamente teorizada. Diz ele que “o desenvolvimento de teorias de grande alcance a respeito do que é correto e do que é apropriado é uma tarefa democrática, não judicial”³³². Dworkin lembra que essas teorias não teriam sentido “a menos que os juízes admitissem como parte de sua responsabilidade a identificação de quais dessas teorias estariam latentes na legislação e em outros fatos políticos”³³³.

³³⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 100.

³³¹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 100.

³³² Citado por: DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 101. No original: SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2018. Originalmente publicado em 1996. p. 53.

³³³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 101.

A alternativa, parece-me, seria construirmos uma comunidade jurídica inteiramente baseada em regras expressas, algo cujo funcionamento é difícil até mesmo de se imaginar hoje em dia. Ao negar o papel de interpretar a Constituição a algum órgão, precisaríamos ressuscitar o mito de um super-legislador racional capaz de expressar todas as suas “teorias de grande alcance” em regras perfeitas. Ou então admitir uma prática jurídica inteiramente diferente, considerando as várias limitações de um formalismo radical³³⁴.

Diante deste impasse, Dworkin insiste: se o que Sunstein teme é a possibilidade de os juízes imporem suas teorias morais pessoais à comunidade, ele deve dizer isso e discutir a redução de poderes da jurisdição, ou uma maior participação popular nesse processo. Contudo, daí dificilmente se seguiria que um juiz, com a atribuição de interpretar um artigo da Constituição, deva se abster de perguntar se sua razão justificadora se aplica ou não diante de um novo caso concreto.

Para concluir, Dworkin defende que a verdadeira modéstia judicial é uma questão de atitude, de um raciocínio responsável e ciente de sua falibilidade. Não pode ser obtida através de um modelo de juiz avestruz: aquele que pratica omissão deliberada na sua interpretação, podendo ficar aquém do que o direito corretamente compreendido exige.

4.1.2 Da Teoria à Prática

O texto de Dworkin gerou grande repercussão. Logo em seguida, a *Arizona State Law Journal* convidou Sunstein e Posner a publicarem suas respostas. A resposta de Sunstein veio em *From theory to practice*³³⁵.

Ele começa manifestando muitas concordâncias (algumas surpreendentes) com pontos levantados por Dworkin:

³³⁴ Dworkin analisa detidamente as limitações de um sistema desse tipo em: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 141-185.

³³⁵ SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the Coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 389-404, 1997. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017. Como a referência adianta, a publicação do texto também foi precedida por sua leitura como palestra perante a *Order the Coif*.

O ataque de Dworkin aos desafios modernos à ‘objetividade’ me parece correto e convincente. O ceticismo sobre a verdade moral é incoerente – inútil para o direito ou para qualquer outra coisa. Um argumento a favor dos acordos incompletamente teorizados não pode sensatamente ser embasado no ceticismo (portanto, existe toda a diferença do mundo entre ceticismo e um reconhecimento das limitações cognitivas ou motivacionais da parte de certas pessoas engajadas em papéis sociais distintos). Como uma abstração ou credo, a ‘antiteoria’ não faz nenhum sentido. A noção da ‘ascensão justificadora’ corretamente sinaliza o fato de que um juiz pode ter que ser ambicioso para pensar bem sobre alguns casos. Dworkin está correto ao dizer que ‘não há qualquer teste *a priori* ou generalizante para decidir quando [tal ascensão] será requerida’. Um advogado ou juiz deve ter pensado bem sobre uma questão antes de saber se ele será tentado ou levado a adotar uma argumentação mais teórica do que aquela que pensou ou esperou adotar inicialmente. Também é verdade que qualquer argumento analógico depende de um argumento de certo tipo, e, portanto, de uma teoria de certo tipo. A distinção entre fundamentos metafísicos e profissionais para desacreditar abstrações filosóficas é muito importante. A sugestão de Dworkin de que meu argumento repousa em fundamentos ‘profissionais’ [ou dependentes de papéis (*role-dependent*)] é inteiramente correta. E Dworkin descreveu minha posição com cortesia e cuidado; por isso sou extremamente grato. Pode até ser correto dizer, com Dworkin, que aqueles que celebram acordos parcialmente teorizados de uma maneira qualificada estão, em aspectos importantes, no mesmo campo básico que Dworkin³³⁶.

Com isso, vemos que o primeiro contra-argumento de Dworkin – em resposta ao crítico metafísico – não lhe diz respeito. Na verdade, Sunstein junta-se a ele na rejeição a Richard Rorty, esclarecendo que o pragmatismo que adota não é o rortiano, mas a linhagem de John Dewey e Hilary Putnam, que não dispensa a objetividade moral. Mais especificamente, contra o ceticismo moral no direito, junta-se a Dworkin na crítica aos originalistas e àqueles que acham que decisões judiciais devem ser tomadas sem referência a quaisquer argumentos morais ou políticos.

O que sobra de divergência, então? Algo bem mais sutil. Sunstein parte de um caso emblemático para esclarecer e reformular no quê ainda se contrapõe a Dworkin.

No caso *Washington v. Glucksberg* (1997), que versava sobre direito ao suicídio com assistência médica, houve apresentação por um *Amicus Curiae* de documento que ficou conhecido como “parecer dos filósofos”, subscrito por Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon, and Judith Jarvis

³³⁶ SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the Coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 390-391, 1997. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

Thompson. Nele foram apresentados argumentos teoricamente ambiciosos em defesa do “suicídio assistido”, sustentando: a partir de casos de aborto, o caráter pessoal de decisões sobre autonomia e dignidade; que a diferença entre não continuar o tratamento médico e oferecer drogas que levarão à morte se baseia numa incompreensão dos princípios morais pertinentes ao caso; e a existência de princípio “moral e constitucional de que cada pessoa capaz tem o direito de tomar decisões pessoais graves que invocam convicções filosóficas ou religiosas fundamentais sobre o valor da vida para si mesmo”³³⁷.

Para Sunstein, as Cortes deveriam ser relutantes em invalidar legislação com base em argumentos filosóficos abstratos, por serem mal equipadas para avaliar esse tipo de argumento, e porque consequências fáticas – sobre as quais esses argumentos silenciam – são muito importantes. Mantendo-nos no exemplo do suicídio assistido, as Cortes não poderiam discutir adequadamente os riscos de que seu reconhecimento criasse uma pressão sobre pacientes terminais, para cederem espaço a outros pacientes com maior chance de cura. Já Dworkin parece defender que a Suprema Corte não deveria hesitar em declarar um direito constitucional se argumentos filosóficos convincentes são apresentados em seu favor, pelo menos, se esse direito se ajustar ao resto do tecido jurídico.

Nessa linha, Sunstein apresenta três argumentos contra Dworkin: a predominância dos acordos parcialmente teorizados na prática jurídica; a pouca importância que Dworkin dá a fatos na resolução de casos; e os limites institucionais das Cortes.

No primeiro argumento, Sunstein chama atenção para que, nas práticas jurídicas efetivas, os operadores do direito buscam predominantemente chegar a acordos parcialmente teorizados. E deveriam mesmo fazê-lo, porque isso contempla uma série de virtudes como a modéstia judicial, o respeito à pluralidade, etc.

Mas qual a novidade em relação ao consenso sobreposto de John Rawls? Segundo Sunstein, seria que a convergência aqui é obtida através de uma “descida justificatória” com relação a particularidades, a resultados práticos, a assentir que X é igual a Y, a partir de alguma razão intermediária sobre a qual possam convergir, independentemente das razões profundas que cada um possa ter para pensar desse

³³⁷ Ronald Dworkin citado por: SUNSTEIN, Cass R., SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the Coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 389-390, 1997. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

modo. Contudo, silencia com relação à similaridade disso com a doutrina dworkiniana da prioridade local.

Deixa claro que não se trata de negar a descrição nem a prescrição de Dworkin sobre o raciocínio jurídico, mas de atribuir diferentes ênfases ao papel da ascensão e da descida justificadora. A diferença fica mais clara quando parte para exemplos concretos, como o famoso caso *Roe v. Wade*, sobre o direito ao aborto. Dworkin o celebra, como uma defesa de princípio da liberdade. Já Sunstein, embora concorde substantivamente com o julgado, critica sua abrangência na discussão sobre o que é direito à privacidade, e o detalhamento da fixação pela Corte dos procedimentos médicos. Isso trouxe uma série de problemas na implantação dos direitos resultantes, além de fragilidades no precedente até hoje exploradas por seus críticos, que tentam revertê-lo.

De fato, embora tenha estabelecido uma vitória estratégica para o movimento feminista, muitas vezes desse meio se insurgem contra a maneira “de cima para baixo” como esse tipo de decisão judicial costuma ser imposta. Por mais bem-intencionadas que sejam, tais decisões costumam gerar novas injustiças, por não terem sido construídas com maior participação daquelas que serão diretamente afetadas por elas. Aqui, Sunstein deixou de introduzir nesse debate um argumento poderoso, presente em outros lugares de sua obra: a tese de que esse tipo de decisão dos tribunais gera um “refluxo” (*backlash*) social negativo, que desmobiliza a luta política por direitos³³⁸. Para responder esse argumento de Sunstein, o debate deveria progredir nos seguintes sentidos: uma demonstração empírica de que esse fenômeno não ocorre; e/ou, uma justificação do valor dessas decisões para o desenvolvimento da cultura jurídica de uma comunidade, algo que já está presente em alguma medida na obra de Dworkin³³⁹. Nesse segundo caminho possível, deveriam desenvolver a discussão sobre se é (ou não) justo e valioso para uma concepção deliberativa de democracia que o tribunal funcionasse também como um fórum de discussões públicas, debatendo o caso na sua devida extensão fática e principiológica, engajando os cidadãos no debate de seus direitos e levantando argumentos que poderiam ser apropriados para a luta jurídica e política. Haveria,

³³⁸ SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 59.

³³⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2005. p. 102-103.

assim, uma “função construtiva do desacordo”, como alguns críticos de Sunstein já argumentaram³⁴⁰.

Deixando de lado esse “caminho não trilhado” do debate, voltemos ao que os autores efetivamente disseram.

O segundo argumento de Sunstein diz respeito à importância dos fatos para a resolução de controvérsias jurídicas. Sem negar totalmente o papel da filosofia no direito, Sunstein chama atenção para a contribuição empírica típica dos juristas de Chicago, ao atentarem para consequências das decisões, os incentivos que elas geram, comparação de capacidades e desempenhos, etc. Por exemplo: a maneira como um tribunal julga um caso de responsabilidade de um laboratório farmacêutico pode ter um impacto previsível nesse mercado, gerando incentivos perversos cujos prejuízos recairão sobre os consumidores, penalizando especialmente os mais pobres. Compreendida essa cadeia de eventos, como lidar com ela da melhor maneira?

Muitas vezes esse aparato metodológico é visto com desconfiança, sendo utilizado em discursos centrados na eficiência em detrimento de direitos – sobretudo no Brasil, onde se associou politicamente a interesses “pró-mercado”, destituídos de sensibilidade social. Contudo, lembremos que Sunstein assume um compromisso moral substantivo, diferentemente de Posner. A maneira como maneja esse referencial é mais complexa. Ele até hesita sobre a profundidade de sua discordância com Dworkin, e cogita se tratar novamente de uma questão de ênfase.

Sunstein não se coloca como antiteórico. Admite que esses elementos empíricos precisarão ser interpretados e convertidos em teoria normativa, para se poder chegar à decisão. Apenas insiste apenas que a teoria pura, sem quaisquer referências empíricas, pode levar a debates jurídicos estéreis.

Além disso, diferentemente da posição padrão do pragmatismo jurídico, ele assume um compromisso com decisões institucionais passadas e com a concretização de direitos pré-existentes. Sobre esse pano de fundo, tenta diminuir os “custos de decisão” e os “custos de erro”. Mais exemplos ajudam a refinar a diferença entre os dois autores nesse ponto.

³⁴⁰ POST, Robert; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, New Haven, v. 42, p. 373-434, 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020.

No caso *Riggs v. Palmer*, Dworkin defende a decisão do tribunal de negar o direito à herança a um homem que matou o avô, mesmo sem legislação estabelecendo uma regra explícita nesse sentido, com base no princípio de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. Sunstein concorda com a decisão, mas porque “nenhuma pessoa razoável poderia desejar que um assassino herdasse, e porque essa exceção da lei, facilmente contida, causaria pouco aumento na incerteza jurídica”³⁴¹.

Já no caso *TVA v. Hill*, o tribunal determinou que o governo parasse a construção de uma represa porque isso extinguiria uma determinada espécie de peixe. Dworkin criticou a decisão, por fazer uma leitura formalista de uma lei, e não a melhor interpretação construtiva – Dworkin talvez acrescentasse a esse resumo que o tribunal desconsiderou documentos legislativos relevantes para o caso. Sunstein defende a decisão, porque “pessoas razoáveis poderiam procurar proteção para o *snail darter* sob as circunstâncias do caso e porque esta exceção à lei (difícil de conter) criaria uma grande dúvida sobre o futuro significado do Ato das Espécies Ameaçadas”³⁴².

Aqui sua diferença com relação a Dworkin parece profunda, não sendo apenas questão de ênfase. Certamente, ele também se distancia de uma forma caricata de pragmatismo jurídico, focada apenas na eficiência, no sentido das repercussões econômicas geradas pela decisão. Para Sunstein, trata-se de fazer uma “economia” do próprio raciocínio jurídico. Mas até onde essas duas versões de pragmatismo jurídico realmente são diferentes, se comparadas ao direito como integridade? Alguém poderia dizer que Sunstein não está realmente trabalhando com direitos como padrões jurídicos normativos, mas apenas como parte de um cálculo custo-benefício de longo prazo, que toma direitos como ficções úteis, dependentes das condições sociais de sua implementação. Afinal, são os elementos empíricos que devem se encaixar na teoria normativa, ou a teoria que é engolida por um grande cálculo efficientista disfarçado?

³⁴¹ SUNSTEIN, Cass R., SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the Coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 398, 1997. Disponível em: http://chicago.unbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

³⁴² SUNSTEIN, Cass R., SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the Coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 398, 1997. Disponível em: http://chicago.unbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

Vamos agora ao último – e, a meu ver, o mais promissor – argumento de Sunstein. Todas as mudanças que ele propôs até aqui estão dentro do espaço tradicional da decisão judicial. Por isso, seu último argumento é mais inovador, ao discutir o próprio desenho institucional da produção do direito. Qual órgão teria maiores capacidades para resolver certos casos? Será que não há questões institucionais envolvidas nas limitações filosóficas dos juízes?

Sunstein reafirma a importância de soluções legislativas, ao invés de judiciais, para questões moralmente controversas. Também chama atenção para as peculiaridades do pacto federativo americano, que permitem uma experimentação legal pelos próprios estados, antes de uma solução mais abrangente. Sobretudo, aponta a cegueira de Dworkin para um fenômeno em curso há algum tempo nos Estados Unidos: o imenso destaque das Agências Reguladoras, ocupando funções tradicionalmente reservadas ao Legislativo e Judiciário. Essa nova forma de produção normativa contaria com maiores capacidades técnicas e um regime de legitimação próprio para resolver conflitos em áreas específicas. As Cortes americanas têm se mostrado cada vez mais deferentes às decisões de agências reguladoras, que operam sob uma lógica diferente do raciocínio jurídico, nas quais os argumentos de princípio são analisados conjuntamente a argumentos de política.

Claramente, isso impacta a parte descritiva da teoria de Dworkin. Mas Sunstein não para por aí. Também faz importantes reivindicações normativas: esses novos arranjos atendem a uma demanda por soluções mais capacitadas tecnicamente e legitimadas politicamente, diante das quais se justifica a deferência judicial. Como ele lembra: “Grande parte da moralidade específica à atividade de julgar é uma moralidade de papéis/funções [*role-morality*]”³⁴³. Os juízes não estariam praticando uma “cegueira deliberada” por motivos “filisteus”, e sim respeitando a primazia técnica e político-moral de um órgão mais capacitado para decidir.

Mantendo a modéstia com relação à própria abordagem, Sunstein pondera que essa deferência judicial a decisões de outros Poderes não seria uma regra, mas apenas uma presunção, para a qual se podem antecipar algumas exceções: o próprio argumento a favor de acordos incompletamente teorizados pode depender de abstrações controversas; o recurso a abstrações político-morais pelos juízes é

³⁴³ SUNSTEIN, Cass R., SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the Coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 401, 1997. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

necessário quando elas são claramente corretas, ou quando se trata de uma questão que volta sempre a aparecer; e, também é necessário quando as outras vias institucionais são claramente deficientes para a deliberação, como na defesa de grupos minoritários.

Por fim, Sunstein disputa a demarcação entre raciocínio jurídico e desenhos institucionais feita por Dworkin:

Dworkin responde ao apelo por modéstia judicial fundamentalmente invocando o fato de que a Corte foi investida com poder de controle de constitucionalidade [*judicial review*]. Ele pensa que eu confundi a questão da jurisdição com a questão da justificação. Mas eu me pergunto se a confusão é dele, e não minha. A existência de jurisdição – de controle de constitucionalidade – diz pouco sobre o padrão de controle ou as ocasiões de deferência. Juizes americanos tem uma ampla gama de dispositivos para contrabalancear suas próprias limitações; a preferência por acordos incompletamente teorizados é um desses dispositivos. Como Dworkin mostra habilmente, não há (bom) argumento abstrato contra abstrações. Mas há razões, tanto concretas quanto abstratas, empíricas e teóricas, para pensar que os juizes em uma democracia deliberativa se saem melhor se (geralmente) evitam as abstrações mais contenciosas quando podem, especialmente se lhes for pedido que invalidem uma lei promulgada³⁴⁴.

Vale a pena lembrar: Dworkin tinha acusado Sunstein de falsificar uma teoria do raciocínio jurídico, a “abordagem incompletamente teorizada”, para acomodar preocupações institucionais. Sugere que ele deveria fazer uma discussão institucional no âmbito apropriado, sobre quanto poder os juizes deveriam ter e qual o formato da jurisdição. E afirma que a “abordagem teórica”, com eventuais ascensões justificadoras, se faz necessária dentro do modelo de jurisdição atualmente adotado pelos Estados Unidos.

Para Sunstein, é Dworkin quem está derivando uma dimensão da doutra, para naturalizar sua abordagem teórica. Contra isso, alega que o modelo jurisdicional diz pouco sobre o tipo de raciocínio jurídico que daí segue. Assim, disputa desenhos institucionais – defendendo o crescimento das agências reguladoras –, mas também disputa qual a melhor teoria do raciocínio jurídico. Para ele, tanto no aspecto descritivo quanto normativo, há razões para acreditar numa abordagem

³⁴⁴ SUNSTEIN, Cass R., SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the Coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 403, 1997. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

incompletamente teorizada, com uma presunção a favor das “descidas justificadoras”.

4.1.3 Réplica

Outros juristas, que não haviam sido citados originalmente, também passaram a tomar parte nesse debate. Diante disso, poucos meses depois da primeira publicação, Dworkin volta à carga em *Reply*³⁴⁵. Para manter o foco, abordaremos apenas a parte em que se dirige diretamente a Sunstein.

Para ele, Sunstein defende uma versão suavizada de sua teoria, um “Hércules *Lite*”. Mas Dworkin não consegue ver com clareza como essa diferença se sustentaria. Primeiro, porque Sunstein não explica bem quando nem porque os juízes deveriam interromper uma averiguação de moralidade política. Segundo, porque os juízes deveriam dominar uma “argumentação muito complexa, abstrata e controversa sobre o caráter da democracia, antes que eles pudessem aceitar seu conselho de não se aventurar em questões complexas, abstratas e controversas de moralidade política”³⁴⁶.

É importante registrar que Dworkin mostra-se agradecido pela caridade argumentativa e honestidade intelectual de Sunstein³⁴⁷. À luz dos seus contra-argumentos, sugere que a diferença entre os dois sequer chega a ser uma questão de ênfase, mas talvez de tópicos, do assunto de que cada um está tratando.

Nesse espírito, concorda com Sunstein que uma decisão judicial deve considerar suas consequências, e que filosofia pura não traz à tona os fatos que precisamos saber para julgar. Contudo, ao ser acusado de um déficit empírico em sua análise jurídica de casos, defende que recorre a tanto na medida necessária ao desenvolvimento de sua argumentação. Passa, então, a criticar o alarde dos pragmáticos sobre o impacto que pesquisas empíricas podem ter no trabalho dos juízes – que supostamente aliviarão o fardo teórico da fundamentação, ao predizer

³⁴⁵ DWORKIN, Ronald. Reply. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 431-446, 1997. Disponível: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=27&id=&page=>. Acesso: 10 dez. 2017.

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald. Reply. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 432, 1997. Disponível: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=27&id=&page=>. Acesso: 10 dez. 2017.

³⁴⁷ O mesmo não ocorreu com relação a Posner, cujo debate com Dworkin se tornou cada vez mais acalorado e improdutivo. Os autores passaram a se acusar mutuamente de más práticas argumentativas.

as consequências das decisões. Diante disso, questiona se alguém já ofereceu alguma forma extraordinária de realizar esses aportes, e diz não a ter encontrado em Posner e Sunstein. Pelo contrário, acusa a maneira parcial e pouco disciplinada com que se costuma invocar tais pesquisas na prática jurídica americana. Pode-se dizer que a empiria não deve substituir a teoria na decisão judicial, e sim informá-la, dar-lhe suporte.

Mais importante de tudo, concorda com Sunstein em sua visão geral sobre teoria da interpretação. Parecem concordar também com relação ao papel da analogia, isto é, que ela não serve para chegar a uma conclusão, mas para demonstrá-la. Sunstein fala que diferentes pessoas podem reconhecer que X é igual a Y, a partir de uma determinada razão intermediária sobre a qual convergem. Isto é admitir que há uma perspectiva moral sustentando a analogia, e uma consistência principiológica justificando o igual tratamento. Não diz que as pessoas reconhecem – como um fato bruto e autoevidente – que X é igual a Y, portanto deve ser julgado como Y.

Mesmo com tudo isso, Dworkin ainda discorda em alguns detalhes, cujo esclarecimento envolve um intrincado trabalho analítico. Para ele, há duas objeções de Sunstein a ser enfrentadas, uma na teoria da jurisdição e outra na teoria da interpretação/decisão judicial. Os dois próximos parágrafos são sobre um exercício de (auto)observação complexo: Dworkin tenta se colocar no lugar de Sunstein, para entender melhor suas críticas.

Da perspectiva de Sunstein, na teoria da jurisdição, juízes teriam uma responsabilidade mais limitada do que o integracionismo supõe, devendo “aplicar apenas direitos constitucionais que podem ser identificados como ‘claramente certos’ sem fazer julgamentos controversos sobre que princípios morais elevados são sólidos ou não”³⁴⁸. Por esse critério sunsteiniano, a Suprema Corte teria acertado ao derrubar leis segregacionistas no caso *Brown*, acertado em declarar o direito ao aborto no caso *Roe* – embora o devesse ter feito com uma fundamentação mais modesta –, e não deveria declarar o direito ao suicídio assistido no caso *Glucksberg*.

Na teoria da interpretação, o erro do integracionismo seria com relação a que direitos a Constituição garante, independentemente do órgão que deve aplicá-los. A

³⁴⁸ DWORKIN, Ronald. Reply. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 447, 1997. Disponível: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=27&id=&page=>. Acesso: 10 dez. 2017.

Constituição não incorporaria princípios morais mais elevados e controversos, mas apenas princípios morais “claramente certos”, e só garantiria direitos nessas bases estreitas. As consequências práticas disso vão na mesma linha da primeira objeção: para Sunstein, a Constituição garantia um direito anti-segregação em *Brown*, um direito ao aborto em *Roe*, e não garante um direito ao suicídio assistido em *Glucksberg*.

Então, Dworkin passa à resposta. A seu ver, ambas as objeções dependeriam de adjetivos problemáticos associados aos princípios: deveriam ser “claramente certos” e não “elevados”. Mas o que quer dizer mesmo isso?

Ser “claramente certo” não deve significar incontroverso, já que a decisão no caso *Brown* foi altamente controversa na sua época. Também não deve ter a ver com uma “certeza” psicológica do juiz, critério altamente subjetivo. Então, qual a noção de “objetividade moral” nas decisões judiciais defendida por Sunstein? E como sabe que se deveria julgar a favor em *Brown*, mas contrariamente em *Glucksberg*, senão através de uma justificação bem desenvolvida teoricamente?

Particularmente, arrisco perguntar qual o critério de Sunstein para avaliar *Brown* e *Roe*. Ele teria essa “clara certeza” sobre seu acerto, mesmo no calor do momento em que essas decisões foram tomadas, sob forte controvérsia? Ou só está reconhecendo seu acerto *a posteriori*, falando de uma posição confortável em que tais decisões já se consolidaram como corretas na cultura jurídica americana?

Também não fica claro como Sunstein consegue saber que uma determinada decisão é correta sem que os juízes também o consigam. Ele diz concordar com o parecer dos filósofos sobre suicídio assistido, e que “seus argumentos dificilmente podem ser demonstrados errados”, mas que não são “claramente certos” a ponto de justificar uma decisão judicial. Como isso é possível? Qual a base para essa gradação de certezas?

E o que dizer da profundidade/altura de um princípio? Como estabelecer uma métrica objetiva para isso, que dispense a teoria? Além do mais, a controvérsia social temida por Sunstein pode não ser causada pelo princípio que fundamentou a decisão, mas pelo resultado em si. Se mantido o resultado, a parte derrotada seguiria odiando quaisquer fundamentos racionais invocados pelos juízes para justificar a decisão.

Mesmo que essas deficiências conceituais pudessem ser ignoradas, Dworkin ainda rejeitaria liminarmente a primeira objeção, por significar a liberação do juiz de

sua responsabilidade diante de dificuldades na interpretação do direito, sem que se negue a existência desse direito: “Desconheço alguém que sustente que Juízes perdem sua responsabilidade de aplicar direitos constitucionais sempre que o conteúdo desse direito se tornar controverso ou difícil de determinar”³⁴⁹. Ainda, volta a distinguir os assuntos de que Sunstein e ele se ocupam

[...] meus argumentos são interpretativos e não jurisdicionais: eles se destinam a ajudar a identificar que direitos constitucionais os americanos têm, **não quais instituições são apropriadamente encarregadas de julgar essa questão**³⁵⁰ (grifo nosso).

Quanto à segunda objeção, de que a Constituição só garantiria direitos quando “claramente certos”, Dworkin questiona seu suporte no texto constitucional americano ou mesmo na história de sua interpretação. Apesar desse problema de ajuste às práticas efetivas, se anima a disputar essa teoria no âmbito da justificação. Seria ela uma teoria da interpretação que coloca a Constituição sob a melhor luz?

Sunstein parece considerar que sim, pois esse modo de interpretar o direito seria melhor para a democracia. Para Dworkin, isso é partir de uma visão restrita de democracia – aproximando Sunstein de um majoritarismo que ele, como defensor de um modelo deliberativo³⁵¹, repudia expressamente.

Sunstein também pensa que os juízes não têm capacidades teóricas similares a filósofos, não devendo se aventurar muito em digressões sobre moralidade política. Para Dworkin, esse argumento profissionalista é muito exagerado, pois parte de uma visão caricata da abordagem teórica. Com ela, ninguém pede que juízes façam uma discussão sobre metafísica e teoria da mente, mas apenas que julguem os casos com responsabilidade, enfrentando as dificuldades necessárias à sua compreensão e justificação.

Como supor que juízes não têm essa capacidade, mas os legisladores têm? Não é possível justificar essa superioridade epistêmica. A saída seria apelar para um critério que considera uma deliberação automaticamente melhor, quanto maior for o

³⁴⁹ DWORKIN, Ronald. Reply. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 450, 1997. Disponível: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=27&id=&page=>. Acesso: 10 dez. 2017.

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. Reply. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 450, 1997. Disponível: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=27&id=&page=>. Acesso: 10 dez. 2017.

³⁵¹ SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 180.

seu quórum. Mais uma vez, isso levaria Sunstein a aderir a uma visão de democracia majoritária. Mas sabemos que essa saída não lhe agradaria. Ele gostaria de imaginar que sua teoria da decisão se justifica por razões mais complexas, de deferência às instituições mais capacitadas, em prol da democracia deliberativa.

Ademais, como supor que os juízes não têm capacidade para o julgamento dos casos, mas têm para fazer uma meta-reflexão sobre suas limitações, isto é, sobre até onde conseguem garantir um raciocínio claramente certo? Na viva imagem de Dworkin, seria pedir que escalassem o monte Everest para, lá de cima, mostrar-lhes que não são bons em escaladas.

Para encerrar o debate, Dworkin retoma a comparação que havia feito entre Sunstein e Posner. Por um lado, reconhece que o primeiro é bem menos anti-teórico do que o segundo. Por outro, questiona se Sunstein também não se aproxima em alguns momentos do “consequencialismo de direitos superficiais”, teoria moral de fundo que Posner adotaria, embora sem assumi-la expressamente.

Essa teoria trata as pessoas apenas “como se elas tivessem direitos”, enquanto parte de um cálculo custo-benefício de longo prazo. Nessa perspectiva, não importa se um direito tiver seu reconhecimento adiado, enquanto se forma um consenso maior a seu respeito e se conhecem melhor suas consequências. O custo desse adiamento seria pago pelo ganho em informações e em melhores condições de decidir.

Dworkin discorda, por defender que direitos são compromissos normativos de uma comunidade com seus cidadãos, que não têm um valor meramente instrumental para a melhoria da sociedade. Nessa perspectiva, cada direito não reconhecido é um caso próprio de injustiça. Não se pode sacrificar o direito de alguém para maximizar a felicidade dos outros, inclusive das gerações futuras – lembro aqui das críticas de King Jr. à “droga tranquilizadora do gradualismo”³⁵². Em todo seu discurso, King Jr. critica duramente aqueles que pretendem pôr limites à reivindicação de direitos, os que negociam pequenas concessões e perguntam se já não é o suficiente. Contra isso, destaca a urgência da correção de uma grave injustiça:

³⁵² KING JR, Martin Luther. **Where do we go from here: chaos or community?** New York: Harper Row, 1997. <https://www.archives.gov/files/press/exhibits/dream-speech.pdf> Acesso em: 26 fev. 2020.

De certa maneira, nós viemos à capital da nossa nação para cobrar um cheque. Quando os arquitetos da nossa República escreveram as magníficas palavras da Constituição e da Declaração da Independência, eles estavam assinando uma nota promissória da qual cada americano seria herdeiro. Essa nota era a promessa de que todo homem – sim, todo homem negro, assim como todo homem branco – teria garantidos os direitos inalienáveis à vida, à liberdade e à busca da felicidade. É óbvio hoje que a América não pagou essa promissória com relação a seus cidadãos de cor. Ao invés de honrar sua sagrada obrigação, a América deu ao povo negro um cheque inválido, um cheque que voltou marcado com ‘fundos insuficientes’. Mas nós nos recusamos a acreditar que o banco da justiça está falido. Nós nos recusamos a acreditar que os fundos são insuficientes nos grandes cofres de oportunidade dessa nação. Então nós viemos cobrar esse cheque, um cheque que nos dará à vista as riquezas da liberdade e a segurança da justiça.

Afinal, quem leva os direitos a sério exige que os juízes decidam da melhor maneira, ouvindo com cuidado e se esforçando o máximo que podem nos seus raciocínios, para entendê-los corretamente.

4.2 Balanço dos Principais Argumentos

O que começou como uma contraposição fácil de visualizar terminou se mostrando uma relação complexa entre os autores, cheia de sutilezas. A diferença fundamental entre a abordagem teórica e a incompletamente teorizada parece “elusiva”, para usar a expressão de Dworkin³⁵³.

Para complicar, os autores não responderam diretamente os pontos formulados um pelo outro e passaram a introduzir novos pontos, desorganizando a discussão. Assim, para não nos perdermos, é preciso um exercício de leitura estruturada³⁵⁴ para saber que fim levaram os principais argumentos e contra-argumentos.

³⁵³ DWORKIN, Ronald. Reply. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 432-448, 1997. Disponível: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=27&id=&page=>. Acesso: 10 dez. 2017.

³⁵⁴ Aqui, adapto alguns recursos didáticos de: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O método de leitura estrutural. **Cadernos Direito GV**, [S. l.] n. 16, mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/interna.aspx?PagId=HTKCNKWI&IDCategory=4&IDSubCategory=84>. Acesso em: 26 fev. 2020. É importante destacar que esse procedimento não constitui um “método” interpretativo, no sentido de estabelecer uma garantia prévia de como se dá o conhecimento. Trata-se apenas de uma técnica de organização do trabalho científico, para tornar sua estrutura argumentativa mais explícita – mais ainda muito distante de uma formalização lógica –, além de facilitar a reutilização de informações por outros pesquisadores.

Dworkin começou seu elogio da teoria fazendo esclarecimentos sobre a abordagem teórica do raciocínio jurídico. Fixada sua posição, passou a rebater os argumentos (a) metafísico, (b) pragmático e (c) profissional dos anti-teóricos.

Sunstein respondeu suavizando sua contraposição inicial. Concordou explicitamente com Dworkin em (a). Em (b), pode-se dizer que ele aceitou a crítica a formas extremas de pragmatismo jurídico, mas defendeu uma versão moderada de suas qualidades. Em (c), reformulou sua discordância com Dworkin para uma questão de ênfase. Passou então a três contra-argumentos contra Dworkin, sobre: (d) a predominância dos acordos parcialmente teorizados, (e) a importância da empiria e (f) os limites institucionais dos juízes.

Em sua tréplica, Dworkin também suavizou sua postura. À luz dos esclarecimentos de Sunstein, passou a reconhecer uma grande convergência entre eles nas questões de base sobre interpretação judicial, levando a divergência restante para o nível dos detalhes. Silenciou sobre (d), talvez porque essa ideia já esteja presente em toda sua obra. Deu pouca atenção a (e), dizendo concordar com a importância de fatos no direito, mas duvidando da capacidade de Sunstein e Posner de oferecerem alguma maneira extraordinária de trazer recursos empíricos para fundamentar uma decisão, que não seja a serviço da teoria. Já em (f), Dworkin distinguiu dois pontos levantados por Sunstein: uma objeção jurisdicional (f^I), segundo a qual os juízes só deveriam aplicar direitos claramente certos, e uma objeção interpretativa (f^{II}), segundo a qual a Constituição só garantiria direitos claramente certos. Rejeitou (f^I), por significar a liberação do juiz de sua responsabilidade diante de dificuldades na interpretação do direito, sem que se negasse a existência desse direito. Mas preferiu deixar claro que este ponto fugiria ao tópico de sua discussão, que seria interpretativa e não institucional. Por fim, respondeu (f^{II}) contestando seu ajuste e justificação. Ela não se ajusta à prática jurídica americana. E não se justifica como uma boa teoria da interpretação. Primeiro, por depender de uma visão pobre da democracia. Segundo, por supor que os juízes não têm muita capacidade de reflexão moral para julgar os casos, mas exigir deles uma capacidade muito maior, para avaliar seus próprios limites cognitivos, além de – pode-se acrescentar – todo o funcionamento das instituições.

Os autores ainda publicaram alguns textos³⁵⁵ endereçados diretamente um ao outro. Contudo, não se verificam neles inovações substanciais, como a apresentação de novos argumentos ou informações relevantes, mas apenas uma reformulação retórica das posições já estabelecidas³⁵⁶.

Deixando de lado os textos subsequentes, esclarecimentos adicionais podem ser buscados num passado remoto, que antecede os autores. Alguns comentadores, como Leiter³⁵⁷, viram nesse debate levantado por Dworkin com os pragmáticos um retorno à polarização entre Platão e Tucídides. Indo além, cabe observar que o “elogio da teoria” de Dworkin lembra um gênero textual clássico, conhecido como “protrético” (entre os gregos) e “exortação à filosofia” (entre os romanos). Há, inclusive, textos mais recentes desse gênero com o título idêntico ao de Dworkin, como o de Gadamer³⁵⁸. Neles, um filósofo tenta persuadir o leitor a aderir a uma vida refletida. Muitas vezes entra em questão a retirada das tarefas mundanas para exercícios contemplativos. Contudo, alguns textos famosos nessa linha rejeitam a passividade e se inserem no âmbito de uma filosofia prática, recomendando uma

³⁵⁵ Sunstein publicou duas breves resenhas de livros de Dworkin (respectivamente: *Freedom's Law e Justice in robes*): SUNSTEIN, Cass R. Earl Warren is dead. **The New Republic**, [S. l.], maio 13, 1996. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/62143/earl-warren-dead>. Acesso em: 10 dez. 2017. SUNSTEIN, Cass R. Virtues and verdicts. **The New Republic**, [S. l.] May 2006. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/62018/virtues-and-verdicts> Acesso em: 10 dez. 2017. Dworkin também publicou uma breve resenha de um livro de Sunstein (*A Constitution of many minds*): DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. **The New York Review of Books**, [S. l.], v. 56, n. 7, abr. 30, 2009. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2009/04/30/looking-for-cass-sunstein/>. Acesso em: 10 dez. 2017. Por fim, Sunstein publicou uma homenagem após o falecimento de Dworkin na qual defendeu (para surpresa de muitos) que ele foi o jusfilósofo mais importante de nosso tempo: SUNSTEIN, Cass R. The most important legal philosopher of our time. **Bloomberg**. [S. l.], 12 Feb. 2013. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/view/articles/2013-02-15/the-most-important-legal-philosopher-of-our-time>. Acesso em: 10 dez. 2017.

³⁵⁶ Talvez o mais relevante de alguns desses textos seja o contexto político que os cerca, lembrando o que ocorreu no caso de Robert Bork. Referido jurista foi rejeitado pelo Senado para ocupar o cargo de juiz na Suprema Corte. A campanha de Dworkin contra as concepções interpretativas de Bork forneceu argumentos que municiaram sua sabatina. Em algum momento, pode ter pairado sobre o debate Dworkin-Sunstein o fato deste último ser cotado para a Suprema Corte, com os textos servindo para mandar “recados públicos” à comunidade jurídica. Afinal, Sunstein terminou sendo indicado pelo Presidente Barack Obama para o cargo de presidente do Escritório de Informação e Assuntos Regulatórios, posição que, de acordo com a teoria de Sunstein, ocupa cada vez mais a centralidade institucional nos Estados Unidos. Essas questões merecem ser investigadas em trabalhos à parte. Contudo, o foco dessa tese é a analisar e tomar parte nos argumentos trocados pelos autores. Não considero produtivo deixar completamente de lado os argumentos – como se tratasse de retórica vazia – e substituí-los por uma pura análise sociológica do contexto dos debatedores, ou uma análise psicológica dos interesses que os moviam. O trabalho teórico segue tendo seu valor, se autonomizando de contextos e interesses.

³⁵⁷ LEITER, Brian. In Praise of realism (and against 'nonsense' jurisprudence). **U of Texas Law, Public Law Research Paper**, [S. l.], n. 138. p. 1-37, Jan. 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1113461>. Acesso em: 10 dez. 2017.

³⁵⁸ GADAMER, Hans Georg. **Elogio da teoria**. Tradução de J. T. Proença. Lisboa: Edições 70, 1983. p. 23-40. Traz valiosas explicações sobre o gênero textual e realiza, ele próprio, um elogio contemporâneo da filosofia contra uma instrumentalização dos saberes.

contemplação útil (para servir a si mesmo e aos outros) e uma ação refletida³⁵⁹. Mesmo assim, isso coloca em perspectiva o desafio herdado por Dworkin, que adere a uma posição historicamente vista como aristocrática.

Já as críticas antiteóricas³⁶⁰ lembram a tradição de recusa à filosofia, entendida a partir da polêmica com os sofistas. Por sua vez, herdaram como desafio o paradoxo do cético, conhecido desde os antigos: aquele que pretendesse rejeitar a reflexão filosófica se veria obrigado a fazer, ele próprio, filosofia; precisaria refletir, elaborar sua posição e argumentar em sua defesa.

4.3 Análise Crítica e Proposta de Síntese

O debate avançou de modo racional, sem que seja possível apontar falácias ou outras más práticas argumentativas de seus participantes. Contudo, cabe disputar a maneira como eles avaliaram seus resultados.

Dworkin manteve sua posição, não modificando qualquer tese central da sua obra consolidada, nem aderindo a qualquer tese nova. Apenas mudou sua reação a Sunstein, diante dos esclarecimentos que esse autor fez – suavizando seu ataque inicial a Dworkin. Mesmo assim, Dworkin manteve suas críticas a algumas teses divergentes que Sunstein continuou sustentando. Por toda reconstrução que acompanhamos, tais críticas se mostraram bem justificadas, e até hoje Sunstein não apresentou nenhum argumento novo, capaz de afastá-las³⁶¹. Mas as críticas não impugnam completamente a posição de Sunstein, havendo três contribuições significativas suas – discutidas abaixo – que se mantêm.

Mesmo que Dworkin não reconheça tais contribuições originais, no mínimo, esse debate lhe oportunizou esclarecer famosos mal-entendidos sobre sua obra, a partir de uma série de críticas úteis levantadas por Sunstein, todas de grande relevância prática.

Caberia discutir a responsabilidade por esses mal-entendidos, se ficam inteiramente por conta de má vontade dos críticos, ou se também se devem a

³⁵⁹ SENECA, Lucius Annaeus. **Sobre a brevidade da vida**. Tradução de Willian Li. São Paulo: Nova Alexandria, 1993.

³⁶⁰ Num debate sobre os desafios da análise custo-benefício em políticas regulatórias, Sunstein chegou a intitular um texto seu como: SUNSTEIN, Cass R. In praise of numbers: a reply. **Georgetown Law Journal**, [S. l.], v. 90, p. 2379-2386, 2001. Disponível em: https://chicago.unbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12306&context=journal_articles. Acesso em: 07 jan. 2020.

³⁶¹ Cabe um esclarecimento quanto à análise que se está realizando aqui: ela mesma depende de um regime de verdade interpretativo para avaliar a força inferencial dos argumentos apresentados pelos autores, já que nenhum deles se impõe como logicamente necessários.

obscuridades da parte de Dworkin. Caso a responsabilidade seja de Dworkin, poder-se-ia dar razão a Sunstein, quando argumenta que a visão dworkiniana sobrecarrega cognitivamente os operadores do direito. Caso a responsabilidade seja dos críticos, ainda assim não se pode dizer que o debate foi improdutivo, já que Dworkin se beneficiou dele para fazer esclarecimentos importantes.

Em todo caso, ao avaliar resultados, devemos assumir a perspectiva (imparcial) da comunidade científica. Aqui só ocorre progressão racional quando o conhecimento é posto em circulação na sua melhor forma. Sob essa perspectiva, o debate se mostrou bastante produtivo, levando a um refinamento do conhecimento disponível sobre “o que é” e “o que deveria ser” o raciocínio jurídico.

Sunstein reformulou sua posição, abandonando críticas fortes que tinha feito a Dworkin e aderindo a teses centrais dworkinianas, que mudam sensivelmente a maneira como a obra de Sunstein deve ser lida. Situa-se expressamente no campo básico dworkiniano, mas reivindicando a ênfase em decisões mais “modestas” no plano da justificação político-moral – embora deixe claro que não chega a oferecer um método *a priori* para evitar a “ascensão justificadora”. Contudo, em alguns momentos, faz afirmações que contradizem as teses dworkinianas antes assumidas, quando defende uma forma radical de minimalismo judicial, um cálculo eficientista na interpretação de direitos e uma espécie de precificação da incerteza na teoria da interpretação. Isso resulta num ecletismo insustentável – aqui, respondo afirmativamente à questão levantada por Ronaldo Porto Macêdo Júnior³⁶². Resolver essa contradição interna através de uma adesão completa ao pragmatismo jurídico seria abrir mão do compromisso com a fidelidade e com um mínimo cognitivismo moral, isto é, abrir mão de tudo que qualifica a proposta de Sunstein como algo novo e superior em relação a de Posner. Já uma adesão ao integracionismo, com eliminação de alguns pontos contraditórios na obra de Sunstein, preservaria o sentido das teses deste autor e enriqueceria a abordagem teórica do raciocínio jurídico.

³⁶² O questionamento sobre se Sunstein cai num ecletismo filosófico foi feito ao fim de palestra de Felipe Paschoalini, seu orientando, sobre o debate Dworkin-Sunstein. Paschoalini identifica as duas vias interpretativas que se abrem sobre a obra de Sunstein, como pragmático cético ou como Dworkiniano (com algumas ressalvas). Defende que esta última é a melhor forma de lê-lo, respeitando os pressupostos que assume no conjunto de seus trabalhos. Macedo também questiona se esse ecletismo de Sunstein poderia revelá-lo como um mau filósofo do direito. Nesse ponto, Paschoalini defende uma leitura caridosa, atenta à especificidade do projeto deste autor (na linha rawlsiana) de não se comprometer com uma doutrina ética abrangente. PASCHOALINI, Felipe *et al.* **Seminário teoria do direito contemporânea** - autores e temas [parte 8]. Mountain View: Google, 2004. (ca. 11min 09s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GDINoXdKJTM>. Acesso em: 08 jan. 2020.

Uma rigorosa defesa histórico-exegética de que Sunstein é mais bem lido como um dworkiniano, e não como um pragmático cético, é feita por Paschoalini³⁶³. Por dworkiniano, entenda-se que ele também “constrói uma teoria interpretativa baseada em um critério de correção que é moral e político”³⁶⁴. Mostra que Sunstein nunca negou a existência de verdade morais. Apenas tentou evitar comprometer-se com essa discussão. Mesmo assim, assumiu, em vários momentos, fazer defesas substantivas de suas teses. Embora nunca tenha deixado muito explícitos quais eram seus critérios para tanto, compartilha algumas teses que Paschoalini denomina de “um interpretativismo genérico”:

(1) Para ambos, o conteúdo do direito só pode ser dado por uma *interpretação* – i.e, a interpretação é o método pelo qual o conteúdo ou significado do direito deve ser estabelecido. Essa visão contrasta com a ideia de que às vezes não precisamos da interpretação para compreender o significado de algo como uma regra.

(2) A interpretação no direito envolve, inevitavelmente, juízos de valor próprios do *intérprete* sobre o conteúdo ou significado em questão, ou, de maneira mais geral, sobre o próprio direito e seus propósitos. Como o conteúdo do direito só pode ser dado por uma interpretação, isso significa que o conteúdo do direito, em alguma medida, depende inevitavelmente de juízos de valor do intérprete. Essa visão contraria a ideia de que a interpretação no direito possa funcionar de maneira neutra e, em um nível mais abstrato, desafia a ideia de que o conteúdo do direito possa ser estabelecido sem recurso a considerações morais.

(3) A própria ideia sobre o que é ‘interpretação’ no direito é, ela mesma, interpretativa - no sentido de que é também produto de uma interpretação sujeita aos juízos de valor do intérprete. Assim, o conceito de interpretação não é algo dado como uma obviedade ou um truísmo - precisa ser também defendido com base em razões.

(4) Apesar de tudo isso, a interpretação no direito não é um ‘vale tudo’. As considerações acima não desqualificam a pretensão de verdade de uma afirmação sobre o conteúdo ou significado do direito. A veracidade de uma interpretação deve ser defendida com base em argumentos que justifiquem as escolhas interpretativas feitas pelo intérprete, entre elas os juízos de valor. Essa visão

³⁶³ PASCHOALINI, Felipe. *Interpretação e instituições: o diálogo entre Ronald Dworkin e Cass Sunstein*. In: MACEDO JUNIOR, Ronado Porto (org.). **Teoria do direito contemporânea** - autores e temas - biblioteca de filosofia, sociologia e teoria do direito. Curitiba: Juruá, 2017.

³⁶⁴ PASCHOALINI, Felipe. **Interpretação e instituições: o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin**. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. f. 156. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-18112015-145137/en.php>. Acesso em: 10 dez 2017.

contrasta com a ideia de que a necessidade do recurso aos juízos de valor inevitavelmente cria indeterminação no direito³⁶⁵.

Por isso, Paschoalini defende que a obra de Sunstein seja lida de modo complementar a de Dworkin. Esse tipo de leitura poderia trazer os seguintes ganhos para os juristas:

Mas qual o proveito dessa leitura? Acredito que a leitura complementar dos autores pode ser proveitosa na medida em que convida os profissionais do direito à autorreflexão sobre as próprias ambições intelectuais dentro dos papéis que exercem, sem deixá-los esquecer que essas ambições intelectuais são inafastáveis. Ela também nos convoca a examinar opiniões contrárias com respeito e consideração. Em todo caso, ela nos lembra que se as opiniões são divergentes, alguém deve estar errado. Por fim, e mais importante, também nos faz perceber que as questões de capacidade institucional são importantes para toda a comunidade: o caráter interpretativo da interpretação judicial é um ingrediente importante a ser levado em conta na formatação das instituições. Acredito que os profissionais (no meio acadêmico ou fora dele) que estão pensando em questões como processos de seleção de juízes, constituição de câmaras de julgamento especializadas em determinados assuntos, desenho de planos de carreira, programas de cursos de especialização e assim por diante, podem se beneficiar do diálogo entre Sunstein e Dworkin, se ambos forem lidos como interpretativistas Dworkinianos³⁶⁶.

Essas são as últimas palavras de seu trabalho. Seu foco era justamente demonstrar que as teorias desses autores não seriam mutuamente excludentes, fazendo uma análise de suas obras a partir de sua própria coerência interna. De um lado, conclui que Sunstein seria mais bem lido como um dworkiniano do que como um pragmático cético, porque adere a critérios de correção substantiva. Por outro, conclui que “a teoria do direito dworkiniana comporta – sem concessões metodológicas – considerações sobre capacidades institucionais dos intérpretes”³⁶⁷, porque não defende apenas uma “integridade pura”, mas também uma “integridade

³⁶⁵ PASCHOALINI, Felipe. **Interpretação e instituições**: o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. f. 19. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-18112015-145137/en.php>. Acesso em: 10 dez 2017.

³⁶⁶ KAUFMAN, Alexander H. Incompletely theorized agreement: a plausible ideal for legal reasoning? **Georgetown Law Journal**, [S. l.], v. 85, n. 2, p. 395-415, Dec. 1996.

³⁶⁷ PASCHOALINI, Felipe. **Interpretação e instituições**: o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 19. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-18112015-145137/en.php>. Acesso em: 10 dez 2017.

inclusiva” sujeita a todas as barganhas da realidade³⁶⁸. Contudo, não estava entre os objetivos de Paschoalini discutir como seria um modelo combinado.

Analisando-se a fortuna crítica do debate em língua inglesa, Kaufman defendeu que teses de Dworkin poderiam contribuir para a posição de Sunstein³⁶⁹ e Maccaffery defendeu que teses de Sunstein poderiam contribuir para a posição de Dworkin³⁷⁰. Infelizmente, trata-se de comentários pontuais. Kaufman sugere que “a visão integracionista dworkiniana oferece recursos para completar os esforços de Sunstein ao endereçar a controvérsia não resolvida entre jurisprudência racionalista e cética”³⁷¹, mergulhando no debate ontológico. O foco de seu artigo é avaliar os limites metodológicos do modelo de Sunstein e sua dificuldade para se diferenciar de Dworkin. Já McCaffery diz que “Sunstein pode, tomado da maneira certa, estar na pista de algo interessante que poderia avançar, mais do que suplantar, o empreendimento dworkiniano”. Essa observação é feita no âmbito de uma resenha sobre *Freedom’s Law* de Dworkin, na qual também discute as resenhas feitas por Richard Epstein e Sunstein. Seu foco é afastar as caricaturas que se costuma fazer de Dworkin. Tem o *insight* importante de que a discussão sobre os constrangimentos à decisão deve ser feita a partir “de dentro” do jogo argumentativo proposto por Dworkin. Afinal, nem Kaufman nem McCaffery entram na questão de como seria um modelo que combinasse as ideias de Dworkin e Sunstein.

Já no desenho da presente tese, colocou-se o problema de esboçar uma pequena hermenêutica institucional, traçando diretrizes para acomodar questões de legitimidade do raciocínio jurídico e de capacidades do Judiciário.

Para tanto, preciso adotar um foco diferente. Preciso me voltar para a força inferencial dos argumentos analisados, para defender que a melhor maneira de trabalhar as contribuições de Dworkin e Sunstein seria combinar determinadas ideias deles, porque isso produziria o maior avanço no conhecimento sobre o tema. Como modelo combinado, proporei que a teoria do direito como integridade seja assumida como campo básico, e que ela seja desenvolvida a partir de três pontos levantados por Sunstein.

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 482-486.

³⁶⁹ MCCAFFERY, Edward J. Ronald Dworkin, inside-out. **California Law Review**, [S. l.], v. 85, n. 4, p. 1043-1086, July 1997. Disponível em: www.jstor.org/stable/3481131. Acesso em: 27 jan. 2020.

³⁷⁰ KAUFMAN, Alexander H. Incompletely theorized agreement: a plausible ideal for legal reasoning? **Georgetown Law Journal**, [S. l.], v. 85, n. 2, p. 396, Dec. 1996.

³⁷¹ MCCAFFERY, Edward J. Ronald Dworkin, inside-out. **California Law Review**, [S. l.], v. 85, n. 4, p. 1062, July 1997. Disponível em: www.jstor.org/stable/3481131. Acesso em: 27 jan. 2020.

Mas por que adotar o integracionismo como base?

Porque, nos marcos desse debate, ele demonstra dar conta satisfatoriamente dos vários problemas em jogo no direito, ao menos de maneira mais sólida do que seu rival, o pragmatismo jurídico e a anti-teoria em geral³⁷². Assim, é mais produtivo ler as contribuições de Sunstein como uma continuação da série teórica inaugurada por Dworkin, mantendo seu núcleo duro e reorganizando seu cinturão de hipóteses auxiliares. Tal incorporação anima o programa de pesquisa, tornando-o mais “progressivo”, entendendo-se por isso: a tendência a gerar a observação de novos fenômenos, redução de anomalias, explicações para evidências empíricas acumuladas, predições e resolução de problemas, além da definição de velhas questões já explicadas e de novas questões a serem explicadas³⁷³.

Na fixação dessa base integracionista, deve-se lembrar que a proposta de Sunstein não atua diretamente no plano da teoria do direito. Como já foi dito, sua abordagem pressupõe várias teses dworkinianas, sendo mais bem lida sob um pano de fundo integracionista do que pragmático cético. Mais do que isso: sua abordagem incompletamente teorizada não tenta substituir a abordagem teórica de Dworkin, mas estabelecer-lhe ressalvas de caráter institucional.

A abordagem teórica oferece uma descrição ajustada da prática jurídica americana, como o próprio Sunstein reconheceu depois – mais uma vez, com grande honestidade intelectual –, ao avaliar os resultados de uma relevante pesquisa empírica sobre a busca da coerência por juízes de seu país³⁷⁴. Tal ajuste se torna ainda maior se assumidos os critérios fenomenológicos-interpretativistas, que não analisam a materialidade bruta das práticas jurídicas, mas o que lhes dá sentido, o tipo de racionalidade que as sustenta³⁷⁵.

³⁷² Uma crítica minuciosa ao pragmatismo jurídico aparece em: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 118-213.

³⁷³ LAKATOS, Imre. **La metodología de los programas de investigación científica**. Tradução de Juan Carlos Zapatero. Madrid: Alianza, 1993.

³⁷⁴ É importante destacar que não se trata de uma capitulação, já que Sunstein mantém observações críticas e teses próprias sobre o problema. SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; RITOV, Ilana; SCHKADE, David. Predictably incoherent judgments. **Stanford Law Review**, [S. l.], v. 54, p. 1153-1216, 2002. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12414&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

³⁷⁵ É importante deixar claro que ambas as perspectivas revelam aspectos importantes sobre o direito, que podem eventualmente competir, mas que precisam ser levados devidamente em conta. Mais do que isso, defendo que reconciliações teóricas entre esses diferentes acessos ao fenômeno devem ser sempre buscadas, embora nunca se completem definitivamente.

Além disso, a dimensão em que a abordagem teórica demonstra maior destaque é na justificação de como a prática jurídica deve ser, sobre como um raciocínio jurídico deveria se legitimar. Nesta dimensão, consegue atender simultaneamente às exigências de fidelidade/equidade processual e justiça substantiva, as quais só são atendidas parcialmente pelo convencionalismo e pragmatismo. Assim, toda essa base integracionista leva a se aceitar uma abordagem teorizada do raciocínio jurídico.

Então, quais são os pontos a ser desenvolvidos?

A partir das contribuições de Sunstein, pode-se falar em pelo menos três deles: 4.3.1) um desenvolvimento da doutrina da prioridade local; 4.3.2) a defesa de um modelo para exposição de decisões colegiadas; e 4.3.3) a observação do surgimento de novos desenhos institucionais, com grandes implicações para a teoria da interpretação jurídica.

4.3.1 Desenvolvimento de “Doutrinas” da Prioridade Local

No primeiro ponto, defendo a possibilidade de se assimilar a rica pesquisa empírica de Sunstein (e autores relacionados)³⁷⁶, sobre situações em que houve uma restrição da amplitude e profundidade do raciocínio jurídico, desde que se mantenha a mesma linha da prioridade local. Esta doutrina foi elaborada por Dworkin, mas o autor dedicou a ela pouquíssimas páginas. Vejamos, então, quais suas noções básicas.

Segundo Dworkin, o juízo de ajuste/adequação se irradia “a partir do caso que tem diante de si em uma série de círculos concêntricos”³⁷⁷. O juiz deve se perguntar quais interpretações do caso se ajustam às decisões passadas, partindo do ramo do direito em que ele imediatamente está inserido. Em seguida, deve ampliar o foco da interpretação para áreas cada vez mais abrangentes do direito, para verificar sua consistência principiológica. Esse processo pode dirimir conflitos entre interpretações, verificando-se qual delas tem melhor alinhamento com um princípio

³⁷⁶ Há também autores de outras linhas teóricas que realizam importantes discussões sobre o mesmo fenômeno. Nesse sentido, veja-se a crítica à “pan-constitucionalização” e a defesa do estatuto epistemológico do direito civil em: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum** (FUMEC), Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. Disponível: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>. Acesso em: 05 mar. 2020.

³⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 300.

mais elevado. Contudo, também pode revelar inconsistências entre todas as interpretações de um ramo jurídico e um princípio mais elevado. Isso leva a duas soluções possíveis: respeitar as especificidades desse ramo jurídico; ou tomar uma decisão que rompa com sua coerência local, em prol de uma coerência mais ampla e profunda.

A primeira hipótese seria a solução padrão, porque as divisões entre os ramos jurídicos atendem às suas especificidades, e correspondem à opinião pública que gerou o direito. Por exemplo, um dano intencional normalmente é considerado mais censurável do que um acidental, justificando regimes jurídicos distintos. Se uma interpretação só se justifica de um ponto de vista muito abstrato, não encontrando princípios justificadores no ramo concreto do direito a que pertence, isso a desqualifica seriamente. As decisões específicas do legislador (e de juízes do passado) devem ser respeitadas.

Contudo, tal deferência não é absoluta, e aqui entra a segunda hipótese. A compartimentalização do direito pode se revelar arbitrária e injustificável, devendo ser superada. Deverão ser demonstradas razões muito fortes, com suporte no resto do ordenamento jurídico, para que se corrija uma distorção pontual em um de seus ramos. Por exemplo, lembremos caso inglês *Saif Ali v. Sydney Mitchell & Co (1980) A.C 198*, sobre a responsabilidade de advogado devido a danos causados por negligência. Até então, a advocacia era a única profissão que não se sujeitava ao instituto. Embora essa profissão tenha um regime jurídico próprio, o tratamento diferenciado nesse ponto não se justificava à luz dos princípios de responsabilidade civil. Diante disso, “a Câmara dos Lordes atualmente reduziu essa isenção: ao fazê-lo, preferiu a integridade à coerência estrita. A integridade, porém, não estará satisfeita enquanto a isenção não for totalmente eliminada.”³⁷⁸

Uma visão caricatural de Dworkin poderia crer que ele seria tentado a ignorar a prioridade local em todos os casos, apelando sempre a princípios abstratos para justificar o resultado que mais deseja. Contudo, o autor explica que:

[...] o direito como integridade é interpretativo, e a compartimentalização é uma característica da prática jurídica que nenhuma interpretação competente pode ignorar. Hércules responde a esses impulsos antagônicos procurando uma interpretação construtiva da compartimentalização. Tenta encontrar uma

³⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 264.

explicação da prática de dividir o direito em ramos diversos que mostre essa prática em sua melhor luz.

Portanto, através da doutrina da prioridade local, a “descida teórica” almejada por Sunstein seria devida em casos nos quais se justificasse como exigência do próprio direito, e não para sonegá-lo³⁷⁹.

Para ilustrar o ponto, pode-se pensar num exemplo extremo: as especificidades da interpretação do direito penal. Nesse âmbito, a interpretação está fortemente ligada a regras expressas. Não se aceitam argumentos mais abstratos, de princípio, a menos que sejam para beneficiar o réu. E isso é assim não por um fato da natureza, por uma essência formalista do direito penal, mas pelo grande peso reconhecido a um princípio nessa área, de que se deve conter o poder punitivo do Estado. Coloca-se sob seu ônus a exata tipificação legal de um ato, para que ele seja considerado criminoso.

Há várias outras situações menos dramáticas em que pode se justificar tal restrição no argumento judicial. Uma delas é evitar a banalização do controle de constitucionalidade, do qual os tribunais muitas vezes têm abusado para invadir competências do Legislativo com argumentos abstratos. Outra delas é o controle exercido pelos tribunais sobre as Agências Reguladoras, cabendo respeitar sua maior capacidade técnica e legitimação política para dispor sobre determinadas questões. Mas nada disso pode ser capturado em um simples tabu de deferência judicial, já que a Legislativo e as Agências Reguladoras podem extrapolar suas competências e violar direitos, devendo ter suas decisões revistas pelos tribunais nesses pontos³⁸⁰.

Afinal, a adequação dessas várias “doutrinas” da prioridade local só poderá ser verificada caso a caso, o que não é um problema para Sunstein, que defende a importância da casuística para os juristas³⁸¹. Por sinal, o foco de seu trabalho recente passou a ser identificar os limites do minimalismo, reconhecendo uma série de exceções às situações, catalogadas num primeiro momento, nas quais deveria haver

³⁷⁹ Essa advertência é particularmente importante no contexto brasileiro, diante do fenômeno conhecido como “jurisprudência defensiva”, no qual os tribunais tentam diminuir sua carga de trabalho através de pretextos formalistas e burocráticos para não ter que apreciar demandas.

³⁸⁰ A medida em que tal controle deve ser feito é um debate à parte. Envolve intrincadas disputas sobre a chamada “doutrina Chevron”.

³⁸¹ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2018. p. 139-155. SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 117-137.

a deferência judicial. A nova tarefa a fazer é reler todas essas contribuições de Sunstein, filtrando aquelas que se revelam um “consequencialismo de direitos superficiais” – incompatível com o integracionismo.

Não se pode mesmo estabelecer um teste *a priori* para a evitar a deliberação moral no direito. Fica difícil até uma apreensão conceitual do fenômeno, tamanha sua contingência. Tal como os princípios, não se pode fazer um catálogo exaustivo de todos os padrões que podem vir a justificar a descida conceitual. Mas a observação de como eles funcionam pode ajudar a operarmos com eles. Nesse sentido, as situações (e exceções) recorrentes, pré-identificadas por Sunstein, constituirão um importante recurso heurístico à disposição do juiz. Mais do que isso não pode ser antecipado legitimamente pelo estudioso, dependendo sempre da práxis, aberta ao aprendizado dos operadores do direito.

Por fim, é importante colocar essa “descoberta” em contexto: a prioridade de argumentos de ajuste sobre argumentos de justificação sempre foi um tema comum para as teorias da argumentação jurídica³⁸². Por isso, não é surpreendente que o integracionismo, desafiado por preocupações práticas, desemboque agora nessa questão. Ocorre que, até o momento, o foco dessas teorias era estabelecer uma prioridade em abstrato para os argumentos, ou então relegar a atribuição de pesos inteiramente ao jurista prático. Agora, a novidade é admitir que esse é um trabalho que deve partir de muita pesquisa empírica, sobretudo da análise qualitativa de casos, e que só pode estabelecer conceitos e regularidades de modo aproximado.

Para sintetizar em uma imagem minha proposta de combinação dos legados desses autores, pode-se falar no estabelecimento de um “sistema de contenções institucionais” para a interpretação jurídica. Isso não implica a adoção de um procedimento mecânico ou um conjunto de cânones, que garantiriam previamente a verdade. Trata-se apenas de pré-identificar situações que aumentam o peso da doutrina da prioridade local, dificultando a invocação abusiva de princípios.

³⁸² Robert Alexy, talvez o autor mais conhecido nesse tema, já distinguia entre a justificação interna (onde se encaixam os argumentos de caráter institucional) e a justificação externa, mais abertos à moralidade. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. A partir daí, boa parte da literatura sobre argumentação jurídica tenta discutir essas cargas argumentativas e suas condições de superabilidade por outros argumentos.

4.3.2 Um Modelo para Exposição de Decisões Colegiadas

O segundo ponto leva a um debate estimulante sobre o desempenho deliberativo de órgãos colegiados. Eles funcionam como uma agregação das decisões individuais de seus membros, ou o grupo reunido sabe mais do que a soma de suas partes, multiplicando sua eficácia epistêmica? Como devem deliberar e apresentar o resultado conjunto dessa deliberação, para gerar decisões melhores?

Existe atualmente muita pesquisa sobre esse tema, de caráter empírico e teórico, cujos resultados precisam ser continuamente sistematizados, podendo informar mudanças nas nossas práticas jurídicas. Nesse sentido, a apropriação criativa do consenso sobreposto de Rawls, empreendida por Sunstein, parece ser uma promissora base teórico-normativa para coordenar diferentes decisões e expô-las num relatório conjunto³⁸³.

No início da sua obra, Dworkin havia reconhecido essa questão, mas abdicado de investigá-la³⁸⁴. Contudo, para os que aderem a suas teses, seria extremamente relevante saber como um juiz integracionista deveria lidar com deliberações coletivas. Agora, diante da proposta de Sunstein, Dworkin concorda com seus *insights*, mas comete o erro de minimizar sua importância, tomando-o como algo trivial. Longe disso: chegar a uma decisão colegiada, em que haja efetiva troca de razões entre agentes deliberativos de carne e osso (com seus déficits cognitivos e motivacionais), é um desafio à parte. Esse desafio se torna ainda mais dramático caso haja uma exigência institucional de unanimidade da decisão e, mais ainda, de uma fundamentação única para todos os membros da Corte (decisão *per curiae*), como às vezes é o caso no direito americano. Dworkin nunca enfrentou essas questões. Aqui não se pode simplesmente contar com o reconhecimento espontâneo da interpretação mais bem justificada por todos os magistrados. Será necessário algum tipo de negociação, diante da qual um acordo parcialmente teorizado é a melhor solução estratégica sem abrir mão totalmente da integridade.

³⁸³ Contudo, essa transposição do “consenso sobreposto” para o âmbito da decisão judicial pode requerer adaptações, inclusive a partir de uma análise sistemática da obra de Rawls. É preciso considerar que, nesse âmbito, o que está em jogo é a interpretação-concretização de direitos já estabelecidos.

³⁸⁴ “[...] não discuto a administração adequada da deliberação judicial, as soluções conciliatórias que os juízes devem às vezes aceitar, declarando o direito de um modo diferente daquele que consideram mais perfeito, com a finalidade de conquistar os votos de outros juízes, por exemplo. Estou preocupado com a questão do direito, não com as razões que os juízes possam ter para atenuar suas afirmações sobre o que é o direito”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 16.

Por outro lado, a observação de Dworkin, de que essa lógica não se aplica aos juízos individuais, também não é sem sentido. Só se pode falar legitimamente em acordos parcialmente teorizados quando se assume a base interpretativa dworkiniana. Se não houvesse qualquer compromisso com a melhor interpretação, nem se poderia construir racionalmente uma decisão individual. Assim, tudo que haveria no colegiado seria uma solução por consenso em uma disputa de poder, na qual cada juiz inventaria livremente sua solução preferida para o caso e depois a acomodaria aos demais votos. Por maior que seja o ceticismo com relação à racionalidade das deliberações das Cortes, não se pode negar que, se os julgamentos fossem inteiramente voluntaristas, a prática jurídica seria inteiramente diferente da que conhecemos. Mesmo com todo o diagnóstico da politização do Judiciário, há alguma racionalidade jurídica específica operando que constrange (minimamente) as decisões. Eis o material de trabalho de quem pretende melhorar a fundamentação das decisões judiciais.

Uma ilustração interessante de como essas duas lógicas estão presentes na prática jurídica pode ser buscada numa cena do filme *On the basis of sex*³⁸⁵, cinebiografia da juíza Ruth Bader Ginsburg da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Na juventude, Ginsburg atuou como advogada em defesa dos direitos das mulheres, num movimento para reconhecer a inconstitucionalidade das milhares de leis em seu país que estabeleciam discriminação de gênero. Naquele contexto dos anos 70, o Judiciário americano vinha desempenhando um papel importante na luta contra o racismo. O princípio que conduzia o argumento de Ginsburg era que a discriminação de gênero feria a igualdade garantida pela Constituição, do mesmo modo que a discriminação racial. Não havia razão que justificasse a aplicação do princípio em um caso e não no outro, tratando-se de distinção arbitrária. Essa é a conclusão a que se chega ao analisar o caso concreto à luz do todo coerente do direito.

Contudo, a preocupação dos colegas de Ginsburg era que tal linha de raciocínio espantaria os juízes, os quais temeriam abrir um precedente extremamente revolucionário, que levaria a uma avalanche de processos judiciais para derrubada de leis. Por isso, insistiam que Ginsburg deveria arguir apenas o caso em questão, estrategicamente escolhido, no qual um homem solteiro sofreu

³⁸⁵ ON THE BASIS of sex. Direção: Mimi Leder. Intérpretes: Felicity Jones, Armie Hammer, Justin Theroux. [S. l.]: Focus Features, 2018. 1 DVD (120 min), son., color.

discriminação ao tentar deduzir dos impostos seus gastos nos cuidados com sua mãe idosa, benefício tributário que a lei só garantia a mulheres. Caso os juízes reconhecessem que a lei, naquele caso, contrariava a Constituição, isso implicaria em algum reconhecimento institucional contra leis que discriminam com base em gênero, abrindo uma brecha a ser explorada. Ainda haveria uma longa luta pela frente em outros processos, mas seria melhor garantir uma pequena conquista do que arriscar tudo para estabelecer um precedente mais ambicioso.

A ascensão justificatória de Ginsburg era fundamental para legitimar seu argumento. É isso que nos faz chegar racionalmente a esse resultado e reconhecer essa interpretação do direito como correta. Mas a descida justificatória para a sustentação perante a Corte seria uma estratégia adaptada às dificuldades práticas que enfrentava para obter o consenso necessário à decisão. Com isso, é possível perceber como os dois fenômenos fazem parte do raciocínio jurídico, em contextos distintos. Por sinal, a solução retratada no filme é conciliatória: num primeiro momento, focar estrategicamente no caso, de uma perspectiva tributária; num segundo momento, construir a base substantiva do precedente, o argumento de princípio que se espera avançar sobre a igualdade de gênero.

Mas até que ponto se pode negociar sem prejudicar a integridade da decisão? Esse dilema já vem sendo levantado desde Rawls, quando o questionavam se o consenso sobreposto não poderia cair num mero “*modus vivendi*”. Um exemplo prático ganhou destaque recentemente no direito brasileiro: o voto da Ministra Rosa Weber no “caso Lula”³⁸⁶. Discutia-se a constitucionalidade da execução provisória da pena após confirmação da sentença condenatória por órgão de segunda instância. No caso específico, a Ministra sinalizou contrariedade, mas se curvou ao entendimento fixado pela Corte em controle concentrado, pela constitucionalidade do instituto. Assim, falou-se no sacrifício do juízo individual em nome da “colegialidade”³⁸⁷. Depois, ao enfrentar a questão numa nova ação de controle

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas corpus 152752/PR**. Paciente: Luís Inácio Lula da Silva. Impetrantes: Cristiano Zanin Martins e outro(a/s). Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, julgado em 04 de abril de 2018. Processo eletrônico DJe-127 Divulg 26-06-2018 Public 27-06-2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752_ministroDT.pdf. Acesso em: 29 fev. 2020.

³⁸⁷ Para uma análise aprofundada do caso, e uma crítica a essa concepção de colegialidade que atropela o direito, ver o capítulo 30 de: STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Para uma crítica mais ampla ao consensualismo como critério de verdade no direito, elaborando uma perspectiva hermenêutica: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

concentrado, votou contra o instituto, compondo a nova maioria que mudou o entendimento do tribunal³⁸⁸. Esse foi um caso extremo de deferência de um juiz aos demais membros de um colegiado, contrariando sua visão principiológica do caso. Por outro lado, a total negação à troca de argumentos em prol de seu entendimento individual sobre o caso também tem gerado problemas. Na verdade, essa hipótese tem sido a mais frequente no Supremo Tribunal Federal. Cada ministro costuma se agarrar à sua própria fundamentação, e a decisão final é determinada apenas contando a maioria dos votos com relação ao resultado, sem a formação de um *rationale* comum – por mínimo que seja³⁸⁹.

Como achar um meio-termo aceitável entre a total deferência ao colegiado e o total apego ao raciocínio individual? Mais uma vez, não se pode estabelecer um limite *a priori*. Dworkin já havia observado os limites do que se pode perseguir legitimamente como uma teoria da interpretação jurídica:

Já disse o que vem a ser o direito? A melhor resposta seria: até certo ponto. Não concebi um algoritmo para o tribunal. Nenhuma mágica eletrônica poderia elaborar, a partir de meus argumentos, um programa de computador que fornecesse um veredito aceito por todos, uma vez que os fatos do caso e o texto de todas as leis e decisões judiciais passadas fossem colocados à disposição do computador [...].³⁹⁰

Nesse ponto, ecoa Aristóteles³⁹¹, para quem se deve respeitar o tipo de saber possível em cada atividade, não tratando assuntos jurídicos de modo matemático. É falta de educação exigir um grau de rigidez que a matéria não comporta³⁹². Será necessária uma análise de cada caso concreto, levando em conta as razões justificatórias em jogo, e até onde elas podem ser excepcionadas.

³⁸⁸ As ADCs 43, 44 e 54.

³⁸⁹ Fazendo um diagnóstico empírico desse problema e propondo mudanças institucionais para solucioná-lo: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Ver também: LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. Teoria institucional e decisões colegiadas: novos parâmetros de análise. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 97-117, dez. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1552/1400>. Acesso em: 29 fev. 2020.

³⁹⁰ “Já disse o que vem a ser o direito? A melhor resposta seria: até certo ponto. Não concebi um algoritmo para o tribunal. Nenhuma mágica eletrônica poderia elaborar, a partir de meus argumentos, um programa de computador que fornecesse um veredito aceito por todos, uma vez que os fatos do caso e o texto de todas as leis e decisões judiciais passadas fossem colocados à disposição do computador [...]. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 491

³⁹¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999.

³⁹² Agradeço ao professor Gérson Neves Pinto por essa maneira de formular o ponto de Aristóteles.

Cabe apenas fazer uma advertência. Há sempre uma grande tentação de cindir esse debate: de um lado, focar apenas na teoria normativa, como o direito “deve ser” numa situação ideal; de outro, focar na prática, nas estratégias necessárias para obter o consenso no mundo real. O grande desafio dessa nova agenda de pesquisa é resistir à tentação dualista, e seguir perguntando como a teoria normativa poderia dialogar com as dificuldades práticas, aprofundando taticamente o modelo decisório.

4.3.3 Novos Desenhos Institucionais e Implicações para a Interpretação Jurídica

O terceiro ponto é o mais desafiador, porque leva as questões de desempenho deliberativo para um nível muito mais abrangente e experimental.

Entra em jogo a própria demarcação entre teorias da interpretação e desenhos institucionais, que os autores tanto disputaram. Não se trata de discutir como deveria ser a interpretação jurídica numa estrutura pré-estabelecida. Lida-se, ao mesmo tempo, com duas partes móveis.

Nenhum dos autores nega que uma área influencia a outra. Mas é preocupante o silêncio de Dworkin sobre a emergência das Agências Reguladoras, que passaram a ocupar o centro de produção normativa nas instituições americanas. Ao referi-las, Sunstein não estava simplesmente mudando de tópico, como Dworkin sugere. A dificuldade de conciliar as competências regulatórias com as do Judiciário tem sido um problema constante, com implicações sobre a maneira como juristas interpretam o direito. A meu ver, a sugestão dworkiniana de que os tribunais deveriam funcionar como fóruns de princípio ainda segue atrativa, mas se intensifica a disputa com outros arranjos – especialmente modelos de controle de constitucionalidade fraco, dialógico, ou sua abolição total em prol da supremacia do Parlamento, como alguns países ligados à tradição inglesa.

Em todo caso, observar a emergência do fenômeno das Agências Reguladoras levanta a possibilidade de outras experimentações institucionais para incentivar a cultura argumentativa de um sistema jurídico. É verdade que isso já vem sendo feito, sob outros nomes. A novidade agora é a apreensão teórica das relações entre interpretação jurídica e desenhos institucionais, além das várias ferramentas empíricas

atualmente à disposição dos juristas. Rocha³⁹³ explica a diferença entre teorias do direito hermenêuticas e teorias pragmático-sistêmicas, através da metáfora de uma ferrovia: hermenêutas se preocupam com a condução do maquinista; pragmáticos-sistêmicos se preocupam com o desenho dos trilhos. No cruzamento de temas revelado por esse debate, as duas preocupações aparecem conectadas.

Há cada vez mais pesquisas nesse sentido, que deveriam orientar nossas reformas processuais, com previsões de impacto legislativo. Como exemplo emblemático, cabe citar novamente o estudo de Sunstein³⁹⁴, junto uma equipe de juristas, psicólogos e economistas, sobre como aumentar a coerência das decisões judiciais nos Estados Unidos, criando órgãos com capacidades específicas para tanto.

A advertência aqui é contra a transformação disso numa excessiva empirização do direito que creia poder dispensar a teoria normativa, à moda de Vermeule³⁹⁵, que reduz a interpretação jurídica à comparação de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos. Esse institucionalismo radical põe a perder todos os avanços conquistados por Sunstein no debate analisado acima. Embora dotada de mais recursos técnicos do que o modelo de Posner, a chamada “teoria institucional da interpretação” pode levar a um tipo de pragmatismo jurídico já criticado por Dworkin, com todos os problemas já conhecidos. Mas isso ainda precisará ser disputado, no último capítulo dessa tese.

4.4 Conclusões Parciais: um sistema de contenções institucionais para o integracionismo

O debate Dworkin-Sunstein constitui um marco fundamental para relacionar questões interpretativas e institucionais sobre a aplicação do direito. Mesmo para quem não acompanha a obra desses autores, o avanço que promovem no tratamento do problema pode despertar interesse geral. Eles não se aferraram

³⁹³ Anotações de aula do professor sobre o texto: ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio; MORAES, José Luis Bolzan de (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. Mestrado e Doutorado. 1998/99. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 121-136.

³⁹⁴ SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; RITOV, Ilana; SCHKADE, David. Predictably incoherent judgments. **Stanford Law Review**, [S. l.], v. 54, p. 1153-1216, 2002. Disponível em: http://chicago.unbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12414&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

³⁹⁵ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

simplesmente à defesa de seus patrimônios teóricos, mas interagiram de modo criativo para combater a discricionariedade judicial.

Dworkin foi levado a rerepresentar seu integracionismo de maneira mais operacional, capaz de fazer de frente ao pragmatismo. Esforçou-se para demonstrar que sua “abordagem teórica” não é um capricho do juiz, mas uma exigência para a correta compreensão do direito. Para decidir de modo responsável, deve-se apresentar uma justificção consistente com os padrões normativos que emergem do direito. Entendido assim, o recurso à “teoria moral” seria inevitável. Para firmar essa posição, Dworkin precisou combater a anti-teoria, em seus argumentos metafísico, pragmático e profissional. Especialmente, com relação às recomendações de Sunstein para que os juízes evitassem subir a teorias morais muito ambiciosas para julgar os casos, tentou demonstrar que a ascensão justificadora não pode ser limitada por uma regra *a priori*. Assim, para manter a contraposição a Dworkin, Sunstein se veria obrigado a radicalizar sua posição, para defender uma omissão deliberada dos juristas diante daquilo que o caso exige. Do contrário, deveria aceitar uma versão bem enfraquecida da sua abordagem, caindo na trivialidade, ou nas ressalvas que o próprio Dworkin já fez.

Sunstein respondeu, concordando com Dworkin sobre a veracidade de questões valorativas no direito, mas insistindo que Dworkin não levou suficientemente em conta a importância de acordos parcialmente teorizados, de recursos empíricos e dos limites institucionais dos juízes em seu modelo decisório. Sunstein não aderiu à radicalização insinuada por Dworkin, mas também evitou uma completa identificação com ele, ao ressaltar algumas diferenças de ênfase e conteúdo nos seus modelos decisórios. Seus argumentos mais contundentes se baseiam em demonstrações práticas das fraquezas de um modelo teoricamente ambicioso, recomendando humildade aos juízes nas suas deliberações morais.

Dworkin encerrou o debate, suavizando sua contraposição inicial e questionando se havia mesmo uma diferença substantiva entre os dois, ou se apenas estariam tratando de assuntos diferentes. Mesmo assim, insistiu em rebater algumas críticas restantes levantadas por Sunstein. Embora admitisse a importância das questões fáticas, duvidava da capacidade dos pragmáticos oferecerem alguma maneira extraordinária de trazer recursos empíricos para fundamentar uma decisão, que não seja a serviço da teoria. Por fim, com relação aos limites institucionais, enfatizou que nunca foi seu objetivo discutir esse assunto, mas insistiu no problema

que advém ao se usá-los como pretexto para diminuir a responsabilidade interpretativa dos juízes.

O debate progrediu, despertando o melhor dos dois autores. Dworkin foi confrontado com desafios práticos à sua teoria, formulados da melhor maneira possível – isto é, sem cair nas velhas caricaturas que se costuma fazer dele. Sunstein encarou o teste máximo de consistência filosófica de seu modelo, cujo vício e virtude foi ter sido construído com aportes de áreas bastante diversas. Ambos refinaram suas críticas e chegaram a convergências surpreendentes.

Mesmo assim, cabe disputar a maneira como eles avaliaram seus resultados. Em vários momentos os autores se recusam a assumir as contribuições um do outro, e as consequências que elas teriam para seus modelos decisórios. Da parte de Dworkin, identifico ao menos três grandes contribuições trazidas por Sunstein que deveriam ser incorporadas ao integracionismo. Da parte de Sunstein, embora o próprio autor reconheça concordar com as teses centrais dworkinianas, há vários momentos em que ele envereda por um tipo de “consequencialismo de direitos superficiais” incompatível com essa base integracionista. Caso ele assumisse inteiramente esse segundo viés, sua obra sofreria, perdendo todas as nuances que a qualificam em relação à anti-teoria de Posner.

Numa apropriação criativa dos legados de Dworkin e Sunstein, defendo que a melhor maneira de ler suas contribuições seria compatibilizar suas ideias, assumindo como campo básico a teoria do direito como integridade, porque essa é a leitura que produz maior avanço no conhecimento. Nos marcos desse debate, o integracionismo demonstra dar conta satisfatoriamente dos vários problemas em jogo no direito, ao menos de maneira mais sólida do que seu rival, o pragmatismo jurídico e a anti-teoria em geral. Contudo, existem lacunas importantes no integracionismo sobre sua colocação em prática. Aqui as contribuições de Sunstein têm muito a acrescentar, desde que filtradas em seu “consequencialismo de direitos superficiais”. Portanto, é mais produtivo ler as contribuições de Sunstein como uma continuação da série teórica inaugurada por Dworkin, mantendo seu núcleo duro e reorganizando seu cinturão de hipóteses auxiliares.

Enfim, toda essa base integracionista leva a se aceitar uma abordagem teorizada do raciocínio jurídico, enriquecida em três pontos significativos, a partir das contribuições de Sunstein.

O primeiro ponto é um desenvolvimento da doutrina da prioridade local. Defendo a possibilidade de se assimilar a rica pesquisa empírica de Sunstein (e autores relacionados), sobre situações em que houve uma restrição da amplitude e profundidade do raciocínio jurídico, desde que mantida a linha da “prioridade local” elaborada por Dworkin. A “descida teórica”, almejada por Sunstein, seria devida em casos nos quais se justificasse como exigência do próprio direito, e não para sonegá-lo – por exemplo, evitando a banalização do controle de constitucionalidade, mostrando deferência ao Legislativo e às Agências Reguladoras em questões sobre as quais têm maior capacidade técnica e legitimidade política para decidir. Trata-se de um “sistema de contenções institucionais” para a interpretação jurídica, sem implicar a adoção de um procedimento mecânico ou um conjunto de cânones

O segundo ponto é a defesa de um modelo para exposição de decisões colegiadas. Há muito tempo Dworkin abdicou da discussão sobre como um juiz integracionista deveria lidar com deliberações coletivas. Nesse debate, os acordos parcialmente teorizados, propostos por Sunstein, emergem como a melhor maneira de coordenar diferentes decisões e expô-las num relatório conjunto.

O terceiro ponto é a observação de novos desenhos institucionais, com grandes implicações para a teoria da interpretação jurídica. A emergência do fenômeno das Agências Reguladoras levanta a possibilidade de outras experimentações desse tipo para modelar a cultura interpretativa de um sistema jurídico. É verdade que isso já vem sendo feito, sob outros nomes. A novidade agora é a apreensão teórica das relações entre essas áreas, além das várias ferramentas empíricas atualmente à disposição dos juristas. Cabe apenas uma advertência final: para respeitar o delicado equilíbrio desse marco Dworkin-Sunstein, deve-se evitar uma “empirização” radical do debate institucional, que creia poder dispensar a teoria normativa.

5 NOVOS DEBATES: UMA (ANTI)TEORIA INSTITUCIONAL DA INTERPRETAÇÃO?

Até então, essa tese lançou seu olhar para o passado. Buscou oferecer uma caracterização dos modelos interpretativos de dois autores bem conhecidos, analisar seu debate, e propor uma apropriação crítica, que resultou na formulação de algumas teses básicas.

Agora, é preciso lançar um olhar para o futuro, submetendo essas teses ao debate com diferentes perspectivas sobre como relacionar interpretação e instituições.

Para tanto, deve-se reconhecer a existência de visões mais críticas ao papel desempenhado por modelos teórico-normativos, tais como o dworkiniano, construídos sem referência direta aos limites institucionais do Judiciário. Segundo alguns, a idealização das capacidades judiciais corromperia um modelo interpretativo, ainda que ela fosse apenas um artifício metodológico para explicitar a estrutura do raciocínio jurídico. Para os antiteóricos, essa estrutura interpretativa (textualista/intencionalista/integracionista/etc.) deveria ser determinada no sentido inverso, isto é, a partir das possibilidades institucionais de cada sistema jurídico.

Portanto, o caminho não seria partir de modelos teórico-normativos, para depois atenuá-los através de análises institucionais, como faz Sunstein. Autores como Adrian Vermeule priorizam a análise institucional, diminuindo a importância de teorias normativas.

Podemos organizar a disputa entre teorias interpretativo-institucionais nas seguintes visões³⁹⁶:

- a) *interpretacionismo-negacionista*. Nega ou diminui significativamente a importância de questões institucionais, defendendo a suficiência de trabalhos teóricos normativos sobre interpretação;
- b) *autonomismo*. Reconhece a importância de questões institucionais, mas segue defendendo a autonomia (mas não suficiência) de teorias normativas;

³⁹⁶ A nomeação dessas posições visa apenas a fornecer uma ilustração didática para o leitor, e não implica em juízo depreciativo ou vantagem automática de qualquer uma delas. Casos exemplares de cada uma dessas posições podem ser atribuídos respectivamente a: Jon Elster, Ronald Dworkin, Cass Sunstein e Adrian Vermeule.

- c) *inclusivismo*. Tenta desenvolver teorias normativas que incluem³⁹⁷ preocupações institucionais; e,
- d) *institucionalismo-imperialista*. Nega ou diminui significativamente a importância de teorias normativas, focando em análises institucionais cujos resultados possam gerar convergências na comunidade jurídica.

Esse último caminho é trilhado por Vermeule em *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation* (2006)³⁹⁸. Confrontando as demais posições, Vermeule defende duas grandes teses em seu livro, uma metodológica e a outra substantiva.

A tese metodológica sustenta que as teorias da interpretação jurídica deveriam abandonar seu foco exclusivamente conceitual, e trabalhar com métodos empíricos para verificar os resultados de diferentes modelos, analisando as variáveis ligadas às “capacidades institucionais” e “efeitos sistêmicos”. Modelos perfeccionistas ligados a teorias normativas (*first-best approach*) poderiam levar a resultados contrários a seus propósitos, caso aplicados em condições sub-ideais. Por isso, é importante buscar as melhorias possíveis (*second-best approach*), dentro das condições empiricamente dadas.

Ao longo do livro, Vermeule avança uma versão cada vez mais forte dessa tese metodológica, chegando a defender que: modelos teórico-normativos não servem para orientar qualquer intervenção na prática sem a mediação de uma análise institucional *second-best*; e modelos teórico-normativos podem ser completamente dispensados em alguns casos, diante de uma asserção empírica capaz de gerar resultados amplamente aceitáveis – na perspectiva de um “consenso sobreposto” entre defensores de diferentes teorias normativas, ou até mesmo na perspectiva de um “agnosticismo” sobre princípios *first-best*.

A tese substantiva é ainda mais ousada, podendo ser recusada sem prejuízo da tese metodológica. Segundo Vermeule, os juristas deveriam se apoiar num repertório de técnicas de decisão sob “racionalidade limitada”, deliberadamente simplificadoras. Através delas, minimizariam os “custos de decisão” e os “custos de

³⁹⁷ Ecoando aqui o conceito dworkiniano de integridade inclusiva. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 482-486.

³⁹⁸ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

erro”, abrindo mão de benefícios puramente especulativos ligados às teorias normativas. A análise dos modelos interpretativos, a partir desse repertório técnico, leva à adoção do formalismo jurídico como solução mais efetiva. Entende por formalismo jurídico não uma doutrina ligada à “essência” do texto, mas uma adesão calculada a um conjunto de regras fixas e simplificadoras da interpretação. Na prática, trata-se de recomendar aos juízes: um apego ao significado claro e específico dos textos legais; e, onde esses significados não são claros e específicos, uma deferência judicial às decisões das Agências Reguladoras e do Legislativo (sob um controle de constitucionalidade fraco), por serem órgãos mais capacitados tecnicamente e mais legitimados politicamente.

Como o próprio Vermeule reconhece, seu projeto assume um caráter anti-teórico, que se choca com o debate tradicional sobre interpretação jurídica. Mas ele não está só nessa mudança de orientação. A volta ao formalismo é uma tendência contemporânea que não pode ser ignorada, motivada pelos vários abusos cometidos em nome do pós-positivismo – ou de suas caricaturas. A reboque disso, as pesquisas empíricas vêm ganhando cada vez mais destaque no direito. O trabalho de Vermeule combina as duas tendências. Representa uma das defesas mais sofisticadas e inovadoras do formalismo, sem simplesmente repetir o exegetismo do século XIX. Contra o déficit de realidade de que tantos juristas reclamam, Vermeule traz para esse debate recursos surpreendentes de fundamentação empírica.

Diante de grandes inovações, cabe sempre perguntar se não há algo valioso sendo esquecido. Um modelo tecnicamente efetivo é suficiente para as decisões judiciais, ou a questão da justiça das decisões ainda é importante? Quais as condições dessa efetividade? Será que Vermeule não está superestimando a capacidade de identificar o direito a partir de critérios empíricos – mesmo reconhecendo a falta de evidências disponíveis atualmente –, e subestimando a justificação principiológica que ele deve ter? Em suma: será que Vermeule não está “colonizando” a teoria da interpretação jurídica a partir de sua análise institucional?

Para responder essas questões, procedo da seguinte maneira neste capítulo: 5.1) apresento uma caracterização das teses de Adrian Vermeule em sua principal obra sobre o tema; 5.2) analiso criticamente os limites de seu enfoque institucional da interpretação jurídica; 5.3) tira algumas conclusões parciais sobre em que sentido é legítima a análise institucional da interpretação jurídica; 5.4) discuto o cenário no qual o modelo interpretativo de Vermeule teria vantagem; e 5.5) defendo uma

integração entre teoria normativa da interpretação – especialmente uma de base dworkiniana – e análise institucional.

Invoco esse autor para realizar um debate bem delimitado. E, como ainda não se tem suficiente distância temporal para analisar toda sua obra, não tentarei fazer uma caracterização mais abrangente dela. Focarei na sua produção específica sobre interpretação jurídica, tarefa facilitada pela consolidação de seus artigos mais importante em um livro, que apresenta uma teoria unificada sobre o tema³⁹⁹.

Com relação ao debate no qual pretendo tomar parte, rejeito uma postura dogmática com relação às teses obtidas nas conclusões parciais do capítulo 4. Elas fornecem uma base para a pesquisa, mas seguem inteiramente abertas à revisão, modulação ou superação pelos argumentos de Vermeule.

5.1 Teses e Argumentos de Adrian Vermeule

Vermeule atualmente é professor de direito em Harvard, tendo trabalhado antes como assessor do *justice* Antonin Scalia na Suprema Corte dos Estados Unidos. Sua produção acadêmica se concentra nas disciplinas de direito constitucional e administrativo, trabalhando temáticas como desenhos institucionais e limites da racionalidade decisória no direito.

Nessa perspectiva, desenvolveu, ao longo de anos, pesquisas pontuais a respeito da interpretação jurídica. Algumas dessas pesquisas foram desenvolvidas em coautoria com Sunstein, como o famoso artigo-manifesto *Interpretation and Institutions*⁴⁰⁰, no qual denunciavam a cegueira institucional que vinha acometendo até então os debates sobre interpretação entre os juristas. Mas outros trabalhos “solo” de Vermeule foram além do pragmatismo moderado de Sunstein. Vermeule

³⁹⁹ Esta tese foi redigida antes da publicação do polêmico texto de Vermeule na revista *The Atlantic* (VERMEULE, Adrian. Beyond originalism. **The Atlantic**, Boston, 31 Mar. 2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>. Acesso em: 31 mar. 2020), no qual ele abandona o formalismo e sua metodologia empirista, passando a defender uma leitura moral conservadora da Constituição, na linha da direita política americana e com forte inspiração religiosa. O impacto dessa guinada sobre a produção anterior do autor ainda precisa ser avaliado com cuidado, em trabalhos à parte. Para os fins desse debate, continuam relevantes os argumentos que Vermeule levantou a favor do formalismo, a partir de uma análise institucional de orientação empirista. Para uma crítica ao artigo de Vermeule, veja-se: STRECK, Lenio Luiz. Professor de Harvard lança "constitucionalismo Deus acima de todos". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/senso-incomum-professor-harvard-lanca-constitucionalismo-deus-acima-todos>. Acesso em: 23 abr. 2020.

⁴⁰⁰ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **U Chicago Law & Economics**, [S. l.], v. 111, Olin Working Paper n. 156; U Chicago Public Law Research Paper n. 28, p. 885-951, Jul. 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=320245>. Acesso em: 10 dez. 2017.

desenvolveu uma tese metodológica mais forte, que diminui significativamente a importância de teorias normativas. A partir daí, chegou a uma tese substantiva em defesa do formalismo, solução bem mais ousada do que “minimalismo judicial” defendido por seu antigo coautor. Nesse processo, seu mote foi: “abstinência é mais fácil do que moderação”⁴⁰¹.

Os vários trabalhos de Vermeule convergiram para a publicação em 2006 do livro *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Como o subtítulo adianta, o autor inverte a relação entre as disciplinas, defendendo partir da análise institucional para selecionar um modelo de interpretação jurídica. O título traz uma espécie de corolário dessa sua análise: a aplicação ao direito das técnicas de decisão sob “racionalidade limitada”.

Nesse momento, ofereço uma caracterização das teses de Vermeule e tento recuperar seus principais argumentos. Respeito a divisão do livro em três grandes partes: crítica, reconstrução, e aplicação. O autor elabora suas teses de modo encadeado, no qual as conclusões de uma parte costumam reaparecer como premissas nas partes seguintes. Por isso, para acompanhar seu raciocínio, a repetição – embora possa soar cansativa – tem um propósito metodológico.

5.1.1 Crítica

A primeira parte da obra de Vermeule é uma revisão da literatura anglo-saxônica sobre interpretação jurídica, muito baseada no seu artigo em coautoria com Sunstein. Tenta não apenas documentar a falta de tratamento de questões institucionais, mas também denunciar a impossibilidade de saltos de teorias abstratas – sobre a democracia, a Constituição, a natureza do direito e da linguagem – para a ordem operacional, sobre como os juízes reais deveriam interpretar.

O autor diagnostica três tipos de cegueira institucional: a filosófica, completamente alheia a questões institucionais; o institucionalismo estilizado, que se refere a instituições, mas de maneira estereotipada e abstrata; e o institucionalismo assimétrico, que não estabelece comparações rigorosas entre instituições, pois assume injustificadamente um viés pessimista com relação a umas e otimista com relação a outras (“falácia do nirvana”).

⁴⁰¹ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 196.

O problema se repetiria, de maneiras diferentes, em autores famosos como William Blackstone, Jeremy Bentham, Herbert Hart, Henry Hart e Albert Sacks, Ronald Dworkin e John Manning. A rigor, mesmo a defesa do formalismo ao longo da história teria sido feita de maneira conceitual e essencialista, sem atenção a seus efeitos práticos. Esse tipo de disputa teórica normativa acabaria sempre em impasses, que só a análise institucional com recursos empíricos seria capaz de arbitrar.

Para sustentar a impossibilidade de passar diretamente de modelos abstratos para a prática, Vermeule analisa a obra de teóricos da interpretação na literatura. Toma como exemplares os trabalhos de Steven Knapp, Walter Bem Michaels e Stanley Fish, que defendem o intencionalismo como modelo interpretativo, mas reconhecem que disso não se deriva qualquer consequência metodológica direta sobre como interpretar. Para Knapp e Michaels, reconhecer que a interpretação é histórica não diz nada sobre o que conta como evidência histórica e sobre como decidir entre diferentes interpretações. Fish faz a ponte com a interpretação constitucional, advertindo que um originalista não recorreria necessariamente aos escritos dos pais fundadores, porque poderia achar que essa não é a melhor fonte sobre suas intenções, podendo preferir focar apenas nos textos de lei. Assim, um originalista poderia se aproximar, na prática, de um formalista.

Depois desse mapeamento, Vermeule dedica um momento especial para a análise das obras de dois grandes anti-formalistas no direito americano: William Eskridge e Richard Posner.

Eskridge se destacou por sua teoria dinâmica da interpretação estatutária (*dynamic statutory interpretation*). Hermeneuta de base gadameriana, sustenta que a interpretação dinâmica, atenta ao contexto, é inevitável. Para Vermeule, a crítica de que o formalismo seria inconsistente com o caráter contextual da linguagem só atingiria uma versão caricata e essencialista desse modelo. Sem cair nessa caricatura, seria possível defender o formalismo como uma simplificação deliberada da interpretação, orientando-se a prática jurídica para um apego ao sentido claro e específico de um termo, que pudesse ser amplamente aceito. Visto dessa maneira, o nível de dinamismo interpretativo em um sistema jurídico não seria algo inevitável, e sim o produto endógeno de seus arranjos institucionais. Mais do que isso: ainda que se aceitassem as teses de Eskridge, reconhecendo o dinamismo interpretativo como inevitável, outras instituições pareceriam mais capacitadas e legitimadas do

que o Judiciário para fazer essa atualização normativa, como as Agências Reguladoras.

Posner também defende uma flexibilidade interpretativa, mas por outros motivos. Adepto de um “pragmatismo do dia a dia”, aposta na capacidade dos juízes de analisar as melhores consequências das decisões a cada caso. Posner trabalha com um “consequencialismo de atos” individuais, o qual, segundo Vermeule, parte de uma visão romântica e idealizada das capacidades dos juízes analisarem qual seria a melhor decisão de modo *ad hoc*. Além disso, Posner ignoraria os efeitos sistêmicos da discricionariedade judicial, extremamente negativos. Ao invés disso, Vermeule defende um “consequencialismo de regras”, que enxerga no longo prazo e tem alcance sistêmico. Por isso, apresentaria maiores vantagens institucionais, diminuindo a dependência da capacidade dos juízes individuais e garantindo a previsibilidade na aplicação do direito para seus usuários.

Em suma: tanto Eskridge quanto Posner cometeriam a falácia do nirvana, ao assumirem em seus modelos uma versão idealizada das capacidades dos juízes individuais, em detrimento da capacidade de outras instituições. Contra isso, Vermeule defende um institucionalismo que seja uniformemente empírico, isto é, que analise diferentes instituições sob os mesmos critérios.

5.1.2 Reconstrução

A segunda parte do trabalho é mais propositiva. Tenta esboçar as noções, e as variáveis a serem analisadas, para promover um “giro institucional” na teoria da interpretação jurídica. Declara que, sob certa perspectiva, “essa empreitada é antiteórica”⁴⁰², alinhando-se a um movimento jurídico defendido por Posner e combatido por Dworkin:

[...] Uma de minhas reivindicações centrais, como visto na Parte I – premissas sobre democracia, ou constitucionalismo, ou a natureza do direito, de estatutos, ou da linguagem – são fatalmente abstratas. Tais reivindicações jogam a bola muito alto; elas tipicamente não têm o poder de corte para resolver controvérsias operacionais no nível de solo sobre quais regras interpretativas os juízes deveriam seguir. Daí se segue, eu sugerirei, que premissas de nível elevado são incompletas a não ser que sejam suplementadas por uma análise

⁴⁰² VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 63.

institucional de nível mais baixo. De fato, eu também devo reivindicar, mais ambiciosamente, que em alguns domínios as controvérsias de nível elevado podem ser postas entre parênteses como irrelevantes para os problemas operacionais e, conseqüentemente, completamente dispensadas⁴⁰³.

Então, Vermeule toma como ponto de partida uma área de estudos conhecida como “escolha institucional”, na qual se lida com a alocação de competências decisórias numa organização. Nesse âmbito institucional, são inevitáveis considerações empíricas sobre capacidades dos diferentes órgãos e agentes decisórios, comparações entre eles, predições de conseqüências sistêmicas, análises de custos e benefícios, etc.

Defende estender essa mesma lógica para uma área análoga, a “escolha interpretativa”, na qual se lidaria com procedimentos sobre como os juízes (enquanto membros de instituições complexas) devem interpretar o direito. Seria necessário escolher tais procedimentos, já que a Constituição dos EUA não declara preferência por qualquer um. Vermeule questiona até a possibilidade de que um texto determine seu próprio modo de interpretação. Além disso, teorias normativas não seriam determinantes, já que seria necessário se comparar seus efeitos, antes de traduzir ideais abstratos em intervenções concretas. Portanto, a chamada escolha interpretativa deveria ser realizada com base em evidências empíricas.

Depois de fixar que tipo de (meta)critérios contam como válidos na “escolha interpretativa”, Vermeule os associa com os resultados da parte anterior do trabalho, sobre a inutilidade metodológica do intencionalismo. Assim, produz as seguintes generalizações: os modelos *first-best* sobre interpretação jurídica são sempre incompletos; e, a análise institucional pode gerar uma espécie de consenso sobreposto entre eles em torno de resultados práticos, chegando a dispensar modelos *first-best* em alguns casos.

O próximo passo, então, é identificar que tipo de informação é relevante para tal análise comparativa entre diferentes modelos interpretativos. Destaca dois grandes grupos de variáveis: as capacidades institucionais do judiciário e os efeitos sistêmicos⁴⁰⁴. Vermeule dedica um estudo de caso a cada uma delas.

⁴⁰³ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 63.

⁴⁰⁴ O autor não se preocupa em fixar um conceito, ou um método para mensurar essas variáveis.

Com relação à *capacidade judicial*, toma como exemplar o caso *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457 (1892), paradigma do intencionalismo no direito americano. No debate tradicional sobre intencionalismo, os juristas costumam disputar: se esse modelo é constitucional ou não; e, se é coerente atribuir uma intencionalidade a órgãos colegiados. Destoando disso, o caso *Holy Trinity* apresenta uma peculiaridade capaz de mudar os termos do debate.

Os fatos eram os seguintes: uma igreja americana havia contratado um clérigo de outro país. Diante de determinação do *Alien Contract Labor Law*, surgiu a questão sobre se era aplicável ao caso a proibição de contratar mão de obra estrangeira. Ao fim de uma disputa judicial, os tribunais permitiram a contratação, mesmo contra texto expresso de lei, sob o argumento intencionalista de que o Legislador só quis vedar a contratação de trabalhadores braçais estrangeiros.

Ocorre que uma melhor análise da história legislativa revela que o Legislador quis, de fato, estabelecer uma proibição genérica. Descobriram-se fortes evidências documentais nesse sentido. Encontrá-las e contextualizá-las pode ser tema de pesquisa para uma equipe de historiadores, mas não era tarefa realizável a tempo pelos atores jurídicos envolvidos no processo. Juristas acadêmicos seriam viciados em complexidades – por autointeresse profissional ou por idealismo. É um erro esperar que juízes generalistas consigam deliberar rapidamente sobre questões complexas, no mesmo nível de pesquisadores que passaram vários anos se dedicando a uma questão específica. Ao discutir interpretação, tais acadêmicos costumam perguntar apenas: como eu interpretaria esse caso? Deveriam perguntar também: como eu posso ajudar os juízes reais que vão decidir esse caso, sob limitações de tempo e de informações?

Disso tudo, Vermeule infere que as capacidades institucionais do judiciário tornam o recurso à intenção do legislador contraproducente, mesmo da perspectiva dos intencionalistas. Elas aumentam o risco de erro, sendo maiores as chances de fidelidade do juiz à intenção do legislador se os intérpretes simplesmente se ativerem ao texto legal aprovado. Esclarece que não está tentando generalizar a partir de um caso idiossincrático uma crítica a todo o intencionalismo (visto como modelo teórico-normativo), mas apenas sugerindo uma hipótese sobre a efetividade do recurso metodológico à história legislativa, mesmo assumindo a perspectiva dos intencionalistas. Enfim, mesmo que o intencionalismo fosse idealmente correto e se pudesse deduzir consequências metodológicas dele, elas precisariam ter seu

funcionamento analisado em condições sub-ideais: limitação de tempo, informação, expertise, etc.

Indo além do caso, o autor sugere que o recurso à história legislativa seria contraproducente para os juízes, pelos seguintes motivos: o volume de informações obtidos a partir da história legislativa é maior do que qualquer outra fonte jurídica; a história legislativa é a fonte jurídica mais heterogênea, contendo muitas informações desencontradas; e, os riscos de lidar com tais informações não tende a diminuir com o passar do tempo, pois os juízes são estruturalmente não familiarizados com o processo legislativo, e as partes vão passar a invocar seletivamente cada vez mais trechos favoráveis a seus interesses.

Tudo isso poderia ter sido contornado focando no que dizia claramente o estatuto. Ele proibia de modo genérico a contratação de mão de obra estrangeira – interpretação sobre a qual convergiram até mesmo Dworkin e Scalia.

Ao final de toda essa crítica ao uso da história legislativa pelos juízes, Vermeule faz uma ressalva que, por sinal, vai se tornar frequente ao longo do estudo. Ele deixa claro que nenhuma dessas críticas se aplica às Agências Reguladoras, cujas capacidades institucionais são maiores do que a dos juízes, nos seguintes pontos⁴⁰⁵: seus quadros técnicos, sua especialização, sua compreensão superior do processo legislativo, seu maior conhecimento da história legislativa e sua responsividade política – além do fato de terem a regulamentação como função própria. Por isso, defende que tais Agências poderiam fazer uso da história legislativa em sua atuação.

Encerrada a questão das capacidades, volta-se para o segundo grupo de variáveis da análise institucional, os “efeitos sistêmicos”. Para demonstrar sua relevância, Vermeule repete a estratégia de investigar uma questão maior através de uma parte, um ponto exemplar. Nesse caso, analisa as dificuldades de coordenação entre juízes, necessária para gerar os efeitos almejados por algumas teorias *first-best*, especificamente as que defendem uma atuação judicial catalisadora da democracia (*democracy-forcing*). Alguns juristas defendem que o Judiciário deve se portar de maneira a induzir comportamentos cooperativos de outros Poderes. Contudo, ignoram que para isso seria necessário formar uma “massa crítica”, uma

⁴⁰⁵ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. Além da Parte II, capítulo 4, o elogio das Agências é complementado na página 213.

atuação coordenada entre os juízes e ao longo do tempo. Não basta que alguns juízes mudem de comportamento para produzir mudanças sistêmicas.

Esse problema não se aplica a todas as teorias da interpretação, mas apenas àquelas que dependem de interações em larga-escala para gerar efeitos. Outras teorias podem ter razões independentes para serem adotadas, ou gerar contribuições estritamente marginais ou divisíveis de juízes individuais. Para explicar melhor o ponto, é necessário introduzir um aparato lógico e um empírico.

O aparato lógico é conhecido como “falácia da divisão”, e adverte sobre o erro de deduzir qualidades das partes a partir de qualidades do grupo a que pertencem. O fato de um exército ser forte não quer dizer que um determinado soldado que o integra seja forte. A norma que diz que o mundo seria pacífico se todas as nações se desarmassem não quer dizer que um país deva se desarmar unilateralmente. O mesmo ocorre com as decisões judiciais. É possível que a adoção de um determinado modelo interpretativo por apenas alguns juízes individuais possa gerar consequências indesejadas. Se um modelo depender de ampla coordenação, sua aplicação isolada por um juiz pode gerar consequências negativas no caso, sem quaisquer dos resultados sistêmicos positivos. Por isso, mesmo que a jurisdição *democracy-forcing* seja idealmente correta, sua aplicação não sistêmica pode gerar resultados fúteis e até mesmo perversos.

O aparato empírico diz respeito a custos e inviabilidade de coordenação, atravessando questões como: desacordos irreduzíveis entre os juízes, erros inevitáveis, não conformidade das instâncias inferiores, problemas de agregação em órgãos colegiados, mudanças exógenas e endógenas no Judiciário que alteram a estabilidade de seus entendimentos, etc. Todos esses fatores concretos dificultam a efetivação de modelos interpretativos que demandam muita coordenação.

Para Vermeule, mesmo teorias da interpretação contrárias ao ativismo judicial, mas que apelam para interações ambiciosas entre os juízes ou entre o Judiciário e outros Poderes, estariam fadadas a fracassar. Contudo, isso não se aplicaria ao tipo de formalismo que ele defende, cujos benefícios são estritamente divisíveis. Mesmo que apenas alguns juízes se tornassem formalistas, isso já seria capaz de gerar benefícios proporcionais para o sistema jurídico como um todo.

5.1.3 Aplicação

Na terceira e última parte do trabalho, Vermeule tenta aplicar as noções desenvolvidas até aqui a contextos específicos da interpretação jurídica, primeiro com relação às leis e depois à Constituição.

Contudo, ele se depara com um revés, que denomina de “dilema institucionalista”: por um lado, o “giro institucional” na teoria da interpretação jurídica serviu para repensar os critérios e as variáveis relevantes na análise de diferentes modelos; por outro lado, esse giro aumentou significativamente a necessidade de evidências empíricas para se estabelecer comparações rigorosas, que levarão muito tempo para serem coletadas.

Olhando de uma perspectiva acadêmica, isso não é um problema. Quando dois cientistas discutem e percebem que o ponto controverso é uma questão empírica, podem suspender suas conjecturas até que seja possível obter as evidências necessárias para comprovar uma teoria. Vermeule mostra esperança de que esse dia chegará para o direito, em que as evidências empíricas se acumularão a ponto de solucionar seus impasses teóricos. Nesse momento, questões institucionais, que hoje são pesquisa de ponta, serão assimiladas ao conhecimento básico até por pessoas que não têm instrução formal em ciências sociais – assim como as pessoas hoje falam naturalmente em vacinas, algo que muitos *experts* em medicina não compreendiam um século atrás⁴⁰⁶. Infelizmente, ainda estaríamos longe dessa realidade. E os casos não podem esperar. Os juízes não podem esperar até que as evidências cheguem, e que a academia desenvolva um modelo interpretativo com plena fundamentação empírica.

Diante disso, abrem-se duas alternativas:

Uma reação ao dilema é dizer que juízes devem rejeitar completamente o referencial institucionalista esboçado na parte II e apenas adotar quaisquer regras interpretativas atraentes segundo suas intuições normativas. Deste modo, Jon Elster discute o problema análogo de que uma abordagem consequencialista ao desenho constitucional é muito demandante. Dado que os ‘efeitos de equilíbrio a longo prazo da rede global líquida’ do desenho constitucional são impossivelmente opacos, Elster diz, nós devemos

⁴⁰⁶ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 154

evitar completamente o referencial consequencialista, optando por quaisquer arranjos constitucionais que sejam ‘justos’⁴⁰⁷.

Vermeule rejeita essa via, defendendo que as questões institucionais são inescapáveis para que uma teoria interpretativa possa orientar qualquer intervenção na prática. Mais do que isso, qualquer apelo à justiça sem análise institucional seria auto-derrotável, pois poderia gerar resultados contrários à própria teoria *first-best*.

Então, a via que Vermeule defende é um modelo institucionalista provisório, gerado através de técnicas de decisão em contextos de “racionalidade limitada” (*bounded-rationality*).

Uma reação melhor ao dilema institucionalista, a meu ver, é recair não na justiça (ou nos valores públicos eskridgeanos), mas no repertório de técnicas de tomada de decisão por agentes racionalmente limitados que agem sob profunda incerteza. Essa visão sustenta, em geral, que se a análise institucional precisa ser feita sem informações completas, ela precisa ser feita com qualquer informação disponível ou que possa ser gerada a custos aceitáveis. Os juízes então usarão as ferramentas relevantes para a tomada de decisões com informações incompletas. Isso não é o mesmo que empirismo casual. É claro, um tipo de empirismo casual é provavelmente inevitável para qualquer tomador de decisão, incluindo enfaticamente os juízes; mas o empirismo não é nem deve ser completamente sem forma. As técnicas descritas mais adiante, técnicas para agentes racionalmente limitados que tomam decisões sob condições de incerteza ou ignorância, aprimoram o empirismo casual, tentando dar razões para agir com base em uma imagem do mundo e não em outra⁴⁰⁸.

Embora Vermeule se esforce para suavizar essa transição e fazê-la parecer natural, é importante destacar que esse é um momento divisor de águas no trabalho. O que o autor propõe é uma mudança radical na configuração do debate sobre interpretação. Aceitá-la é aderir a um regime muito peculiar (e controverso) de tomada de decisão, originado em outras áreas de estudo, e aplicado ao contexto jurídico.

As decisões sob racionalidade limitada⁴⁰⁹ foram estudadas primeiramente por Herbert Simon, numa crítica ao paradigma neoclássico da economia. Logo em

⁴⁰⁷ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 156.

⁴⁰⁸ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 156.

⁴⁰⁹ WHEELER, Gregory. Bounded rationality. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, [S. l.], Fall, 2019. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/bounded-rationality/>. Acesso em: 10 dez. 2017.

seguida, o tema tornou-se transdisciplinar, envolvendo psicologia, computação, filosofia, etc. Reorientando os estudos sobre decisão para cenários mais realistas, que lidam com agentes de racionalidade limitada, admite-se abrir mão de resultados ideais, focando em critérios para encontrar soluções satisfatórias e razoáveis. Deste referencial, Vermeule importa as seguintes técnicas decisórias para o direito:

- a) *alocação do ônus da incerteza*. Uma maneira conhecida de lidar com a incerteza é atribuir o ônus da prova e/ou da argumentação a quem defende a mudança no *status quo* – o que minimiza custos de transação – como, por exemplo, ao se adotar uma doutrina rigorosa de precedentes. Também é comum atribuir o ônus a quem defende posições capazes de gerar maiores riscos, como no direito penal, em que os riscos de abuso do poder estatal levaram à adoção da presunção de inocência;
- b) *maximização da utilidade esperada e análise custo-benefício*. A “teoria da decisão” (entendida aqui como aquela originalmente ligada à economia) sugere que agentes racionais deveriam maximizar a “utilidade esperada” nas suas decisões. Como isso pode ser feito em situações de informação limitada? Para responder essa pergunta, é preciso estabelecer distinções entre risco, incerteza e ignorância. Decisões sob risco se referem a situações em que se conhecem as recompensas de cada resultado e as probabilidades de cada um deles. Nesses casos, é possível maximizar a utilidade esperada de maneira direta, ponderando resultados de acordo com suas probabilidades. Vermeule fala aí, de modo aproximado, em uma “análise custo-benefício”. Decisões sob incerteza se referem a situações em que se conhecem as recompensas de cada resultado, mas não suas probabilidades. Decisões sob ignorância se referem a situações em que não se conhecem as recompensas de cada resultado nem suas probabilidades. Ocorre que decisões sob incerteza podem ser reduzidas a decisões sob risco, tornando-se “tratáveis”, caso se atribuam probabilidades a seus resultados. Isso pode ser feito de modo frequentista (com base na frequência de seu acontecimento em situações similares) ou subjetivista (por palpites intuitivos). Embora reconheça as limitações dessas ferramentas, Vermeule as adota quando é possível atribuir probabilidades a resultados de modo “plausível”, passando-se a ver os

problemas jurídicos através das lentes do custo-benefício, investigando como os juízes poderiam escolher regras interpretativas para maximizar os benefícios líquidos esperados para um sistema interpretativo;

- c) *princípio da razão suficiente*. Seguindo a mesma linha, uma técnica decisória ainda mais radical sugere que onde a incerteza é real – de modo que a atribuição subjetiva de probabilidades não é significativa –, deve-se assumir que as probabilidades desconhecidas se cancelam mutuamente, reduzindo uma situação de incerteza a uma situação de risco. Vermeule reconhece que essa assunção pode ser não racional, já que na prática as probabilidades podem não se cancelar. Fatores desconhecidos poderiam fazer a decisão pender num sentido, sem que quaisquer outros fatores os contrabalanceassem. Mesmo assim, essa “presunção” – que elimina a importância do desconhecido – teria a vantagem de evitar a paralisia nas decisões. Com base nesse “princípio”, Vermeule recomenda que os juristas evitem benefícios especulativos, quando os custos são certos. Por exemplo: ao discutir a superação de um precedente, caso o debate sobre as vantagens se torne especulativo, seria melhor manter o *status quo*, considerando a certeza dos custos de transação de um regime para outro;
- d) *maximim*. Em casos difíceis, nos quais a incerteza não pode ser reduzida a risco, o critério mais proeminente de decisão é escolher a opção cujo pior resultado possível é melhor do que o pior resultado possível das alternativas (isto é, maximizar a mínima recompensa);
- e) *satisficing*. Até aqui, as técnicas decisórias discutidas tentavam maximizar a utilidade esperada. Uma técnica que abre mão disso consiste em procurar apenas até que uma opção “satisfatória” seja encontrada – isto é, que um nível predeterminado de aspirações seja alcançado. Qual a diferença disso com relação a uma maximização estrangida por limites práticos? O maximizador analisa o custo-benefício de continuar procurando. Ele pararia de procurar quando o benefício marginal de encontrar uma opção melhor, descontada a probabilidade de encontrá-la, for igual ou menor do que o custo de continuar procurando. Já o *satisficer* para de procurar assim que encontra uma opção suficientemente boa. Vermeule relaciona essa técnica à sua defesa (limitada) de um controle

de constitucionalidade. Para ele, não se trata necessariamente da melhor opção, mas não recomendaria um desenho institucional diferente porque este funciona de modo suficientemente bom. Mas Vermeule vai mais longe, ao defender a aplicação dessa técnica às próprias decisões judiciais: juízes deveriam limitar sua deliberação, suas fontes de informação, e adotar preceitos interpretativos que fossem suficientemente bons, sem tentar alcançar o melhor regime interpretativo;

- f) *escolha não deliberativa (picking)*. Outra técnica não maximizadora, ainda mais simples do que o *satisficing*, é simplesmente escolher uma opção de modo aleatório. Diante de várias opções de cereal, quando não há diferenças relevantes, um consumidor age melhor ao escolher logo uma delas do que ao perder o dia inteiro fazendo comparações. Segundo Vermeule, essa técnica não é estranha ao direito. Apenas é invisibilizada pela retórica jurídica, que tenta fazer com que toda decisão pareça plenamente arrazoada. A técnica de *picking* está pressuposta em afirmações como a de Antonin Scalia, de que “o que é da mais alta importância é que o Congresso possa legislar sobre o pano de fundo de regras interpretativas claras”⁴¹⁰, ou de Oliver Wendell Holmes, de que “uma das primeiras coisas de que as Cortes devem lembrar é que as pessoas se preocupam mais em saber se as regras do jogo serão mantidas, do que em ter as melhores regras possíveis”⁴¹¹;
- g) *heurística rápida e frugal*. Pesquisas experimentais têm identificado ferramentas efetivas de decisão sob racionalidade limitada, que se inspiram nas várias técnicas discutidas. Um exemplo central é a heurística “pegue o melhor” de Daniel Kahneman e Amos Tversky, pela qual agentes empregam uma “regra de parada” para encerrar o processo decisório. Trata-se de uma razão simples e predeterminada, pela qual o tomador de decisão abre mão de considerar outras razões supervenientes (ainda que possam ser melhores). A ideia é que, nesse contexto, mais informação pode levar a uma decisão pior. Vermeule sugere como regra de parada para os juízes o “sentido aparente na superfície” de “textos

⁴¹⁰ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 179.

⁴¹¹ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 180.

claros e específicos”, excluindo referências à história do direito ou a princípios.

Depois de defender o uso desse repertório técnico pelos juristas, Vermeule enfrenta duas possíveis objeções. A primeira é que juízes limitados em informação ou racionalidade não seriam mais competentes ao escolher métodos de “segunda ordem” para raciocinar sob incerteza do que eles já são ao raciocinar em “primeira ordem”. Isso lembra o paradoxo do sujeito prático que, para recusar a vida filosófica, se vê obrigado a fazer filosofia, ao argumentar e refletir. Vermeule tenta contornar esse problema. Seu ponto seria, apenas, que as pessoas podem saber que não sabem algo, e deliberar levando em conta seus próprios limites. A segunda objeção é que essas técnicas decisórias seriam fracamente determinadas. Vermeule concede o ponto, mas insiste que ele não tem maior importância, já que apenas reafirma as condições precárias de tomada de decisão. Nesse contexto, não haveria alternativa tão efetiva quanto essas técnicas.

Fixadas essas bases, parte para a discussão sobre como os juízes americanos deveriam interpretar as leis. Ao aplicar essas técnicas à análise dos possíveis regimes interpretativos, conclui que o mais efetivo seria o formalismo. Na prática, isso significa preferir ferramentas interpretativas diminutas, tratáveis e baratas, ao invés de amplas, complexas e custosas. Os juízes deveriam: apegar-se aos sentidos literais ou superficiais onde os textos forem claros e específicos; preferir regras a princípios; evitar desacordos substantivos, que devem ser decididos pelo voto; evitar cânones construtivos; quando necessário, escolher cânones construtivos de modo não deliberativo (*picking*) ao invés de buscar os melhores; evitar totalmente recursos à história legislativa ou outras fontes jurídicas colaterais que envolvam enriquecimento de sentido, intenção ou propósito; onde os textos forem ambíguos ou vagos, deveriam ser deferentes às Agências Reguladoras ou ao Executivo, lendo a doutrina *Chevron* no sentido forte; estender a deferência às agências inclusive na área penal; evitar um modelo muito refinado (teoricamente ambicioso) de deferência, como o do Caso *United States vs. Mead*; e, adotar uma forte doutrina de precedentes, sujeita apenas à superação por interpretações administrativas.

Essas conclusões têm sempre os mesmos fundamentos, formulados nos termos do referencial institucionalista e da decisão sob racionalidade limitada:

minimizar custos decisórios, evitar benefícios especulativos, apostar em instituições mais capacitadas, etc. Vermeule ressalva que o ponto não é zerar os custos decisórios, algo que poderia ser alcançado tomando decisões com base num jogo de cara ou coroa. Trata-se de fixar previamente um nível modesto de aspirações, mantendo um padrão de deliberação satisfatório/razoável. No direito, o melhor seria inimigo do bom. Compila citações de outros juristas que chegaram à mesma conclusão, desde William Blackstone que havia reconhecido em determinado momento que seria melhor direito sem equidade do que equidade sem direito⁴¹², chegando a Louis Brandeis, que afirmou que ser mais importante que o direito seja fixado, do que fixado da maneira correta⁴¹³. Suas passagens favoritas giram em torno da lei bolonesa que determinava uma punição contra quem derramasse sangue humano nos espaços públicos. Ela atingiria apenas os praticantes de crimes violentos, ou se estenderia aos dentistas da época, que trabalhavam ao ar livre? A partir desse exemplo, muitos criticaram o formalismo, sustentando que os juízes não poderiam admitir interpretações absurdas da lei. Vermeule, contudo, prefere as leituras formalistas, que defendem que não deveria caber aos juízes corrigir resultados que entendem absurdos.

Vale destacar um ponto, no qual o autor critica o holismo interpretativo de autores como Dworkin. Para Vermeule, esse modelo: aumenta os custos de decisão e traz benefícios puramente especulativos; pode levar a resultados ruins, de acordo com a própria teoria normativa pressuposta pelo holismo; e, entrega uma ferramenta perigosa na mão de intérpretes falíveis.

Por fim, a última questão discutida por Vermeule é a aplicação do seu referencial à interpretação constitucional. Segundo o autor, todas as conclusões sobre a interpretação das leis poderiam ser estendidas para esse âmbito. Mesmo assim, refaz toda a argumentação, exemplificando como suas técnicas decisórias sob racionalidade limitada levariam ao formalismo no julgamento de casos constitucionais.

A novidade é que, na discussão do *judicial review*, entra a ênfase na deferência que a Suprema Corte deve ter com relação ao Legislativo. Defende um modelo fraco de controle de constitucionalidade, tentando retomar uma tradição que

⁴¹² VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 20.

⁴¹³ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 311.

remonta a James Bradley Thayer, cuja “regra do erro claro” ditava que as Cortes deveriam ser deferentes, a não ser que nenhuma interpretação possível pudesse salvar a lei. Parte disso pode ser fundamentado numa análise de custo-benefício:

Thayer sugeriu que os custos de uma decisão judicial equivocadamente declarar legislação inconstitucional são sistematicamente maiores do que os custos de uma decisão judicial declarar equivocadamente legislação constitucional, porque o primeiro caso, ao contrário do último, não pode ser corrigido pelo processo legislativo ordinário⁴¹⁴.

Assim, chega a uma visão neo-thayeriana sobre o *judicial review*:

As Cortes deveriam garantir, através do *judicial review* substantivo, apenas o tipo de texto constitucional claro e específico que tende a promover objetivos estruturais e coordenadores [entendendo por isso os artigos I a VII da Constituição⁴¹⁵]. Nos casos em que os textos são ambíguos, podem ser lidos em múltiplos níveis de generalidade ou incorporam aspirações políticas vagamente declaradas, as Cortes devem deferir ao Legislativo como instituição mais bem posicionada para atualizar a Constituição ao longo do tempo⁴¹⁶.

Isso contraria a posição hegemônica dos constitucionalistas americanos. Vermeule atribui isso à cegueira institucional que vinha acometendo a área, desde os seus primórdios, chegando até autores contemporâneos – e, mais uma vez, Dworkin está entre os seus principais alvos.

O direito constitucional americano teria em John Marshal o pai da sua cegueira institucional, ao consagrar no seu voto em *Marbury vs Madison* uma defesa do *judicial review* em bases muito abstratas e especulativas. Dizer que a Constituição é a lei mais importante (*the paramount law*) não é um argumento que justifique a competência judicial para rever de modo substantivo as decisões do Legislativo.

Alguns constitucionalistas, como Mathew Adler e Michael Dorf, viriam até a defender que o *judicial review* seria conceitualmente necessário, uma condição de inteligibilidade da democracia constitucional. Partem da situação em que um litigante apresenta um documento num processo judicial, alegando se tratar de uma lei

⁴¹⁴ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 239.

⁴¹⁵ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 233.

⁴¹⁶ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 233.

federal relevante para o julgamento seu caso. Diante disso, a Corte precisaria ao menos identificar o que conta como estatuto federal válido, isto é, se o documento preenche as “condições de existência constitucional”. Ainda que se conceda nesse ponto, em que seria necessário um certo controle de constitucionalidade, daí não se segue um modelo substancial de intervenção dos juízes nas decisões legislativas. De fato, muitos países não têm algo correspondente ao *judicial review* americano. Tal arranjo não é um fato da natureza, mas uma opção político-jurídica.

Outros argumentos abstratos, frequentemente usados para defender uma necessidade do *judicial review*, sustentam que sua ausência levaria à uma ditadura da maioria, ou, dito de outra maneira, que o *judicial review* serve para defender minorias. Mais uma vez, o argumento (em suas duas formulações) é desacreditado por evidências empíricas: muitos países em que há uma supremacia do Legislativo são democracias sólidas; e proteger minorias não é, nem de longe, uma descrição plausível do que o *judicial review* realmente faz nos EUA.

Apesar de toda essa cegueira diagnosticada, uma tendência mais sensível a questões institucionais já teria começado no direito constitucional, podendo ser vislumbrada nos trabalhos de autores como Larry Kramer, Mark Tushnet e Jeremy Waldron. Eles contrariariam a posição hegemônica dos juristas americanos, ao criticar um modelo forte de *judicial review*. Kramer reconheceu que os autores da Constituição quiseram estabelecê-la como uma lei acima das demais leis, mas demonstrou que eles não concebiam sua defesa como algo feito através de um controle do Judiciário sobre os demais Poderes. O controle que concebiam seria de caráter cívico, feito através de instâncias populares. Tushnet estudou concretamente o desempenho Legislativo. E Waldron defendeu a dignidade da legislação, reabilitando o Legislativo como instância de deliberação racional e resolução de desacordos morais numa sociedade democrática.

Mesmo concordando com todos esses autores, a quem denomina de “neo-thayerianos”, Vermeule tenta fundamentar sua crítica em bases resolutamente institucionais, enquanto eles focam mais em argumentos históricos, populistas e teóricos-filosóficos. Insere-se numa linhagem mais empirista (como a dos advogados e economistas, liderada por Neil Kommesar), focada na análise institucional comparada. Dando continuidade a essas pesquisas, a contribuição original de Vermeule estaria principalmente nas técnicas decisórias sob racionalidade limitada. Assim, tenta lidar ao mesmo tempo com questões sobre onde deve ser alocada a

autoridade para interpretar a Constituição e que métodos e procedimentos devem ser usados.

Mais uma vez, seu ponto não é zerar os custos de decisão. Por isso, não adere ao abolicionismo do *judicial review* (como querem alguns), por julgar que esse arranjo funciona suficientemente bem, que os custos de transição seriam elevados, e que um resultado mais efetivo pode ser alcançado com a adoção de um controle de constitucionalidade fraco.

Chegando ao final de sua empreitada, o autor encara o maior desafio para um constitucionalista americano defensor do formalismo interpretativo: como agir diante da (consagrada) decisão da Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education*? É possível defender um modelo interpretativo que negaria o poder à Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas? Costuma-se dizer, nos EUA, que qualquer teoria da decisão deve ser capaz de sustentar *Brown*.

A resposta de Vermeule é assumir que seu modelo negaria a intervenção judicial na questão, mas também negaria a abominada decisão da Suprema Corte em *Dred Scott v. Sandford*, na qual se inventou uma espécie absurda de direito constitucional de possuir pessoas escravizadas. Segundo Vermeule, a análise de modelos interpretativos deve sempre levar em conta seus efeitos sistêmicos. Os defensores de interpretações constitucionais ambiciosas errariam ao imaginar que podem ter só a parte boa de seu modelo, sem ter também a ruim. A mesma possibilidade de interpretações constitucionais ambiciosas fundamentou decisões de todos os tipos, tanto as celebradas como as abominadas. No caso das decisões celebradas, como *Brown*, Vermeule cita muitas pesquisas que minimizam a importância concreta do Judiciário no fim da segregação racial nas escolas. A verdadeira mudança teria vindo da atuação dos movimentos sociais, dentro das instâncias políticas. E, segundo alguns estudos contrafactuais, ela teria vindo independentemente do Judiciário. Diante desses efeitos sistêmicos, para ele, o melhor seria parar de se distrair com idealizações sobre o Judiciário, e apostar na luta política para produzir mudanças sociais efetivas.

Mesmo assim, as teorias normativas poderiam lançar um último ataque. Poderiam objetar que uma interpretação não formalista, que busca a melhor decisão através de uma justificação principiológica, é um ideal que vale a pena ser perseguido, mesmo que jamais possa ser realizado totalmente. Vermeule encerra, dizendo que essa objeção é falaciosa. Ao contrário do que ela presume, se um

estado de coisas ideal não pode ser completamente realizado, a implementação parcial é frequentemente pior do que seu abandono, julgando-se pelos próprios critérios que sustentam a visão ideal.

5.2 Contra-Argumentando: limites da análise institucional

Depois de expor a (anti)teoria institucional da interpretação jurídica de Vermeule, e os argumentos que encadeia em sua defesa, podemos enxergar seu trabalho em perspectiva global. O autor trouxe inovações significativas para o debate na área. Combinando vários recursos de análise institucional e técnicas decisórias sob racionalidade limitada, desenvolveu um referencial metodológico próprio para comparar modelos interpretativos. Aplicando-o a discussões concretas sobre interpretação, chegou ao formalismo judicial como modelo mais efetivo. Em suma: o formalismo diminuiria os custos de decisão e os custos de erro; alocaria poderes interpretativos de maneira adequada às capacidades do Judiciário; e evitaria complicações de efeitos sistêmicos, ao garantir benefícios estritamente divisíveis, que dispensam coordenações de larga escala entre os juízes e membros de outros Poderes. Nesse processo, Vermeule não entra diretamente na disputa teórico-normativa. Defende que ela seria evitada através dos resultados práticos apresentados, sobre os quais todos deveriam convergir. Ao se levar em conta as condições reais de funcionamento do Judiciário, seria forçoso reconhecer que os melhores resultados seriam alcançados pelo formalismo, mesmo para quem parte de ideais interpretativos mais ambiciosos.

Diante disso, passo a analisar criticamente cada uma das teses em que se divide a proposta de Vermeule, quais sejam: tese metodológica fraca; tese metodológica forte; tese metodológica “extrema”, que defendo estar implícita na sua virada para a racionalidade limitada; e tese substantiva.

5.2.1 Tese Metodológica Fraca

Concordo com a primeira tese de Vermeule, quando o autor defende que as teorias da interpretação jurídica abandonem seu foco exclusivamente conceitual. De fato, esse debate se tornaria mais produtivo ao adotar também métodos de pesquisa empírica, e comparar os resultados de diferentes modelos interpretativos. Para tanto, os grupos de variáveis tratadas por Vermeule, como as “capacidades institucionais” e os

“efeitos sistêmicos”, jogam luz sobre questões relevantes. Também deve-se conceder que modelos perfeccionistas ligados a teorias normativas (*first-best approach*) poderiam levar a resultados contrários a seus propósitos, caso aplicados em condições sub-ideais. E que isso torna importante, em alguns casos, buscar as melhorias possíveis (*second-best approach*) dentro das condições empiricamente dadas.

A única ressalva que faria à tese metodológica fraca é que ainda é possível fazer trabalhos exclusivamente conceituais, de maneira proveitosa. Por isso, discordo de Vermeule quando ele defende que:

Nesse período, o único serviço útil que pode ser prestado aos juízes pelos teóricos da interpretação, em oposição aos cientistas sociais estudando as determinantes empíricas das abordagens interpretativas, é oferecer conselhos sobre como os atores jurídicos deveriam proceder melhor sob condições de incerteza⁴¹⁷.

Não há nada que autorize dizer que o debate *first-best* não é importante, e que não agrega conhecimento. Teorias normativas trazem contribuições fundamentais ao esclarecer e justificar uma determinada posição sobre o que deve ser a interpretação. Ao defender a importância da virada institucional, Souza e Bolonha fazem a valiosa ressalva:

[...] o fato das referidas teorias jurídicas contemporâneas não serem suficientemente sensíveis à dimensão institucional de interpretação constitucional, não as invalidam enquanto doutrina jurídica, sendo forçoso reconhecer os avanços alcançados no plano da eficácia normativo-constitucional dos direitos fundamentais⁴¹⁸.

Essas teorias também podem desempenhar um papel crítico-negativo⁴¹⁹, na linha sugerida por Györfi⁴²⁰, sendo suficientes para desqualificar uma posição rival.

⁴¹⁷ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 290.

⁴¹⁸ SOUZA, Rafael Bezerra de; BOLONHA, Carlos; Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 43, p. 165, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/373>. Acesso em: 27 fev. 2020.

⁴¹⁹ Como interpretado por: BUSTAMANTE, Thomas. Dworkin, Vermeule and Györfi on constitutional interpretation: remarks on a meta-Interpretive disagreement (Comment on Györfi). **German Law Journal**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1120, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195441. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴²⁰ GYÖRFI, Tamás. In Search of a first-person plural, second-best theory of constitutional interpretation. **German L. J.**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1089, Aug. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/317429065_In_Search_of_a_First-Person_Plural_Second-Best_Theory_of_Constitutional_Interpretation. Acesso em: 25 jan. 2020.

Por fim, também defendo que essas teorias podem apresentar uma relevância prática imediata, afirmação que esclarecerei mais à frente.

Dito isso, podemos concordar que o debate *second-best* tem uma demanda mais urgente, por existirem pouquíssimos trabalhos nessa linha. Isso recomenda uma mobilização da comunidade jurídica, em termos de política de pesquisa, para preencher a lacuna. Como Vermeule coloca em outro momento, de maneira menos dogmática, nesse momento os benefícios de trabalhos empíricos sobre interpretação jurídica tendem a ser maiores do que os benefícios de mais trabalhos exclusivamente conceituais⁴²¹.

5.2.2 Tese Metodológica Forte

Essa tese abarca diferentes afirmações feitas pelo autor ao longo do trabalho, no sentido de reivindicar terreno para a análise institucional em detrimento das teorias normativas. Para facilitar sua análise, a desdobrarei em: tese da mediação institucional necessária; tese da substituição; e tese metodológica “moderada” – uma reformulação que proporei, a partir de pontos positivos da argumentação do autor.

5.2.2.1 Tese da Mediação Institucional Necessária

Primeiro, Vermeule defende que modelos teórico-normativos não servem para orientar qualquer intervenção na prática sem a mediação de uma análise institucional *second-best*.

A discordância que levanto aqui é pontual. Embora seja certo que haveria muito a ganhar com essa mediação institucional, não se pode dizer que ela seja logicamente necessária.

Um jurista pode tomar conhecimento de um modelo teórico normativo de interpretação e se orientar por ele em suas práticas. Vermeule diz que essa hipótese seria autoderrotável, já que os resultados dessa ação podem contrariar o próprio modelo normativo adotado. Mas trata-se apenas de uma possibilidade – por sinal, de possibilidade não quantificável –, passando longe de uma necessidade forçosa.

⁴²¹ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 3.

Além disso, uma teoria normativa da interpretação pode prescrever uma determinada atitude como possuindo valor em si mesma, e não um valor meramente instrumental, dependente dos seus resultados. Criticando Vermeule, Giorfi⁴²² fala em defender um modelo interpretativo não apenas por “razões relacionadas ao resultado”, mas também por “razões relacionadas ao processo”, como a equanimidade processual. Já Dworkin⁴²³ defende que agir corretamente tem um “valor adverbial” ou “de execução”. No direito, essa ação seria buscar a resposta correta, interpretando-o de maneira responsável. Ainda que essa meta não seja alcançada, ela deve ser buscada. Note-se que isso não incide na “falácia da aproximação” a que Vermeule se refere, porque o que se está valorando aqui não é a aproximação de um ideal, mas a própria busca desse ideal.

5.2.2.2 Tese da Substituição

Depois de defender a análise institucional como mediadora necessária, Vermeule defende que ela poderia até substituir as teorias normativas, em alguns casos, diante de uma asserção empírica capaz de gerar resultados amplamente aceitáveis. Em alguns momentos, Vermeule fala disso na perspectiva de um “consenso sobreposto” entre defensores de diferentes teorias normativas. Em outros, fala na perspectiva de um “agnosticismo” sobre princípios *first-best*. Ambas as versões do argumento me parecem problemáticas.

Com relação ao consenso sobreposto, chama atenção a frequência com que Vermeule usa esse conceito de Rawls⁴²⁴, de modo retoricamente perigoso. Num determinado momento, fala também em um “acordo parcialmente teorizado”, conceito cunhado por Sunstein⁴²⁵ que é basicamente uma transposição do consenso sobreposto rawlsiano para o âmbito das decisões judiciais colegiadas. Para Sunstein, diferentes juízes poderiam chegar a uma convergência sobre um determinado resultado prático num processo de decisão colegiada, diante do qual

⁴²² GYÓRFI, Tamás. In Search of a first-person plural, second-best theory of constitutional interpretation. **German L. J.**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1077-1107, Aug. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/317429065_In_Search_of_a_First-Person_Plural_Second-Best_Theory_of_Constitutional_Interpretation. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴²³ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 133, 141, 300, 301, 370, 646, 680 e 688.

⁴²⁴ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 180-220.

⁴²⁵ SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2018.

abririam mão de disputar doutrinas abrangentes, em prol de um princípio intermediário que satisfizesse a todos. Isso recomendaria uma humildade interpretativa, que evitaria apelar rapidamente para princípios abstratos em deliberações judiciais. Contudo, não se trata de formalismo, já que o autor reconhece que o texto legal não é um fato bruto, auto-evidente e moralmente neutro. Sunstein reconhece que a interpretação se baseará em razões substantivas mínimas. E concede que, a depender da situação, pode ser necessária a escalada justificatória de que fala Dworkin, rumo a princípios mais abstratos⁴²⁶. Dworkin diria que isso é uma exigência para correta compreensão do direito, em casos mais complexos. Então, o importante é notar o seguinte: Sunstein se refere ao consenso sobreposto como uma possibilidade em aberto, que seu modelo decisório tenta apenas facilitar.

Já Vermeule procede de maneira um tanto diferente. Por várias vezes, invoca um consenso sobreposto para declarar uma convergência a que todos chegariam diante de um fato que ele aponta sobre a interpretação. Daí deriva várias coisas, como a superioridade do formalismo. Mas como ele pode abarcar todas as posturas teórico-normativas existentes e imagináveis para chegar a essa conclusão? Como ele pode se anteciper à práxis dos atores jurídicos concretos, que aplicariam e enriqueceriam esses modelos? E quais os princípios intermediários diante dos quais todos convergiriam, já que o consenso sobreposto não deriva de fatos brutos? No fim das contas, Vermeule é quem chegou sozinho a uma conclusão, que tenta fazer parecer amplamente aceitável, invocando retoricamente os conceitos de Rawls e Sunstein.

Bustamante⁴²⁷ vai além dessa minha preocupação com o uso do conceito rawlsiano para dar uma aparência coletiva a uma escolha individual. Acusa a argumentação de Vermeule de ser deficiente, porque pressupõe que a ampla aceitação de um resultado o torna automaticamente legítimo, sem que se ofereça qualquer justificativa substantiva em sua defesa além de um majoritarismo.

⁴²⁶ SUNSTEIN, Cass R., SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the Coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 389-404, 1997. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁴²⁷ BUSTAMANTE, Thomas. Dworkin, Vermeule and Gyorfi on constitutional interpretation: remarks on a meta-Interpretive disagreement (Comment on Gyorfi). **German Law Journal**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1128-1129, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195441. Acesso em: 25 jan. 2020.

A outra perspectiva que Vermeule adota para dispensar teorias normativas é um “agnosticismo” sobre princípios *first-best*. Essa versão de seu argumento é mais adequada do que a primeira, porque ao menos evita falar em nome dos outros. Contudo, ela presume que os fatos falam por si mesmos. E isso atrai vários problemas conhecidos na filosofia.

Vermeule parece elevar sua análise institucional a uma espécie de “ponto de vista arquimediano”⁴²⁸. Essa expressão se refere ao inventor grego Arquimedes, que celebrou o entendimento da alavanca dizendo que, se lhe dessem um ponto de apoio, poderia mover o mundo. Ocorre que, para tanto, seria necessário encontrar um ponto fora do mundo, a partir do qual ele pudesse ser movido. Se apropriando metaforicamente desse paradoxo, inúmeros filósofos discutiram a impossibilidade de alguém retirar a si mesmo de situação, para atingir uma visão total, fora de um lugar concreto. Eis o sonho de uma perspectiva neutra, liberta de condicionamentos e implicações. Isso se torna particularmente importante com relação a cientistas, que, no auge da modernidade, sonharam em produzir uma forma pura de conhecimento, através do método.

No debate contemporâneo, a fuga arquimediana tem sido amplamente condenada como estratégia teórica. Na filosofia da linguagem (especialmente na tradição hermenêutica⁴²⁹), passamos a reconhecer nosso pertencimento ao tempo e ao mundo. Somos seres historicamente constituídos, lançados desde-já-sempre num universo de sentidos. Qualquer conhecimento ocorre sempre dentro dessas condições, numa situação hermenêutica. Por isso, seríamos condenados a interpretar. E não poderíamos buscar uma ferramenta para interpretar que não fosse, ela mesma, sujeita à interpretação. Na filosofia moral, muitos autores defendem ser impossível escaparmos da dimensão valorativa de nossa existência. A todo momento realizamos juízos de primeira ordem, sobre o que é bom/mau, correto/errado, justo/injusto. Não haveria o ponto de vista de lugar nenhum⁴³⁰, o “olho de Deus” do qual poderíamos assistir a tudo sem nos envolvermos.

⁴²⁸ Curiosamente, Vermeule acusa Eskridge de cair nesse problema, ao não conseguir conectar a parte institucional com a parte normativa de sua obra: VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 51.

⁴²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 450.

⁴³⁰ NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the limits of philosophy**. Hammersmith: Fontana Press, 1993. p. 22-30.

Dworkin sintetizou tanto a dimensão hermenêutica quanto a dimensão moral da crítica ao ponto de vista arquimediano⁴³¹, e as usou para condenar teorias do direito que tentam tratá-lo como um fato bruto a ser descrito de maneira desengajada. Falar de direito é sempre tomar parte num processo de interpretação-construtiva, em que dizemos o que “deve ser”, a partir daquilo que já “é”, interpretado sob a melhor luz⁴³². A teoria do direito seria inescapavelmente interpretativa e normativa. E isso inclui, reflexivamente, a própria teoria da interpretação jurídica⁴³³. Quem desejar sustentar uma teoria sobre isso deve demonstrar que ela se ajusta às práticas conhecidas sobre interpretação jurídica, e que ela as desenvolve/corrige/justifica da melhor maneira⁴³⁴.

Mesmo sem aderir à visão dworkiniana, é possível perceber o caráter pernicioso da argumentação de Vermeule em defesa da tese metodológica forte. Ela tenta prescrever uma teoria da interpretação jurídica sem fazer o debate normativo. Diz que um determinado fato é desejável, sem justificar porque, nem enfrentar diferentes visões normativas sobre a questão. Isso é tentar extrair diretamente um valor de um fato, um dever ser de um ser, violando a Lei de Hume.

5.2.2.3 Uma Tese Metodológica “Moderada”?

Vistos os problemas com a tese moderada forte, cabe buscar uma leitura caridosa, ou mesmo uma reformulação, aproveitando os pontos positivos levantados pelo autor.

⁴³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 75. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 38, 124-129.

⁴³² Na feliz síntese de André Luiz Souza Coelho, em palestra sobre o tema.

⁴³³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 217-251. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 199.

⁴³⁴ “Nesse sentido, importantes representantes do partido da restauração como os citados Adrian Vermeule e Frederik Shauer, ao discordarem de Dworkin, terminam por concordar com ele. Discordam da teoria do “direito como integridade”, mas defendem suas respectivas posições nos termos propostos pelo autor, ou seja, justificando suas respectivas versões da posição textualista. Afinal, eles não se sentem mais à vontade para simplesmente pressupor que o Judiciário não é ativista, ou seja, que não agirá necessariamente de forma criativa. Precisam dizer que o Judiciário deve agir dessa forma e, portanto, argumentam abertamente contra este estado de coisas para defender normativamente sua visão da racionalidade jurisdicional com fundamento em princípios de explícito conteúdo político”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 223.

Nesse sentido, é preciso registrar: Vermeule mostra consciência da importância de questões teórico-normativas, embora recorra a manobras problemáticas para contorná-las. Logo no início do trabalho reconhece que:

[...] É claro, a distinção entre fatos e valores é contenciosa a nível filosófico e tem gerado vasta literatura. Em uma visão, todos os ‘fatos’ são construtos teoricamente carregados (*theory-laden*); um simples apelo ‘àquilo que os fatos mostram’ é um ponto do qual não se pode partir⁴³⁵.

Mas acrescenta logo em seguida que “eu não contesto essa visão, nem preciso fazê-lo, porque a visão é mais limitada do que alguns de seus zelosos proponentes parecem entender”⁴³⁶. Isso porque as pessoas já compartilhariam alguns valores, a partir dos quais faria sentido perguntar por “aquilo que os fatos mostram”. Para ele, a divisão entre valores e fatos não precisa gerar muita ansiedade filosófica na interpretação jurídica. Enfatiza que as questões relevantes são institucionais, e não filosóficas.

Fazendo um balanço: o autor admite a impregnação teórico-valorativa de fatos empíricos, mas tenta minimizar sua importância para o tipo de trabalho a que se propõe. Contudo, há três problemas nessa sua manobra: mesmo quando pessoas compartilham um conceito valorativo, ainda precisam disputar sua melhor concepção, a interpretação que o coloca sob a melhor luz; ainda que houvesse um compartilhamento pleno de valores, seria necessário discutir qual a razão que os levaria do plano axiológico ao deontológico, porque o mero fato de uma posição moral ser hegemônica não é suficiente para justificar uma boa teoria normativa; a análise institucional não leva à preclusão de questões filosóficas, que precisarão ser enfrentadas numa teoria normativa.

Depois da impregnação teórico-valorativa dos fatos, há outra concessão ainda mais intrigante feita por Vermeule. Chega a reconhecer que uma abordagem consequencialista do direito precisa apresentar uma teoria moral de fundo, para julgar o que são boas consequências. Colocando-se contra Posner, toma partido de Dworkin quando ele diz que “é ocioso aconselhar juízes a fazer o que ‘funciona’ a não ser que o pragmático especifique algum critério – que eu chamei de teoria

⁴³⁵ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 7.

⁴³⁶ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 8.

valorativa – pelo qual os juízes possam saber o que ‘funcionamento’ significa”⁴³⁷. E vai mais longe:

Aqui e em qualquer outro lugar, a crítica de Dworkin é irresponsável. O pragmatismo, ao menos em sua variante ‘do dia a dia’ e não filosófica, é apenas consequencialismo sem nenhuma teoria valorativa. O pragmatismo do dia a dia é uma forma atrofiada de consequencialismo, que é reservado sobre o bom e recusa se comprometer com qualquer critério substantivo para avaliar consequências⁴³⁸.

Apesar disso, Vermeule não apresenta sua teoria valorativa. Deixa-a completamente de lado, no momento em que avança sua tese metodológica forte.

Para aumentar o imbróglio, Bustamante⁴³⁹ chama atenção para o fato de que, quando Vermeule propõe uma interpretação caridosa de Posner, termina ocorrendo uma identificação entre esses autores.

Num espírito caridoso, nós podemos também construir o pragmatismo do dia a dia de Posner como uma forma de consequencialismo que repousa sob um apelo suprimido, implícito, mas indispensável à convergência em particulares através de uma variedade de teorias normativas. Se é isso que Posner quis dizer, então o pragmatismo do dia a dia é uma versão perfeitamente válida do consequencialismo; de fato, essa é a versão que eu estou sugerindo aqui⁴⁴⁰.

Para Bustamante, ambos defendem teorias morais sem oferecer as justificações necessárias:

[...] A única diferença entre a visão de Posner e a de Vermeule sobre interpretação é que enquanto Posner acredita que a teoria moral nunca proporciona uma base sólida para julgamentos morais, Vermeule acha que toda teoria moral é igualmente capaz de proporcionar as bases para todo julgamento moral ou legal, desde

⁴³⁷ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 84

⁴³⁸ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 84

⁴³⁹ BUSTAMANTE, Thomas. Dworkin, Vermeule and Gyorfi on constitutional interpretation: remarks on a meta-Interpretive disagreement (Comment on Gyorfi). **German Law Journal**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1131, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195441. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁴⁰ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 85.

que haja um acordo sobre os resultados da aplicação dessas teorias⁴⁴¹.

Ainda, Bustamante cogita que Vermeule tenha praticado a mesma falácia anti-teórica⁴⁴² de Sunstein, em seu debate com Dworkin: tentar rechaçar a teoria moral no direito, com uma proposta que não passa de uma teoria moral mal articulada.

Já que Vermeule não confessa de que teoria moral está partindo, somos obrigados a proceder por suposições. Parece-me oportuno estende-lhe uma teoria moral que Dworkin imputou a Posner e (em menor medida) a Sunstein. Dworkin a denomina de “consequencialismo de direitos superficiais”⁴⁴³. Trata-se de ver as pessoas apenas “como se elas tivessem direitos”, enquanto parte de um cálculo custo-benefício de longo prazo. Nessa perspectiva, não importaria se um direito tivesse seu reconhecimento adiado, enquanto se forma um consenso maior a seu respeito e se conhecem melhor suas consequências. O custo desse adiamento seria pago pelo ganho em informações e em melhores condições de decidir. Essa denominação se encaixa perfeitamente à proposta de Vermeule. Ele chega a defender que o caso Brown foi julgado de maneira incorreta, porque ao se permitir que Judiciário interprete o texto de modo mais ambicioso, isso pode gerar erros. Já Sunstein abre uma exceção ao seu minimalismo judicial, nesses casos claramente injustos. A denominação também se aplica mais a Vermeule do que a Posner, que trabalha com uma análise consequential caso a caso pelos juízes, diferentemente do consequentialismo de regras defendido por Vermeule. Talvez ele mesmo aceitasse essa denominação. Fica a dúvida sobre o que ele responderia a Dworkin, quando este diz que direitos não tem apenas valor instrumental, mas valor em si, e que cada direito não reconhecido é um caso próprio de injustiça.

Explorada essa linha de raciocínio, cogito fazer uma leitura caridosa de Vermeule que evitaria tais problemas. Ela deveria partir, não de Posner, mas de

⁴⁴¹ BUSTAMANTE, Thomas. Dworkin, Vermeule and Gyorf on constitutional interpretation: remarks on a meta-Interpretive disagreement (Comment on Gyorf). **German Law Journal**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1109-1132, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195441. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁴² BUSTAMANTE, Thomas. Dworkin, Vermeule and Gyorf on constitutional interpretation: remarks on a meta-Interpretive disagreement (Comment on Gyorf). **German Law Journal**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1129-1132, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195441. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁴³ DWORKIN, Ronald. Reply. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 452-453, 1997. Disponível: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=27&id=&page=>. Acesso: 10 dez. 2017.

Rawls. Poderíamos dizer que Vermeule tenta apenas seguir o espírito rawlsiano, evitando debater esquemas éticos abrangentes e propondo soluções práticas que poderiam gerar convergências, dentro de um pluralismo razoável? O problema é que – como já vimos – Vermeule vai muito além de Rawls. Este último era um filósofo político e teórico da justiça. Nestas disciplinas, avançou humildemente algumas ideias para melhorar a deliberação, em termos procedimentais muito abstratos. Já Vermeule é um jurista que discute questões concretas. Propõe mecanismos deliberativos que avançam sobre questões substanciais e controversas. Para que isso seja feito, é preciso assumir o ônus de debater de modo interno ao direito, defendendo uma posição substantiva e comparando-a com diferentes teorias normativas de primeira ordem.

Com maior cautela, Sunstein propõe o que arrisco chamar de uma “tese metodológica moderada”. Ao discutir se o formalismo jurídico deve ou não ser defendido empiricamente, o autor responde que sim, mas com algumas ressalvas:

A principal restrição à tese básica – de que o formalismo deve ser defendido empiricamente – vem do fato de que, sem afirmações normativas de algum tipo, é impossível saber o que conta como um ‘erro’ ou ‘injustiça’ na interpretação, e, portanto, a ideia de ‘custos de erro’ parece depender de uma teoria da interpretação que lhe preceda, caso em que a teoria não pode ser escolhida com base em uma (antecedente) indagação sobre os custos de erro. Discute-se esse assunto mais detalhadamente abaixo. Por ora, sugere-se que pessoas que discordam sobre o que conta como um ‘erro’ deveriam concordar que a causa do formalismo depende, em grande parte, da capacidade das instituições envolvidas, e em particular, da capacidade dos tribunais e legisladores. Por meio de um acordo sobre esse ponto, pode ser possível pôr entre parênteses muitos dos debates normativos e fazer um grande progresso investigando questões empíricas. No mínimo, será possível compreender alguns argumentos, conhecidos, mas bastante implausíveis, a favor e contra o formalismo (envolvendo, por exemplo, legitimidade, o Artigo I, ou separação de poderes) e enxergar as questões das quais realmente depende uma escolha entre métodos interpretativos. De fato, conjectura-se que é o desacordo sobre as questões empíricas fundamentais – não sobre grandes conceitos de qualquer tipo – que principalmente separa formalistas de não formalistas. É claro que evidências empíricas não podem, por si sós, gerar nenhuma conclusão normativa; a questão é se o pano de fundo normativo é suficientemente compartilhado, para que certas descobertas possam levar aparentes antagonistas na mesma direção geral. Acredita-se que este seja o caso aqui, e que, com descobertas empíricas imagináveis, tanto formalistas quanto antiformalistas seriam flexíveis o suficiente para se mover na direção de seus aparentes adversários. Esta é a grande esperança da pesquisa empírica: amenizar o debate político e jurídico ao mostrar que as disputas sobre valores são

frequentemente disputas sobre fatos, ao menos no sentido de que certas respostas a questões fáticas podem tornar desnecessário resolver disputas sobre valores⁴⁴⁴.

Apenas acrescentaria, quando Sunstein fala em “respostas a questões fáticas [que] podem tornar desnecessário resolver disputas sobre valores”, que tais respostas facilitam o encontro de princípios intermediários, mas não evitam o debate normativo. Isso marcaria bem a diferença da “tese metodológica forte” de Vermeule.

Vale lembrar que Sunstein não defende substantivamente o formalismo. Sua preocupação aí é apenas metodológica, no sentido de facilitar o debate entre os juristas a favor e contra esse modelo, através de recursos empíricos. Faz isso sem declarar resultados concretos diante dos quais todos convergiriam.

Enfim, depois de todas as deficiências argumentativas levantadas a respeito da tese metodológica forte, sustento que a melhor maneira de formular a questão seria dizer apenas que: a análise institucional é uma mediadora útil para as teorias *first-best* ditarem intervenções na prática, e que elas poderiam facilitar os debates entre partidários de diferentes teorias normativas, produzindo asserções empíricas capazes de gerar resultados amplamente aceitáveis. Contudo, é preciso reconhecer que isso talvez extrapole os limites de uma interpretação caridosa. Trata-se de uma reformulação que enfraquece (em termos de ambição) a tese metodológica forte, distanciando-se do propósito do autor.

5.2.3 Tese Metodológica “Extrema”

Antes de chegar à tese substantiva em defesa do formalismo, Vermeule ainda propõe uma terceira inflexão metodológica, que muda completamente a configuração do debate sobre interpretação jurídica. Até aqui, ele vinha sustentando uma visão empirista do tema, diminuindo a importância das teorias valorativas. Só que isso o leva a um impasse, pois faltam evidências suficientes para fundamentar qualquer conclusão. Então, o autor defende a adesão a um empirismo menos exigente, recorrendo a técnicas de decisão sob racionalidade limitada, como critérios para avaliar comparativamente os modelos de interpretação jurídica.

⁴⁴⁴ SUNSTEIN, Cass R. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? Tradução de Felipe Douverny. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 203.

Embora Vermeule tente fazer com que esse salto pareça natural, trata-se de uma decisão metodológica extremamente ousada. Mesmo juristas institucionalistas, simpáticos a abordagens empíricas, poderiam hesitar em acompanhá-lo. De fato, Posner⁴⁴⁵ já havia criticado severamente Vermeule por praticar um “empirismo casual”. Para ele, o pessimismo de Vermeule sobre a coleta de evidências se deve à sua inabilidade em propor estudos empíricos factíveis sobre a questão, além de sua injustiça em não reconhecer bons estudos já existentes. Então, Posner põe em discussão pautas para uma agenda de pesquisa “empírica formal” sobre interpretação e instituições.

Como vimos, Vermeule segue por um caminho diferente. Tenta justificar a importação de técnicas decisórias sob racionalidade limitada, dizendo que essa é a abordagem mais razoável diante da incerteza, para evitar a paralisia. Contudo, as medidas deliberadamente simplificadoras que ele propõe representam uma mudança muito grande para serem tomadas com pouca fundamentação. Aplicando essas técnicas a si mesmas, poderiam fundamentar a manutenção da maneira atual de se decidir, ao menos para evitar os custos de transação. Nesse sentido, Eskridge usa as técnicas de Vermeule para fundamentar o não formalismo. Destaca que o autor chega a resultados diferentes, “mas ele o faz ignorando os (potenciais) custos de sua abordagem e superestimando seus (prováveis) benefícios”⁴⁴⁶. Conclui que: “seu mecanismo de teoria decisória é tão manipulável e desincumbido de evidências empíricas ou de outro tipo que poderia apoiar qualquer abordagem à interpretação legal – e, portanto, não apoia qualquer uma delas persuasivamente”⁴⁴⁷.

Além disso, a maior objeção à tese metodológica extrema deveria vir das teorias normativas, especialmente das baseadas numa visão principiológica da interpretação jurídica. Sob essa configuração do debate, toda a dimensão de justiça do problema simplesmente some. Vermeule sequer apresenta uma definição do que entende por “utilidade esperada” que os juízes tentariam maximizar. Haveria aí uma teoria moral de fundo? Parece que sim, já que as várias técnicas que apresenta

⁴⁴⁵ POSNER, Richard. Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation. **Mich. L. Rev.**, [S. l.], v. 101, n. 4, p. 969, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/3>. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁴⁶ ESKRIDGE JR., William N. No frills textualism. **Faculty Scholarship Series**, [S. l.], v. 119, n. 7, p. 2056, May 2006. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1513. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁴⁷ ESKRIDGE JR., William N. No frills textualism. **Faculty Scholarship Series**, [S. l.], v. 119, n. 7, p. 2056-2057, May 2006. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1513. Acesso em: 25 jan. 2020.

pressupõem “níveis de aspiração predeterminados” para orientar o que seria uma opção “suficientemente boa”. O próprio Vermeule admite que não se pode apenas tentar zerar os custos de decisão, já que isso poderia ser feito julgando com base no cara ou coroa. O que impede essa radicalização é uma barreira moral? Tais pressupostos precisariam ser explicitados e justificados.

Deve-se registrar que, mesmo na sua área de origem, a teoria da decisão sob racionalidade limitada não é livre de controvérsias. Não é novidade acusá-la de deixar de lado a dimensão valorativa das decisões humanas⁴⁴⁸.

Ao fazer essa importação da racionalidade limitada para o direito, tal questão valorativa se torna mais relevante. As decisões judiciais envolvem uma demanda especial por legitimidade. Elas não são apenas um instrumento que visa a produzir resultados úteis. Para muitos jusfilósofos, trata-se de uma atividade intrinsecamente valorativa. Do reconhecimento de que alguém tem um direito a algo, Dworkin⁴⁴⁹ infere uma contrapartida: que ele tem o direito a uma resposta correta. Por isso, entenda-se não um ideal metafísico, mas a exigência de uma decisão judicial responsável, que se esforça para compreender e garantir esse direito.

Não se está diante de uma teoria normativa inventada a partir do nada. Ela recolhe seus fundamentos na fenomenologia das práticas cotidianas⁴⁵⁰. Por maior que seja a desconfiança dos cidadãos sobre o funcionamento de seu sistema jurídico, em algum nível eles endossam sua legitimidade. Agem como se houvesse algum valor nas práticas jurídicas, como se elas promovessem um modo minimamente justo de resolução de conflitos. Peticionam argumentando sobre seus direitos, e não pedindo favores ao juiz. E os juízes não costumam escrever nas suas sentenças que decidiram daquela maneira para atender às suas preferências pessoais. Eles tentam apresentar sua decisão como a melhor interpretação do direito. Mesmo um juiz mal-intencionado ainda age assim, nem que seja por fingimento. Em todo caso, seus argumentos se autonomizam de suas motivações

⁴⁴⁸ GUERREIRO RAMOS, A. **A nova ciência das organizações**: uma reconceituação da riqueza das nações. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1989. p. 118-138.

⁴⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175-217.

⁴⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. XIII.

íntimas e ganham valor no debate. Se a hipocrisia é um tributo que o vício presta à virtude⁴⁵¹, a virtude aqui é a integridade do direito.

Dessa perspectiva, a sugestão de Vermeule de que se realizem “escolhas não deliberativas” sobre regras interpretativas soa ultrajante. Ela contraria não apenas uma teoria normativa específica, mas também as concepções correntes sobre o que se espera de uma decisão judicial. Reduz o problema da jurisdição à incerteza empírica, mas esquece das certezas valorativas já compartilhadas pelas pessoas – ainda que diverjam sobre suas melhores concepções.

5.2.4 Tese Substantiva

A tese culminante de Vermeule usa todo o referencial metodológico construído ao longo do trabalho para comparar qual o melhor modelo para interpretar as leis e a Constituição. Sob os critérios da teoria da decisão sob racionalidade limitada, chega à conclusão que o formalismo seria o modelo mais efetivo.

A meu ver, essa tese tem três tipos de problema: a conclusão a que chega é muito forte; parte de vários argumentos fracos, que apenas sugerem uma inferência; assume como premissas as inferências sugeridas pelos argumentos anteriores, produzindo cadeias argumentativas cada vez mais fracas.

Vamos recapitular cada passo do trabalho sob essa lente de aumento, destacando os limites de sua argumentação. Para enriquecer a discussão de alguns pontos específicos, recorrerei à fortuna crítica que tem se formado sobre o livro de Vermeule, além de outros autores que tem se destacado nos estudos de “interpretação e instituições”.

- a) o autor começou o livro propondo uma revisão da literatura sobre interpretação jurídica. Confessou que não pretendia fazer justiça aos autores, colocá-los em contexto, ou fornecer um tratamento teórico completo de suas visões⁴⁵². Tenta apenas documentar uma lacuna, e preparar o terreno para sua proposta. Em 16 páginas, cobre os trabalhos

⁴⁵¹ LA ROCHEFOUCAULD, François de. **Reflexões ou sentenças e máximas morais**. Tradução de Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2014. p. 70.

⁴⁵² VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 9.

de juristas dos primórdios do *common law* até os contemporâneos, chegando ao diagnóstico de uma cegueira institucional na área. Tal diagnóstico foi contestado por outros autores. Posner⁴⁵³ o acusou de não fazer jus a seus predecessores. Palacios Lleras⁴⁵⁴ mostrou que o “giro institucional” já ocupava o centro do debate jurídico americano há um bom tempo. Já Eskridge⁴⁵⁵ se aprofundou no estudo dos autores criticados por Vermeule para mostrar as várias preocupações institucionais que os levaram a defender suas teses. Bustamante⁴⁵⁶ chegou a rejeitar a acusação de cegueira institucional inclusive com relação a Dworkin;

- b) Vermeule seguiu, então, para uma crítica pontual a dois anti-formalistas americanos, que supostamente idealizariam a capacidade dos juízes de lidar com mudanças na interpretação. Além de não ter oferecido evidências que comprovassem essa afirmação, Vermeule pareceu incidir na idealização de outras instituições, como as Agências Reguladoras. Ainda, para desacreditar o anti-formalismo, invocou três teóricos da interpretação na literatura, que defendem o intencionalismo ao mesmo tempo em que admitem não poder derivar qualquer consequência metodológica desse modelo. Não discutiu diretamente com intencionalistas do direito, e assumiu que a falta de consequências metodológicas se aplicaria a quaisquer outras teorias normativas da interpretação. Mais à frente, essa ideia o levará a separar teorias da interpretação normativas (“a especificação de objetivos que a interpretação deve perseguir”) e o que denomina de teorias prescritivo-

⁴⁵³ POSNER, Richard. Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation. **Mich. L. Rev.**, [S. l.], v. 101, n. 4, p. 953, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/3>. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁵⁴ PALACIOS LLERAS, Andres. **The “institutional turn” in jurisprudence: critique and reconstruction**, [S. l.], 2008. p. 3-6. Disponível em: http://works.bepress.com/andres_palacios_lleras/7/. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁵⁵ ESKRIDGE JR., William N. No frills textualism. **Faculty Scholarship Series**, [S. l.], v. 119, n. 7, p. 2041-2051, May. 2006. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1513. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁵⁶ BUSTAMANTE, Thomas. Dworkin, Vermeule and Gyorfi on constitutional interpretation: remarks on a meta-Interpretive disagreement (Comment on Gyorfi). **German Law Journal**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1125-1127, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195441. Acesso em: 25 jan. 2020.

instrumentais (“a seleção de meios institucionais para perseguir tais objetivos”)⁴⁵⁷;

- c) a partir desses pontos, defendeu mudar toda a configuração do debate, que deveria passar a focar em questões institucionais e empiricamente verificáveis sobre os desempenhos dos diferentes modelos interpretativos. Usou conceitos rawlsianos, de maneira retoricamente perigosa, para defender que se pode contornar o debate teórico-normativo através de consensos sobre resultados práticos. Em defesa de que seria possível “escolher” entre os modelos interpretativos mais efetivos, alegou que a Constituição não declara expressamente quaisquer preferências nesse sentido. Bustamante⁴⁵⁸ denuncia aqui uma petição de princípios, já que tal exigência – de uma declaração expressa em favor de um modelo interpretativo – só faria sentido se já se adotasse uma perspectiva formalista. Um partidário de uma abordagem hermenêutica mais profunda poderia defender seu modelo dizendo que ele é necessário para honrar os princípios contidos na Constituição. E é justamente isso que Dworkin faz⁴⁵⁹;
- d) criticou um caso julgado em 1892, que ele mesmo admite ser idiossincrático, como exemplo da inefetividade no recurso dos juízes à história legislativa, passando a tomá-lo como prova da inevitabilidade dos efeitos *second-best* em todos os casos. Mesmo essa única evidência que ofereceu é disputada por outros estudos desse mesmo caso⁴⁶⁰;
- e) criticou modelos interpretativos que exigem coordenação judicial em larga escala para gerar resultados. Não enfrentou trabalhos similares aos seus que defendem a possibilidade/necessidade dessa coordenação, como a

⁴⁵⁷ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 51.

⁴⁵⁸ BUSTAMANTE, Thomas. Dworkin, Vermeule and Gyorfí on constitutional interpretation: remarks on a meta-Interpretive disagreement (Comment on Gyorfí). **German Law Journal**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1121-1125, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195441. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 101.

⁴⁶⁰ ESKRIDGE JR., William N. No frills textualism. **Faculty Scholarship Series**, [S. l.], v. 119, n. 7, p. 2065-2070, May. 2006. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1513. Acesso em: 25 jan. 2020.

obra de Sunstein⁴⁶¹. Tampouco discutiu a existência concreta desse tipo de coordenação em outros países, como no famoso caso do direito canadense⁴⁶²;

- f) diante da falta de evidências empíricas necessárias para preencher as variáveis relevantes, defendeu a importação para o direito de técnicas de decisão sob racionalidade limitada (altamente controversa), partindo para uma simplificação deliberada dos critérios de comparação entre modelos;
- g) usou casos legais para ilustrar a aplicação dessas técnicas. Rapidamente, chegou à conclusão de que o formalismo judicial é o modelo mais efetivo. Tal modelo diminuiria os custos de decisão e os custos de erro. Contudo, não deixou claro qual o critério substantivo que pressupôs para avaliar esses custos – necessidade apontada por Bustamante⁴⁶³, Eskridge⁴⁶⁴, Giörfi⁴⁶⁵, Spáic⁴⁶⁶ e Sunstein⁴⁶⁷. Reconhecendo alguns limites do formalismo, Vermeule defendeu que, quando o texto fosse obscuro, os juízes deveriam mostrar deferência às Agências Reguladoras, até mesmo num ramo em que tal deferência não é comum, como no direito penal. Para ele, tais agências estariam liberadas para interpretações ambiciosas, inclusive o recurso à história legislativa, por supostamente possuírem capacidades institucionais muito superiores ao Judiciário. Isso levou

⁴⁶¹ Tal como ela é apresentada em: SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

⁴⁶² Ao resenhar o livro de Vermeule, o jurista canadense Colin Farrelly levanta essa reflexão sobre a experiência de seu país com os chamados “diálogos institucionais”: FARRELLY, Colin. The institutional theory of legal interpretation. **The University of Toronto Law Journal**, [S. l.], v. 58, n. 2, p. 227-232, Mar./June 2008. Disponível em: www.jstor.org/stable/20109844. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁶³ BUSTAMANTE, Thomas. Dworkin, Vermeule and Gyorfi on constitutional interpretation: remarks on a meta-Interpretive disagreement (Comment on Gyorfi). **German Law Journal**, v. 14, n. 8, p. 1128-1132, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195441. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁶⁴ ESKRIDGE JR., William N. No frills textualism. **Faculty Scholarship Series**, [S. l.], v. 119, n. 7, p. 2048-2053-2054, May 2006. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1513. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁶⁵ GYÖRFI, Tamás. In Search of a first-person plural, second-best theory of constitutional interpretation. **German L. J.**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1088-1191, Aug. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/317429065_In_Search_of_a_First-Person_Plural_Second-Best_Theory_of_Constitutional_Interpretation. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁶⁶ Acusa institucionalistas de simplificarem exageradamente o debate teórico normativo, reduzindo-o a binarismos: SPAIC, Bojan. Institutional turn(s) in theories of legal interpretation. In: DUARTE, David; MONIZ LOPEZ, Pedro; SILVA SAMPAIO, Jorge (ed.). **Legal interpretation and scientific knowledge**, [S. l.], p. 24, July. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3429562>. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁶⁷ SUNSTEIN, Cass R. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? Tradução de Felipe Douverny. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 203.

Eskridge a acusar Vermeule de sofrer de um “Nirvana das Agências”⁴⁶⁸, pelas seguintes razões: não oferecer evidências de sua superioridade em relação a outras instituições, superestimando a capacidade das Agências e subestimando as dos juízes; ignorar as possibilidades de que as Agências violem direitos, existindo erros historicamente conhecidos nesse sentido; ignorar os riscos (bem documentados) de que sejam capturadas pelos atores do mercado que deveria regular; ignorar os benefícios de um controle externo às Agências, mesmo em cenários nos quais não haja captura; superestimar os benefícios da instabilidade interpretativa que promovem, se comparadas às Cortes, o que poderia causar problemas graves (“efeito ioiô”); ignorar que a defesa do formalismo judicial não tem qualquer relação lógica com a deferência às Agências, havendo bons exemplos de juízes formalistas que intervêm fortemente nas decisões das Agências a partir do que entendem ser o sentido claro das leis – o que seria ainda mais provável dentro da visão pessimista de Vermeule sobre as capacidades judiciais; e

- h) usou casos constitucionais para estender as conclusões sobre o formalismo na interpretação das leis. Aqui Vermeule defendeu uma deferência ao Legislativo, recomendando um enfraquecimento do *judicial review*. Chegou a defender que se abrisse mão de decisões celebradas, como *Brown vs. Board of Education*, para evitar também decisões abomináveis, como *Dred Scott*. Para tanto, afirmou que um modelo de interpretação judicial ambiciosa traria custos certos e benefícios puramente especulativos. Mesmo decisões como *Brown* teriam seus benefícios alcançados inevitavelmente através da luta política, dispensando a intervenção judicial. Vermeule ignorou que, nesse exercício contrafactual, era ele quem estava recorrendo à pura especulação para desacreditar um feito concreto do *judicial review*. Além disso, sua argumentação presumiu que interpretações principiológicas do direito gerariam possibilidades iguais de decisões boas e ruins, e que essas possibilidades se cancelariam mutuamente. Citou alguns casos de

⁴⁶⁸ ESKRIDGE JR., William N. No frills textualism. **Faculty Scholarship Series**, [S. l.], v. 119, n. 7, p. 2058-2061, May 2006. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1513. Acesso em: 25 jan. 2020.

decisões celebradas e de decisões abominadas, mas não demonstrou que elas ocorrem de modo proporcional, através da análise de uma quantidade confiável de amostras. Com essa presunção, combinou seu diagnóstico sobre a superioridade técnico-política das Agências Reguladoras e do Legislativo, chegando à conclusão de que o Judiciário deveria mostrar-lhes deferência. Mas ignorou que o Judiciário propicia uma instância deliberativa diferenciada, na qual a sociedade reflete sobre o sentido e o alcance dos compromissos jurídicos que assumiu. Essa pode ser uma chance valiosa para minorias⁴⁶⁹ elaborarem suas causas em termos de justiça, invocando “argumentos de princípio”⁴⁷⁰ que funcionariam como trunfos contra a maioria.⁴⁷¹ Mesmo que esse arranjo não levasse necessariamente a resultados favoráveis às minorias⁴⁷², poder-se-ia argumentar que seria injusto um desenho institucional que fizesse das majorias as juízas de suas próprias causas⁴⁷³. Afinal, para os descrentes nessa racionalidade jurídica que inclui os princípios, as alternativas seriam: aceitar a discricionariedade judicial em “casos difíceis”, onde não houver regra clara; ou, tentar gerar um sistema exaustivo de regras, legitimadas apenas pelo caráter majoritário da legislação. Ao aderir ao formalismo judicial, Vermeule estaria apostando todas as suas fichas nesse sistema exaustivo de regras. Contudo, essa via parece pouco promissora, até mesmo por questões de logística. Como

⁴⁶⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, New Haven, v. 42, p. 373-434, 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020.

⁴⁷⁰ A rigor, Dworkin fala nos argumentos de princípio como trunfos individuais. DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University, 1984. p.153-167. Em todo caso, a lógica pode ser estendida para a defesa de grupos minoritários contra majorias, aproximando-o de Post e Siegel.

⁴⁷¹ Essa é a linha argumentativa de Dworkin sobre o “fórum de princípios” em: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 41-105. Também é sustentada por Bustamante, com aportes do teorema da representação argumentativa de Robert Alexy. Mostra que a missão institucional da jurisdição não é apenas gerar decisões, mas também gerar um tipo específico de argumento no debate público. BUSTAMANTE, Thomas. Dworkin, Vermeule and Gyorfi on constitutional interpretation: remarks on a meta-Interpretive disagreement (Comment on Gyorfi). **German Law Journal**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1143-1144, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195441. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁷² E isso ainda está por ser demonstrado, de maneira quantitativa e qualitativa.

⁴⁷³ Como McCaffery lê Dworkin: MCCAFFERY, Edward J. Ronald Dworkin, inside-out. **California Law Review**, [S. l.], v. 85, n. 4, p. 1079, jul. 1997. Disponível em: www.jstor.org/stable/3481131. Acesso em: 27 jan. 2020.

Posner já advertiu, um formalismo judicial extremo levaria a um colapso do processo legislativo e constitucional⁴⁷⁴⁴⁷⁵.

Nota-se que Vermeule procedeu sempre por estudos de casos, tomados como exemplares. A partir daí, foi sugerindo generalizações. Inicialmente, isso foi feito com cuidado, sob várias ressalvas. Contudo, ao final do trabalho, todas essas generalizações foram assumidas como premissas sólidas, e empilhadas para apoiar uma conclusão extremamente ambiciosa. Parece estar-se diante de um efeito retórico de “bola de neve”, uma hipótese que vai aumentando ao longo do caminho, acumulando pequenos elementos, para gerar um resultado final imenso. Ocorre que a força de uma cadeia argumentativa é definida por seu elo mais fraco, o que compromete severamente a tese substantiva em defesa do formalismo jurídico.

5.3 Conclusões Parciais: os sentidos legítimos da análise institucional

Ao fim dessa análise, minhas conclusões parciais foram as seguintes: concordei com a tese metodológica fraca, fazendo apenas uma ressalva; reformulei a tese metodológica forte para uma “tese metodológica moderada”; e rejeitei completamente as teses metodológica extrema e a tese substantiva.

Contudo, também devo deixar claros quais os limites da minha crítica. Basicamente, levantei questionamentos sobre a força inferencial dos argumentos de Vermeule em defesa de técnicas de decisão sob racionalidade limitada, assim como de um formalismo jurídico com deferência a Agências Reguladoras e controle constitucional fraco. Ocorre que eu não apresentei provas “cabais” para firmar uma

⁴⁷⁴ POSNER, Richard. Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation. *Mich. L. Rev.*, [S. l.], v. 101, n. 4, p. 962, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/3>. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁷⁵ Esse argumento também foi usado por Dworkin, contra Sunstein, em: DWORKIN, Ronald. In praise of theory. *Arizona State Law Journal*, [S. l.], v. 29, p. 353-376, 1997. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=22&id=&page=>. Acesso em: 11 nov. 2019. Para uma discussão com base em pesquisas empíricas, ver: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 201-230. Chama atenção para um efeito paradoxal no aumento da produção legislativa, voltada a criar um texto mais fechado normativamente: “Outro exemplo interessante desse efeito paradoxal a que nos referimos foi identificado em pesquisa empírica realizada pelo Cebrap em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da FGV – Direito GV sobre as decisões judiciais a respeito do crime de racismo no Tribunal de Justiça de São Paulo. A pesquisa mostrou que, ao invés de restringir as possibilidades interpretativas – objetivo inicial –, a criação de um novo diploma legislativo resultou na ampliação das possibilidades de enquadramento para a mesma espécie de fato. Acabou por contribuir para aumentar a divergência jurisprudencial sobre o assunto e comprometer a segurança jurídica” (p. 211).

posição contrária à dele, em defesa de metacritérios de decisão entre diferentes modelos interpretativos, muito menos de um modelo específico (não formalista) de interpretação jurídica. Entendo por provas “cabais” uma demonstração forçosa, de natureza lógica-apodíctica ou empírico-causal.

A meu ver, a impossibilidade desse tipo de prova não decorre apenas da falta de evidências disponíveis, mas do próprio regime de verdade e demonstrabilidade que questões hermenêuticas envolvem. O debate sobre interpretação é, ele mesmo, interpretativo *all the way down*⁴⁷⁶. Por isso, não pode ser resolvido simplesmente apontando para um fato ou invocando uma “escolha interpretativa” de caráter institucional, como faz Vermeule. Dworkin recorre à lição de Gadamer, para entender “a interpretação como algo que reconhece as imposições da história, ao mesmo tempo que luta contra elas”⁴⁷⁷. De acordo com os pressupostos interpretativistas, uma teoria da interpretação jurídica precisa demonstrar seu ajuste às práticas efetivas, assim como uma justificação de porque ela seria a melhor maneira de desenvolvê-las. Ela deve honrar as interpretações jurídicas historicamente valorizadas por uma comunidade e fornecer diretrizes para que elas sejam aprimoradas. Asserções empíricas podem e devem informar esse debate, mas não são suficientes para prescrever algo. Uma teoria da interpretação deve apresentar uma consistência interpretativo-normativa com o sistema jurídico no qual está sendo proposta. Esses seriam meus metacritérios interpretativos.

Sob essa perspectiva, vemos que o modelo de Vermeule não é moralmente neutro. Em suas várias teses, parece valorizar acima de tudo a estabilidade e a coerência formal entre as decisões judiciais. Isso deixa de lado a importância da consistência principiológica que o direito deve manter no tratamento entre os cidadãos. Para Vermeule, esses benefícios seriam puramente especulativos, e não compensariam os custos com a instabilidade. Já na proposta dworkiniana, a integridade surge como virtude fundamental para um sistema jurídico, justamente ao conciliar nossas preocupações com estabilidade formal e justiça substantiva. Assim, possibilita o aprendizado social através do direito, sem abrir mão do compromisso com decisões institucionais passadas. Nessa outra visão sobre qual a virtude de um sistema jurídico, soa atraente enxergar a interpretação jurídica como uma busca

⁴⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 199.

⁴⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 75.

pela integridade, orientada para compreender o que o direito exige naquele caso concreto. Esse esforço holístico deve ser atenuado pela “doutrina da prioridade local”⁴⁷⁸, elaborada inicialmente por Dworkin, e enriquecida significativamente a partir dos trabalhos de Sunstein⁴⁷⁹. Trata-se de observar a força gravitacional exercida sobre o juiz por decisões institucionais anteriores. Em alguns casos, essa força é maior. Por isso, existem situações nas quais se justifica uma “descida” deliberativa, como exigência do próprio direito, e não para sonegá-lo. Ferramentas de análise institucional podem informar tal justificação, colocando a pesquisa empírica a serviço da teoria normativa. Nessa linha, seria possível se apropriar também de alguns recursos metodológicos desenvolvidos por Vermeule, como a análise de variáveis ligadas a capacidades judiciais⁴⁸⁰ e efeitos sistêmicos, mas evitando suas técnicas decisórias sob racionalidade limitada. Esse seria meu esboço de modelo interpretativo-institucional⁴⁸¹.

Portanto, minha visão sobre interpretação jurídica se basearia estruturalmente no modelo dworkiniano, atenuado por uma análise institucional empiricamente informada.

Nessa empreitada, um jurista filiado a outro paradigma filosófico, distante do interpretativismo e da tradição hermenêutica, tenderá a não reconhecer a validade de meus argumentos nesse ponto, por assumir pressupostos profundamente diferentes dos meus. Diante deste tipo de impasse, não é recomendável que qualquer um dos cientistas tente impor seus pressupostos ao outro, num processo

⁴⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 300-304.

⁴⁷⁹ Por todos: SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2018.

⁴⁸⁰ Para operacionalizar esse conceito: BOLONHA, Carlos; LUCAS, D.; ALMEIDA, M. Um caminho possível para a operacionalização das capacidades institucionais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 10, p. 227-364, 2019. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.103.09/60746882>. Acesso em: 29 fev. 2020. Também: LEAL, Fernando Angelo Ribeiro Leal; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento das 'Capacidades Institucionais'. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, 2016. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40/49>. Acesso em: 29 fev. 2020. Para uma crítica à maneira como o conceito, por vezes, é empregado: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das 'capacidades institucionais' entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 38, p. 6-50, jan. 2014. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?in_foid=205&sid=20. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁴⁸¹ Uso a expressão (esboço de) “modelo” no mesmo sentido que Sunstein, isto é, como um reconhecimento de que não se tem uma teoria, muito menos um sistema. Trata-se apenas de um pequeno conjunto de pressupostos, ideias, critérios e métodos para auxiliar na tomada decisão, sem pretensão de esgotar o problema.

traumático equivalente a forçar uma “conversão” religiosa. O mais produtivo é tentar traduzir os argumentos de maneira que façam sentido no referencial dos outros. Onde isso não for possível, e os argumentos a serem trocados se tornarem incomensuráveis, ao menos devemos tentar tornar nossas posições mutuamente inteligíveis.

Nesses termos, assumamos uma posição mais *standard, mainstream*, moderada, ou “de centro”, sobre o conhecimento valorativo no direito. A partir desse marco, defendo que a tese de Vermeule enfraquece progressivamente conforme depende da adesão a um regime de verdade cada vez mais peculiar, contrário ao que assumimos como justo em nossas práticas cotidianas. Ao importar as técnicas decisórias sob racionalidade limitada para o direito, Vermeule deve assumir um ônus ao eliminar de seus critérios (de maneira contraintuitiva) toda a dimensão moral.

Por fim, uma versão mínima de meu posicionamento seria afirmar que a tese de Vermeule mostrou algumas deficiências, mesmo assumindo os critérios de seu paradigma filosófico empirista e agnóstico com relação a princípios *first-best*. Os argumentos que ele apresentou ao longo da tese, repletos de generalizações, não foram capazes de sustentar uma conclusão tão forte quanto a que ele postula. Poderiam, no máximo, sugeri-la – e, por vezes, parece ser isso mesmo que o autor quis fazer. Seu apelo à “racionalidade limitada” foi perigosamente retórico, não apresentando razões convincentes em defesa do formalismo, que demandaria mais evidências empíricas.

5.4 Mundos Possíveis: entre o olimpo e o hades

Depois disso tudo, ainda há espaço para Hércules após o “giro institucional” da teoria da interpretação? Ainda precisamos de modelos normativos para atores individuais, construídos sob condições idealizadas? E em quais situações?

Acredito que esses modelos ainda são importantes. Ainda que fossem completamente idealizados, no mínimo, eles nos ajudariam a discutir aquilo a que aspiramos, questão que se mostrou inescapável para qualquer jurista.

Mas vimos que Hércules vai além disso. Ele não é uma pura idealização, pois seu tipo de conhecimento e seu modo de raciocínio já estão operantes na realidade, mostrando um potencial que devemos explorar, uma base da qual podemos partir.

Como Macedo⁴⁸² costuma lembrar, Hércules é um semi-deus, reunindo em si uma dimensão real e ideal.

Ocorre que Hércules, tal como imaginado por Dworkin não vale em qualquer situação. Seu pé na realidade ainda é pouco para nos ajudar nessas novas discussões. Para mediar sua aplicação, são necessárias maiores evidências empíricas sobre o cenário institucional em que atuará. Sunstein foi muito perspicaz ao discutir esses “mundos possíveis”⁴⁸³, considerando as capacidades do judiciário e das demais instituições.

Além disso, Sunstein foi cortês ao descrever o cenário Olímpico, não como um paraíso, mas apenas como uma sociedade na qual o significado público original da Constituição não protegesse adequadamente os direitos, e os juízes, liberados dos constrangimentos passivistas, originalistas ou minimalistas (ou formalistas, podemos acrescentar agora), produzissem a melhor defesa dos direitos, criando as pré-condições para a democracia e a autonomia. Aqui, Hércules estaria em casa.

Já o seu “Hércules Lite” estaria melhor em “Smallville”, uma sociedade na qual o significado público original da Constituição e o processo democrático são bons, mas não excelentes, e os juízes vão mal ao interpretar o direito por sua própria conta, mas vão bem ao tentar fazer melhorias modestas e incrementais aos precedentes. Aqui, as restrições minimalistas ganham força.

Por fim, Vermeule parece nos oferecer o cenário mais hostil a Hercules, que podemos chamar de “Hades”. Aqui o Judiciário é péssimo, se comparado às demais instituições. Temos uma sociedade na qual: o significado superficial da Constituição e das leis é bom; o processo democrático é bom; o desempenho de outras instituições como Agências Reguladoras e Legislativo é excelente (ou, no mínimo, muito superior ao dos juízes); e os juízes se encontram frequentemente sob incerteza, saindo-se mal ao interpretar o direito, mas bem ao adotar o formalismo ou técnicas decisórias deliberadamente simplificadoras, mantendo a deferência às

⁴⁸² “Esse ponto é importante, pois Dworkin não supõe que os juízes sejam tão poderosos como Hércules. Contudo, reconhece que ele pode ser imitado, e que a maneira como este interpreta é gramaticalmente semelhante à forma humana pela qual juízes interpretam. Lembre-se que Hércules não é um Deus, mas um semideus e, como tal, guarda semelhança direta com nossa humanidade”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A integridade do direito e os protocolos de Hércules. *In*: COELHO, André; MATTOS, Saulo; BUSTAMANTE, Thomas. **Interpretando o Império do direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 156.

⁴⁸³ SUNSTEIN, Cass R. There is nothing that interpretation just is. **Constitutional Commentary**, Vermillion, v. 30, n. 2, p. 209-212, June./Sept. 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/120/>. Acesso em: 29 fev. 2020. Acesso em: 21 fev. 2020.

outras instituições. Embora discorde da possibilidade de um formalismo, e considere injustas as técnicas de decisão sob racionalidade limitada, admito que esse tipo (improvável) de cenário justificaria um modelo interpretativo bem mais modesto. Mesmo assim, Hércules ainda manteria sua utilidade para discussão das nossas aspirações mínimas.

Numa observação quase profética, ao analisar o debate entre Sunstein e Dworkin, McCaffery antecipou a possibilidade de repensar ideias de Dworkin a partir da teoria da decisão sob racionalidade limitada, mas sem abrir mão de ideais de integridade:

Sunstein pode, tomado da maneira certa, estar na pista de algo interessante que possa avançar, em vez de suplantando, o empreendimento dworkiniano. Compare com um desenvolvimento similar no campo da economia. A teoria econômica desde os dias de Alfred Marshall se desenvolveu com a noção de pessoas altamente racionais, o *homo economicus*, em sua essência. Logo, psicólogos e outros teóricos começaram a perceber que pessoas reais não agem com tanta racionalidade; eles usam uma 'racionalidade limitada', na frase de Herbert Simon, ou várias 'heurísticas e preconceitos', ou regras de ouro, na terminologia popularizada por Daniel Kahneman e Amos Tversky. 'Os economistas agora estão tentando construir uma teoria com seres humanos reais em seu núcleo.' Talvez o raciocínio analógico forneça as regras de ouro para juízes limitadamente racionais, como ele era, e tem seus próprios preconceitos e distorções sistemáticas no mapeamento da prática ideal. Se isso fosse verdade, poderíamos estudar a melhor maneira de usar meios não ideais para alcançar os melhores resultados. Isso pode até levar a uma sugestão plausível de limitar o poder judicial em certas áreas, assim como a nova teoria econômica sugeriu tirar algumas questões – economias da aposentadoria, por exemplo, das mãos dos leigos. Mas tudo isso está dentro do roteiro dworkiniano, assim como os atores humanos imperfeitos estão dentro do roteiro econômico mais amplo. Grande parte da nova teoria econômica está tentando melhorar a tomada de decisão humana, com o conteúdo de 'melhoria' especificado pelos modelos idealmente racionais. A relevância do ideal não desaparece apenas porque o real não o reproduz perfeitamente. De fato, o apelo de Dworkin pode até ser mais forte do que o dos economistas ideais diante das críticas do mundo real. O homem econômico ideal aponta o caminho para mais dinheiro ou utilidade; o juiz ideal indica o caminho para o 'melhor caminho para um futuro melhor'. Ainda precisamos de Hércules por perto⁴⁸⁴.

Realmente, parece-me necessário rever a teoria dworkiniana assumindo que ela será aplicada por agentes com déficits de informação. Ocorre que todas as

⁴⁸⁴ MCCAFFERY, Edward J. Ronald Dworkin, inside-out. *California Law Review*, [S. l.], v. 85, n. 4, p. 1062-1063, July 1997. Disponível em: www.jstor.org/stable/3481131. Acesso em: 27 jan. 2020.

técnicas decisórias que Vermeule sugeriu são incompatíveis com a responsabilidade interpretativa que se espera de um juiz e a virtude da integridade. Em todo caso, isso não impede uma apropriação criativa do conhecimento dessa área para promover bons ideais interpretativos⁴⁸⁵. O importante aqui é firmar um ponto: mesmo que não estejamos no Olimpo, de alguma maneira, “ainda precisamos de Hércules por perto”.

5.5 Interpretação e Instituições: coordenando os temas de modo produtivo

Com base em tudo que foi discutido, tentarei esboçar cinco coordenadas meta-teóricas, sob as quais questões interpretativas e institucionais podem ser combinadas de modo produtivo: 5.5.1) fundamentação empírica rigorosa; 5.5.2) justificação teórico-normativa; 5.5.3) humildade metodológica; 5.5.4) equilíbrio temático entre interpretação e instituições; e 5.5.5) perspectiva histórica.

5.5.1 Fundamentação Empírica Rigorosa

Teorias normativas da interpretação teriam muito a ganhar ao se tornarem empiricamente informadas. Contudo, deve-se evitar o empirismo casual, ou quaisquer outros atalhos que pretendam mudar drasticamente nossas práticas jurídicas sem oferecer as evidências necessárias para tanto. Como vimos, a importação das técnicas decisórias sob “racionalidade limitada”, feita por Vermeule, mostra-se problemática se essas técnicas forem aplicadas reflexivamente a si mesmas. Ao revolucionar completamente o *status quo*, elas acarretariam altos custos de transação, sob a promessa de benefícios meramente especulativos.

Por tudo isso, precisamos de pesquisas empíricas rigorosas, para produzir as informações necessárias à análise institucional dos modelos interpretativos. Ocorre que o tema envolve múltiplos fatores, que não poderão ser abarcados num projeto individual. Nesse sentido, é preciso acatar a sugestão de Posner, discutindo-se pautas para uma agenda de pesquisa empírica formal sobre o tema, capaz de

⁴⁸⁵ Foi o que Lúcio Delfino e eu tentamos fazer em, relacionando as heurísticas desviesantes (*debiasing*) com a Crítica Hermenêutica do Direito: DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. **Revista de Processo**, [S. l.], v. 255, p. 141-166, 2016.

mobilizar a comunidade jurídica em torno das várias observações e experimentos necessários.

5.5.2 Justificação Teórico-Normativa

A pesquisa empírica não pode ser trazida para o direito sob a mistificação de que os fatos falam por si mesmos⁴⁸⁶. Nesse sentido, Bustamante acusa Vermeule de sofrer de um “Nirvana empírico”⁴⁸⁷. O debate teórico-normativo é inescapável. Fatos podem facilitar convergências entre partidários de diferentes teorias normativas, e até impor a reformulação de algumas delas. Mas a passagem do “ser” ao “dever ser” precisa sempre de uma justificação passível de controle intersubjetivo. Mesmo o consenso precisa ser baseado em razões, e não numa agregação de preferências que ganhariam superioridade moral automática simplesmente por serem majoritárias. É preciso fornecer razões pelas quais algo seria bom/correto/justo.

Para tanto, podemos partir de uma base moral minimamente compartilhada. No direito, a busca desses fundamentos é facilitada pela existência de documentos que tentam enunciar os princípios da comunidade. Isso oferece uma base da qual partir, para disputar a melhor interpretação, sem que seja o caso de inventar fundamentos a partir do nada. Assim se constroem os argumentos de princípio.

Diante desse tipo de argumento, alguns preceitos interpretativos podem ser recusados, não apenas pelos resultados que são capazes de gerar, como também por serem, em si, ultrajantes – como a “escolha não deliberativa” aplicada à decisão judicial.

A dificuldade para legitimar esse ponto é que existe atualmente uma forte onda de ceticismo moral, inclusive sobre o próprio valor da democracia. Sem querer impor um esquema ético abrangente, peço apenas ao leitor que assuma como possível (para fins de argumentação) alguma cognoscibilidade, veracidade e demonstrabilidade nesse campo valorativo. Essa assunção parece recomendada

⁴⁸⁶ Muitas vezes, os juristas realizam aportes de outras ciências sociais, idealizando-as por possuírem maior fundamentação empírica. Muito frequentemente, isso leva a uma sujeição acrítica do direito à economia. Deve-se ter em mente que, mesmo nessa área, questões interpretativas-argumentativas são constitutivas de suas disputas: ARIDA, Pécio; REGO, José Márcio (org.). **Retórica na economia**. São Paulo: 34, 1996.

⁴⁸⁷ BUSTAMANTE, Thomas. Dworkin, Vermeule and Gyorfi on constitutional interpretation: remarks on a meta-Interpretive disagreement (Comment on Gyorfi). **German Law Journal**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1128-1129, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195441. Acesso em: 25 jan. 2020.

pela própria fenomenologia das práticas cotidianas. Caso já não fizéssemos nenhum juízo intersubjetivo sobre o que é bom/mau, certo/errado, justo/injusto, nossa vida social seria inteiramente diferente. Uma vez assumido que esses padrões normativos existem, e que influenciam nossas vidas, precisamos assumir também suas consequências. Somos responsáveis por interpretá-los da melhor maneira possível e promover o estado de coisas que eles recomendam. A isso Dworkin chamou certa vez: “levar os direitos a sério”⁴⁸⁸.

5.5.3 Humildade Metodológica

Juristas preocupados com questões institucionais têm reivindicado que teorias da interpretação jurídica deveriam ser mais modestas. A reivindicação é justa, mas é importante que isso não seja apenas um mote para criticar teorias normativas, devendo ser aplicado (reflexivamente) também às análises institucionais.

Como vimos, Vermeule propõe uma antiteoria que acaba estabelecendo um sistema de teses muito mais abrangente e dogmático do que qualquer teoria. Acusa os modelos *first-best* de serem muito ambiciosos, enquanto pretende revolucionar toda a história da interpretação jurídica de uma só vez. Seus métodos vão se tornando cada vez mais radicais ao longo do trabalho. E seus argumentos partem de estudos de caso e revisões bibliográficas pontuais, para generalizar conclusões para todas as áreas do direito.

No sentido contrário, um exemplo de humildade metodológica pode ser visto no trabalho de Sunstein. O autor apresenta sua proposta de maneira relacional, como uma atenuação de teorias já existentes. Sua defesa de um minimalismo judicial é muito mais um conjunto de recursos para facilitar “acordos parcialmente teorizados”. Evita se comprometer com premissas muito pesadas. Também evita estabelecer qualquer sistema abrangente que se imponha no debate. Pelo contrário, ele mesmo lidera pesquisas para mapear os problemas do minimalismo.

⁴⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

A tudo isso, vale acrescentar o conselho de Eskridge⁴⁸⁹ (ecoando Joe Siegel), de que pesquisas sobre interpretação deveriam respeitar as especificidades substantivas de cada ramo do direito.

5.5.4 Equilíbrio Temático entre Interpretação e Instituições

Vermeule começa o livro falando do erro que é trabalhar “interpretação sem instituições”. Mas termina incidindo num outro tipo de desequilíbrio temático: trabalha as instituições sem interpretação. Invertendo seu diagnóstico, poderíamos falar que esse autor sofre de uma “cegueira hermenêutica”?

Para responder esse questionamento, devemos observar que Vermeule não só “coloca entre parênteses” o debate teórico sobre o tema, mas procede como se inexistissem problemas interpretativos genuínos. Em vários momentos, fala que os juízes deveriam se apegar a significados “claros”, “específicos”, “aparentes na superfície”, e ser deferentes às Agências Reguladoras e ao Legislativo quando o texto fosse “ambíguo”, “vago” e “obscuro”. Mas esse diagnóstico sobre clareza/obscuridade do texto não está dado de antemão. Como escapar do paradoxo de que, para seguir sua orientação institucional de evitar a interpretação, o juiz já deveria interpretar?

A resposta de Vermeule seria defender uma versão não essencial do formalismo, visto simplesmente como uma atitude deliberada do juiz, de não buscar sentidos profundos nos textos de lei. Mas como ele sabe quando parar, se não diante da compreensão?

Nesse ponto, cabe um aporte da tradição hermenêutica. Ao iniciar sua obra magna, Gadamer⁴⁹⁰ adverte que não estava tentando prescrever o que devemos fazer para compreender, mas revelar a compreensão como algo que já nos acontece. Antes de tudo, um teórico da interpretação deve atentar para esse “acontecimento-apropriativo”⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ ESKRIDGE JR., William N. No frills textualism. **Faculty Scholarship Series**, [S. l.], v. 119, n. 7, p. 2070, May 2006. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1513. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁴⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 14.

⁴⁹¹ HEIDEGGER, Martin. **O acontecimento apropriativo**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

Essa reflexão filosófica sobre a hermenêutica mostra que a crítica ao objetivismo ingênuo, que se submete à uma espécie de “essência” do texto, não precisa levar necessariamente ao subjetivismo, em que o leitor é livre para determinar seu sentido. A relação com um texto pode se pautar pela mesma ética (intersubjetiva) que o diálogo. Pensar a linguagem é se colocar para além da subjetividade. Interpretamos justamente porque não devemos falar pelos outros. Porque pode haver algo além do Eu e de seus artifícios metodológicos. Por isso, o lema da hermenêutica gadameriana é: “o outro pode não apenas ter direito, mas razão”⁴⁹².

Fazendo uma Crítica Hermenêutica do Direito, Streck sustenta que uma teoria da decisão jurídica que não se preocupa com sua legitimidade interpretativa transforma-se numa espécie de “teoria política do poder”⁴⁹³.

Mesmo quem não concorda com a perspectiva hermenêutica não pode negar o problema que ela denuncia. Como Eskridge adverte, há juízes ditos formalistas que intervêm fortemente nas decisões das Agências, a partir do que entendem ser o sentido claro das leis. Volta o problema da interpretação, que se tentou esconder.

Por isso, Vermeule deveria dedicar mais espaço à interpretação, explicitando e justificando de que pressupostos está partindo para falar sobre o conhecimento nesse campo. As teorias da interpretação jurídica não podem ser simplesmente colonizadas por métodos empíricos de análise institucional.

A dificuldade de se equilibrar esses temas ecoa⁴⁹⁴ uma tensão mais profunda, sintetizada pelo comentário de Heidegger sobre uma famosa tese de Marx:

[...] A questão da exigência da transformação do mundo nos leva a uma sentença muito citada das teses sobre Feuerbach de Marx. Eu gostaria de citá-la expressamente e, por isso, vou lê-la: ‘Os filósofos somente interpretaram o mundo de maneiras diferentes; trata-se de transformá-lo’. Citando essa sentença e aplicando-a, perde-se de

⁴⁹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 433.

⁴⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2019. O autor critica um movimento de processualistas que vêm propondo um novo desenho institucional para o Judiciário brasileiro. Partindo de uma visão fatalista de que não se pode controlar a interpretação, esses processualistas propõem concentrar poderes no STF para criar precedentes, de uma maneira prospectiva e de cima para baixo (diferentemente da tradição no *Common Law*), e aplicá-los de modo automático nas Cortes inferiores. Não só essa tese ignora a possibilidade de controle interpretativo, como também revela um caráter autoritário e que diminui a importância da deliberação judicial.

⁴⁹⁴ Para evitar mal-entendidos: não estou ligando diretamente os temas, nem os autores estudados na presente tese, a essas posições filosóficas. Estou apenas observando a repetição de uma mesma tensão, num nível mais amplo.

vista que uma transformação do mundo pressupõe uma mudança da representação do mundo e que uma representação do mundo só pode ser obtida por meio de uma interpretação suficiente do mundo. Isso significa que Marx fundamenta-se em uma interpretação bem determinada do mundo para exigir sua 'transformação' e isso mostra que essa sentença é uma sentença não-fundamentada. Ela dá a impressão de ser pronunciada resolutamente contra a filosofia, ao passo que na segunda parte da sentença a exigência de uma filosofia está mesmo, tacitamente, pressuposta⁴⁹⁵.

Essa citação pode suscitar uma polêmica gigantesca. Mas, nos limites desse trabalho, podemos apenas aceitar a importância desses dois movimentos: interpretar o mundo, aceitando a tarefa da reflexão; e intervir na prática, transformando as estruturas da realidade.

5.5.5 Perspectiva Histórica

Por fim, é necessário que o debate contemporâneo sobre interpretação jurídica não desconsidere a história da disciplina, sob pena de repeti-la cegamente⁴⁹⁶.

Trabalhos como o de Vermeule se inserem numa tendência atual, que reage aos abusos cometidos em nome do pós-positivismo. Com isso, vem o apelo a uma metodologia mais empírica, a modelos interpretativos formalistas, e uma deferência do Judiciário a outras instituições. Tudo isso é plenamente passível de ser defendido. Só que é preciso fazê-lo sem esquecer as condições que afligiram os juristas e levaram ao surgimento do pós-positivismo, dentre as quais: a insuficiência de critérios empíricos para identificar o direito; a ilusão metodológica dos procedimentos mecânicos de interpretação; e a crise do mito de um Legislador racional, capaz de se antecipar à realidade através de enunciados perfeitos – que reaparece no frenesi das Agências Reguladoras.

⁴⁹⁵ HEIDEGGER, Martin. Entrevista a Richard Wisser. \tradução de Antonio Abranches. **O Que nos Faz Pensar**, [S. l.], v. 8, n. 10.1, p. 11-17, out. 1996. Disponível em: <http://www.oquenofazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnf/article/view/89>. Acesso em: 05 mar. 2020.

⁴⁹⁶ “Seja como for, é importante evitar a postura ingênua daqueles que acreditam no texto como meio de garantir segurança jurídica e olham para os textos normativos abertos como um mal a ser evitado. Uma posição como esta, que se coloca em um estágio anterior ao debate entre partido da restauração e partido reformista, não se sustenta de nenhum ponto de vista. É simplesmente um retrocesso no pensamento sobre o direito se o modo de pensar de um jurista que acabou de sair de uma máquina do tempo vindo diretamente do século XVII para o século XXI para fazer renascer uma ideologia datada”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 231.

Não foi à toa que a hermenêutica deixou de ser uma questão instrumental, passando a constituir um novo paradigma nas ciências sociais contemporâneas⁴⁹⁷. Isso já foi uma reação aos limites do projeto moderno, que tentou reproduzir em outras áreas o sucesso das ciências naturais, copiando seus métodos sem atentar para a especificidade dos fenômenos estudados.

Além disso, todos esses debates não foram travados no vácuo. A hermenêutica nasceu como disciplina⁴⁹⁸, séculos atrás, em meio à disputa teológica entre católicos e protestantes, sobre a quem pertencia a autoridade para fixar o sentido dos textos sagrados e com quais procedimentos isso seria feito. De um lado, havia a defesa da autoridade de uma instituição-guardiã; de outro, uma reivindicação de uma relação direta dos fiéis com os textos fundamentais dessas comunidades. Esse tipo de tensão não é uma invenção contemporânea. No direito, a hermenêutica se tornou o campo de batalha entre os Poderes, com o agigantamento do Legislativo e dos movimentos codicistas, as diferentes fases do Constitucionalismo, passando a ocupar o centro do debate jurídico após a Segunda Guerra Mundial.

Revisões bibliográficas mais benevolentes do que a de Vermeule podem revelar que o debate interpretativo já lida há bastante tempo com questões institucionais, embora não se utilizasse o jargão econômico que vem se popularizando agora.

⁴⁹⁷ MARMOR, Andrei (ed.). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2004. p. IX-XII.

⁴⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 112.

6 CONCLUSÃO

Teorias da interpretação jurídica podem se beneficiar imensamente da inclusão de questões institucionais em suas reflexões. O debate entre Dworkin e Sunstein é um exemplo disso. A trajetória desses autores parece ter se desenvolvido de modo complementar, levando-os a cobrir diferentes aspectos de um modelo decisório: de um lado, a legitimação do raciocínio jurídico; do outro, a sensibilidade às capacidades judiciais. Isso os levou a uma troca de argumentos bastante produtiva, quando se confrontaram diretamente.

Para um melhor proveito na análise desse debate, é necessário entender os problemas que mobilizaram a produção original de cada um desses autores, e as respostas que eles vinham lhes dando.

Como vimos, a obra de Hart nasceu para enfrentar uma onda de ceticismo, na qual se passou a acusar os argumentos jurídicos de servirem apenas como disfarces para um jogo de poder. Tentando salvar alguma racionalidade no direito, os positivistas assumiram que o papel da teoria seria ir somente até onde os critérios factuais para a identificação da norma fossem claros. Fora disso, o direito cairia numa zona de penumbra, na qual a discricionariedade judicial seria inevitável.

Dworkin viu-se pressionado a ir além. Sua época pedia por uma teoria que restaurasse o debate sobre os conteúdos do direito, sobre sua legitimidade. Para tanto, ele teve que liberar o caminho para uma outra racionalidade, de caráter interpretativo. Fez isso a partir da literatura, mostrando que, diante de questões não empíricas, ainda sabemos que interpretar é diferente de inventar. E somos capazes de reconhecer interpretações superiores, que mostram o material interpretado sob sua melhor luz.

A prática jurídica envolve questões desse tipo e tem aptidão para o mesmo tipo de verdade e demonstrabilidade, como demonstram suas análises dos casos *Elmer*, *McLoughlin*, *Snail Darter*, *Brown*, etc. Para Dworkin, deveríamos tentar legitimar nossas interpretações sobre o direito mostrando que elas se ajustam melhor ao material jurídico básico e que o desenvolvem/justificam da melhor maneira possível. Isso aumenta os elementos que constroem a decisão judicial – para além dos critérios factuais – ao mesmo tempo em que aumenta sua responsabilidade interpretativa.

Esse novo enfoque dworkiniano revelou fenômenos até então ignorados pelos positivistas, como padrões normativos mais complexos (os princípios) e o qual o sentido de desacordos não empíricos no direito. O próprio Dworkin só percebeu todas as consequências desse enfoque ao final de sua obra. Tornou-se necessário mudar a própria relação entre os sistemas do direito e da moral. O direito passaria a ser um ramo institucionalizado da moral. Onde houvesse norma jurídica, as questões de “dever ser” estariam latentes, pedindo por justificações. Com essa visão unissistemática, esperava forçar seus rivais a se engajarem num debate normativo ao falar de direito. Assumir que não existe nada no direito que seja amoral forçaria os juristas a justificarem suas teorias, sem poderem se refugiar numa descrição supostamente neutra, ou em prescrições com base em argumentos tecnocráticos – como a substituição do direito por critérios de eficiência econômica.

Embora seja possível discordar das teses de Dworkin, deve-se reconhecer que nenhuma delas surge de um diletantismo intelectual, mas tentam responder a demandas por legitimidade e controlabilidade do raciocínio jurídico. Afinal, sua teoria dá conta de uma série de questões não respondidas até o momento, além de levantar novas questões. A principal delas é: caso se assuma que a interpretação jurídica tem uma dimensão intrinsecamente “moral”, cujo controle depende da coerência de suas justificações (teorias), como os juristas devem lidar com isso?

O integracionismo proposto por Dworkin aceita correr os riscos de eventuais digressões dos juízes por teorias morais. Mas esse não é o único modelo interpretativo possível, nesse enquadramento. É possível concordar com os pressupostos de Dworkin, mas discordar sobre o que se deve fazer a partir deles. Juristas indispostos a correr os riscos de interpretações ambiciosas dos juízes podem recomendar-lhes uma atitude mais restritiva, ou mesmo diminuir seus poderes através de mudanças nos desenhos institucionais. Essa seria a nova agenda da pesquisa jurídica aberta pelos trabalhos finais de Dworkin, depois do décadas da agenda metodológica no debate com os positivistas descritivos.

Nessa deixa, Sunstein aparece como um interlocutor privilegiado. Sua obra tentou responder à nova realidade social dos EUA nos anos 90, marcada por um clima anti-judiciarista, uma polarização do debate público e uma emergência das Agências Reguladoras. Insere-se tendência acadêmica da “Escola de Chicago”, que dava maior importância às questões práticas, à pesquisa empírica e ao diálogo com

outras disciplinas – especialmente a economia. Nota-se que suas diferenças com Dworkin envolvem uma questão geracional.

Inicialmente, os pressupostos interpretativos de Sunstein eram bem parecidos com os dworkinianos. Contudo, ele observou vários fatores que foram levando-o a uma autorrestrição: os riscos de erro em decisões judiciais muito ambiciosas; o refluxo negativo que elas geram no debate público, prejudicando até os grupos favorecidos pela decisão; a dificuldade de se chegar a acordos sustentáveis entre os juízes; e as vantagens na deferência a instituições com maior capacidade técnica e legitimidade política para decidir. Por isso, passou a defender um minimalismo judicial, recomendando aos juízes decidirem os casos de modo raso e estreito, sempre que não dispusessem de informação suficiente para julgar com confiança. Seu ideal regulativo seria a formação de acordos parcialmente teorizados, que pudessem unir diferentes juristas em torno de resultados práticos e princípios de baixa abstração. Essas recomendações mais gerais são enriquecidas por uma casuística, na qual o autor analisa situações nas quais seria ou não adequada uma postura minimalista, e através de quais técnicas.

É possível traçar um paralelo entre as trajetórias científicas desses autores: Dworkin questionou a hegemonia positivista através da observação e apropriação crítica dos princípios, um padrão normativo que eles ignoravam, mas que influenciava as decisões judiciais; Sunstein, por sua vez, questionou o integracionismo através da observação e apropriação crítica das razões que levavam as Cortes a não decidir, fazendo um “uso construtivo do silêncio” em certos casos. A meu ver, não há uma ruptura paradigmática aqui, mas uma continuação da série teórica inaugurada por Dworkin, na qual a observação de um fenômeno pede por uma teoria para dar conta deles, levando à observação de novos fenômenos que pedem por novas teorias, e assim sucessivamente.

Ainda que se discorde de Sunstein, deve-se reconhecer que suas ideias não surgiram de motivos “filisteus”, mas de uma tentativa de dar conta dos problemas práticos de sua época. Sua clara vantagem é oferecer um “modo de fazer”, com instruções úteis para o processo de deliberação judicial. Contudo, seus limites têm a ver justamente com aquilo que Sunstein tanto quis evitar: saber quando ser minimalista ou não passa por uma discussão sobre o que o direito requer no caso concreto, e se a decisão judicial não vai ficar aquém dele. Isso demanda critérios

substantivos, pressionando o minimalismo a se comprometer com uma teoria da interpretação mais profunda e abrangente.

Essa foi a bagagem que Dworkin e Sunstein trouxeram para seu confronto direto. A tensão entre os dois vinha se acumulando. Então, depois de várias críticas feitas por Sunstein ao longo dos anos, Dworkin finalmente resolveu responder com um artigo em defesa de uma abordagem mais teórica do direito.

No seu “elogio da teoria”, Dworkin defendeu que, ao julgar um caso, os juízes teriam (eventualmente) que recorrer a um sistema mais vasto e abrangente de princípios acerca do significado do direito. Para tanto, precisou criticar a chamada abordagem prática, que reduz a decisão jurídica a uma questão do que é melhor para a sociedade. Nesse debate, Dworkin levantou os seguintes pontos a respeito de Sunstein: a “objeção profissional” feita por ele, de que juízes não seriam filósofos morais, distorce aquilo que a abordagem teórica realmente pede; os acordos parcialmente teorizados seriam úteis para coordenar diferentes posições e formar relatórios de decisão conjunta, mas não para os raciocínios individuais que cada juiz deve desenvolver; caso ele defenda uma visão estruturalmente diferente do modo de Hércules raciocinar, isso o levaria a defender um modelo de “juiz avestruz”, que tenta evitar problemas na fundamentação jurídica fingindo que eles não existem – podendo ficar aquém do que o direito exige. Por fim, recomenda a Sunstein que, se ele quer defender que os juízes tenham menos poder, deveria defender mudanças institucionais, ao invés de falsificar uma teoria sobre o que o raciocínio jurídico precisa para se legitimar.

Sunstein respondeu mostrando concordar com Dworkin numa série de pressupostos sobre interpretação, mas apresentando três contrapontos: na prática, os juristas buscam predominantemente chegar a acordos parcialmente teorizados, e deveriam mesmo fazê-lo, porque isso contempla uma série de virtudes como a modéstia judicial, o respeito à pluralidade, etc; Dworkin não reconhece suficientemente a importância dos fatos para a resolução de controvérsias jurídicas, as consequências das decisões, os incentivos que elas geram, etc; e Dworkin não levaria suficientemente em conta os limites institucionais das Cortes, diante das quais seria melhor que mantivessem a deferência ao Legislativo, às Agências Reguladoras e à autonomia dos estados. Conclui que é Dworkin quem está confundindo as dimensões institucional e interpretativa do debate, ao assumir que a

existência da jurisdição constitucional levaria a uma teoria da interpretação como a dele.

Em sua réplica, Dworkin também suavizou sua postura, passando a reconhecer uma grande convergência entre eles nas questões de base sobre interpretação judicial. Mas insistiu em discutir os detalhes que os levavam a diferir. Quanto ao primeiro contraponto, ele silenciou sobre a predominância dos acordos parcialmente teorizados, talvez porque já estivesse presente em toda sua obra a ideia de que uma “ascensão justificadora” é algo eventual, de modo que os juízes deveriam observar inicialmente a “prioridade local” de cada ramo do direito. Quanto ao segundo, concordou com a importância de fatos no direito, mas duvidou da capacidade de Sunstein e Posner de oferecerem alguma maneira extraordinária de trazer recursos empíricos para fundamentar uma decisão, que não fosse a serviço da teoria. Quanto ao terceiro, Dworkin distinguiu uma objeção jurisdicional, segundo a qual os juízes só deveriam aplicar direitos claramente certos, e uma objeção interpretativa, segundo a qual a Constituição só garantiria direitos claramente certos. Rejeitou a objeção jurisdicional, por significar a liberação do juiz de sua responsabilidade diante de dificuldades na interpretação do direito, sem que se negasse a existência desse direito. Mas preferiu deixar claro que este ponto fugiria ao tópico de sua discussão, que seria interpretativa e não institucional. Por fim, respondeu a objeção interpretativa, contestando seu ajuste e justificação. Ela não se ajustaria à prática jurídica americana. E não se justificaria como uma boa teoria da interpretação. Primeiro, por depender de uma visão pobre da democracia. Segundo, por supor que os juízes não têm muita capacidade de reflexão moral para julgar os casos, mas exigir deles uma capacidade muito maior, para avaliar seus próprios limites cognitivos, além de – pode-se acrescentar – todo o funcionamento das instituições.

O debate avançou de modo racional, sem que seja possível apontar falácias ou outras más práticas argumentativas de seus participantes. Contudo, cabe disputar a maneira como eles avaliaram seus resultados. Isso porque os autores fizeram apenas acenos um ao outro, preferindo manter suas posições originais, sem dar plena consequência aos argumentos que trocaram. Contemporizaram-nos, como se tratasse apenas de ênfases ou de assuntos diferentes. A meu ver, há razões para tentar uma reformulação mais ousada dos seus modelos, combinando o aspecto substantivo de Dworkin ao aspecto mais operacional de Sunstein.

É verdade que isso extrapola uma interpretação fiel aos autores, porque contraria sua intenção expressa e arrisca violentar a coerência interna de seus modelos, em prol da formação de um modelo combinado que, inevitavelmente, levará a uma lógica própria. Mesmo assim, entendo que essa apropriação criativa de seus legados tende a produzir maior avanço no conhecimento sobre o tema.

Esboçando diretrizes para essa combinação, propus que a teoria do direito como integridade seja assumida como campo básico, e que ela seja desenvolvida a partir de três pontos levantados por Sunstein – filtrando as ideias desse autor que se revelam um “consequencialismo de direitos superficiais”.

O primeiro ponto é um desenvolvimento da doutrina da prioridade local. Defendo a possibilidade de se assimilar a rica pesquisa empírica de Sunstein (e autores relacionados), sobre situações em que houve uma restrição da amplitude e profundidade do raciocínio jurídico, desde que mantida a linha da “prioridade local” elaborada por Dworkin. A “descida teórica”, almejada por Sunstein, seria devida em casos nos quais se justificasse como exigência do próprio direito, e não para sonegá-lo – por exemplo, evitando a banalização do controle de constitucionalidade, mostrando deferência ao Legislativo e às agências Reguladoras em questões sobre as quais têm maior capacidade técnica e legitimidade política para decidir. Trata-se de um “sistema de contenções institucionais” para a interpretação jurídica, sem implicar a adoção de um procedimento mecânico ou um conjunto de cânones

O segundo ponto é a defesa de um modelo para exposição de decisões colegiadas. Há muito tempo Dworkin abdicou da discussão sobre como um juiz integracionista deveria lidar com deliberações coletivas. Mas isso é uma questão de extrema importância, que não pode ficar sem resposta. Nesse debate, os acordos parcialmente teorizados, propostos por Sunstein, emergem como a melhor maneira de coordenar diferentes decisões e expô-las num relatório conjunto.

O terceiro ponto é a observação de novos desenhos institucionais, com grandes implicações para a teoria da interpretação jurídica. A emergência do fenômeno das Agências Reguladoras levanta a possibilidade de outras experimentações desse tipo para modelar a cultura interpretativa de um sistema jurídico. É verdade que isso já vem sendo feito, sob outros nomes, como nas reformas processuais. A novidade agora é a apreensão teórica das relações entre essas áreas, além das várias ferramentas empíricas atualmente à disposição dos juristas.

Esse seria o meu (primeiro) esboço de um modelo interpretativo-institucional. Com essas conclusões parciais, passei a testar sua viabilidade, confrontando outra maneira de relacionar interpretação e instituições: a (anti)teoria institucional da interpretação de Vermeule. Esse autor propõe diminuir a importância de teorias normativas, e de discussões sobre a linguagem, para elaborar modelos de interpretação jurídica. Para Vermeule, deveríamos focar nos resultados efetivos que esses modelos são capazes de gerar, numa análise institucional sob as variáveis das capacidades judiciais e dos efeitos sistêmicos. Sua proposta se desdobra em quatro teses: tese metodológica fraca; tese metodológica forte; tese metodológica “extrema”, que defendo estar implícita na sua virada para a racionalidade limitada; e tese substantiva.

A tese metodológica fraca sustenta que as teorias da interpretação jurídica deveriam abandonar seu foco exclusivamente conceitual, e trabalhar com métodos empíricos para verificar os resultados de diferentes modelos, analisando as variáveis ligadas às “capacidades institucionais” e “efeitos sistêmicos”. Modelos perfeccionistas ligados a teorias normativas (*first-best approach*) poderiam levar a resultados contrários a seus propósitos, caso aplicados em condições sub-ideais. Por isso, é importante buscar as melhorias possíveis (*second-best approach*), dentro das condições empiricamente dadas.

A tese metodológica forte sustenta que modelos teórico-normativos não servem para orientar qualquer intervenção na prática sem a mediação de uma análise institucional *second-best*, e que modelos teórico-normativos podem ser completamente dispensados em alguns casos, diante de uma asserção empírica capaz de gerar resultados amplamente aceitáveis.

A tese metodológica extrema parte da constatação de que as questões relevantes para comparar modelos interpretativos são empíricas, mas faltam evidências suficientes para fundamentar qualquer conclusão nesse momento. Então, o autor sustenta a adesão a um empirismo menos exigente, recorrendo a técnicas de decisão sob racionalidade limitada, como critérios para avaliar comparativamente os modelos de interpretação jurídica.

A tese substantiva é ainda mais ousada, podendo ser recusada sem prejuízo da tese metodológica. Segundo Vermeule, os juristas deveriam se apoiar num repertório de técnicas de decisão sob “racionalidade limitada”, deliberadamente simplificadoras. Através delas, minimizariam os “custos de decisão” e os “custos de

erro”, abrindo mão de benefícios puramente especulativos ligados às teorias normativas. A análise dos modelos interpretativos, a partir desse repertório técnico, leva à adoção do formalismo jurídico como solução mais efetiva. Entende por formalismo jurídico não uma doutrina ligada à “essência” do texto, mas uma adesão calculada a um conjunto de regras fixas e simplificadoras da interpretação. Na prática, trata-se de recomendar aos juízes: um apego ao significado claro e específico dos textos legais; e, onde esses significados não são claros e específicos, uma deferência judicial às decisões das Agências Reguladoras e do Legislativo (sob um controle de constitucionalidade fraco), por serem órgãos mais capacitados tecnicamente e mais legitimados politicamente.

Depois de analisar os argumentos do autor em defesa de cada uma dessas teses, cheguei a uma série de conclusões, contrárias à sua pretensão de submeter o debate sobre interpretação jurídica à análise institucional.

Concordei com a tese metodológica fraca, no sentido de que seria produtivo combinar modelos interpretativos com mediações institucionais embasadas em evidências empíricas. Também concordei que esse tipo de pesquisa combinada é mais urgente, por conta de sua escassez. Mas fiz uma ressalva de que ainda é possível fazer trabalhos puramente teórico-normativos sobre interpretação jurídica. Teorias normativas puras podem esclarecer e justificar uma determinada posição sobre o que deve ser a interpretação, ou servir para criticar uma outra posição teórica rival.

Reformulei a tese metodológica forte para uma “tese metodológica moderada”, entendida apenas como a afirmação de que a análise institucional é uma mediadora útil para as teorias *first-best* ditarem intervenções na prática, e que elas poderiam facilitar os debates entre partidários de diferentes teorias normativas, produzindo asserções empíricas capazes de gerar resultados amplamente aceitáveis. Contudo, não se pode negar que modelos *first-best* podem gerar resultados na prática, caso sejam adotados por algum agente. Mais do que isso, uma teoria normativa da interpretação pode prescrever uma determinada atitude como possuindo valor em si mesma, e não um valor meramente instrumental, dependente dos seus resultados. Por fim, não a ideia de que é possível fazer uma análise institucional pura, que dispense a teoria normativa, é inviável. Qualquer modelo interpretativo deve justificar sua posição como melhor do que as demais.

Rejeitei completamente a tese metodológica extrema, porque ela dá um salto injustificado para um empirismo no debate sobre teorias da interpretação. Pior do que isso, ela leva a um empirismo frouxo, no que se refere ao uso de técnicas de decisão deliberadamente simplificadoras, algumas das quais chegam a ser moralmente ultrajantes como critérios para uma decisão jurídica.

Também rejeitei a tese substantiva. A meu ver, essa tese tem três tipos de problema: a conclusão a que chega é muito forte; parte de vários argumentos fracos, que apenas sugerem uma inferência; e assume como premissas as inferências sugeridas pelos argumentos anteriores, produzindo cadeias argumentativas cada vez mais fracas. Vermeule procedeu sempre por estudos de casos, tomados como exemplares. A partir daí, foi sugerindo generalizações. Inicialmente, isso foi feito com cuidado, sob várias ressalvas. Contudo, ao final do trabalho, todas essas generalizações foram assumidas como premissas sólidas, e empilhadas para apoiar uma conclusão extremamente ambiciosa. É verdade que o formalismo não pode ser descartado preliminarmente, como um modelo interpretativo impossível. Contudo, Vermeule não oferece uma defesa convincente de que ele seja o modelo superior.

Ao criticar os limites de Vermeule, também deixei claros os limites de minha própria crítica. Minha reivindicação negativa seria que o modelo de Vermeule apresentou problemas de fundamentação. Contudo não apresentei provas “cabais” para firmar uma posição alternativa. A meu ver, isso não pode mesmo ser feito, não só por limites nas evidências empíricas, mas pelo próprio regime de verdade que esse tipo de questão admite. Uma teoria da interpretação deve ser defendida interpretativamente.

Mas, então, qual minha reivindicação positiva? Quais os meus metacritérios para comparar modelos interpretativos? E qual o modelo que defendo sobressair em meio a esses critérios, depois do debate com Vermeule?

Na linha de Dworkin, defendi que uma teoria da interpretação jurídica precisa demonstrar seu ajuste às práticas efetivas, assim como uma justificação de porque ela seria a melhor maneira de desenvolvê-las. Ela deve honrar as interpretações jurídicas historicamente valorizadas por uma comunidade e fornecer diretrizes para que elas sejam aprimoradas. Aserções empíricas podem e devem informar esse debate, como mostraram Sunstein e Vermeule, mas não são suficientes para prescrever algo. Uma teoria da interpretação deve apresentar uma consistência

interpretativo-normativa com o sistema jurídico no qual está sendo proposta. Esses seriam meus metacritérios interpretativos.

Nesses termos, ao se disputar qual a virtude que deve ser valorizada em um sistema jurídico, soa atraente enxergar a interpretação judicial como uma busca pela integridade, orientada para compreender o que o direito exige naquele caso concreto. Esse esforço holístico deve ser atenuado pela “doutrina da prioridade local”, elaborada inicialmente por Dworkin, e enriquecida significativamente a partir dos trabalhos de Sunstein. Trata-se de observar a força gravitacional exercida sobre o juiz por decisões institucionais anteriores. Em alguns casos, essa força é maior. Por isso, existem situações nas quais se justifica uma “descida” deliberativa, como exigência do próprio direito, e não para sonegá-lo. Ferramentas de análise institucional podem informar tal justificação, colocando a pesquisa empírica a serviço da teoria normativa. Nessa linha, seria possível se apropriar também de alguns recursos metodológicos desenvolvidos por Vermeule, como a análise de variáveis ligadas a capacidades judiciais e efeitos sistêmicos, mas evitando suas técnicas decisórias sob racionalidade limitada. Esse seria meu (segundo) esboço de modelo interpretativo-institucional.

Devo, porém, ressaltar que a primazia desse modelo não pode ser verificada em abstrato. Ela depende da avaliação do cenário em que a disputa será travada: no Olimpo, seria necessário um integracionismo mais puro, defendido por um juiz que assumisse uma tarefa hercúlea; Smallville pede por uma maior restrição minimalista, levando a um Hércules *Lite*; e um Hades pede por uma descida de Hércules, assumindo a atitude interpretativa mais humilde e deferente que for possível ao julgar.

Independentemente da aceitação dessas teses mais específicas, proponho cinco coordenadas meta-teóricas, sob as quais questões interpretativas e institucionais podem ser combinadas de modo produtivo: fundamentação empírica rigorosa, evitando-se atalhos que pretendam mudar drasticamente nossas práticas jurídicas sem oferecer as evidências necessárias para tanto; justificação teórico-normativa, evitando-se a mistificação de que os fatos falam por si mesmos; humildade metodológica, aplicável tanto às teorias-normativas quanto às análises institucionais e suas pesquisas empíricas; equilíbrio temático entre interpretação e instituições, evitando que uma área colonize a outra; e perspectiva histórica,

evitando a repetição cega de ciclos “realistas” e “idealistas” na teoria da interpretação jurídica.

Avaliando os resultados desse trabalho, julgo que sua hipótese principal foi confirmada, no sentido de ser possível integrar preocupações sobre a legitimidade da interpretação jurídica com preocupações sobre o funcionamento das instituições, compatibilizando algumas teses de Dworkin e Sunstein para combater a discricionariedade judicial.

Com relação às sub-hipóteses, a partir dos argumentos levantados por Sunstein e Vermeule, me parece fácil aceitar a primeira delas. Deve-se admitir que, em algumas situações, seria necessário rever diretrizes da teoria normativa, em função dos resultados práticos que elas poderiam gerar em condições sub-ideais de aplicação. Por tudo que vimos, também me parece fácil admitir a terceira sub-hipótese, de que esses resultados poderiam levar a revisões dos desenhos institucionais, os quais, por sua vez, poderiam influenciar reflexivamente as práticas interpretativas de um sistema jurídico.

Contudo, a verificação da segunda sub-hipótese mostrou-se mais aberta a controvérsias. A meu ver, existiriam limites para a negociação pragmática com a realidade na decisão judicial, num primeiro nível, e para a revisão de modelos teóricos-normativos no debate acadêmico, num segundo nível. Tais limites precisariam ser defendidos não apenas através de evidências empíricas, mas também de um acesso “compreensivo” ao que “é” a interpretação jurídica e de uma justificação sobre o que ela “deve ser”.

Cabe ressaltar, aqui, a importância de que análises institucionais da interpretação jurídica não ignorem a profundidade dessa discussão, que deita raízes numa rica tradição hermenêutica. É preciso atentar bem para as críticas gadamerianas à importação de métodos das ciências exatas para as questões humanas, desrespeitando seu modo próprio de conhecimento. No direito, Streck vem denunciando como tais recursos artificiais (cânones interpretativos, etc) muitas vezes servem apenas de álibi científico para decisionismos. Assim, antes de avançar, inadvertidamente, para modelos prescritivo-instrumentais de interpretação, é preciso discutir o que já nos acontece quando compreendemos, independentemente de nosso querer e fazer. E é preciso entender que essa compreensão envolve necessariamente um laço ético, um respeito ao outro que nos

fala, que pode ter razão. Sem isso, o giro institucional estaria apenas repetindo a famosa “querela metodológica” da hermenêutica moderna.

Esses pontos poderiam ser recusados, partindo-se de uma postura científica hostil à hermenêutica, anti-teórica, não cognitivista moral e empirista sob “racionalidade limitada”, como é o caso de Vermeule. Mesmo assim, acredito que seja possível oferecer-lhe uma resposta, que faça sentido, sem que ele precise se converter à nossa posição para aceitá-la. Para tanto, peço que assumamos uma posição mais *standard, mainstream*, moderada, ou “de centro”, sobre o conhecimento valorativo no direito. A partir desse marco, defendo que a tese de Vermeule enfraquece progressivamente conforme depende da adesão a um regime de verdade cada vez mais peculiar, contrário ao que assumimos como justo em nossas práticas cotidianas. Ao importar as técnicas decisórias sob racionalidade limitada para o direito, Vermeule deve assumir um ônus ao eliminar de seus critérios (de maneira contraintuitiva) toda a dimensão moral.

Um exemplo extremo pode ajudar a esclarecer meu ponto: mesmo que o julgamento de casos com base num jogo de cara ou coroa zerasse os custos de decisão e fixasse os custos de erro em 50%, isso seria incompatível com o que entendemos por interpretar a Constituição, além de ser ultrajante em qualquer sistema de justiça contemporâneo. O próprio Vermeule recusa esse recurso, dizendo não buscar diminuir os custos de decisão de qualquer maneira. Apesar disso, não explicita quais são seus limites. Ao que parece, são limites sobre o que se entende minimamente por interpretação jurídica e sobre que seria moralmente admissível nessa atividade.

Por fim, cabe exortar outros juristas a tomarem parte desse empreendimento de integrar teorias da interpretação e questões institucionais. A presente tese foi apenas uma aproximação entre esses temas. Mas ela não é só minha opinião, dentre outras opiniões possíveis. É uma proposta justificada, tão bem quanto me foi possível nesse momento. E ela deve ser criticada, complementada e superada por outras propostas, que apresentem justificações melhores.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das 'capacidades institucionais' entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 38, p. 6-50, jan. 2014. Disponível em: http://direito.estadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?in_foid=205&sid=20. Acesso em: 29 fev. 2020.
- ARIDA, Pérsio; REGO, José Márcio (org.). **Retórica na economia**. São Paulo: 34, 1996.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. [S. l.], p. 1-41, 10 ago. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2915571>. Acesso em: 08 maio 2018.
- BIX, Brian, H. L. A. Hart and the hermeneutic turn in legal theory. **Southern Methodist University Law Review**, [S. l.], v. 52, p. 167-199, 1999. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=163810>. Acesso em: 22 nov. 2018.
- BLOOM, Harold. **Um mapa da desleitura**. Tradução de Thelma Médici Nóbrega. Rio de Janeiro: Imago, 1995.
- BOLONHA, Carlos; LUCAS, D.; ALMEIDA, M. Um caminho possível para a operacionalização das capacidades institucionais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 10, p. 227-364, 2019. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.103.09/60746882>. Acesso em: 29 fev. 2020.
- BOTTOME, Phyllis. **Alfred Adler**: apostle of Freedom. London: Faber, 1957.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas corpus 152752/PR**. Paciente: Luís Inácio Lula da Silva. Impetrantes: Cristiano Zanin Martins e outro(a/s). Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, julgado em 04 de abril de 2018. Processo eletrônico DJe-127 Divulg 26-06-2018 Public 27-06-2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752_ministroDT.pdf. Acesso em: 29 fev. 2020.
- BUNCHAFT, Maria Eugênia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, v. 38, p. 1-20, 2011. Disponível: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189>. Acesso em: 05 mar. 2020.
- BUSTAMANTE, Thomas. Dworkin, Vermeule and Gyorfi on constitutional interpretation: remarks on a meta-Interpretive disagreement (Comment on Gyorfi).

German Law Journal, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1109-1145, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195441. Acesso em: 25 jan. 2020.

CALADO, Vinicius de Negreiros. “Porte ilegal de fala”. O “crime” de discurso crítico contra-hegemônico. *In*: COLARES, Virginia (org.). **Linguagem e direito**. Recife: Universitária da UFPE, 2010. p. 241-297.

COELHO, André. **Ronald Dworkin**: Como interpretar à maneira de Hércules? [S.l.] 24 jun. 2012 Blog: Filósofo Grego. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2012/06/ronald-dworkin-como-interpretar-maneira.html>. Acesso em: 08 fev. 2020.

COITINHO, Denis. Moralidade, justificação e coerência. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 56, n. 132, p. 557-582, dez. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2015000200557&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 fev. 2020.

COÑILL, Jesus Sancho. **Ética hermenêutica**: crítica desde la facticidad. Madrid: Tecnos, 2006. WALHOF, Darren. **The democratic theory of Hans-Georg Gadamer**. Michigan: Palgrave Macmillian, 2017.

COSTA, Alexandre Araújo. Teologia moral para ouriços: a teoria da justiça de Ronald Dworkin. **Direito**. Brasília, DF, v. 01, n. 01, p. 199-219, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/24>. Acesso em: 30 dez. 2018.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo. **Revista de Processo**, [S. l.], v. 255, p. 141-166, 2016.

DWORKIN, Ronald **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. [Carta]. Destinatário: Cass R. Sunstein. Nova York, mar. 1995. 1 carta. Localização: Arquivos da Biblioteca da Universidade Yale. Ronald Dworkin papers, MS 2071, Series I, Box 22, Folder 6 (partial).

DWORKIN, Ronald. ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos? Tradução de Leonardo García Jaramillo. **Isonomía**, México, n. 32, p. 7-29, abr. 2010. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100001&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 25 fev. 2020.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Apêndice: resposta aos críticos *In*: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 507-519.

DWORKIN, Ronald. In praise of theory. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 353-376, 1997. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=22&id=&page=>. Acesso em: 11 nov. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Is there truth in interpretation?** Mountain View: Google, 2009. (1 h 7 min 10 s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>. Acesso em: 24 fev. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. **The New York Review of Books**, [S. l.], v. 56, n. 7, abr. 30, 2009. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2009/04/30/looking-for-cass-sunstein/>. Acesso em: 10 dez. 2017.

DWORKIN, Ronald. Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos? *In*: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 175-276.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. Os direitos podem ser controversos? *In*: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Religion without god**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. Reply. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 431-446, 1997. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arzjl29&div=27&id=&page=>. Acesso: 10 dez. 2017.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. *In*: WALDRON, Jeremy. **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University, 1984. p. 153-167.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISGRUBER, Christopher L. Should Constitutional judges be philosophers? *In*: HERSHOVITZ, Scott. **Exploring law's empire**: the jurisprudence of Ronald Dworkin. Oxford: Oxford University Press, 2006.

ESKRIDGE JR., William N. No frills textualism. **Faculty Scholarship Series**, [S. l.], v. 119, n. 7, p. 2056, May 2006. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1513. Acesso em: 25 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelações de Nova York. **Riggs vs Palmer**. Nova York, 1889. Disponível em: http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm. Acesso em: 17 Jul 2016.

FARRELLY, Colin. The institutional theory of legal interpretation. **The University of Toronto Law Journal**, [S. l.], v. 58, n. 2, p. 227-232, Mar./June 2008. Disponível em: www.jstor.org/stable/20109844. Acesso em: 25 jan. 2020.

FELDMAN, Stephen Matthew. The new metaphysics: the interpretive turn in jurisprudence. **Iowa Law Review**, [S. l.], v. 76, p. 660-669, Oct. 1991. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2566986>. Acesso em: 30 dez. 2018.

FERREIRA LOPES, Ziel. Eficiência judicial no Brasil: revisitando princípio, política e processo. In: SALOMÃO LEITE, George; STRECK, Lenio Luiz; NERY JR., Nelson (org.). **Crise dos poderes da república**: judiciário, legislativo e executivo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 104-119.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FLEMING, James E. The odyssey of Cass Sunstein. **Tulsa L. Rev.**, [S. l.], v. 43, p. 843-856, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol43/iss4/2>. Acesso em: 23 fev. 2020.

GADAMER, Hans Georg. **Elogio da teoria**. Tradução de J. T. Proença. Lisboa: Edições 70, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOODIN, Robert. Institutions and their design. In: GOODIN, Robert (ed.). **The theory of institutional design**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 1-53.

GUERREIRO RAMOS, A. **A nova ciência das organizações**: uma reconceituação da riqueza das nações. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1989. p. 118-138.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Palo Alto: Stanford University Press, 2012.

GYÓRFI, Tamás. In Search of a first-person plural, second-best theory of constitutional interpretation. **German L. J.**, [S. l.], v. 14, n. 8, p. 1077-1107, Aug. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/317429065_In_Search_of_a_First-Person_Plural_Second-Best_Theory_of_Constitutional_Interpretation. Acesso em: 25 jan. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

HAND, Learned. **The bill of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sete-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Originalmente publicado em 1962.

HART, Herbert L. A. O pesadelo e o nobre sonho. *In*: HART, Herbert L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 137-161.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Discretion. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 127, n. 652, 20 Dec. 2013. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2013/12/discretion/>. Acesso em: 10 dez 2017.

HEIDEGGER, Martin. Entrevista a Richard Wisser. \tradução de Antonio Abranches. **O Que nos Faz Pensar**, [S. l.], v. 8, n. 10.1, p. 11-17, out. 1996. Disponível em: <http://www.oquenofazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnf/article/view/89>. Acesso em: 05 mar. 2020.

HEIDEGGER, Martin. **O acontecimento apropriativo**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

HENLEY, Kenneth. Protestant hermeneutics and the rule of law: Gadamer and Dworkin. **Ratio Juris**, [S. l.] v. 3 n. 1, p. 04-28, Mar. 1990. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9337.1990.tb00048.x>. Acesso em: 25 fev. 2020.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights Isn't such a bad thing after all).). **Osgoode Hall Law Journal**, [S. l.], v. 35, n. 1, p. 75-124, Mar./June. 1997. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>. Acesso em: 18 fev. 2020.

JUST, Gustavo. Guinada interpretativa. *In*: BARRETO, Vicente Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

KAUFMAN, Alexandre H. Incompletely theorized agreement: a plausible ideal for legal reasoning? **Georgetown Law Journal**, [S. l.], v. 85, n. 2, p. 395-415, Dec. 1996.

KING JR, Martin Luther. **Where do we go from here**: chaos or community? New York: Harper Row, 1997. <https://www.archives.gov/files/press/exhibits/dream-speech.pdf> Acesso em: 26 fev. 2020.

KOMESAR, Neil K. Taking institutions seriously: introduction to a strategy for constitutional analysis. **University of Chicago Law Review**, [S. l.], v. 51, n. 2, 1984.

Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol51/iss2/3>. Acesso em: 12 fev. 2020.

LA ROCHEFOUCAULD, François de. **Reflexões ou sentenças e máximas morais**. Tradução de Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2014.

LACEY, Nicola. The path not taken: H.L.A. Hart's Harvard essay on discretion. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 127, n. 2, p. 636-651, 20 Dec. 2013. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2013/12/the-path-not-taken-h-l-a-harts-harvard-essay-on-discretion/>. Acesso em: 10 dez. 2017.

LAKATOS, Imre. **La metodología de los programas de investigación científica**. Tradução de Juan Carlos Zapatero. Madrid: Alianza, 1993.

LAKATOS, Imre; MUSGRAVE, Alan (org.). **A crítica e o desenvolvimento do conhecimento**. Tradução de Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1979.

LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. Teoria institucional e decisões colegiadas: novos parâmetros de análise. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 97-117, dez. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1552/1400>. Acesso em: 29 fev. 2020.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro Leal; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois problemas de operacionalização do argumento das 'Capacidades Institucionais'. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, 2016. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/40/49>. Acesso em: 29 fev. 2020.

LEITER, Brian. In Praise of realism (and against 'nonsense' jurisprudence). **U of Texas Law**, Public Law Research Paper, [S. l.], n. 138. p. 1-37, Jan. 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1113461>. Acesso em: 10 dez. 2017.

LOPES, Ziel Ferreira. **Jurisdição e método**: limites processuais e possibilidades hermenêuticas de controle das decisões judiciais. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, UNISINOS, São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5212>. Acesso em: 10 dez. 2017.

LOPES, Ziel Ferreira. O minimalismo poderia melhorar as relações entre judiciário e legislativo? **SOCIOLOGY OF LAW**, 5., 2019, Canoas. **O direito na sociedade tecnológica**. Canoas: Unilassale, 2019. v. 1. p. 2508-2529. Disponível em: <http://svr-net20.unilasalle.edu.br/handle/11690/1246>. Acesso em: 18 fev. 2020.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. *In*: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

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

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O método de leitura estrutural. **Cadernos Direito GV**, [S. l.] n. 16, mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/interna.aspx?PagId=HTKCNKWI&IDCategory=4&IDSubCategory=84>. Acesso em: 26 fev. 2020.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Teoria, filosofia e dogmática jurídica: rigor e método. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Teoria do direito contemporânea: autores e temas**. Curitiba: Juruá, 2017.

MAGEE, Bryan. Philosophy and politics [entrevista com Ronald Dworkin]. MAGEE, Bryan. **Talking philosophy: dialogues with fifteen leading philosophers**. New York: Oxford University Press, 2001.

MARMOR, Andrei (ed.). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2004.

MCCAFFERY, Edward J. Ronald Dworkin, inside-out. **California Law Review**, [S. l.], v. 85, n. 4, p. 1043-1086, Jul. 1997. Disponível em: www.jstor.org/stable/3481131. Acesso em: 27 jan. 2020.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004.

MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do “agonismo”. **Lua Nova**, São Paulo, n. 92, p. 13-43, maio/ago. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 maio 2018.

MORDFIN, Robin I.; NAGORSKY, Marsha Ferziger. **Chicago and law and economics: a history**. Chicago: University of Chicago Law School, 2011. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/news/chicago-and-law-and-economics-history>. Acesso em: 13 fev. 2020.

MORIGIWA, Yatsumoto; TAKIKAWA, Hirohide (ed.). **Judicial minimalism – for and against**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos aos pós-modernos**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 498.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOUFFE, Chantal. Deliberative democracy or agonistic pluralism? **Social Research**, [S. l.], v. 66, n. 3, p. 745-758, Sept./Dec. 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/40971349.pdf?seq=1>. Acesso em: 05 mar. 2020.

NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NEVES, Isadora Ferreira; LOPES, Ziel Ferreira. Desafios aos diálogos institucionais no Brasil: o papel do STF na relação entre Poderes. In: ANAIS SOCIOLOGY OF

LAW 2018, 4., 2018, Canoas. **O direito entre o caos e desconstrução**. Canoas: Unilasalle, 2018. p. 1256-1265; Disponível em: <http://repositorio.unilasalle.edu.br/handle/11690/1106>. Acesso em: 18 fev. 2020.

NOBRE, Marcos S. *et al.* **O que é pesquisa em direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no brasil. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 66, p. 145-153, jul. 2003. Disponível: http://bibliotecavirtual.cebrap.org.br/arquivos/019_artigo.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. Ipiranga: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, S. F. As vozes presentes no texto acadêmico e a explicitação da autoria. **Pedagogia em Ação** (PUC-MG), Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 3-21, 2014. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/pedagogiacao/article/view/9182>. Acesso em: 05 mar. 2020.

OMORI, Hidetomi. Can minimalism make judiciary and Legislative cooperate? *In*: MORIGIWA, Yatsumoto; TAKIKAWA, Hirohide (ed.). **Judicial minimalism – for and against**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

ON THE BASIS of sex. Direção: Mimi Leder. Intérpretes: Felicity Jones, Armie Hammer, Justin Theroux. [S. l.]: Focus Features, 2018. 1 DVD (120 min), son., color.

PALACIOS LLERAS, Andres. **The “institutional turn” in jurisprudence: critique and reconstruction**, [S. l.], 2008. p. 3-6. Disponível em: http://works.bepress.com/andres_palacios_lleras/7/. Acesso em: 25 jan. 2020.

PASCHOALINI, Felipe *et al.* **Seminário teoria do direito contemporânea** - autores e temas [parte 8]. Mountain View: Google, 2004. (ca. 11min 09s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GDiNoXdKJTM>. Acesso em: 08 jan. 2020.

PASCHOALINI, Felipe. **Interpretação e instituições: o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin**. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-18112015-145137/en.php>. Acesso em: 10 dez 2017.

PASCHOALINI, Felipe. Interpretação e instituições: o diálogo entre Ronald Dworkin e Cass Sunstein. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Teoria do direito contemporânea** - autores e temas - biblioteca de filosofia, sociologia e teoria do direito. Curitiba: Juruá, 2017.

PETERS, Christopher J. Assessing the new judicial minimalism. **Colum. L. Rev.**, [S. l.], v. 100, n. 1454, 2000. Disponível em: https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1459&context=all_fac. Acesso em: 18 fev. 2020.

PINTORE, Anna. Institutionalism in law. *In*: STERN, Robert A. M. **Routledge encyclopedia of philosophy**. London: Routledge, 1998.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 9 th. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

POSNER, Richard. Reply: the institutional dimension of statutory and constitutional interpretation. **Mich. L. Rev.**, [S. l.], v. 101, n. 4, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/3>. Acesso em: 25 jan. 2020.

POST, Robert; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, New Haven, v. 42, p. 373-434, 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020.

QUINE, William Van Orman. Sobre o que há. *In*: QUINE, William Van Orman. **De um ponto de vista lógico**: nove ensaios lógico-filosóficos. Tradução de Antonio Ianni Segatto. São Paulo: UNESP, 2011. p. 11-35.

RAI, Arvidh. Dworkin's Hercules as a model for judges. **Manchester Rev. L. Crime & Ethics**, [S. l.], v. 6, n. 58, p. 1-11, 2017. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?Handle=hein.journals/manrvlc&div=9&id=&page=> Acesso em: 25 fev. 2020.

RAVITCH, Frank S. The continued relevance of philosophical hermeneutics in legal thought. *In*: SLOCUM, Brian G. **The nature of legal interpretation**: what jurists can learn about legal interpretation from linguistics and philosophy. Chicago: The University of Chicago Press, 2017.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. Tradução de Regis de Castro Andrade. **Lua Nova**, São Paulo, n. 25, p. 25-59, abr. 1992. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264451992000100003&lng=en&nrm=is. Acesso em: 03 fev. 2020.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

REGULATORY AGENCY. *In*: AUGUSTYN, Adam *et al.* (ed.). **Encyclopædia Britannica**. Chicago, Encyclopædia Britannica, 2019. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/regulatory-agency>. Acesso em: 13 fev. 2020.

RIPSTEIN, Arthur. Introduction: anti-archimedeanism. *In*: RIPSTEIN, Arthur (ed). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 1-22.

ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. *In*: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio; MORAES, José Luis Bolzan de (org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. Mestrado e Doutorado. 1998/99. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 121-136.

RODRIGEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos

princípios. **Meritum** (FUMEC), Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. Disponível: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>. Acesso em: 05 mar. 2020.

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

ROHDEN, Luiz. Questões sobre ética e hermenêutica filosófica. *In*: ROHDEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica**: método, ética e literatura. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

SACRINI, Marcus. **Introdução à análise argumentativa**: teoria e prática. São Paulo: Paulus, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Sobre Cass Sunstein e a neutralidade constitucional [Apresentação]. *In*: SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHMIDT, Dennis J. Hermeneutics as original ethics. *In*: SULLIVAN, Shannon; SCHMIDT, Dennis J. **Difficulties of ethical life**. New York: Fordham University Press, 2008.

SENECA, Lucius Annaeus. **Sobre a brevidade da vida**. Tradução de Willian Li. São Paulo: Nova Alexandria, 1993.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. **U of Michigan Public Law**, Working Paper [S. l.], n. 77, p. 1.-54, mar, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1017/cbo.9781139167109.002>. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em: 17 jul. 2016 e 30 dez. 2018.

SOUZA, Paulo Cesar de. **As palavras de Freud**: o vocabulário freudiano e suas versões. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, Rafael Bezerra de; BOLONHA, Carlos; Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 43, p. 162-183, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/373>. Acesso em: 27 fev. 2020.

SOUZA, Rafael Bezerra de; BOLONHA, Carlos; Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 43, p. 162-183, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/373>. Acesso em: 27 fev. 2020.

SPAIC, Bojan. Institutional turn(s) in theories of legal interpretation. *In*: DUARTE, David; MONIZ LOPEZ, Pedro; SILVA SAMPAIO, Jorge (ed.). **Legal interpretation and scientific knowledge**, [S. l.], p. 24, July 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3429562>. Acesso em: 25 jan. 2020.

STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Originalmente em 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>. Acesso em: 21 fev 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O holding de um sistema de justiça democrático: garantias institucionais dos limites semânticos contra o protagonismo judicial. **Revista Forense**, v. 110, n. 420, jul./dez. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Positivismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Casa do direito, 2017. p. 159-211.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: JusPodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Professor de Harvard lança "constitucionalismo Deus acima de todos". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/senso-incomum-professor-harvard-lanca-constitucionalismo-deus-acima-todos>. Acesso em: 23 abr. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Especialmente o posfácio.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. O processo judicial visto pela crítica hermenêutica do direito. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 25, n. 100, p. 213-228, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201712139153.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; LOPES, Ziel Ferreira; DIETRICH, William Galle. Para um debate entre a crítica hermenêutica do direito e a análise econômica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, [S. l.], v. 16, n. 23, p. 11-25, jan./jul. 2018.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of many minds**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond judicial minimalism. **Tulsa Law Review**, [S. l.], v. 43, p. 825-842, 2007. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12217&context=journal_articles. Acesso em: 18 fev. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? Tradução de Felipe Douverny. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. Earl Warren is dead. **The New Republic**, [S. l.], maio 13, 1996. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/62143/earl-warren-dead>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the Coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 389-404, 1997. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Interpreting statutes in the regulatory state. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 103, n. 2, p. 405-508, Dec. 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12320&context=journal_articles. Acesso em: 13 fev. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. In praise of numbers: a reply. **Georgetown Law Journal**, [S. l.], v. 90, p. 2379-2386, 2001. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12306&context=journal_articles. Acesso em: 07 jan. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements. **Harvard Law Review**, [S. l.], v. 108, n. 7, p. 1751-1764, May 1995. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2995488>. Acesso em: 21 fev. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. Problems with minimalism. **Stanford Law Review**, [S. l.], v. 58, p. 1918, Feb. 2006. Disponível em: <http://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/sunstein-1.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. Testing minimalism: a reply, **Mich. L. Rev.**, [S. l.], v. 104, n. 1, p. 123-130, Oct. 2005. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss1/4>. Acesso em: 18 fev. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. The most important legal philosopher of our time. **Bloomberg**. [S. l.], 12 Feb. 2013. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/view/articles/2013-02-15/the-most-important-legal-philosopher-of-our-time>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court, 1995 term-foreword: leaving things undecided. **Harv. L. Rev.**, [S. l.], v. 110, n. 4, Nov. 1996. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2781624. Acesso em: 18 fev. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. There is nothing that interpretation just is. **Constitutional Commentary**, Vermillion, v. 30, n. 2, p. 193-212, June./Sept. 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/120/>. Acesso em: 29 fev. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. Virtues and verdicts. **The New Republic**, [S. l.] May 2006. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/62018/virtues-and-verdicts> Acesso em: 10 dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass R., SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the Coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 389-390, 1997. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass R., SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the Coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 389-404, 1997. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; RITOV, Ilana; SCHKADE, David. Predictably incoherent judgments. **Stanford Law Review**, [S. l.], v. 54, p. 1153-1216, 2002. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12414&context=journal_articles. Acesso em: 10 dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **U Chicago Law & Economics**, [S. l.], v. 111, Olin Working Paper n. 156; U Chicago Public Law Research Paper n. 28, p. 885-951, Jul. 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=320245>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Rio de Janeiro: Del Rey, 2008. p. 192.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2018.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing Courts are wrong for America. [S. l.]: Basic Books, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. Six theses on interpretation Symposium. **Constitutional Commentary**, [S. l.], v. 6, p. 91-96, 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12454&context=journal_articles. Acesso em: 14 fev. 2020.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Crítica hermenêutica do direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311-326, set./dez. 2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.93.09/6434>. Acesso em: 27 fev. 2020.

UNISINOS. Biblioteca. **Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos**: artigo de periódico, dissertação, projeto, relatório técnico e/ou científico, trabalho de conclusão de curso, dissertação e tese. 16. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2017. Disponível em:

<http://unisinós.br/biblioteca/images/docs/manual-elaboracao-trabalhos-academicos.pdf>. Acesso em: 08 jan 2020.

VEITCH, Scott; CHRISTODOULIDIS, Emílios; GOLDONI, Marco. Legal institutionalism. *In*: VEITCH, Scott; CHRISTODOULIDIS, Emílios; GOLDONI, Marco. **Jurisprudence**: themes and concepts. 3. rd. London: Routledge, 2018. p. 290-299.

VERMEULE, Adrian. Beyond originalism. **The Atlantic**, Boston, 31 Mar. 2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>. Acesso em: 31 mar. 2020.

VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **U Chicago Law & Economics**, [S. l.], v. 111, Olin Working Paper n. 156; U Chicago Public Law Research Paper n. 28, p. 885-951, jul. 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=320245>. Acesso em: 10 dez. 2017.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

WAELEHENS, Alphonse de. Sobre uma hermenêutica da hermenêutica. Tradução de Ernildo Stein. *In*: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de “Verdade e método”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 2-24, Jan. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mon035>. Acesso em 25 fev. 2020.

WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for Hedgehogs. NYU School of Law, **Public Law Research**, [S. l.], p. 13-45. jul, 2013. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2290309>. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2290309>. Acesso em: 30 dez. 2018.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1991.

WHEELER, Gregory. Bounded rationality. *In*: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, [S. l.], Fall, 2019. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/bounded-rationality/>. Acesso em: 10 dez. 2017.

WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the limits of philosophy**. Hammersmith: Fontana Press, 1993.