

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANA: REFLEXÕES
SOBRE A CRITICAL LEGAL STUDIES, A LAW AND ECONOMICS E A TEORIA
DA INTEGRIDADE**

**AMERICAN CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: REFLECTIONS ABOUT
CRITICAL LEGAL STUDIES, LAW AND ECONOMICS AND THE THEORY OF
LAW AS INTEGRITY**

Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes

Raphaela Borges David

RESUMO

O presente estudo visa a trabalhar vertentes da teoria da interpretação judicial norte-americana que superam o debate entre as clássicas correntes interpretativistas e não interpretativistas que permearam a discussão hermenêutica estadunidense. Para tal empreitada temos inicialmente a explicitação da superação dessa dicotomia e a definição de novas teorizações sobre a interpretação e aplicação do direito que vem sendo fruto de um intenso debate, sobretudo nas últimas décadas do século XX. Dentre as mesmas serão desenvolvidas reflexões sobre o *Critical Legal Studies Movement*, a *Law and Economic* de Richard Posner e a *Teoria da Integridade* de Ronald Dworkin. Após a descrição dessas correntes passaremos em sede conclusiva para uma abordagem crítica e reflexiva sobre as mesmas, tendo em vista, a busca pela legitimidade das decisões judiciais a partir de uma hermenêutica constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: *Critical Legal Studies Movement*; *Law and Economic*; Teoria da Integridade; Hermenêutica Constitucional; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present study aims to work aspects of the theory of judicial interpretation that surpass U.S. debate between classical and non-current interpretive and interpretive discussion that

permeated American Hermeneutics. To such a task we have, initially explanation of overcoming this dichotomy and the definition of new theories on the interpretation and application of the law that has been the result of an intense debate, especially in the last decades of the twentieth century. Among these will be developed reflections on the Critical Legal Studies Movement, Law and the Economic Theory of Richard Posner and Ronald Dworkin's integrity. After describing these ideas we will forward, conclusively established for a critical and reflective about the same in view, the search for legitimacy of judicial decisions from a hermeneutic constitutionally proper to a Democratic Rule of Law.

KEYWORDS: Critical Legal Studies Movement; Law and Economic; Law as Integrity; Hermeneutics Constitutional; Democratic Rule of Law.

INTRODUÇÃO

O ensino jurídico e a prática normativa brasileira, principalmente no que diz respeito ao Direito Constitucional e à Hermenêutica Constitucional, é essencialmente direcionado nos ensinamentos da doutrina alemã, podendo-se falar ainda em um polo específico de estudo no direito português. Certo é que existe pouca produção acadêmica pátria acerca do direito norte-americano, ficando a sua grande maioria ainda centrada no debate - há muito superado - entre interpretativistas e não-interpretativistas.

John Hart Ely abre sua obra *“Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade”* discutindo essas duas correntes que polarizavam as discussões acerca da interpretação constitucional¹, demonstrando que os interpretativistas defendem que os juízes “[...] devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita”, enquanto os não-interpretativistas argumentam que “[...] que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram indicadas (seja de forma explícita ou implícita) na linguagem do documento” (ELY, 2010, p. 03). Nesse sentido, enquanto os interpretativistas vão afirmar que a solução adequada, constitucionalmente, para os dilemas e conflitos que surgem na seara

¹ Ely debate criticamente os significados e abrangências de ambas correntes para, após, propor uma terceira via de interpretação constitucional (em especial, no controle de constitucionalidade), com respostas hermenêuticas satisfatórias ao Estado Democrático. Defende que o juiz exerce função semelhante a um árbitro que deve intervir apenas quando o time está ganhando vantagem injusta, atuando apenas quando houver um desvirtuamento do processo que lesionaria o interesse das minorias. Para mais, ver ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

jurídica deve ser buscada (e trabalhada) na intenção dos criadores da Constituição, os não-interpretativistas, de modo geral, irão buscar as respostas nos valores (e tradições) advindos da própria sociedade².

Hoje, porém, o cenário acadêmico norte-americano vai muito além desse embate entre teoria interpretativistas e não-interpretativistas, atingindo níveis mais sofisticados de argumentação hermenêutica, que incluem discussões sobre a legitimidade das decisões judiciais e do próprio direito. Podemos citar aqui, para ficar apenas com alguns exemplos, a concepção procedimental da democracia do já citado, John Hart Ely; à crítica ao *judicial review* de Cass R. Sustein, no movimento Minimalismo Judicial; o “*American Constitutional Law*” do jurista Lawrence Tribe; as digressões do *Critical Legal Studies Movement*, encabeçado por Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger, Mark Tushnet, Morton Horwitz, Elisabeth Mensch, dentre outros; a análise econômica do direito de Richard Posner e a teoria da integridade de Ronald Dworkin.

Analisaremos no presente trabalho as lições das três últimas teorias, quais sejam, o *Critical Legal Studies*, em especial, nos ensinamentos dos juristas Roberto Mangabeira Unger, Duncan Kennedy e Mark Tushnet, a análise econômica do direito de Richard Posner, bem como a teoria da integridade de Ronald Dworkin. Ao final, confrontaremos as doutrinas, para buscar uma leitura do direito que seja adequada e que traga soluções hermenêuticas compatíveis com uma teoria constitucional adequada ao Estado Democrático de Direito.

1. O CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT

O *Critical Legal Studies* (CLS) é um movimento jusfilosófico de esquerda surgido nos Estados Unidos na década de 1970, a partir da realização da *Conference on Critical Legal Studies*, sendo ligado, em especial, a professores das Universidades de Harvard (Cambridge) e Yale (New Haven), tendo se destacado na crítica ao liberalismo, ao positivismo e ao

²Didaticamente teríamos que: “[...] O primeiro (corrente interpretativista) consistiria resumidamente, numa compreensão de que o papel constitucional dos juizes está adstrito ao que está estatuído e escrito na Constituição, sendo que princípios e valores não são vinculantes (o juiz não pode ampliar o rol de direitos previstos expressamente na Constituição, pois isto acarretaria subjetivismo), ao contrário do segundo (corrente não-interpretativista), onde existe a ideia de que as Cortes devem basear seus julgamentos em elementos que vão além do mero texto, buscando referências por detrás dos limites estritos do documento, vinculados a aspectos morais e valorativos.” HENNING LEAL, Mônica Clarissa, **Jurisdição constitucional aberta**, 2007, p. 149.

movimento do *law and economics*. Descendente do realismo jurídico³, principalmente no que diz respeito à oposição ao formalismo e ao objetivismo, se relaciona com marxismo ocidental⁴ e ainda recebe influências do estruturalismo francês de Michel Foucault e Claude Levi-Strauss e do criticismo literário, quanto à subjetividade do intérprete (GODOY, 2005, p. 9-10). Surge no ambiente de contracultura e experimentalismo de esquerda dos Estados Unidos, num cenário de proliferação de protestos relacionados ao chamado *choque de gerações* do final da década de 1960. Nesse contexto, passa a propor alternativas possíveis ao liberalismo e ao marxismo, defendendo a existência de caminhos múltiplos a serem seguidos, sem levantar, portanto, a bandeira de uma terceira via dada a pluralidade e a contingência da própria realidade social (GODOY, 2006, p. 1).

Tem como lema a ideia de que *law is politics*, tornando a relação entre direito e política o núcleo essencial de toda a teoria, criticando o caráter autônomo do pensamento jurídico. (GODOY, 2005, p. 13). Faz profunda crítica à teoria liberal, afirmando não ter sido a mesma capaz de conciliar pontos de vista incompatíveis, o que acabou por criar uma indeterminação do direito típica do modo de produção capitalista. Demonstra a fragilidade e contradição dessa teoria, através da utilização de técnica desconstrutivista denominada *trashing*⁵ em que o intérprete destrói os discursos convencionais do direito, atacando suas premissas e “relegando ao lixo” toda a jurisprudência e doutrina jurídica. (GODOY, 2005, p. 9-10). A conclusão que se chega é de que o convencionalismo liberal é falível, na medida em que sua composição é formada por oposição binária e conceitos opostos que não conseguem conciliar todos os diversos e antagônicos pontos de vista existentes no seio de uma sociedade. Com isso, chega-se à *patchwork thesis*, que desenha o direito norte-americano como uma *colcha de retalhos*, em que não há comunicação entre seus vários conceitos e normas. Tais dicotomias – desnecessárias, segundo os *crits*⁶ - servem apenas para sustentar ilegítimas hierarquias de poder e privilégios, mantendo uma periferia alheia ao discurso jurídico, afastando, assim, direito e sociedade (GODOY, 2006, p. 03-06).

³ Principalmente no pensamento dos juízes da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Jr. e Louis Brandeis, bem como do professor de direito em Harvard, Roscoe Pound (GODOY, 2005, p. 14-15).

⁴ Ligado de forma mais significativa à Escola de Frankfurt, sob influência dos intelectuais Max Horkheimer, Theodor Adorno e Herbert Marcuse, que se refugiaram da Alemanha nazista nos Estados Unidos, a partir da década de 1940, defendendo o papel da ideologia, da legitimação e da mistificação no contexto de definição do direito aplicável (GODOY, 2005, p. 15-16).

⁵ Influência de Jacques Derrida.

⁶ Forma como são chamados os integrantes do movimento do *Critical Legal Studies*.

O movimento se dissolveu a partir da década de 1990, pulverizando-se em abordagens específicas tais como feminismo, raça, história do direito e criminologia. No Brasil há poucos estudos sobre tema, e poucas obras possuem tradução para o português. Citamos o jurista Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy⁷ como maior (e talvez único) pesquisador da temática, possuindo vasta publicação sobre o *CLS*, em especial, sobre a obra do brasileiro e professor de Harvard, Roberto Mangabeira Unger.

Para melhor compreensão do movimento, passaremos a expor as principais características do *Critical Legal Studies* no pensamento e na obra dos seguintes *crits*: Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unger e Mark Tushnet.

1.1) Duncan Kennedy

Duncan Kennedy é professor de direito na Universidade de Harvard, tendo produzido como obra de referência para os estudos do CLS o “*A Critique of Adjudication – Fin de Siècle*”, livro de crítica e problematização do modelo das decisões jurídicas norte-americanas, se destacando também na crítica à educação jurídica⁸ nos Estados Unidos⁹.

Para o *crit*, o CLS tem três significados diferentes: (a) é um movimento desenvolvido do final dos anos 1970 até o início da década de 1990, cujo objetivo era fazer uma crítica de esquerda ao funcionamento do direito e da ideologia política nos Estados Unidos, bem como reforma a educação jurídica; (b) é uma escola de pensamento minoritária (distinta do movimento em si) que permanece até os dias atuais; e (c) é uma tentativa de reunir as ideias do realismo jurídico norte-americano com a teoria crítica europeia e seu legado marxista, relacionando-se também com o estruturalismo e o pós-estruturalismo, fazendo uma síntese de todos esses pensamentos (KENNEDY, 2011, p. 324).

Em suas abordagens, Kennedy critica a utilização do método da dedução nas decisões judiciais e a indeterminação jurídica que surge do seu recorrente uso no direito norte-americano, principalmente pela negação da presença de ideologias no ato de subsunção normativa, o que, segundo o autor, acaba produzindo resultado diverso daquele que se atingiria em situação de transparência. Daí a importância para o jurista em definir o papel que

⁷ Para mais informações, acessar o sítio do jurista, aonde pode se encontrar biografia e a relação de toda a sua publicação: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/>

⁸ “[...] as faculdade de direito são locais de intensa prática política, nada obstante o fato de que se dissimulem intelectualmente despreziosas, estéreis de ambição teórica ou de visão prática no que toca ao que a vida social deva ser.” (KENNEDY *apud* GODOY, 2005, p. 17).

⁹ Grande parte de sua produção acadêmica pode ser encontrada em sua página pessoal na internet: <http://duncankennedy.net/topics/index.html>

as decisões do Poder Judiciário exercem em uma sociedade com várias vertentes ideológicas. Sugere, portanto, uma *hermenêutica de suspeição*, na qual o intérprete deve buscar as ideologias escondidas naquelas opiniões supostamente técnicas, objetivas e neutras. Nesse sentido, faz-se a crítica a Ronald Dworkin e ao seu juiz Hércules:

“Eu certamente votaria em Dworkin se ele disputasse o Senado e iria apoiar uma indicação dele para a magistratura, supondo em cada um dos casos que não haveria uma alternativa mais radical. Porém sua retidão política (relativa) é apenas metade da estória. Em nível cultural, ele não é um liberal de esquerda, mas um conservador cujo objetivo tem sido colocar um ponto final na erosão ou no progresso viral do projeto crítico” (KENNEDY, *apud*, GODOY, 2005, p. 20)

Nesses termos, restaria claro, para Kennedy, que o Judiciário figura erroneamente no ideário popular norte-americano como um ente onipotente, de poderes míticos, cujas ações transcenderiam aos interesses pessoais e os compromissos ideológicos dos magistrados. Percebe-se nessa noção toda a influência que o jurista recebe do realismo jurídico, principalmente ao afirmar que a decisão judicial é mera escolha, desmistificando a figura do juiz que se coloca perante a sociedade como um pai neutro e virtuoso.

Então, para Kennedy, a decisão jurídica deve ser tida como decisão *constitutiva* (e não somente declarativa) do direito posto, na qual a seleção da regra jurídica e sua devida interpretação conduzam para a emancipação da sociedade como meio de realização de uma moralidade política (que não se confunde com uma ideologia política partidária). Nesse sentido, a política seria uma porta de entrada para argumentos ideológicos na decisão jurídica, criando uma universalização de diversos projetos ideológicos. A decisão judicial seria, privilegiadamente, um fórum de ideologia (e não tanto “o” fórum dos princípios).

Vê-se, portanto, que Duncan Kennedy concentra grande parte da sua pesquisa na ideia essencial do *CLS* de direito como política, em negação à farsa de neutralidade que, segundo essa corrente, rodeia a decisão judicial, o direito e o ensino jurídico norte-americano.

1.2) Roberto Mangabeira Unger¹⁰

Roberto Mangabeira Unger nasceu e se formou em direito no Rio de Janeiro, tendo continuado seus estudos na *Harvard Law School*, na qual leciona até os dias atuais. Sua obra chave para o entendimento do CLS é o “*The Critical Legal Studies Movement*”, livro-manifesto originado de palestra proferida na 6ª Conferência Anual do grupo ligado ao movimento, tendo como mote o lema *direito é política*.

Para o autor, o *CLS* possui duas preocupações principais. A primeira seria uma crítica ao formalismo e ao objetivismo, sendo que por formalismo se entende a busca de um método dedutivo para um sistema jurídico livre de lacunas, enquanto por objetivismo, se entende a ideia de que o direito possui instrumental que garante uma ordem moral plena e segura. A segunda preocupação é com a não aceitação da utilização instrumental do direito vigente como mecanismo de transformação social¹¹. Unger afirma que não há como se utilizar do instrumental do direito atual para se avançar em um projeto alternativo ousado (GODOY, 2006, p. 03-04). Diz Mangabeira Unger:

“Concepções modernas de democracia variam do cinismo para o idealismo. No pólo do idealismo se encontra uma confidente noção de soberania popular. Esta é qualificada em interesse próprio [de quem a defende] por necessidades de rotatividade política e com condições para sobreviver intacta a transição de uma democracia representativa e direta. No pólo único encontram-se variáveis de um ideal democrático que exige ser satisfeito por uma competição que tenha apenas a elite entre os contendores. Isto é, tanto quanto os competidores ocasionalmente precisem de apoio das massas. Todas as versões contemporâneas do ideal democrático, entretanto, têm uma concepção básica mínima: o governo não pode ser refém permanente de uma facção.” (UNGER apud GODOY, 2006, p. 08)

O direito deve, segundo o jurista, ser espelho da realidade social, de modo que se deve negar o arcabouço jurídico convencional, de cunho metafísico e repleto de ficções e abstrações, superando esse jogo de analogias fáceis e falsas. Erige, nesse sentido, crítica ao *law and economics*, movimento de direita que aplica ao sistema jurídico termos e conceitos

¹⁰ Assim como Kennedy, Mangabeira Unger também possui uma página pessoal na internet, onde disponibiliza sua produção acadêmica, podendo encontrar neste sítio, inclusive, cópias de livros seus indisponíveis nas respectivas editoras: <http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/>

¹¹ Godoy destaca que Mangabeira Unger não possui quaisquer ligações com movimentos críticos brasileiros, tais como o *direito achado na rua* (ligado à UNB) ou o *direito alternativo* (ligado à magistratura do Rio Grande do Sul) (GODOY, 2006, p.3).

próprios da economia¹²: “*These doctrines pretended to discover a canonical form of social life and personality that could never be fundamentally remade and reimagined even though it undergo corruption or regeneration*” (UNGER, 1986, p.14).¹³

Unger propõe ainda em seus estudos, o que chamou de *doutrina desviacionista* para radicalizar com a teoria liberal convencional, aproximando direito e sociedade, a partir de uma reflexão alargada pelo deslocamento de teorias periféricas para o centro, uma vez que estas últimas somente reforçam as hierarquias já existentes (UNGER, 1986. p. 15-42; GODOY, 2006, p. 04-06). Essa re-orientação do pensamento jurídico se desenvolveria em dois momentos, dialeticamente interligados. No primeiro, denominado *mapping*, faz-se uma “exploração da estrutura institucional detalhada da sociedade, tal como é juridicamente definida”, como um diagnóstico que denuncia a necessidade de superação do formalismo e de suas respectivas hierarquias. O segundo momento é chamado de *criticism*, onde há efetivamente a exploração da relação entre as organizações institucionais da sociedade tal como representadas no direito, e os ideais professados ou os programas que essas organizações frustram e realizam. *Mapping* e *criticism* são indissolúveis, servindo como instrumentos para resgate dos contra-princípios escondidos e ignorados sob o véu do objetivismo liberal, possibilitando assim, uma transformação na dogmática jurídica e permitindo, em última análise, a radicalização da própria democracia.

Pela forma atual na qual o sistema de direitos se apresenta, haveria um duplo problema para a doutrina desviacionista: primeiro, a proteção dos indivíduos se daria pelo sistema de direitos de propriedade (que acaba por reduzir algumas pessoas em dependência de outras) e pelo conjunto de direitos civis e políticos já criticados; segundo, não haveriam princípios e regras capazes de informar a vida comunitária em sua plenitude. Visto isso, Mangabeira Unger propõe a definição de um novo sistema de direitos, estruturados em quatro pontos principais: (a) direitos de imunidade, que dão corpo a um conjunto de prerrogativas que protegem a vida, através da proteção do indivíduo contra o Estado, as organizações e outros indivíduos; (b) direitos de desestabilização, dados às autoridades para que desmontem formas inadequadas de prática social; (c) direitos de mercado, que representam prerrogativas

¹² É comum se afirmar que *Law and economics* e CLS, apesar do viés pragmatista de ambas, representam polos totalmente opostos do pensamento jurídico.

¹³ Tradução livre: “Estas doutrinas pretendem descobrir uma forma canônica da vida social e da personalidade que nunca poderia ser fundamentalmente refeita e reinventados, mesmo que se submetessem a uma decomposição ou regeneração”.

condicionais e proporcionais às porções divisíveis do capital; e (d) direitos de solidariedade, relativos à vida em comunidade (GODOY, 2006, p. 09)¹⁴.

O jurista, então, afirma que não propõe ou descreve uma variante da teoria antiliberal, e sim, que defende um programa superliberal, que leva os fundamentos liberais ao limite, trazendo as instabilidades para a superfície e propiciando um mundo menos alienígena em si mesmo, e trazendo, assim, um sistema de direitos em que seus próprios titulares se reconhecem em seu exercício.

1.3) Mark Tushnet

Mark Tushnet foi professor na Georgetown University Law Center, tendo atuado como estagiário (*law clerk*) do juiz da Suprema Corte Thurgood Marshall, magistrado com significativa atuação na luta pelos direitos civis nos Estados Unidos. Atualmente, é professor em *Harvard* e é conhecido por defender um novo modelo de interpretação constitucional denominado *constitucionalismo popular* ou *posição populista* (*populist constitutional Law*). Sua teoria pode ser encontrada na obra “*Taking th Constitution away from the Courts*”, que reúne uma série de ensaios publicados em diversas revistas acadêmicas norte-americanas.

Tal teoria combate a supremacia das decisões judiciais, sob a alegação de que os tribunais não possuiriam legitimidade para se manifestar de forma final acerca da interpretação constitucional¹⁵. É importante a ressalva que Bernardo Gonçalves Fernandes faz no sentido de que Tushnet é um dos críticos do ‘*judicial review*’ não pelo aspecto da ‘objeção contramajoritária’ (questionamento tradicional da legitimidade dos magistrados da Suprema Corte, em face de sua origem não democrática, em decidirem questões complexas de conteúdo das normas constitucionais), mas, sim, pela tese da ‘supremacia judicial’ (ou seja, a consideração que o judiciário se torna poder condutor acima dos demais poderes) criticando, assim, a posição da Suprema Corte de detentora do monopólio de dizer o teor do direito constitucional (FERNANDES, 2011, p. 177). Postula assim, “pela retirada da Constituição dos tribunais”, chegando a defender a edição de emenda constitucional que vise abolir o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário.

¹⁴ Para mais ver: UNGER, **The Critical Legal Studies Movement**, Cambridge: Harvard University Press, p.38-40.

¹⁵ É importante a ressalva que “*Tushnet é um dos críticos do ‘judicial review’ não pelo aspecto da ‘objeção contramajoritária’ (questionamento tradicional da legitimidade dos magistrados da Suprema Corte, em face de sua origem não democrática, em decidirem questões complexas de conteúdo das normas constitucionais), mas, sim, pela tese da ‘supremacia judicial’ (ou seja, a consideração que o judiciário se torna poder condutor acima dos demais poderes)*” FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, p. 177.

Tushnet levou ao máximo a tradição do *CLS* em vincular direito e política, defendendo que o movimento transita paradoxalmente entre um projeto de socialismo mitigado (uma vez que faz crítica ao capitalismo) e uma negação da restrição que tal regime faz às conquistas individuais. No seu entendimento o populismo constitucional “*problematiza os fundamentos da democracia e orienta-nos na medida em que pensamos e discutimos os destinos do país*” (GODOY, 2005, p. 33). Vai, portanto, contra o modelo institucional liberal hierarquizado e contra um intitulado formalismo interpretativo, para defender uma hermenêutica popular e democrática que vai além dos tribunais e da centralidade hodierna dos mesmos.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER

O marco da análise econômica do direito está alocado na obra *Economic Analysis of Law* lançada no início da década de 70 do século passado em Chicago por Richard Posner. Esse trabalho foi dividido em 7 (sete) partes envolvendo temas como o direito das empresas e dos mercados financeiros, a distribuição das riquezas e da arrecadação tributária, o processo legal americano, bem como a natureza da argumentação jurídica econômica (*economic legal reasoning*) (POSNER, 2003). O ponto fulcral de tal teorização é a de que o direito é um instrumento para a consecução de fins sociais e, com isso, o fim central seria o da eficiência econômica. Para tal empreitada, Posner considerará que a economia é a ciência por excelência das escolhas racionais, afirmando em suas digressões que a economia guia a versão da análise econômica do direito e que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações. Assim sendo, todas as pessoas (com exceção de crianças pequenas e os mentalmente retardados) em todas as suas atividades (exceto sob a influência de psicose ou desarranjos mentais ocasionados por uso de drogas ou abuso de álcool) trabalham com escolhas e devem maximizar as mesmas (POSNER, 2003).

Dessa forma, a Escola de Chicago, conforme Posner deixa assente, a aplicação de análise micro-econômica no direito, partindo de três premissas: (a) os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações em comportamentos fora do mercado e no mercado; (b) os indivíduos respondem aos incentivos de preços no comportamento de mercado e fora do mercado; (c) regras e ações jurídicas podem ser avaliadas com base na eficiência, ao ponto que as decisões judiciais devem promover a eficiência (POSNER, 2003).

A tese central da análise econômica do direito, então, poderia ser sintetizada em uma perspectiva de cunho utilitarista (embora não tradicional), na qual a decisão de um juiz deve se pautar por uma relação custo-benefício. Com isso, o direito só é perspectivo quando

promove a maximização das relações econômicas, sendo que a maximização da riqueza (*wealth maximization*) deve orientar a atuação do magistrado (POSNER, 2003).

Segundo Posner, a análise econômica do direito tem aspectos heurísticos, descritivos e normativos. Como heurística, procura apresentar a unidade subjacente às doutrinas e instituições jurídicas. Em sua modalidade descritiva, procura identificar a lógica e as consequências econômicas das doutrinas e instituições, bem como as causas econômicas das transformações jurídicas. Já em seu aspecto normativo, visa a orientar os juizes e outros defensores do interesse público quanto aos métodos mais eficientes de regulamentação da conduta através do direito (POSNER, 2011).

Observamos, aqui, uma base caudatária do intitulado pragmatismo jurídico norte-americano, de matriz realista, que enxerga o direito apenas pela lógica exógena (externa) de cunho consequencialista forte,¹⁶ que desnatura o código binário do direito.

Nesses termos, o direito se apresenta, inexoravelmente, como um instrumental estratégico e indeterminado de qualquer base justificação interna, conduzindo a um déficit de legitimidade e correção judicial. Sendo assim, Posner ao indicar o critério do custo-benefício/maximização da riqueza estabelece um lugar para o sistema judicial de garante de dogmas (como, por exemplo, a propriedade privada, contratos e etc) que deslocam a legitimidade das decisões judiciais do direito para a parametricidade econômica. As decisões jurídicas perdem, então, seu caráter deontológico se pautando por uma relação de custos e impactos econômicos interconectados pela lógica da eficiência. Ou seja, temos aí uma vertente do consequencialismo forte, que sustenta que a decisão judicial deve ser tomada não com os olhos no passado (seguindo um viés, por exemplo, interpretativista), mas sempre com os olhos voltados para o futuro (mas não na vertente não-interpretativista), de modo a escolher, dentre as opções, aquela que trazer uma maior linha de vantagem que, para Posner deve ser sempre de cunho econômico.

Outro ponto importante, a ser levantado, é que a análise econômica do direito de Posner, ataca frontalmente o academicismo teórico do direito. Ou seja, ele faz parte do que alguns chamariam atualmente de movimento *antiteórico populista* que sustenta que nenhuma teoria moral pode oferecer base sólida para um juízo moral (com isso nenhuma teoria moral pode fazer uma pessoa, como, por exemplo, um juiz, a aceitar um juízo moral que ela inicialmente rejeita) (DWORKIN, 2011, p.117)¹⁷. Além disso, defende também que qualquer

¹⁶ Sobre as críticas ao consequencialismo forte de linhagem ultra-utilitarista ver: SANDEL, Michael J. **Justiça**, Ed. Civilização brasileira, 4ª Edição, 2011.

¹⁷ Aqui, o autor defende não um nihilismo moral (ou seja: nada é moralmente certo errado), mas sim um

que seja a força que uma teoria moral possa ter na vida comum, ou mesmo na política, os juízes devem ignorá-la, porque os magistrados dispõem de recursos melhores para defender seus objetivos e suas decisões (DWORKIN, 2011, p. 117). O argumento central, aqui é o de que os juízes nos casos que lhe são colocados não se defrontam com questões morais, e, mais, não se interessam e nem devem se interessar por questões de justiça.

Posner, que é Juiz Federal, será muito criticado por suas posições. Uma delas, defendida pelo autor, chegou a fundamentar o acerto da Suprema Corte Americana na decisão sobre a eleição *Bush X Gore*, na qual por cinco votos a quatro, foi mantido o resultado original do pleito, ainda que sabidamente viciado no Estado da Florida (DWORKIN, 2011, p. 133). Segundo Posner, a decisão contrária pela recontagem de votos (mesmo se fosse juridicamente coerente em virtude da possível fraude) causaria um enorme prejuízo às instituições do país, além, de uma excessiva instabilidade, pela falta de uma decisão sobre quem seria o futuro Presidente naquele período de reanálise da eleição. Conforme Dworkin,

“[...] de longe, a mais conhecida defesa da decisão da Suprema Corte em Bush vs. Gore está na afirmação de que a corte poupou o país de um novo, e talvez prolongado, período de batalhas judiciais e políticas, além da continua incerteza sobre quem seria o novo Presidente. Desse ponto de vista, os cinco juízes conservadores sabiam que era impossível justificar sua decisão em bases legais, mas decidiram, heroicamente, pagar o preço de ter arranhada sua reputação como juristas a fim de poupar à nação todas essas dificuldades: como às vezes se diz, eles se queimaram para nos preservar. Em um livro do qual fui organizador, Richard Posner, com seu vigor e causticidade habituais, apresenta uma argumentação favorável a essa concepção com mais clareza que qualquer outro já fez” (DWORKIN, 2011, p. 133).

Observamos que para Posner, se torna mais importante a avaliação das consequências da decisão do que propriamente a juridicidade e normatividade da mesma. Em tom crítico, temos que se os imperativos de mercado passam a guiar a conduta judicial, o Direito passa a ser colonizado por outro sistema, com uma lógica distinta que se perfaz na relação “lucro e prejuízo” e, então, com isso, o Direito tende a desaparecer com todos os riscos evidentes para a estabilização de uma sociedade democrática (CRUZ, 2001, p. 219-220).

relativismo moral no qual existam afirmações morais válidas, quais sejam, aquelas que derivam de uma perspectiva local, ou seja, relativas a um código moral de uma cultura particular.

4. A TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin é professor de Teoria do Direito na *University College London* e na *New York University School of Law*, tendo ficado conhecido por desenvolver a chamada teoria da integridade. Uma de suas principais obra é “*O império do direito*” (1999), que é considerada um aprimoramento das teses já discutidas em *Levando os direitos a sério* e *Uma questão de princípios*, que culminaram no desenvolvimento da compreensão do direito como uma prática social interpretativa que teria como mote a “teoria da integridade”. Tal evolução é reconhecida pelo próprio autor, que no prefácio de *O império do direito* afirma: “O presente livro expõe, de corpo inteiro, uma resposta que venho desenvolvendo aos poucos, sem muita continuidade, ao longo de anos: a de que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis” (DWORKIN, 1999: XI).

A teoria da integridade é criada como uma alternativa a outras duas famosas teorias do direito: (a) *convencionalismo*, que se volta ao passado, exigindo que os “[...] juízes estudem os repertórios jurídicos e registros parlamentares para decidir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo” (DWORKIN, 1999:272), e (b) *pragmatismo*, que se volta para o futuro, “[...] exigindo que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro” (DWORKIN, 1999: 272), podendo a interpretação extrapolar a matéria jurídica existente. O direito como integridade é tanto produto da interpretação da prática jurídica, quanto fonte de inspiração para a mesma. Daí o cerne da sua teoria: juízes devem identificar os direitos (e não criá-los) partindo do pressuposto de que todos foram criados pela comunidade política. Para construção, Dworkin, desenvolve a figura do “romance em cadeia” (um aprimoramento da ideia de “teia inconsútil” do *Levando os direitos a sério*), em que cada juiz deve assumir o papel de um romancista que escreve um capítulo de uma obra coletiva, cuidando para que o resultado revele a essência de um único autor. Ou seja, um juiz, quando julga o caso concreto, deve declarar como direitos aqueles princípios e regras que integram a prática jurídica, como parte de um todo, mantendo uma coerência e preservando o raciocínio jurídico aceito por essa comunidade. A decisão judicial deve manter uma ligação com o passado, ao mesmo tempo em que permite uma abertura para o futuro, como exigência de coerência, sem que isso signifique uma busca pelos ideais e objetivos políticos de uma época passada. A interpretação

final do juiz, portanto, deve adequar o passado e justificar o futuro, mantendo essa integridade do direito como um esquema de princípios e regras inscritos na nossa prática social. (DWORKIN, 1999, p. 275-286). O juiz, segundo a teoria da integridade, identifica dentre os princípios aceitos pela sociedade aquele que justifica a decisão no caso concreto, compreendendo o direito como parte de uma história encadeada e desenvolvendo, assim, uma interpretação construtiva baseada na coerência daqueles princípios.

Logo os magistrados não seriam livres para decidir casos concretos levados ao Judiciário (ou seja, ele nega a defesa positivista da existência da discricionariedade na solução de determinados casos *sub judice*). Ao mesmo tempo, afirma que os magistrados também não poderiam subordinar suas decisões à persecução de metas coletivas (que beneficiam apenas uma parcela da sociedade em detrimento de outra parcela) se direitos individuais (corporificados pelos princípios jurídicos) estivessem em discussão, pois – assim como curingas em um jogo de cartas – esses detêm primazia sobre as metas coletivas, dado o seu caráter de universalidade (válidos para todos os membros dessa sociedade).

O juiz atua, então, com um Hércules¹⁸, com um olhar voltado para o passado e para o futuro, construindo uma teoria coerente que justifica da mesma forma a comunidade de princípios que consubstanciam as práticas sociais.

Assim, em nome da moralidade política presente em uma comunidade, Hércules¹⁹ defende o direito constitucional das opiniões incoerentes que eventualmente podem surgir (por mais popular que essas possam ser), justificando suas decisões nas leis e instituições que a comunidade pressupõe.

Essa moralidade política, que serve de substrato para as decisões íntegras de Hércules, pode ser explicitada nos princípios da igualdade e da liberdade, que são fundamentais para

¹⁸ “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência, e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis tem o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes tem o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”. (DWORKIN, 2010, p. 165)

¹⁹ Aliás, aqui, um registro sobre Hércules. É impressionante a dificuldade da doutrina brasileira em entender que estamos diante de uma metáfora! Entre outras, como a do romance em cadeia também desenvolvida por Dworkin e aqui também citada, que irão servir como mote para a construção de sua tese do direito como integridade. Dworkin, inclusive é alvo de inúmeros mal entendidos na doutrina pátria (não só em relação às metáforas)! Os absurdos (ou mal entendidos) vão desde chamá-lo de jusnaturalista até intitulá-lo de ativista!

teoria de Dworkin²⁰. A verdadeira comunidade política é aquela que aceita que seus indivíduos são governados por princípios comuns e não somente por regras criadas a partir de um acordo político comum. Nesse viés, o direito como integridade deixa de ser apenas uma teoria-guia da atuação dos magistrados, para se revelar como um “compromisso de pessoas” pelo igual respeito e consideração de todos e todas, de modo que nenhum grupo seja excluído, orientando, assim, a realização do projeto de comunidade política.

Hércules, é bom esclarecermos, também é membro dessa comunidade, e como todo cidadão, compartilha de uma compreensão paradigmática dessa sociedade. O paradigma lhe retira o peso das decisões difíceis, vez que *“delineia um modelo de sociedade contemporânea para explicar como os direitos constitucionais e os princípios dever ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções a eles normativamente atribuídas”* (FERNANDES, 2008, p. 33). No contexto do Estado Democrático de Direito²¹, esse magistrado garante, através de um procedimento político-democrático, a realização pessoal e coletiva dos cidadãos e da comunidade, onde todos tenham justas condições de vida, respeitadas as escolhas individuais de cada um.

Uma sociedade que aceite a integridade como virtude se transforma, segundo Dworkin, em um tipo especial de comunidade que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio da força coercitiva. Logo, a teoria de Dworkin (embora alguns autores brasileiros insistam em não entender!), nos traz pelo menos 4 (quatro) pontos que são merecedores de destaque, uma vez que são pertinentes a esse debate: (1) a negativa da discricionariedade judicial (no sentido forte) defendida por positivistas; (2) a negativa de que decisões judiciais possam se apoiar em diretrizes políticas; (3) a noção de integridade, que levanta a exigência de que cada caso seja compreendido como parte de uma história encadeada; não podendo, portanto, ser descartado sem uma razão baseada em uma coerência de princípios.

A integridade, portanto, passa a ser um elemento necessário, e não uma opção, no Estado democrático de direito que se apresenta dotado de legitimidade, permitindo que as decisões judiciais sejam tomadas por um mesmo “corpo coletivo”, ou seja, por essa

²⁰ *“Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique sua fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política [...]”* (DWORKIN, 2005: IX-X)

²¹ No contexto do Estado Democrático de Direito, temos a Constituição como “[...] a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais que representam as condições procedimentais para institucionalização da democracia, nos âmbitos do processo legislativo, jurisdicional e administrativo, e que garante, ainda, espaços públicos informais de geração da vontade e das opiniões políticas” (FERNANDES, 2011, p. 47).

comunidade de princípios que mesmo diante do desacordo razoável (do pluralismo de modos de vida e de opções de vida digna) têm como exigência igual respeito e consideração a todos os cidadãos. Ou seja, Dworkin defende que os juízes, independentemente de suas *convicções pessoais e morais* devem ser dotados da responsabilidade (“*moralidade política*”) de tomar a melhor decisão (correta) para o caso que se coloca como evento único e irrepetível.

5. CONCLUSÃO

O movimento do *Critical Legal Studies*, que reduz o direito a política, como se pode perceber, assume postura radicalista, de rompimento e transformação da ordem jurídica, tendo sido por isso alvo de inúmeras críticas no ambiente acadêmico norte-americano. Uma dessas críticas volta-se para a abstração da maioria de seus conceitos, que cai num niilismo²² negativo, uma vez que tal doutrina ressalta mais a sua postura de crítica ao sistema que a busca por uma alternativa plausível de ser aplicada ao direito contemporâneo. Resta, portanto, um projeto indefinido, sem contornos exatos, sustentado pela simples negação que se faz do modelo vigente, razão pela qual o movimento acabou se fracionando em distintos subtemas.

Do lado oposto ao *CLS* para o qual o direito é invadido pela política, podemos identificar o *Law and economics* (L&E), que, conforme exposto anteriormente, polariza a teoria do direito para sentido inverso ao daquele movimento. Como já externalizado, para tal escola o direito seria invadido pela economia e suas variantes de regulação, conformação e maximização. Em virtude de tal prática, se torna mais importante a avaliação das consequências da decisão do que propriamente a juridicidade e normatividade da mesma (consequencialismo forte), sendo que os imperativos de mercado passam a guiar a conduta judicial colonizando o Direito pelo sistema econômico.

Além disso, apesar das diferenças ideológicas (tendência esquerdista da *CLS* e tendência conservadora da L&E) no que tange a aplicação e interpretação do direito, ambas as escolas refutam uma leitura moral da Constituição e a possibilidade de uma teoria moral capaz de fornecer um arcabouço forte para juízos morais. Enquanto a *CLS* entende a partir de

²² “Termo usado mais frequentemente com o intento polêmico para indicar doutrinas que se recusam a reconhecer realidades ou valores cuja admissão se julga importante. [...] Em outros casos esta é empregada para indicar atitudes daqueles que negam determinados valores morais ou políticos.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 682.

uma “crítica desmistificadora” que o direito é política a *Law Economics* enfatiza a economia da (e na) justiça e nas decisões judiciais.

Por outro lado, temos que a teoria da integridade de forma diferenciada propõe uma leitura moral do texto constitucional que seja coerente com passado e com o futuro da comunidade jurídica. Portanto, a teoria engendrada por Dworkin vai além das críticas radicais e do pessimismo vazio (de forte *niilismo*) que ronda o *CLS*, bem como do *relativismo moral* e do pragmatismo da *Law and Economics*, representando o desenvolvimento de uma nova hermenêutica, de cunho construtivo, capaz de promover a prática da comunidade como melhor interpretação jurídica possível.

Sendo assim, o direito como integridade se consubstancia como elemento de promoção da vida política e moral dos indivíduos. Tal entendimento, portanto, é capaz de descaracterizar na teoria liberal a manutenção da hierarquia e das formas de poder segregadoras (elementos esses levantados pelo *CLS*), vez que trabalha o direito como produto coletivo em permanente construção que cria para o intérprete a obrigação ter sempre em vista o fio lógico-argumentativo que mantém a coerência do sistema. Com isso, as decisões judiciais mantêm o apreço à história institucional da sociedade e o juiz deixa de ser uma figura *suprema* criadora do direito, dotado de subjetividade e discricionariedade que aplica suas convicções pessoais na decisão, para assumir o papel de participante da comunidade em constante diálogo com a mesma na busca pela melhor decisão (correta) para um caso.

Dworkin, dessa forma, dá solidez à sua teoria, vez que não somente identifica as críticas ao sistema jurídico vigente, como constrói, a partir e dentro dele, uma solução aplicável de revolução da prática e do ensino de direito, em sintonia com o paradigma do *Estado Democrático de Direito* no qual não deve haver a exclusão de nenhum dos participantes nos processos de formação da vontade política e de participação nas decisões, tendo em vista um equilíbrio entre a autonomia pública e a privada. Com isso, evita-se o arbítrio do magistrado, e, a partir daí, a falta de legitimidade das decisões judiciais.

Aqui, vislumbra-se, algo defendido, recentemente, na obra *Justice in robes* (2006), na qual, o autor critica posições que radicalizam a postura do juiz na decisão judicial. Certo é que, dos debates realizados nos últimos anos, deixa assente Dworkin, que posturas consequencialistas fortes ou posturas não consequencialistas geram inúmeros problemas e não conduzem a decisões dotas de integridade, ou seja, *não levam o direito a sério*. Com isso, adotando *um consequencialismo fraco*, afirma o autor, que juízes não precisam e não devem

optar por avaliar as consequências de uma decisão de modo pessoal ou, por outro lado, ignorar por completo as consequências das decisões (DWORKIN, 2011, p. 147).

Nesse sentido, contra *CLS e a Law and Economics*, não há dúvida que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas ou mesmo por motivação de maximização de riqueza para uma parcela da sociedade (DWORKIN, 2011, p. 148).

Porém, apesar da contraposição que se faz entre *teoria da integridade*, a *Critical Legal Studies*, e *Law and Economics*, e da clara opção feita pela doutrina dworkiana, muito há que se aprender com todas as matizes ora trabalhadas, principalmente pelo papel histórico de problematização do direito norte-americano (que em tempos transtencionais pode contribuir para estudo do direito brasileiro²³), que traz para o âmbito do direito a crítica a sua autonomia e sua esterelização social, para livrá-lo do reducionismo do clássico modelo formalista e objetivo (de cunho *arquimediano*) que desconsidera a relação (e o diálogo) do direito (e seu código próprio) com a moral, política, economia e etc.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A resposta correta: Incursões jurídicas sobre as teorias da justiça*. Ed. Arraes, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²³ Basta apenas observarmos, que o número de citações nos **julgados do STF** de autores e de teses norte-americanas (adotadas na *Suprema Corte* dos EUA) é cada dia mais volumoso.

- _____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2006.
- _____. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- _____. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; QUINAUD PEDRON, Flávio. *Poder judiciário e(m) crise: reflexões de teoria da constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional, 4ª Ed. Lumen juris, 2012*.
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida. “*Law is politics*”: propostas do Critical Legal Studies Movement. Disponível em: <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=7054> Acesso em: 01 set 2012
- GODOY, Arnaldo. *Direito e Economia: Introdução ao movimento Law and Economics*. Revista Jurídica, Brasília, v. 7, n. 73, jun/jul, 2005.
- _____. *Introdução ao Movimento Critical Legal Studies*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- _____. *O Critical Legal Studies Movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política*. Brasília: 2006. Disponível em: http://www.arnaldogodoy.adv.br/arnaldo/publica/o_cls_de_roberto_mangabeira_unger.html;jsessionid=507DFC6DBBA7EE78F5174F1E4F54ACC2 Acesso em: 01 set. 2012.
- HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. *Jurisdição constitucional aberta. reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- KENNEDY, Duncan. La controversia política es parte del razonamiento jurídico. Lima: Themis, n. 50, p. 323-328, 24 ago. 2011.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge: Harvard, University Press, 1986.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, Ed. Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen, 2003.

ROSA, Alexandre de Moraes. *Diálogos com a Law & Economics*, 2^a Edição, Lumen juris, 2011.

SANDEL, Michael J. *Justiça*, Ed. Civilização brasileira, 4^a Edição, 2011.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton. New Jersey, 1999.

TUSHNET, Mark. *Popular Constitutionalism as Political Law*. Chicago: Chicago-Kent College of Law, 2006.

TUSHNET, Mark. *Democracy v. Judicial Review. Is It Time Amend the Constitution?* In. *Dissent Magazine*, v. 51, n° 2, 2005.