

A Teoria da interpretação judicial para além do interpretativismo e do não-interpretativismo.

The theory of judicial interpretation beyond interpretivism and non-interpretivism

Bernardo Gonçalves Fernandes¹

Resumo: O artigo tem como objetivo desenvolver uma análise das teorias da interpretação norte-americanas que buscam superar a dicotomia interpretativismo X não-interpretativismo tradicionalmente trabalhada na Hermenêutica jurídica estadunidense. Para tal, faz-se um percurso que vai da delimitação dos termos ora em debate, para posteriormente apresentar teorias contemporâneas que visam a superação dos mesmos, tendo em vista a abertura para uma filosofia do direito atrelada à teorias da justiça que levam em consideração a complexidade do fenômeno jurídico atualmente em voga. Temas comuns aos teóricos do direito como procedimentalismo, minimalismo, substancialismo, consequencialismo, pragmatismo econômico e integridade na aplicação do direito são trazidos a cotejo para tal empreitada.

Palavras-chave: Interpretação constitucional; Interpretativismo; não-interpretativismo; Teorias da Justiça; Teorias da Decisão.

Abstract: The article aims to develop an analysis of theories of interpretation U.S. that seek to overcome the dichotomy interpretivism X non-interpretivism traditionally worked in the U.S. legal hermeneutics. To this end, it is a path that goes to the delimitation of the terms under debate for later present contemporary theories that aim to overcome them, with a view to opening to a philosophy of law linked to theories of justice that take into account the complexity of the legal phenomenon currently in vogue. Themes common to theorists of law as proceduralism, minimalism, substantialism, consequentialism, economic pragmatism and integrity in law enforcement are brought to collation for such an undertaking.

Keywords: Constitutional interpretation; interpretivism; non-interpretivism; Theories of Justice; Theories of Decision.

1) Introdução: A dicotomia: Interpretativistas X não interpretativistas

Quando se fala em Hermenêutica Constitucional, no interior do debate jurídico norte-americano, o que primeiro vem à mente – até mesmo porque muitas obras nacionais parecem não ir além – é o debate entre *interpretativistas* e *não-interpretativistas*.

Esse debate que encontrou e ainda encontra adeptos de ambos os lados, é mais uma daquelas dicotomias históricas e naturalizadas que parecem não nos abandonar, ou seja,

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto de Teoria da Constituição e Direito Constitucional do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto III de Direito Penal, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS).

que insistem em permear as discussões jurídicas de forma reducionista e limitada, como a velha questão do jusnaturalismo *versus* positivismo, ou do direito público *versus* direito privado ou mesmo da *voluntas legis versus voluntas legislatoris*.

Todavia, nesse pequeno excursão, pretendemos demonstrar que o debate norte-americano alcançou planos mais altos em termos de sofisticação,² incorporando conquistas evolutivas do movimento do giro hermenêutico-pragmático e, com isso, se lançando para análises mais complexas, como, por exemplo, as questões do fundamento e legitimidade do direito e das decisões judiciais.

Dessa forma, esse texto assume como movimento o seguinte percurso: partiremos de uma reconstrução do primeiro debate, apresentando suas teses básicas, para, em seguida, passarmos à análise de teses e autores mais complexos, que buscaram ir além da dicotomia, enriquecendo as recentes teorias da justiça e da interpretação judicial.

A corrente, conhecida hoje como *interpretativistas*, vem defendendo, ainda, uma posição conversadora – como faz, por exemplo, grandes expoentes como o juiz Robert Bork e o *Justice* Antonin Scalia – na qual atestam que o intérprete, mas, principalmente, os juízes, ao interpretar a Constituição, devem se limitar a captar o sentido dos preceitos expressos ou, pelo menos, tidos como claramente implícitos (textura semântica).³ Sendo assim, ao interpretar a Constituição, o leitor tem de ter os olhos voltados apenas para o texto constitucional que se situa à sua frente, tendo como limite máximo de abertura uma busca pela intenção dos fundadores.⁴ Alegam que dar um passo para além das molduras do texto seria subverter o princípio do *rule of Law*, desnaturando-o na forma de um direito feito por magistrados (*law of judges*). Isso se mostraria imperativo no controle judicial dos atos legislativos, que deveria ser limitado à *moldura constitucional* sob alegação de violação do princípio democrático (fato da lei ou ato legislativo ter sido feito contando com apoio de uma maioria dos membros do órgão).

A segunda corrente, que se encontra em franco crescimento, de maneira geral, ainda que pese uma constelação de divergências internas, preza mais pela concretização dos direitos consagrados no texto constitucional que por sua interpretação formalista. Princípios de justiça, de liberdade e igualdade deveriam falar mais alto, compondo o

² O renomado autor, ex-professor de *Yale* e *Harvard*, John Hart Ely, considerado um dos maiores expoentes do direito norte-americano, já dizia na obra *Democracy and Distrust* em 1980 (portanto, há mais de 30 anos!) que o debate deveria ir além da discussão *interpretativistas x não interpretativistas*.

³ É claro que o **interpretativismo** não pode ser confundido com **literalismo**, ou seja, a compreensão apenas da dimensão literal do texto constitucional como limite hermenêutico.

⁴ SIFFERT, Paulo de Abreu, *Breves notas sobre o constitucionalismo americano*, p. 74.

“projeto” constitucional de uma sociedade que se preze democrática, ao invés de uma subserviência cega a uma leitura redutora do princípio democrático.⁵ Nesse sentido, enquanto os interpretativistas vão afirmar que a solução adequada, constitucionalmente, para os dilemas e conflitos que surgem na seara 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 sociedade.

Todavia, como defendemos nesse ensaio, o debate constitucional ora trabalhado não se esgota aqui. Há ainda uma gama de nuances e possibilidades hermenêuticas que merecem nossa atenção.

Atualmente, existem inúmeros juristas e filósofos norte-americanos cujas teorias ocupam lugar de destaque não só no cenário norte-americano, mas, sobretudo, no cenário internacional. As suas teses que, literalmente, “ganharam o mundo” vêm gerando, ao lado das anteriores teses do interpretativismo e não-interpretativismo, frutíferas digressões acerca dos rumos da Hermenêutica Constitucional norte-americana.

Hermenêutica essa que, em tempos transconstitucionais⁶, é motivo de reconhecimento e influência em Tribunais Constitucionais europeus e no próprio Supremo Tribunal Federal pátrio⁷.

2) O Procedimentalismo de John Hart Ely

John Hart Ely ganhou celebridade por sua obra “*Democracy and Distrust*”, na qual argumenta a insuficiência (inconsistência) teórica das teses clássicas,⁸ notadamente em

⁵ Didaticamente teríamos que: “[...] O primeiro (corrente interpretativista) consistiria resumidamente, numa compreensão de que o papel constitucional dos juízes 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*, p. 149.

⁶ Em linhas gerais, nos moldes desenvolvidos por Marcelo Neves, o transconstitucionalismo pode ser definido como o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas (estatais, transnacionais, internacionais e até mesmo supranacionais) em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Portanto, o fato de ordens jurídicas diferenciadas enfrentarem concomitantemente as mesmas questões de natureza constitucional desenvolvendo cada dia mais “pontes de transição”, pode (e deve) ser traduzido como transconstitucionalismo. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, Ed. Martins Fontes, 2011.

⁷ Basta apenas observarmos que o número de citações nos **julgados do STF** de autores e teses norte-americanas adotadas pela Suprema Corte dos EUA é cada dia mais volumoso, já alcançando o nível dos doutrinadores do tradicional direito alemão.

⁸ John Hart Ely refuta ambas as teses clássicas. Nesse sentido, resumidamente: 1) contra os interpretativistas (que adotam uma noção mais restrita de atuação do judiciário), sustenta o professor

face do papel que um juiz deve assumir, quando em uma situação de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Ao magistrado sempre pesa a presunção de ilegitimidade, já que não é eleito ou possui responsabilidade política igual aos membros do Congresso Nacional ou do Parlamento, que foram escolhidos e, pelo menos em tese, representam o povo de um país. Ely, então, propõe que os Tribunais Constitucionais compreendam melhor o seu papel se assumirem-se como “reforços da democracia”,⁹ isso porque parte de uma concepção procedimental de democracia (ao invés de uma concepção substantiva, que permitiria aos magistrados fazer escolhas que pudessem ser fundamentadas em argumentos de origem moral ou ética), que se voltam aos problemas de regulamentação dos procedimentos justos e iguais a todos. Porém, é bom que se diga que, apesar da função reservada aos Tribunais ser, sobretudo, de fiscalização e controle da regularidade e da adequada participação de todos no processo político, ele atuaria de forma ativa em situações ou na ocorrência de eventuais desvirtuamentos do processo político, nos quais a minoria não conseguisse se sustentar com suas próprias forças.¹⁰

Portanto, afirma o ex-professor de *Yale* e *Harvard* que os Tribunais devem desempenhar a função similar a de árbitros em um jogo de futebol (que não dizem quem é o vencedor, apenas atuando no intuito de garantir que o jogo seja jogado de maneira limpa, justa e em igualdades de condição),¹¹ de modo a deixar a democracia seguir seu curso, agindo apenas de modo a desobstruir os bloqueios que se formam no processo democrático.¹² Sendo assim, o Judiciário não tem (e nem deve!) autoridade para alterar

que o estrito respeito ao texto que fixa aplicação da Constituição no limite encontrado no próprio texto exige um respeito à vontade da maioria expressa e traduzida na forma da lei. Ele então conclui que a maioria pode muito bem conceder benefícios em detrimento da minoria. Assim sendo, apesar do critério da maioria estar alocado no centro do sistema democrático americano, ele, segundo Ely, não é e nem deve ser absolutizado. Nesse sentido, afirma que as minorias precisam ser protegidas contra possíveis abusos que podem ocorrer em uma democracia representativa. 2) contra os não interpretativistas, Ely se volta ao problema de quais seriam os modos de complementação e integração do texto constitucional pelos magistrados. Ou seja, uma questão atinente às fontes nas quais seriam retiradas as complementações e colmatagens. Seriam do Direito natural, tradições, razão, consenso, princípios, digressões morais? Nesse sentido, o elemento democrático (de uma construção normativa fruto do sistema de representação popular) poderia ser firmemente abalado, pois estaríamos sujeitos a subjetividades ou mesmo a arbitrariedades dos juízes com base em critérios que não seriam dotados de certeza e segurança. *Democracy and Distrust*, p. 7 e p. 50-52 e ss. Ver também: HENNING LEAL, Mônica Clarissa, *Jurisdição constitucional aberta*, p. 150-15.

⁹ MONTEBELLO, Marianna, *Estudo sobre a teoria da revisão judicial no constitucionalismo norte-americano*, p. 105.

¹⁰ ELY, John Hart, *Democracy and Distrust*, p. 169.

¹¹ Nesse sentido, conforme Henning Leal (2007), a Suprema Corte (dos EUA) teria, então, na expressão cunhada por Ulrich Haltern, uma função que se assemelha à de um “cão de guarda da democracia”. p. 157.

¹² ELY, John Hart, *Democracy and Distrust*, p. 88.

decisões fruto de deliberações democráticas (legislativas), não cabendo a eles a tarefa de uma pretensa interpretação valorativa da Constituição garantidora de direitos (já que esses direitos devem ser especificados em uma instância política, não sendo da alçada de uma instância jurídica), mas podem sim (os Tribunais) agir no intuito da defesa e da preservação de direitos relativos à comunicação e à participação que constroem a vontade democrática nos processos políticos. Nesse sentido, “a posição de Ely se apresenta com uma característica aparentemente contraditória, a partir do momento em que fortalece e ao mesmo tempo limita a atuação da jurisdição constitucional. Por meio da retração e limitação do aspecto procedimental, a atuação das Cortes é restringida e o processo político fortalecido, porém, sem que isso implique a discriminação ou prejuízo de minorias, que devem ter seus direitos fundamentais assegurados (no que a atuação jurisdicional é reforçada). [...] trata-se de um modelo que intenciona, a um só tempo, fortalecer e restringir a jurisdição constitucional por meio de um retorno a um referencial de controle de natureza procedimental, em que o processo político pretende ser reforçado sem que isso implique uma renúncia de proteção dos direitos das minorias.”¹³

3) O minimalismo de Cass R. Sunstein

Cass R. Sunstein é outro expoente do Direito Constitucional norte-americano da atualidade. Sua proposta (que é crítica ao *judicial review*¹⁴) se insere no seio de um movimento que se autodenomina *Minimalismo Judicial* (*judicial minimalism*),¹⁵ que tem por proposta uma retomada do papel que o Judiciário deveria ocupar em um Estado que se considera democrático. Sendo assim, um dos seus principais interlocutores será Ronald Dworkin, que na visão de Weithman,¹⁶ entre outros, coloca todo o peso nas decisões dos juízes.¹⁷

¹³ HENNING LEAL, Mônica Clarissa, *Jurisdição constitucional aberta*, p. 157.

¹⁴ Controle de Constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, no qual, o Judiciário na tradição americana se apresenta como interprete último da Constituição.

¹⁵ PETERS, Christopher J., *Assessing the New Judicial Minimalism*.

¹⁶ WEITHMAN, Paul J., *Review of Cass R. Sunstein's One Case of a Time*.

¹⁷ Sinteticamente, respondemos à tal crítica aclarando que o magistrado não desempenha no pensamento de Dworkin qualquer posição de privilegiado no curso de um debate sobre a interpretação jurídica. Quando ele cunha a metáfora de Hércules – um superjuiz com conhecimento e paciência sobre humanas – na realidade o que deseja é traçar as linhas das posturas de alguém comprometido com uma teoria hermenêutica condizente com o giro linguístico, capaz de por em dúvida suas pré-compreensões, bem como realizar o movimento da fusão de horizontes, atualizando o texto ao contexto do intérprete, mas sem perder de vista que o texto, como obra que é, é fruto de uma construção de sentido coletiva que

Como bem coloca Rogério Gesta Leal,¹⁸ os minimalistas são juristas que não creem em nenhuma Teoria da Constituição e da Jurisdição como algo salvador ou mesmo com fins emancipatórias, portanto, não concebem nenhum tipo de compromisso social por parte do Judiciário, que deveria tão somente se concentrar na solução do caso concreto que têm em mãos.

A ideia básica de Sunstein é que os juízes, no curso de suas sentenças, devem deixar a questão em aberto, não tendo pressa em apresentar respostas substantivas e conclusivas – ou mesmo brilhantes teses acadêmicas – para seus jurisdicionados. Sunstein reconhece que o Congresso norte-americano compreende a dimensão democrática bem melhor que a Suprema Corte e, por isso mesmo, é o mais autorizado para dar respostas finais sobre todas as questões jurídicas. Assim, uma decisão minimalista tem o mérito de deixar um espaço para que futuras reflexões se façam tanto em nível nacional, estadual quanto em nível local.¹⁹

Para tanto, os magistrados devem entender que não tem a menor necessidade – nem legitimidade – para decidir questões que não possam ser consideradas como essenciais para a resolução do caso concreto que têm em mãos, bem como evitando a apreciação de casos complexos que ainda não atingiram um nível de maturidade no curso das decisões na sociedade, simplesmente negando o *certiorari*.²⁰

Sunstein²¹ sustenta, então, que uma decisão minimalista deve apresentar como características dois pontos: superficialidade (*shallowness*) e estreiteza ou restrição (*narrowness*). Assim, objetiva que a Corte decida o caso que tem em mãos, ao invés de realizar uma tentativa de estabelecer regras para aplicação de outros casos futuros ou similares.²² Portanto, as decisões devem ser “estreitas em vez de largas” e “razas em vez de

ultrapassa a vontade e os desejos de seu criador. Aliás, aqui, um registro: 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!

¹⁸ LEAL, Rogério Gesta, *Perfis democrático-procedimentais da jurisdição comunitária*, p. 247.

¹⁹ Michael Dorf (*The Supreme Court 1997 term – The Limits of Socratic Deliberation*) prefere referir a essa postura judiciária como *experimentalismo judiciário*, uma vez que tal espaço para complementação, tanto do Legislativo quanto das Cortes estaduais, permite uma maior ventilação do problema a ser discutido por toda a sociedade em seus diversos níveis.

²⁰ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Direito à diferença*, p. 63.

²¹ SUNSTEIN, Cass R., *One case at a time*, p. 10.

²² Um exemplo dado é o julgamento sobre a discriminação sexual no Instituto Militar da Virgínia (*Virginia Military Institute*), em 1995. Ao adotar uma compreensão minimalista da decisão, a Suprema Corte não tentaria estabelecer uma regra geral que pudesse finalizar qualquer discussão sobre a constitucionalidade ou não da discriminação sexual de qualquer escola militar norte-americana que somente aceite alunos do sexo masculino, apenas se pronunciaria no estrito caso do Estado da Virgínia.

profundas”. Nesses termos, “devem ser estreitas na medida em que a corte deve decidir (como já citado) simplesmente o caso concreto sem antecipar como outros casos semelhantes (ou análogos) seriam solucionados. E devem ser rasas, na medida em que não devem tentar justificar a decisão por fundamentos que envolvam princípios constitucionais básicos”.²³

4) O Constitucionalismo Populista de Mark Tushnet

O professor de Harvard Mark Tushnet é, atualmente, um dos principais críticos do *judicial review* (controle de constitucionalidade) norte-americano, e em uma linha que poderíamos chamar de mais radical, defende em seus estudos, a tese do intitulado “constitucionalismo popular” ou posição populista (*populist constitutional Law*).

Segundo Tushnet, sua teoria é populista porque distribui a responsabilidade pelo direito constitucional amplamente. Assim sendo, afirma que em uma “teoria populista do direito constitucional, a interpretação constitucional feita pelas cortes não tem nenhum peso normativo decorrente do fato de serem produzidas por Cortes.”²⁴

Com isso, postula-se a retirada da “Constituição dos tribunais”, na medida em que os mesmos não teriam legitimidade para se manifestar de forma final (dar a última palavra) no que tange a interpretação constitucional.²⁵

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

²³ OLIVEIRA, Daniel de Almeida, *Stephen Griffin e a teoria constitucional Americana*, p.32, 2009. SUNSTEIN, Cass R., *One case at a time*, p. 10-11.

²⁴ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, p.23, 1999.

²⁵ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1999. TUSHNET, Mark. *Popular Constitutionalism as Political Law*. Chicago: Chicago-Kent College of Law: 2006. Ver também: WALDRON Jeremy. *A Dignidade da Legislação*, 2003. Esse autor (Professor em Nova York) sustenta que o judiciário nem sempre será a instância mais adequada para resolver matérias conflituosas (controvertidas) sobre os direitos fundamentais. A resolução dessas querelas pode ser resolvida por instâncias de representação democrática (legislativas). Jeremy Waldron sustenta basicamente que: a) a prática do *judicial review* é procedimentalmente antidemocrática; e b) não há razão para supor que os direitos serão protegidos de maneira mais efetiva pelas cortes do que pelas legislaturas. In: WALDRON, Jeremy. *The Core the Case Against Judicial Review*, In Yale Law Journal, V.115, nº 6, 2006. BERMAN, José Guilherme, *Direito, Desacordo e Judicial Review*.p. 110, 2010. Outro autor, que sustenta a tese do *constitucionalismo popular* é o professor Lerry Kramer, In: *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

demais poderes).

Nesses termos, Tushnet apresenta-se como um crítico da Suprema Corte no que tange ao monopólio da mesma em dizer o que é (o teor) direito constitucional. Nesse sentido entende que essa postura, acaba por retirar a importância das opiniões que são prolatadas fora da Suprema Corte. Assim sendo, a definição do que é o direito constitucional e de como devemos entender a Constituição só tem relevância se é emitida pela Suprema Corte. A defesa, então, é pela ampliação das opiniões em torno das questões constitucionais.²⁶

É interessante que, as digressões de Tushnet, atreladas a intitulada perspectiva “populista constitucional”, na verdade, se aproximam, sim, de um viés tipicamente conservador (sob a ótica da tradição americana). O mesmo chega a afirmar a defesa de uma emenda constitucional visando abolir o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário (abolição *do judicial review*).²⁷

5) *A Constitutional choices* e a defesa do substancialismo de Lawrence Tribe

Por último, é mister citar as digressões desenvolvidas pelo também jurista de Harvard Lawrence Tribe. Tribe, em sua famosa obra “*American Constitutional Law*”, bem como na também famosa coletânea *Constitutional choices*, critica, de forma contundente as teorias intituladas de procedimentalistas.

Na sua visão, essas teorizações que visariam apenas a garantir mecanismos de participação democrática (nos moldes defendidos, por exemplo, por Ely) seriam insuficientes, na medida em que seria necessária uma perspectiva substantiva que reconheça, na maioria das normas constitucionais e na sua aplicação, seu viés axiológico. Para o autor, a Constituição é uma conjunção de escolhas e de opções

²⁶ Nesses termos: “Tushnet introduz uma distinção entre o que ele chama de constituição grossa (*thick constitution*) e constituição delgada (*thin constitution*). Aquela seria composta por provisões detalhadas acerca da organização do governo que, apesar de importantes, são indiferentes ao público, ou seja, não costumam gerar controvérsias populares. Esta (Constituição delgada), por sua vez, é composta pelas garantias fundamentais de igualdade, liberdade de expressão e liberdade. Este conteúdo está previsto especialmente na Declaração de Independência e no Preambulo da Constituição. A questão enfrentada por Tushnet é a de como esta Constituição é interpretada fora dos Tribunais, em especial em comparação com a habilidade do Congresso dos EUA em realizar tal interpretação. E sua conclusão é a de que, embora os parlamentares não raciocinem da mesma maneira que os juízes, eles também atuam na direção de promover o significado dos valores constitucionais, ainda que sem o estilo formal do mundo jurídico.” OLIVEIRA, Daniel de Almeida, *Críticas contemporâneas ao judicial review*, p.62-63.

²⁷ TUSHNET, Mark. *Democracy v. Judicial Review. Is It Time Amend the Constitution?* In. *Dissent Magazine*, V. 51, n° 2, 2005 (acesso em 16.12.2010)

desenvolvidas por uma pluralidade de sujeitos. Nesses termos, as decisões que devem ser tomadas guardam íntima correlação com a nossa inarredável inserção em uma tradição, ou seja, essa seria um limite ou uma restrição à nossa capacidade decisória. Porém, as deliberações, fruto de escolhas, não são e não devem levar a uma univocidade (com as mesmas conclusões sendo levadas à cabo) de posturas constitucionais. Com isso, Tribe afirma que as escolhas constitucionais devem ser principiológicas.²⁸ Mas, qual a base de tal postura principiológica? E em que estaria fundamentada sua legitimidade?

Certo é que Tribe, em sua extensa obra, não terá a pretensão de construir uma metodologia alternativa as existentes (como a praticada, atualmente, em alguns julgados da Suprema Corte de “cunho administrativo”), que possa nos levar a escolhas constitucionais adequadas e absolutamente determinadas (e inquestionáveis), na medida em que, para o autor, “toda interpretação constitucional possui elementos de indeterminação”. Com isso, a dificuldade estaria em que “a Constituição pressupõe uma série indeterminável de escolhas, escolhas que se apresentam a todos nós, isto é, todos nós somos chamados a decidir o que é a Constituição e o que ela abarca em sua existência enquanto tal: texto, intenções (de quem?), premissas morais e políticas (de que tipo?).”²⁹ Porém, mesmo não havendo uma teoria da interpretação constitucional totalmente viável em consistência e segurança, o professor de Harvard não se esquivava de traçar algumas diretrizes que possam apontar possibilidades de redução do *déficit* interpretativo hodierno nas suas mais variadas bases legitimadoras (como, por exemplo, a da superada dicotomia: interpretativista e a não-interpretativista, ou mesmo a de autores procedimentalistas ou minimalistas). Em instigante obra, de coautoria com Michel Dorf, o autor descreve o projeto intitulado de “*conversas constitucionais*” (*diálogos constitucionais*), no qual enfrenta, de forma veemente, uma série de teorizações e estabelece certos parâmetros reflexivos, sobretudo a partir das críticas, entre outras: a dicotomia *hard cases* (casos difíceis) e *easy cases* (casos simples),³⁰ ou

²⁸ Nesse sentido, corroborando com nosso entendimento: “Ao asseverar que tais escolhas devem ser tomadas num sentido principiológico, Tribe tem como foco principal fazer uma crítica a compreensão e operacionalização que as concebe como meros cálculos instrumentais de utilidade entre o custo e os benefícios sociais, comumente adotadas pela Suprema Corte americana que, segundo ele, tem, cada vez mais, se tornado uma administradora de orçamentos, de caráter imediatista, ao pautar suas decisões neste jogo de custo/benefício, o que acaba por (só) negar, em última instância, a responsabilidade com relação à escolha que lhe compete.” HENNING LEAL, Mônica Clarissa, *Jurisdição constitucional aberta*, p. 179.

²⁹ HENNING LEAL, Mônica Clarissa, *Jurisdição constitucional aberta*, p. 187.

³⁰ Segundo os autores, é um equívoco supor que os grandes problemas de interpretação aparecem apenas nos casos difíceis, ou apenas quando o objeto tratado se refere a aspectos para os quais o

mesmo a superação da busca pela interpretação constitucional com base em posturas objetivas ou subjetivas (da hermenêutica clássica).

Portanto, o autor (apesar de, em última instância, não concordarmos em vários aspectos com suas digressões³¹) vai além das correntes interpretativistas e não-interpretativistas e, com isso, explicita sua contribuição, justamente, conforme já dito, na crítica às concepções de cunho procedimentalistas.

Assim sendo, Tribe, embora reconheça certo caráter procedimental em algumas normas constitucionais (dispositivos de viés processual), não admite que seja desconsiderado o caráter substantivo das constituições com os valores que lhes são inerentes, sobretudo se os direitos fundamentais são postos no cerne do debate constitucional. Por tudo, (embora, em nosso sentir, de difícil enquadramento) há uma necessária vinculação entre processo e substância (procedimentalismo e substancialismo) em sua teoria e, a partir daí, uma opção pela defesa do substancialismo.³²

Porém, diferentemente de Tushnet, em momento algum Tribe advoga o fim do *judicial review*. Pelo contrário, defende, o autor, a necessidade da manutenção da Suprema Corte e da atuação (tradicional) do judiciário como mecanismo de defesa das minorias (que poderiam ser prejudicadas em seus direitos), bem como da defesa do equilíbrio entre os poderes e da própria democracia constitucional fundada nesse modelo.³³

6) A análise econômica do direito de Richard Posner

texto é vago e ambíguo. (TRIBE, Lawrence; DORF, Michel, 2007, p. 38-45). Aqui, temos uma interessante contribuição da hermenêutica filosófica que corrobora com o trabalho pelos autores: [...] a distinção entre *easy cases* e *hard cases* é um problema de compreensão, isto é, não há casos simples ou difíceis em si. Somente há, na verdade, casos que demandam uma adequada interpretação, que jamais é apenas produto de suficiências óticas do texto. Em definitivo: não há uma distinção estrutural entre casos simples e difíceis. Dito de outro modo, distinguir casos simples dos casos difíceis, significa cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual operamos, e que é condição de possibilidade para a interpretação. Afinal de que modo e quando podemos saber se estamos em face de um *easy case* ou de um *hard case*? Já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil? (STRECK, Lenio. 2007, p. xxiv. In: TRIBE, Lawrence; DORF, Michel, 2007).

³¹ Sem dúvida, entre os autores trabalhados nos filiamos à perspectiva da hermenêutica crítica de Ronald Dworkin. Ver em nosso: *O poder judiciário e(m) crise*, FERNANDES, Bernardo Gonçalves e PEDRON, Flávio Quinaud. Ed. Lumen Juris, 2008.

³² TRIBE, Lawrence, *American Constitutional Law*, 2 ed., Cambridge: Foundation Press, 1988. TRIBE, Lawrence. *Constitutional Choices*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985. In: TRIBE, Lawrence; DORF, Michel, *Hermenêutica constitucional*, 2007.

³³ OLIVEIRA, Daniel de Almeida, *Críticas contemporâneas ao judicial review*. p.66. TRIBE, Lawrence.H., WALDRON, Jeremy e TUSHNET, Mark. *On Judicial Review*, In Dissent Magazine, v.51, 2005, p.82-83 (acesso 16.12.2010).

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*)³⁴.

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 mesmas³⁵.

A tese central da análise econômica do direito, então, poderia ser sintetizada em uma perspectiva de cunho utilitarista, 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 magistrado³⁶.

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,³⁷ que desnatura o código binário do direito.

Assim, o direito se apresenta, inexoravelmente, como um instrumental estratégico e

³⁴ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen, 2003.

³⁵ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen, 2003. Assim sendo, 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.

³⁶ GODOY, Arnaldo. *Direito e Economia: Introdução ao movimento Law and Economics*. Revista Jurídica, Brasília, v. 7, n. 73, jun/jul, 2005, p. 4. ROSA, Alexandre de Moraes. *Dialogos com a Law & Economics*, 2ª Edição, 2011. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen, 2003.

³⁷ Sobre as críticas ao consequencialismo forte de linhagem ultra-utilitarista ver: SANDEL, Michael J. *Justiça*, Ed. Civilização brasileira, 4ª Edição, 2011.

indeterminado de qualquer base de legitimidade e 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. Posner, que é Juiz Federal, será muito criticado por inúmeras de suas posições. Uma delas 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 Florida³⁸. Segundo Posner, a decisão contrária pela recontagem de votos (mesmo se fosse juridicamente coerente em virtude da possível fraude) causaria um enorme prejuízo as 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. Observamos que, que para o autor, 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, lucro e prejuízo e, então, o Direito tende a desaparecer com todos os riscos evidentes para a estabilização de uma sociedade democrática³⁹.

7) A teoria da Integridade de Ronald Dworkin

É interessante, logo de início, pontuarmos, que o professor Ronald Dworkin,⁴⁰ na

³⁸ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de toga*, Ed. Martins Fontes, 2011.

³⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A resposta correta: Incursões jurídicas sobre as teorias da justiça*, p.219-220, 2011.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999.

visão de alguns autores, como Gomes Canotilho,⁴¹ seria um dos principais representantes do não-interpretativismo. Todavia, achamos que uma leitura que faça *jus* ao projeto teórico do jurista da *New York School of Law* apresentaria uma abertura bem maior, escapando a reduções drásticas que uma diferenciação dicotômica presa ao debate clássico (interpretativistas x não-interpretativistas) estaria atrelada.

Entendemos que o projeto dworkiano é muito mais rico (e amplo) que o debate anterior, principalmente, porque se assenta em uma compreensão do direito atrelada às conquistas do giro hermenêutico-pragmático e intimamente preocupada com a questão da busca por uma justificação da legitimidade do direito e das decisões jurídicas.

Para o jurista e filósofo norte-americano, o direito deve ser lido como parte de um empreendimento coletivo e compartilhado por toda a sociedade. Os direitos, assim, seriam frutos da história e da moralidade, no sentido de que observam uma construção histórico-institucional a partir do compartilhamento, em uma mesma sociedade, de um mesmo conjunto de princípios e o reconhecimento de iguais direitos e liberdades subjetivas a todos os seus membros (comunidade de princípios⁴²). Isso implica reconhecer que todos que pertencem a uma mesma sociedade necessariamente compartilham de um mesmo conjunto de direitos e deveres básicos; direito inclusive de participar da construção e da atribuição de sentido a esses direitos, seja na seara do Poder Legislativo, seja na seara do Poder Judiciário.

Logo, ninguém – e principalmente os magistrados – seriam livres para decidir casos concretos levados ao Judiciário (ou seja, ele nega a existência da discricionariedade na solução de um caso *sub judice*), nem poderia 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 – detêm primazia sobre as primeiras (metas coletivas), dado o seu caráter de universalidade – como já dito, são válidos para todos os membros dessa sociedade⁴³.

A compreensão de que a atividade decisória dos juízes não se produz no vácuo, mas, sim, em constante diálogo com a história, revela as influências da hermenêutica gadameriana. Todavia, Dworkin é defensor de uma interpretação construtiva, e, por isso

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 6ª Edição, p. 1.182-1.183, 2003.

⁴² A *comunidade de princípios* se mostra como ideia fundamental na teoria Dworkiana, já que é condição de possibilidade para as metáforas do Juiz Hércules e do romance em cadeia.

⁴³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. p. 178, 2011.

mesmo, de uma teoria hermenêutica crítica em que a decisão de um caso produz um “acréscimo” em uma determinada tradição. Além disso, a construção da decisão do caso, e conseqüentemente, da própria interpretação constitucional se mostra como algo coletivo e aberto a uma evolução – e porque não, revisão – constante⁴⁴.

Dworkin imagina uma metáfora (do romance em cadeia) na qual cada juiz é apenas o autor de um capítulo em uma longa obra coletiva sobre um determinado direito (princípio). Ele se encontra, então, não apenas vinculado – e não amarrado! – ao passado, mas com o compromisso de ler tudo o que já foi feito por seus antecessores para buscar continuar sua tarefa e redigir um esquema melhor – dotado do que ele denomina *integridade* – dos princípios existentes e reconhecidos pela comunidade.

Resumindo a tese: a integridade nega que as manifestações do Direito sejam meros relatos factuais voltados para o passado, como quer o convencionalismo atrelado ao positivismo; ou programas instrumentais voltados para o futuro, como pretende o pragmatismo atrelado ao realismo. Para o Direito como integridade, as afirmações jurídicas são, ao mesmo tempo, posições interpretativas voltadas tanto para o passado quanto para o futuro. Nesses termos, “o direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (...) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘relativismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim, uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer”⁴⁵.

⁴⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves e PEDRON, Flávio Quinaud. *O poder judiciário e(m) crise*, Ed. Lumen Juris, p. 210-224, 2008.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald, *O império do direito*, p. 274, 1999 FERNANDES, Bernardo Gonçalves e

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); (2) a negativa de que decisões judiciais possam se apoiar em diretrizes políticas; (3) a importância da noção de devido processo para a dimensão da integridade; e (4) a própria 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.⁴⁶

8) Conclusão

O giro científico do racionalismo crítico de Karl Popper, bem como o giro hermenêutico-pragmático tributário de Wittgenstein e de Gadamer acabaram por nos ensinar que paradoxalmente o conhecimento produz desconhecimento, pois quando conhecemos algo reduzimos a complexidade, ou seja, quando lançamos luzes sobre um objeto de análise, escurecemos outros. Isso apenas caracteriza a ciência e o conhecimento científico como produtos de uma condição humana, que hoje se sabe (contra um racionalismo iluminista míope) precária, datada e passível constantemente de refutação (pois falível).

E nesses termos, ainda assim, as velhas dicotomias insistem em rondar nossas vidas, como que fantasmas que vão e voltam no devir da história. Apesar do relativo e pretensível didatismo das mesmas em propedêuticas lições do despertar jurídico, acreditamos, em uma visão menos preguiçosa e mais crítica, que elas mais velam do que desvelam os processos aplicação do direito e as respectivas teorias da justiça altamente complexas que permeiam a teoria do direito e a hermenêutica (crítica) subjacente à mesma.

PEDRON, Flávio Quinaud. *O poder judiciário e(m) crise*, Ed. Lumen Juris, 2008. .

⁴⁶ Para um aprofundamento nas teses de Dworkin, ver *O poder judiciário e(m) crise*, Ed. Lumen Juris, 2008. FERNANDES, Bernardo Gonçalves e PEDRON, Flávio Quinaud.

Esse texto nasceu de uma pergunta feita a Ronald Dworkin, um dos juristas mais renomados do mundo e trabalhado no ensaio. Perquirido de forma acrítica pela milésima vez em pleno século XXI se afinal de contas ele era um jusnaturalista ou um positivista, respondeu em tom irônico: “Ora, se só existir isso, e se for para escolher sou um jusnaturalista, embora, obviamente, não seja, aliás, muito pelo contrário!”

O mesmo aconteceria se a pergunta fosse em relação a preferência pela vontade do legislador ou da lei (ou direito público *versus* direito privado), ou ao tema do ensaio (interpretativismo e o não-interpretativismo), ou a qualquer outra dicotomia incompatível com a complexidade de nossa epocalidade. Acreditamos que o procedimentalismo fraco de Ely, o minimalismo de Susntein, o populismo constitucional de Tushnet, o substancialismo de Tribe, o pragmatismo econômico de Posner, bem como a teoria da integridade e a interpretação construtivista de Dworkin buscam um ir além, que, sem dúvida, vem enriquecendo o debate norte-americano e, de forma transconstitucional, causando inúmeras reflexões hermenêuticas em *terrae brasilis*.

Referências Bibliográficas

- 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.
- DORF, Michael. The Supreme Court 1997 term – the limits of socratic deliberation. *Harvard Law Review*, Cambridge: Harvard University, n. 4. 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Sovereign virtue*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- _____. *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.
- 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, 3 Ed. Lumen juris, 2011*.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2001.
- GODOY, Arnaldo. *Direito e Economia: Introdução ao movimento Law and Economics*. Revista Jurídica, Brasília, v. 7, n. 73, jun/jul, 2005.
- 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.
- KRAMER, Lerry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.
- LEAL, Rogério Gesta, *Perfis democrático-procedimentais da jurisdição comunitária*
- OLIVEIRA, Daniel de Almeida, *Stephen Griffin e a teoria constitucional americana*, Ed. Lumen Juris, 2009.
- MONTEBELLO, Marianna, *Estudo sobre a teoria da revisão judicial no constitucionalismo norte-americano*, Ed. Forense, 2002.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, Ed. Martins Fontes, 2011.
- SANDEL, Michael J. *Justiça*, Ed. Civilização brasileira, 4ª Edição, 2011.
- SIFFERT, Paulo de Abreu, *Breves notas sobre o constitucionalismo americano*. Ed. Forense, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. *One Case At a Time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999.

- 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.
- TRIBE, Lawrence. *Constitutional choices*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.
- _____. *American constitutional law*. 2. ed. Cambridge: Foundation Press, 1988.
- TRIBE, Lawrence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarilis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. [Del Rey Internacional].
- 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.
- WALDRON, Jeremy. *The Core the Case Against Judicial Review*, In *Yale Law Journal*, v. 115, n° 6, 2006.
- WEITHMAN, Paul J. Review of Cass R. Sunstein's one case of at a time: judicial minimalism on the supreme court. *Journal of College and University Law*, 1999.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980. [Os Pensadores].