

Pedro Fortes
Ricardo Campos
Samuel Barbosa
Coordenadores

Visite nossos sites na Internet
www.jurua.com.br e
www.editorialjurua.com
e-mail: editora@jurua.com.br

ISBN: 978-85-362-6614-5

JURUÁ
EDITORA

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil
Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

T314 Teorias contemporâneas do direito: o direito e as
incertezas normativas./ coordenação Pedro Fortes,
Ricardo Campos, Samuel Barbosa./ 1ª edição./ Curitiba:
Juruá, 2016.
338 p. – v. 1

Vários colaboradores

1. Direito – Teoria. I. Fortes, Pedro (coord.). II. Cam-
pos, Ricardo (coord.). III. Barbosa, Samuel (coord.).

CDD 340.1(22.ed)
CDU 340

0074

TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO

O Direito e as Incertezas Normativas

Colaboradores:

Alexandre da Maia	Noel Struchiner
Fábio P. Shecaira	Pedro Fortes
Fernando Leal	Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco
Gabriel Lacerda	Ricardo Campos
Gunther Teubner	Samuel Barbosa
Ino Augsberg	Thomas Bustamante
Juliano Maranhão	Thomas Vesting
Karl-Heinz Ladeur	Úrsula S. C. C. Vasconcellos
Marcelo Neves	

Curitiba
Juruá Editora
2016

6 REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. *ARSP* 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009.
- _____. The nature of arguments about the nature of law. In: MEYER, Lukas, PAULSON, Stanley L. & POGGE, Thomas Winfried Menko (Eds.). *Rights, Culture, and the Law: Themes From the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3-16.
- _____. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.
- BHAGWATI, Jagdish; BRECHER, Richard A.; SRINIVASAN, T. N. DUP Activities and Economic Theory. *European Economic Review* 24, p. 291-307, 1984.
- BIX, Brian. Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory. *Rechtstheorie*, v. 37, p. 139-149, 2006.
- COLEMAN, Jules. Methodology. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott J. (Eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 311-351.
- DICKSON, Julie. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- FALCÃO, Joaquim, SCHUARTZ, Luis Fernando; WERNECK, Diego. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo* 243, p. 79-112, 2006.
- HAGE, Jaap. Law and Defeasibility. In: _____. *Studies in Legal Logic*. Dordrecht: Springer, 2005. p. 7-32.
- HART, H.L.A. The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, p. 171-194, 1949.
- KELSEN, Hans: Disukussion zum Vortrag von Erich Kaufmann. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 3, 1927.
- LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.
- _____. Uma Jurisprudência que serve para tudo. *Jota*. Texto disponível em: <<http://jota.info/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo>>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- LEITER, Brian; LANGLINIS, Alex. The Methodology of legal philosophy. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* 407, 2012. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/398/>. Acesso em: 29 dez. 2015.
- POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Inside or outside the system?. *The University of Chicago Law Review* 80, p. 1743-1797, 2013.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

POSITIVISMO NORMATIVO OU NOVOS DESENHOS INSTITUCIONAIS? UMA ANÁLISE DE DUAS ALTERNATIVAS PARA SE CONTESTAR A SUPREMACIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Thomas Bustamante¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A Rota Institucional; 2.1 A Resposta de Jeremy Waldron à teoria dos “precomprometimentos constitucionais”; 2.2 Uma visão alternativa: as cortes como fomentadores da deliberação pública. 3. A Rota Interpretativa. 4. Conclusões. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Tem-se observado, na literatura de direito constitucional, nos novos desenhos institucionais propostos em alguns países e na filosofia política recente, principalmente sob a influência de Jeremy Waldron, ao menos dois caminhos para se realizar uma crítica à instituição da jurisdição constitucional e ao primado das cortes constitucionais na interpretação da constituição. Na ausência de uma nomenclatura mais adequada, podemos denominar essas duas vias de “rota institucional” e de “rota interpretativa” para desconstruir o princípio da supremacia judicial.

¹ Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Bolsista de Produtividade em Pesquisa – Nível 2, do CNPq. Este trabalho foi escrito durante estágio pós-doutoral na Universidade de São Paulo, sob a supervisão do Prof. Titular Ronaldo Porto Macedo Júnior e com financiamento da FAPESP. Foi beneficiado, ainda, por recursos de fomento à pesquisa do CNPq (Edital Universal 2013) e do Programa Pesquisador Mineiro (PPM-2014) da FAPEMIG.

A rota institucional, por um lado, é justificada, no plano teórico, por uma crítica dura à legitimidade democrática dos sistemas jurídicos com um controle de constitucionalidade “forte” – combinada, por vezes, com a defesa de um modelo de “diálogos institucionais” entre os poderes legislativo e judiciário – e, no plano prático, por meio de propostas de modelos frágeis de controle de constitucionalidade (“*weak judicial review*”), onde as cortes constitucionais carecem da prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido e o alcance dos direitos fundamentais previstos na constituição.

A rota interpretativa, por outro lado, é defendida, no plano teórico, por meio de um “positivismo normativo” ou “político” – que oferece uma série de argumentos morais em favor de um método de identificação do direito que separe as questões de “autoridade” das questões de “justiça” – e, no plano prático, por meio de um neoformalismo interpretativo que se aproxima de uma leitura minimalista da Constituição.

O que pretendo discutir nesse trabalho é se essas duas estratégias, que buscam fundamento em uma série de considerações morais sobre a legitimidade da autoridade das cortes constitucionais, são compatíveis entre si, ou se elas devem ser entendidas como inaplicáveis simultaneamente.

Sustentarei, neste ensaio, que embora ambas as estratégias argumentativas possam ser justificadas pela concepção de democracia de Waldron, um dos mais bem sucedidos filósofos do direito que vem refletindo sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, elas não devem ser adotadas simultaneamente, pois produzem resultados conflitantes no âmbito da jurisdição constitucional.

2 A ROTA INSTITUCIONAL

2.1 A Resposta de Jeremy Waldron à Teoria dos “Precomprometimentos Constitucionais”

A rota institucional que se desenvolverá aqui parte de algumas críticas adotadas por Jeremy Waldron em **Law and Disagreement** e uma série de outros escritos em que constrói o seu argumento a partir da diferenciação entre as questões de autoridade e as questões de justiça no âmbito dos nossos desacordos morais e da determinação do conteúdo dos direitos que nós temos em uma comunidade política. Enquanto as últimas (questões de justiça) se referem à correção substancial de uma determina-

da solução para um desacordo moral, as primeiras (questões de autoridade) se referem à titularidade do poder de alcançar essa solução. Não se discute, neste âmbito, se há ou não uma “resposta correta” para nossas contendas morais², mas apenas quem tem legitimidade para decidir, e qual deve ser o procedimento mais equânime para se alcançar essa decisão.

Embora reconheça a importância das teorias da justiça no âmbito da distribuição dos bens sociais e dos direitos em uma comunidade política, Waldron acredita que a teoria do direito carece hoje mais de uma teoria da autoridade, pois as democracias contemporâneas estão caracterizadas por um profundo e insuperável desacordo de boa fé sobre questões de justiça e de moralidade política, que inviabiliza o consenso e exige um mecanismo de agregação da vontade coletiva que seja capaz de a um só tempo coordenar a ação dos participantes da sociedade e respeitar os juízos e convicções morais de boa fé adotados por cada um dos cidadãos nela representados.

Muito se poderia dizer sobre a teoria da autoridade proposta por Waldron, mas temos de resistir a essa tentação porque uma tal reflexão ultrapassaria os propósitos deste ensaio, que se destina a examinar principalmente um modelo alternativo ao controle de constitucionalidade tradicional, que não é de todo incompatível com algumas críticas que Waldron aduziu à jurisdição constitucional.

Merece menção especial, porém, a réplica que Waldron aduz a um dos argumentos recorrentes em defesa da supremacia judicial no âmbito da interpretação da constituição. Trata-se da visão que atribui à constituição e às cortes constitucionais uma justificação baseada em um *precomprometimento* racional e compartilhado do próprio povo, entendido enquanto um conjunto de cidadãos soberanos livres e iguais em um momento fundante em que realizaram as suas “*escolhas constitucionais*” (WALDRON, 1999, p. 258). Essa concepção foi defendida na literatura jurídico-filosófica contemporânea por Samuel Freeman, que justifica a prática da jurisdição constitucional nesse tipo de precomprometimento coletivo em relação a determinados direitos, na medida em que os próprios autores da constituição – um conjunto de cidadãos que se reconhecem como livres e iguais – antecipa a possibilidade de violações a esses

² Waldron considera, a rigor, que a existência de objetividade no campo da moral é irrelevante do ponto de vista político, pois ainda que se considere haver respostas corretas no âmbito da moralidade política não teríamos acesso imediato a elas, de sorte que permaneceria o desacordo razoável acerca dos direitos e permaneceria a necessidade de um procedimento para resolver esses desacordos (WALDRON, 1999, p. 164-183).

direitos por parte das maiorias em um momento futuro. “*Ao concordarem com a prática da revisão judicial, eles [os cidadãos] amarram a si próprios ao acordo unânime sobre os seus iguais direitos básicos que especificam a soberania deles. A judicial review é então a única forma de proteger o seu status de cidadãos iguais*” (FREEMAN, 1990, p. 353-4).

Uma das formas de ilustrar esse argumento é com uma metáfora que Homero emprega na Odisseia. Para resistir à tentação do canto das sereias, que poderiam seduzi-lo a jogar sua embarcação em direção às rochas, Ulisses ordena à sua tripulação que o amarre ao mastro e o prenda com ainda mais força caso ele implore para ser libertado. A posição da Ulisses seria análoga, portanto, à do consumidor de álcool que entrega as chaves do seu veículo a um amigo no início de uma festa, para que este a retenha caso ele venha a decidir dirigir sob o efeito do álcool no momento de voltar para casa. Sabedor de que depois de consumir álcool não conseguirá realizar o melhor juízo sobre a sua condição de conduzir, o próprio motorista voluntariamente decide no momento *t1* abdicar de sua autonomia no momento *t2*³.

Contra esse argumento, Waldron oferece uma série de considerações. Duas delas merecem a nossa atenção.

A primeira delas é de que o argumento só funcionaria se a autovinculação realizada por Ulisses pudesse ser garantida por uma “estrutura externa” capaz de limitar a vontade do povo por meio de uma espécie de “mecanismo causal”. Nesse sentido, Waldron traz à baila a asserção de Elster de que “*um precomprometimento só tem efeito se ele é ‘fixado por algum tipo de processo causal no mundo exterior’*” (WALDRON, 1999, p. 261). Esse tipo de mecanismo causal, no entanto, não está à disposição nem de Ulisses e nem muito menos do povo no âmbito da interpretação das questões constitucionais. Aliás, não está disponível nem mesmo no exemplo do condutor, pois nesse caso o precomprometimento “*opera através de um juízo do amigo e nessa medida a sua operação no momento *t2* não está inteiramente sob o controle do consumidor de álcool no momento *t1*’*” (WALDRON, 1999, p. 261).

Quando alguém decide em um momento *t1* vincular a si próprio em um momento *t2*, na ausência de um mecanismo externo e causal,

³ Nesse sentido, escreve Holmes: “*Uma constituição é como Pedro sóbrio enquanto o eleitorado é como Pedro bêbado. Os cidadãos precisam de uma constituição, como Ulisses precisou prender a si próprio ao mastro. Se fosse permitido aos eleitores ter tudo o que eles querem, ele inevitavelmente iriam conduzir a si próprios ao naufrago. Ao vincular a si próprios a regras rígidas, eles podem alcançar melhor os seus fins coletivos de longo prazo*” (HOLMES, 1995, p. 86).

sempre haverá de ser realizado um juízo sobre se estão presentes no momento *t2* as condições que o agente previu como limitações legítimas à sua ação no momento *t1*. As condições para a operacionalização da autolimitação são em grande medida difíceis de antever e raramente são incontroversas. Exatamente por isso, segundo Waldron, deixam de ser uma forma de autogoverno, pois a ideia de precomprometimentos constitucionais vai de encontro à noção democrática de que esses juízos têm que ser realizados *pelo* povo, e não por terceiros.

Com base na distinção entre as formas de governo de Aristóteles, Waldron caracteriza como “aristocracia” uma estrutura decisória em que esse tipo de juízo é realizado por um pequeno grupo de juízes não eleitos e nem sujeitos a um controle procedimental pelo próprio povo. A única diferença entre as diferentes formas de governo é sobre a quem compete o juízo sobre a criação e a aplicação das normas. E, para Waldron, “*juízos prefiguram desacordos, e na política a questão é sempre como desacordos entre os cidadãos devem ser resolvidos*” (WALDRON 1999, p. 264). Questões políticas são *sempre* relativas à realização de juízos, e o núcleo da pretensão democrática é de que “*o povo tem a titularidade de governar a si mesmo segundo os seus próprios juízos*” (WALDRON, 1999, p. 264).

A segunda consideração se refere, por sua vez, a uma distinção entre a “fraqueza de vontade” e os “desacordos razoáveis” no momento de identificação dos limites estabelecidos nos momentos constitucionais. No momento em que um consumidor de álcool entrega a chave a seu companheiro, ou em que um fumante determinado a parar esconde um pacote de cigarros para não cair na tentação de fumá-los, ou uma pessoa com tendência a dormir demais coloca o despertador longe da sua cama para não cair na tentação de apertar o botão “*snooze*”, estamos lidando com categorias que Waldron classifica como uma “patologia decisória” ou uma “*akrasia*”. Em todas essas situações, não há qualquer dúvida por parte do agente da autovinculação acerca da conduta que ele considera desejável ou correta, e a única razão do precomprometimento é ele antever uma situação em que a sua capacidade de juízo estará patologicamente afetada (WALDRON, 1999, p. 266-7).

Segundo Waldron, essa não é, porém, a situação típica dos alegados precomprometimentos constitucionais. O âmbito da jurisdição constitucional é caracterizado pelas seguintes condições: 1) “*O povo compromete a si próprio na sua constituição (por uma supermaioria) com certas fórmulas bastante abstratas sobre direitos*”; 2) “*Um legislador aprova uma medida que supostamente viola a proposição constitu-*

cional”; 3) “*Uma corte, decidindo por maioria simples, sustenta que a promulgação do legislador é inconstitucional. Quatro entre nove juizes dissentem e sustentam, porém, que a legislação não deveria ser anulada*” (WALDRON, 1999, p. 267).

De acordo com Waldron, em todas essas decisões, há inevitavelmente um desacordo razoável acerca do que é que “*torna uma provisão moralmente não-atraente*” (WALDRON, 1999, p. 267). Para o autor, “*é o mesmo tipo de desacordo do início ao fim*”, em todas as três fases, e somente um “*idiota*” (*sic*) poderia dizer que os desacordos razoáveis que se instauram sobre questões constitucionais são comparáveis à estória de Ulisses e as sereias:

Ulisses está seguro de que ele quer escutar o canto das sereias, mas não quer responder aos estímulos do canto; o povo, no nosso exemplo, está dilacerado. Se Ulisses fosse de alguma maneira desamarar a si mesmo e se preparar para mergulhar e nadar em direção às sereias, estaria muito claro para a sua tripulação que isso é exatamente o que ele ordenou que ela o proibisse de fazer; mas na maioria dos casos constitucionais, há opiniões diferentes entre os cidadãos sobre se a legislação em questão é o que eles quiseram (ou o que eles deveriam querer) proibir em um momento fundacional. (...) Um ‘precomprometimento’ constitucional nessas circunstâncias é portanto não o triunfo de uma racionalidade preemptiva que aparece nos casos de Ulisses, do fumante ou do condutor bêbado. Ele é, ao contrário, a predominância artificialmente sustentada de uma visão na comunidade política sobre outras visões, enquanto as questões morais complexas permanecem não resolvidas. Impor o modelo de precomprometimento nessa situação se assemelha mais a Procustes do que a Ulisses. (WALDRON, 1999, p. 268)

Waldron rejeita, portanto, o argumento de que a jurisdição constitucional poderia ser justificada por meio de um precomprometimento do povo no momento fundacional da constituição, e acredita que nem mesmo uma defesa mais elaborada da jurisdição constitucional poderia se fundamentar em uma democracia. Nesse sentido, oferece também uma réplica ao argumento – aduzido por Ronald Dworkin e Stephen Holmes, entre outros – de que a jurisdição constitucional se justificaria porque o governo majoritário depende de certas condições deliberativas para funcionar adequadamente⁴. Embora considere esse argumento atrati-

⁴ Dworkin se refere a essas circunstâncias da deliberação como “*condições democráticas*” (DWORKIN, 1996).

vo, Waldron sustenta que ele depende de ao menos uma entre duas premissas que não se verificam na realidade dos sistemas constitucionais contemporâneos: 1) a pressuposição de que o povo teria uma concepção “*constante e unânime*” do que seja um processo adequado de decisão majoritária e das “*condições necessárias para a sua efetiva realização*”; ou 2) a pressuposição de que as minorias “*teriam razão para temer que qualquer revisão legislativa sobre as regras acerca da liberdade de expressão ou do direito de oposição seria uma forma de esmagar ou silenciar o dissenso*” (WALDRON, 1999, p. 279).

Para Waldron, nenhuma dessas dessas pressuposições é verificável. Quanto à primeira, o autor aduz que a persistência de profundos desacordos sobre as condições adequadas da deliberação é uma característica saudável e insuperável das democracias. Mesmo quando as sociedades divergem quanto ao sistema eleitoral, ao financiamento de campanhas, e uma série de outros pontos mais específicos, uma coisa não podemos afirmar: “*não podemos descrever esse processo em termos de um conjunto de precomprometimentos populares unívocos a uma forma particular de processo de decisão*” (WALDRON, 1999, p. 280). Quanto à segunda, Waldron distingue ao menos duas situações: i) a dos países em que tais liberdades ainda não existem, mas existe uma clara intenção do povo em assegurá-la, como os países do leste Europeu que, no momento em que sua obra era escrita, estavam passando por um processo de constitucionalização; e ii) a dos países onde essas liberdades já estão amplamente reconhecidas na tradição. No caso dos primeiros, Waldron acredita que uma fiscalização da constitucionalidade dessas liberdades (por uma corte) seria na melhor das hipóteses uma proteção extremamente frágil, e que teria ainda o preço de impor ao povo uma estrutura constitucional muito rígida que dificultaria o estabelecimento democrático das tradições constitucionais pelo próprio povo. No caso dos últimos, essas liberdades já estão estabelecidas e foram conquistadas “*apesar dos esforços do judiciário*” (WALDRON, 1999, p. 281).

A crítica que Waldron apresenta às teorias que defendem a jurisdição constitucional como um precomprometimento do povo em defesa de direitos invocáveis contra si próprio, embora tenha encontrado críticos à altura – por exemplo, Waluchow (2005) – constitui um dos argumentos mais robustos que podem ser aduzidos contra a jurisdição constitucional, e chama a atenção para dois aspectos importantes que não costumam ser levados a sério pelos defensores de um modelo forte de controle de constitucionalidade: 1) a presença maciça de desacordos razoáveis sobre as questões constitucionais, não apenas na sociedade em geral, mas também no interior da própria corte; e 2) a inexistência de um método de agregação melhor do que o princípio majoritário no interior das

cortes, uma vez que os juízes, assim como legisladores e como o cidadão em geral, precisam resolver os seus desacordos com base no princípio majoritário. Por que, então, substituir uma maioria legislativa por uma maioria judicial?

2.2 Uma Visão Alternativa: as Cortes como Fomentadores da Deliberação Pública

Embora a crítica de Waldron à defesa da jurisdição constitucional como precomprometimento esteja longe de ser incontroversa, partiremos da premissa neste trabalho de que ela produz um bom argumento contra a jurisdição constitucional forte.

Não obstante, ainda que Waldron esteja correto nesse ponto, é possível se pensar também em outros argumentos para justificar o controle judicial de constitucionalidade das leis. Entre eles, Dworkin apresenta uma série de argumentos que gozam de uma ampla aceitação por parte da comunidade jurídica no Brasil. Para Dworkin, a jurisdição constitucional é uma “característica marcante” da nossa vida política, “*porque ela força o debate político a incluir argumentos sobre questões de princípio, não apenas quando um caso chega à corte, mas muito antes e muito depois*” (DWORKIN, 1985, p. 70). A existência da corte poderia elevar o nível da deliberação pública e forçar a sociedade a tomar posição sobre questões morais que muitas vezes são evitadas no debate político majoritário.

Como tive oportunidade de aduzir em outro trabalho (BUSTAMANTE, 2016, seção 3.3.5), esse argumento é diferente do argumento que Dworkin aduz em outra ocasião sobre as denominadas “*condições democráticas*” (DWORKIN, 1996, p. 24) – segundo o qual uma concepção adequada de democracia deveria estabelecer uma série de condições democráticas que seriam imprescindíveis para garantir os ideais liberais de “igual respeito e consideração” por cada um dos membros da comunidade política. Como vimos acima, Waldron rebate esse argumento ao tratar da concepção que descreve a jurisdição constitucional como precomprometimento, pois o reconhecimento dessas condições não implica automaticamente a supremacia judicial, uma vez que há um amplo e persistente desacordo sobre quais são essas condições e como elas hão de ser interpretadas, e as possibilidades de erros e acertos por juízes e legisladores de boa fé são simétricas.

Bem entendido, o argumento que pretendemos tratar agora fornece uma justificação instrumental da jurisdição constitucional que tem uma estrutura semelhante à denominada Tese da Justificação Normal, que Raz apresenta para a autoridade em geral. Segundo essa tese,

a forma habitual de estabelecer que uma pessoa tem autoridade sobre outra envolve a demonstração de que o alegado sujeito tem melhores condições de obedecer às razões que se aplicam a ele se ele aceitar as diretivas da alegada autoridade como vinculantes e tentar segui-las, ao invés de tentar seguir as razões que se aplicam a ele diretamente. (RAZ, 1986, p. 56)

No modelo de Raz, a autoridade funciona como uma mediadora entre o sujeito e as razões que ele próprio tem para agir neste ou naquele sentido. A autoridade presta ao sujeito um serviço ao ponderar adequadamente essas razões e ao facilitar o acesso do indivíduo a elas quando, por alguma circunstância, ele tiver em uma posição que torne essa ponderação de razões problemática ou dificultada⁵.

Entendida sob essa perspectiva, a corte constitucional age a serviço dos cidadãos em geral, já que ela está em melhor posição para ponderar todas as razões de princípio que são aplicáveis a esses cidadãos mesmo quando elas não estejam visíveis no debate político ordinário. A decisão da corte é relevante porque ela facilita o povo a obedecer às razões de princípio que ele tem para atuar de certa maneira. Tal como acontece na “Normal Justification Thesis” de Raz, as diretivas da corte constitucional derivam a sua força das considerações que as justificam (RAZ, 1986). É *porque* a decisão da corte é baseada em princípios que nem são sempre considerados nas deliberações políticas que nós devemos aceitar a autoridade das cortes.

Esse argumento, embora importante, não recebeu suficiente atenção de Waldron. Em *Law and Disagreement*, Waldron acredita rebater o argumento de que a corte pode melhorar a qualidade da deliberação pública e “*aumentar o caráter participativo da nossa política*” por meio de contraexemplos. Ele aduz que Dworkin está tentando fazer “*afirmações empíricas apressadas sobre a qualidade do debate público*” (WALDRON, 1999, p. 290), e limita-se a dizer que essas afirmações empíricas são implausíveis porque elas não resistem a um exame dos contraexemplos encontrados em países onde não há jurisdição constitucional. Nesse sentido, Waldron compara os debates sobre o aborto realizados nos Estados Unidos, no interior da Suprema Corte, com os debates parlamentares em países como o Reino Unido e a Nova Zelândia, onde o próprio parlamento estabeleceu uma legislação de legalização do aborto a partir de um discurso moral mais genuíno e menos impregnado de conceitos jurídicos, doutrinas, precedentes e apelo ao aparato dogmático típico dos juristas. Wal-

⁵ Desenvolvo esse argumento com mais profundidade em Bustamante (2016).

dron acredita, nesse sentido, que questões morais devem ser enfrentadas diretamente, sem o intermédio de doutrinas jurídicas. Não devem ser abordadas como questões “interpretativas” onde o resultado do processo decisório é assimilado a uma interpretação de conceitos jurídicos abstratamente previstos na constituição (WALDRON, 1999, p. 290).

Nessa réplica de Waldron, acredito que seja possível encontrar duas asserções independentes: 1) do ponto de vista empírico, o exemplo da deliberação parlamentar sobre o aborto no Reino Unido e na Nova Zelândia constitui um indicador importante da ausência de plausibilidade das afirmações empíricas de Dworkin sobre a contribuição que as cortes dão para o debate público sobre direitos; 2) as questões sobre direitos em uma comunidade política não devem ser encaradas como questões interpretativas, pois essa alternativa retira o foco da deliberação moral que tipicamente acontece nos debates legislativos.

Dessas duas asserções, ao menos a segunda delas é difícil de se sustentar em qualquer sistema jurídico submetido a uma Declaração de Direitos (Bill of Rights). O ponto central de Waldron pode ser expresso na seguinte citação:

A argumentação legislativa é uma forma de argumentação em nome de toda a sociedade sobre questões morais importantes quando é apropriado que tal argumentação não esteja sob a restrição de textos existentes, doutrinas ou precedentes. Os legisladores abordam o problema diretamente, como se fosse pela primeira vez (mesmo quando seja um assunto que tenha chegado a eles diversas vezes). É claro, é importante para eles entender como a decisão a que eles chegam irá se ajustar ao direito adjacente em outros assuntos. Mas isso é diferente de uma obrigação de uma corte de reconciliar a sua decisão com decisões prévias sobre o mesmo assunto e assuntos similares. Quase sempre legisladores estão em uma posição de raciocinar sobre questões morais diretamente, nos seus méritos. Membros do legislativo falam diretamente sobre os assuntos envolvidos, de uma maneira que é no mais das vezes livre da distração de doutrinas e precedentes jurídicos. (WALDRON, 2009, p. 60)

Diferentemente de Waldron, tenho dúvidas sobre se os legisladores podem evitar o tipo de leitura interpretativa das Cartas de Direitos que parece pouco atrativa para ele. Sua visão acerca do raciocínio legislativo não me parece correta porque não há razão para se crer que os legisladores ordinários estejam, de modo decisivo, mais livres do que juízes para ponderar argumentos de princípio e se afastar dos valores morais da

comunidade entrincheirados na constituição. Enquanto os legisladores entenderem a sua atividade prática como fiel aos princípios morais compreendidos na Carta de Direitos, eles devem interpretar esse documento como uma norma que é juridicamente vinculante, e a sua competência para realizar juízos morais como juridicamente regulada. Ainda que eles não vejam a si mesmos como subordinados aos juízos realizados por uma corte suprema, isso não evitará o aparecimento de argumentos baseados em “precedentes” ou “doutrinas jurídicas”, já que as assembleias legislativas não estarão levando a sério os direitos se elas declinarem de sua tarefa de considerar suas leis anteriores e a justificação pública das decisões de autoridade tomadas no passado, no presente e no futuro. Quando legisladores enfrentam um desacordo moral, ao contrário de considerações pragmáticas sobre políticas públicas, eles estão tão vinculados pelas exigências de consistência e integridade quanto as supremas cortes estão. Não se pode esquecer, aqui, que o raciocínio de uma suprema corte em casos difíceis não é tão estritamente vinculado quanto o de um juiz ordinário que trabalha em um sistema de precedentes vinculantes. Como aponta Dworkin, é muito plausível sustentar, como ele faz com sua “rights thesis”, que “a história institucional funciona não como uma restrição nos juízos políticos, mas como um ingrediente desses juízos” (DWORKIN, 1978, p. 87). Se Dworkin está correto, então, a prática do precedente judicial não é baseada na autoridade dos juízes anteriores, mas sim na doutrina da equidade, que exige que os tribunais tratem casos semelhantes de maneira semelhante e tenham igual consideração pelas partes (DWORKIN, 1978, p. 131). Se interpretarmos a vinculação dos juízes dessa maneira, não é crível que os legisladores estejam vinculados de uma maneira qualitativamente diferente. É possível, portanto, que a crença de Waldron de que o raciocínio legislativo é sempre diferente do das supremas cortes, quando ambas consideram direitos fundamentais, seja pouco acurada, já que ambas são sensíveis à história institucional e à moralidade pública da comunidade.

Ainda que se possa encontrar certas distinções entre os processos de raciocínio dos legisladores e das cortes, é igualmente fácil encontrar importantes pontos comuns que tornam difícil aceitar a pretensão de Waldron de que ao interpretar a Carta de Direitos os legisladores estejam mais preparados para enfrentar questões morais em si mesmas, livres de restrições jurídicas. Isso porque em todos esses casos a autoridade decisória terá uma obrigação discursiva de justificar publicamente a sua decisão de um modo a demonstrar que a decisão é “ao menos consistente com comprometer-se constitucionais, incluindo o comprometimento com os direitos” (DYZENHAUS, 2009, p. 52).

Parece-nos equivocada, portanto, segunda premissa de Waldron, que sustenta que a determinação do conteúdo dos direitos previstos em uma constituição ou em uma carta de direitos deve ser feita de maneira “não-interpretativa”.

Resta, portanto, apenas a primeira asserção, consistente na afirmação empírica de que as cortes, ao deliberarem e forçarem a deliberação pública sobre argumentos de princípio (que muitas vezes, por razões estratégicas, não entram no jogo da deliberação parlamentar se não forem devidamente estimulados), contribuem para incrementar o debate na esfera pública. O que dizer desse argumento apresentado por Dworkin?

Nesse ponto, não creio que Waldron tenha oferecido, seja em *Law and Disagreement* ou em escritos posteriores, uma réplica adequada a essa hipótese de justificação instrumental da existência da jurisdição constitucional. Com efeito, ele se limita a contrapor o exemplo da alta qualidade da deliberação nos projetos de lei que levaram à legalização do aborto no Reino Unido de na Nova Zelândia, sem qualquer tipo de análise estatística ou investigação empírica sobre se essa conclusão pode ser generalizada para além desse único exemplo. A impressão que passa da leitura de seu escrito posterior, “*The Core of the Case Against Judicial Review*”, é de que nem mesmo Waldron está totalmente satisfeito com esse contra-argumento, já que ele parece ver algum sentido na existência de um sistema frágil de jurisdição constitucional e faz ressalvas, ao longo de todo o seu artigo, para deixar claro que a sua crítica está limitada aos sistemas de “*strong judicial review*”, isto é, aos sistemas jurídicos onde está institucionalizada a supremacia judicial e as cortes gozam da prerrogativa de negar aplicação à lei e torná-la nula de pleno direito (WALDRON, 2006, p. 1353-1359).

Em seu celebrado ensaio mais recente, Waldron parece temperar um pouco a sua crítica à jurisdição constitucional, pois já não afirma mais que o controle de constitucionalidade é intrinsecamente antidemocrático e formula sua crítica de maneira condicional, de modo que a objeção ao controle de constitucionalidade só teria lugar diante de quatro pressuposições: 1) a presença de instituições democráticas em razoável funcionamento, incluindo-se uma legislatura eleita democraticamente; 2) um conjunto de instituições judiciais em bom funcionamento e decidindo disputas de acordo com o império do direito (*rule of law*); 3) um comprometimento por parte da maior parte das pessoas na sociedade e por parte da maioria dos oficiais que aplicam o direito com os direitos dos indivíduos e das minorias; e 4) um desacordo persistente, substancial e de boa fé sobre esses direitos e suas implicações concretas (WALDRON, 2006, p. 1360). Uma crítica à jurisdição constitucional só é atingida pelos

argumentos de Waldron diante dessas situações, e se estivermos falando de um sistema forte de jurisdição constitucional.

Em *The Core of the Case* e escritos posteriores, Waldron não contesta abertamente a premissa empírica de Dworkin com a qual estamos trabalhando, e que nos parece intuitivamente verdadeira. Como se pode ler no excerto adiante, o argumento de Waldron é muito mais moderado do que em sua formulação original:

Um argumento que eu respeito, em favor de algum tipo de poder de revisão judicial, segue a seguinte formulação: pode ser que nem sempre seja fácil para os legisladores verem quais questões de direito estão entrelaçadas em uma proposta legislativa trazida diante deles; pode ser que não seja sempre fácil para eles antever quais questões de direito podem surgir da sua subsequente aplicação. Então parece útil haver algum tipo de mecanismo que permita aos cidadãos trazer essas questões à atenção de todos na medida em que elas aparecem. Mas esse é apenas um argumento para a jurisdição constitucional frágil, e não para a forma forte dessa prática, em que a questão abstrata acerca do direito que foi identificado é resolvida definitivamente da maneira que a corte julga apropriada. Isso é um argumento para algo como o sistema existente no Reino Unido, em que a corte pode expedir uma declaração de que há uma importante questão de direito em jogo. (WALDRON, 2006, p. 1370)

O que chama a atenção nessa formulação moderada é que Waldron admite uma certa força para o argumento empírico de Dworkin, pois a corte poderia desempenhar uma importante “função de alerta” e atrair a atenção do legislador e do governo em geral para situações de violação de direitos que não foram devidamente enfrentadas pelos poderes constituídos. A eficácia da decisão da corte sobre o conteúdo dos direitos residiria, portanto, na força dos seus argumentos e não propriamente em sua autoridade formal. Se os governos aderem à interpretação adotada pela corte acerca de uma questão político-moral, é muito mais pelo constrangimento que essa decisão é capaz de engendrar e pela dificuldade de se desvincular dos ônus argumentativos que a decisão cria do que por um mecanismo formal de revogação ou anulação da decisão legislativa pela judicial.

É esse o espírito dos sistemas jurídicos que integram o denominado “*Novo Constitucionalismo da Commonwealth Britânica*” (GARDBAUM, 2013).

Resta, porém, um problema: se Dworkin está certo e as cortes podem, ainda que sob certas condições, atuar como agentes deliberativos capazes de fomentar um debate público de razões sobre os direitos morais dos cidadãos e das minorias, que tipo de raciocínio a corte deve seguir para tanto?

Minha hipótese é de que a corte só conseguirá cumprir esse papel se realizar exatamente o tipo de *interpretação construtiva* que Dworkin defende em sua teoria do direito, tentando realizar uma leitura moral da constituição atenta aos princípios de moralidade política que se localizam na sua base e que proveem a sua justificação política e moral. Deverá interpretar o direito à luz do ideal político de integridade, com vistas a torná-lo o melhor que ele pode ser (DWORKIN, 1986; 1996; 2006; 2013).

Não creio ser necessário me estender muito nesse ponto. Afinal, a teoria de Dworkin dispensa apresentação e será familiar ao leitor desse trabalho. É uma teoria em que a legitimidade da decisão judicial repousa em algo próximo ao que Habermas chamou de “*força sem coerção dos melhores argumentos*”.

Se a legitimidade das cortes estiver radicada em sua capacidade de deliberar e na contribuição que ela pode dar para que os próprios cidadãos e agentes governamentais possam refletir mais adequadamente sobre os direitos fundamentais, como aspiram os defensores dos sistemas frágeis de *judicial review*, então inevitavelmente se exigirá uma postura interpretativa que compreenda o direito na sua melhor luz e que construa o direito de modo a torná-lo o melhor que ele pode ser, como pretendeu Dworkin em sua teoria normativa da interpretação do direito.

Essa conclusão, no entanto, embora nos pareça compatível com as principais críticas que Waldron aduz contra a jurisdição constitucional no que eu chamei de “rota institucional” (uma rota que advoga mudanças nos desenhos institucionais para abandonar o princípio da supremacia judicial, mas ainda é compatível com um sistema frágil de *judicial review*), vai de encontro a uma outra rota que Waldron também adota para mitigar o poder judicial: a rota interpretativa, a qual comentarei na próxima seção.

3 A ROTA INTERPRETATIVA

A rota “interpretativa” poderia também ser designada de “jurídico-teórica”. Ela parte de uma teoria jurídica normativa acerca do direito e dos critérios estabelecidos para a sua identificação. Trata-se de uma

defesa deliberadamente pautada em argumentos políticos e morais da denominada “tese das fontes sociais”, que constitui o cerne do pensamento jurídico positivista no âmbito da teoria jurídica contemporânea⁶.

Como sabemos, o positivismo jurídico pode ser defendido de pelo menos duas maneiras.

De um lado, ele pode aparecer como uma teoria conceitual ou metodológica, dentro do âmbito de investigação designado por Hart e seus defensores contemporâneos como “teoria do direito conceitual” (*conceptual jurisprudence*). O propósito de uma teoria positivista, nessa perspectiva “conceitual” ou “metodológica”, é realizar o que Himma denomina uma “análise conceitual”, que “*pressupõe que os conceitos centrais do direito são construtos sociais que surgem do entendimento comum da prática jurídica pelos juristas práticos*” (HIMMA, 2013, p. 154). Nesta perspectiva, a teoria do direito se apresenta como uma empreitada neutra ou desengajada, cujo objetivo é expor ou descrever o direito tal como ele é (abstendo-se de realizar qualquer valoração sobre essa prática) e direcionar a análise conceitual para atender a necessidades puramente cognitivas do teórico do direito.

De outro lado, o positivismo pode ser defendido também como uma teoria normativa ou prescritiva, como o “positivismo normativo” encampado, entre outros, por Waldron. A diferença entre ambas não está no critério de determinação do direito válido, mas nas razões pelas quais se defende o positivismo e na forma como o teórico do direito se relaciona com a prática. O positivismo normativo é um positivismo defendido por razões políticas ou morais. “*A pretensão dos positivistas normativos é a de que os valores associados ao direito – a legalidade e o Estado de Direito – em um sentido significativamente amplo – podem ser melhor alcançados se a operação ordinária de tal sistema não exigir que as pessoas exerçam juízos morais para descobrir o que o direito é*” (WALDRON, 2001, p. 421).

Nesse sentido, o positivismo normativo “*é em si mesmo uma tese moral: de fato é uma tese moral sobre a formulação de reivindicações morais em uma área particular da vida social que nós denominamos direito*” (WALDRON, 1999, p. 167).

⁶ A Tese das Fontes Sociais pode ser considerada o núcleo do positivismo jurídico. Em sua formulação mais ortodoxa, defendida por Raz, ela não admite sequer a possibilidade de a regra de reconhecimento incorporar critérios morais de identificação do direito válido. Essa parece ser a versão da tese das fontes sociais defendida por Waldron em *Law and Disagreement* e outros escritos sobre o seu “positivismo normativo”. Nessa acepção, a tese das fontes sociais diz que “*Todo o direito está embasado em fontes sociais*” (“*All Law is source-based*”) (RAZ, 1994, p. 210).

Embora se possa dizer que o positivismo normativo é uma forma minoritária de positivismo, pode-se encontrar traços importantes do positivismo normativo na teoria jurídica anglo-saxã, como, por exemplo, na crítica de Bentham ao *Common Law* (POSTEMA, 1989), nos escritos de juventude de Neil MacCormick, em que se defendia argumentos morais para uma definição “não moralista” do direito (MACCORMICK, 1985), na recente teoria do “direito como planejamento” de Scott Shapiro (cf. BUSTAMANTE, 2012), e em algumas passagens importantes da defesa que Frederick Schauer faz de um “modelo de decisão baseado em regras” no âmbito do direito (SCHAUER, 1991).

Em escrito anterior, classifiquei o positivismo normativo de Waldron como uma teoria que no ponto de vista metateórico é semelhante ao interpretativismo de Dworkin (BUSTAMANTE, 2015). Embora Waldron não defenda que o direito deva ser identificado de maneira interpretativa (no sentido particular defendido por Dworkin, que fala em uma “interpretação construtiva” em que o sentido de uma prática social é estabelecido de acordo com o seu propósito fundamental ou “point”), a defesa de um método amoralista de identificação do direito é baseada também em uma “atitude interpretativa” do teórico do direito, que entende que uma das funções essenciais do direito é promover a coordenação social segundo diretivas dotadas de autoridade, de modo que o propósito fundamental do direito estaria frustrado caso se reabrisse a argumentação jurídica para uma deliberação moral no momento de identificar o conteúdo de uma regra jurídica.

A formulação teórica do positivismo normativo, em Waldron, é profundamente direcionada para a prática, e desemboca em duas recomendações concretas para o jurista prático: 1) uma crítica ao “interpretativismo” de Dworkin no âmbito da identificação do direito em situações concretas (é dizer, o direito é tido como sendo *determinado exclusivamente por “fatos sociais”*, de sorte que há de ser identificado apelando-se a uma fonte social capaz de produzir o direito segundo critérios de validade estabelecidos em uma regra de reconhecimento)⁷; e 2) uma defesa do “textualismo” na interpretação do direito pelos juízes.

⁷ É interessante notar, como disse acima, que o positivismo normativo pode ser também entendido como uma teoria interpretativa sobre o direito, que constrói uma concepção de juridicidade semelhante ao que Dworkin denominou de “convencionalismo” em *O Império do Direito* (DWORKIN, 1986). O fato de o positivismo normativo ser uma teoria “interpretativa” do direito (que propõe uma forma de identificar o direito a partir do que o teórico considera ser o “point” ou propósito do direito), entretanto, não implica que o método de determinação do direito válido seja, ele também, interpretativo. O positivismo normativo é uma teoria interpretativa do direito que propõe que a

Para utilizarmos uma categoria de Dworkin, o positivismo normativo de Waldron seria uma espécie de “convencionalismo” em sentido forte, ou melhor, um “convencionalismo amoralista” que leva, na prática, a um formalismo judicial e a um textualismo.

Nesse ponto, Jeremy Waldron possui um argumento interessante contra a busca de intenções concretas do legislador, num contexto parlamentar em que há várias opções disponíveis à disposição dos diferentes grupos que formam a maioria em uma legislatura.

Waldron traz à tona, nesse contexto, o exemplo de H. L. A. Hart de uma regra que proíbe “veículos no parque”. É perfeitamente possível imaginar, de acordo com Waldron, “*que a nossa imaginária Lei Sobre Veículos no Parque, considerada como um todo, não reflita os propósitos ou intenções de nenhum dos legisladores que em conjunto a promulgarão*” (WALDRON, 1999, p. 125). No exemplo, os legisladores podem estar divididos quanto (A) à criação de exceção para bicicletas; (B), à criação de exceção para ambulâncias; e (C) quanto à inclusão na lei de parques estaduais e parques municipais. É possível imaginar, segundo Waldron, legisladores divididos em 3 facções, que têm atitudes diferentes em relação a A, B e C:

Facção 1	Facção 2	Facção 3
A	A	Não A
B	Não B	B
Não C	C	C

Como explica Waldron, “*sucessivas votações majoritárias nessas várias questões iriam produzir a nossa familiar lei [no exemplo Hartiano]*”, segundo a qual se poderia aceitar A & B & C, “*apesar de essa combinação não corresponder à preferência de ninguém*” (WALDRON, 1999, p. 127).

No contexto de uma legislatura plural e diversificada, Waldron vê o apelo à intenção do legislador histórico com um elevado grau de ceticismo:

Legisladores virão para uma câmara legislativa provindo de diferentes comunidades, com diferentes ideologias, e diferentes perspectivas

validade do direito seja determinada de uma maneira não interpretativa. Não há nenhuma contradição nisso.

sobre o que conta como uma boa razão ou uma consideração válida em um argumento político. A única coisa que eles têm em comum, na sua diversidade e na multiplicidade da retórica e dos mútuos mal-entendidos que contam para um debate político moderno, é o texto da medida legislativa sob nossa corrente consideração. Esse é constituído pelas convenções da linguagem oficial compartilhada como o único marco, o único ponto de referência ou coordenação, em um mar de possíveis mal-entendidos. (WALDRON, 1999, p. 145)

Fica claro, portanto, que o positivismo normativo de Waldron leva a um textualismo e a uma leitura formalista (ou, pelo menos, amoralista) das regras jurídicas estabelecidas pelo legislador. É, por conseguinte, uma tentativa de conter a criatividade judicial e de evitar que os juízes façam deliberações morais ao interpretar o direito. Eles devem atuar como fiéis executores das determinações legislativas, de modo que a realização de juízos morais sobre o conteúdo de nossos direitos seja feita exclusivamente pelo legislador.

Waldron encampa, aqui, uma concepção rígida de separação dos poderes, vindo com profunda desconfiança as valorações morais realizadas pelos juízes no contexto da aplicação do direito.

4 CONCLUSÕES

À guisa de conclusão, poderíamos indagar: existe coerência entre a rota institucional e a rota interpretativa para combater a supremacia judicial na interpretação da constituição e do direito em geral?

O ponto central da análise realizada nesse breve comentário foi tentar estabelecer as bases para uma resposta negativa a essa indagação. Caso o crítico à supremacia judicial opte pela rota institucional, ele acatará vários argumentos de Waldron, mas terminará defendendo ou a abolição completa das cortes constitucionais – que é uma alternativa radical que praticamente nenhum sistema jurídico contemporâneo tem sequer aventado – ou um modelo de jurisdição constitucional frágil onde as cortes exercem a função de alertar ao povo e aos demais poderes sobre possíveis violações de direitos fundamentais, aumentando o grau de deliberação pública sobre direitos. A atuação da corte só tem valor, nessa rota, por sua capacidade argumentativa e por sua atuação na esfera pública como um parceiro dos legisladores na construção de um diálogo sobre a melhor interpretação dos princípios abstratos previstos na constituição.

Se essa via for adotada, cortes e legisladores se engajam conjuntamente em uma espécie de “interpretação colaborativa” dos direitos fundamentais (DWORKIN, 2013, p. 134-139), que foi defendida e radicalizada recentemente por Dimitrios Kyritsis em um modelo normativo onde cortes e legisladores assumem a interpretação da constituição como uma tarefa compartilhada e moralmente responsável (KYRITSIS, 2015).

No entanto, essa estratégia, que me parece bastante plausível, só tem alguma chance de atingir os seus propósitos se a rota interpretativa defendida por Waldron para limitar o poder judicial for rejeitada. Um juiz formalista e atrelado ao texto da lei, como quer Waldron em seu positivismo normativo, é incapaz de cumprir as tarefas que lhe restam se a rota institucional for seguida.

Em poucas palavras, podemos concluir com a seguinte tese: a crítica à supremacia judicial e a defesa de um modelo de jurisdição constitucional frágil só se justificam caso se assumam uma leitura moral da constituição tal como a defendida por Dworkin em seu interpretativismo. Uma corte frágil, carente de autoridade para fixar definitivamente o conteúdo do direito, só tem alguma utilidade se ela adotar uma metodologia interpretativa capaz de levar os governos, os cidadãos e a sociedade a dialogarem com a corte assumindo os ônus argumentativos necessários para interpretar o direito em sua melhor luz. A rota institucional – que propõe mudanças no modelo de controle de constitucionalidade para fomentar o debate moral no legislativo e nos demais órgãos governamentais em uma democracia – só faz sentido caso se suponha que toda a sociedade detém a capacidade de adotar a atitude interpretativa defendida por Dworkin. Só faz sentido caso se suponha algo como a “interpretação protestante” (generalizada para toda a sociedade) defendida por Dworkin em *O Império do Direito* (DWORKIN, 1986).

A legitimidade de uma determinada interpretação, caso se adote o modelo de interpretação protestante sugerido por Dworkin, advém do reconhecimento público de sua integridade e justiça. E, naturalmente, a corte só pode contribuir para esse reconhecimento se ela também adotar uma interpretação construtiva do direito e dos princípios de moralidade política incrustados na Constituição.

A rota institucional, que nos parece plausível, é incompatível com a rota interpretativa que defende o positivismo normativo e o textualismo na interpretação judicial.

5 REFERÊNCIAS

- BUSTAMANTE, Thomas. Book Review – Legality, by Scott Shapiro. *Legal Studies*, v. 32, n 3, p. 499-507, 2012.
- _____. A breve história do positivismo descritivo: o que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 1, p. 307-327, 2015.
- _____. On the Difficulty to Ground the Authority of Constitutional Courts: Can Strong Judicial Review be Morally Justified?. *In*: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo (Orgs.). **Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism**. Heidelberg: Springer, 2016.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, MA: Belknap, 1978.
- _____. **A Matter of Principle**. Cambridge, MA: Belknap, 1985.
- _____. **Law's Empire**. Cambridge, MA: Belknap, 1986.
- _____. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge, MA: Belknap, 1996.
- _____. **Justice in Robes**. Cambridge, MA: Belknap, 2006.
- _____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA: Belknap, 2013.
- DYZENHAUS, David. Are Legislatures Good at Morality? Or Better at it than Courts. *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 1, p. 46-52, 2009.
- FREEMAN, Samuel. Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review. *Law and Philosophy*, v. 9, p. 327-370, 1990.
- GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism – Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- HIMMA, Kenneth Einar. A Comprehensive Hartian Theory of Legal Obligation: Social Pressure, Coercive Enforcement and Legal Obligations of the Citizens. *In*: WALUCHOW, Wil; SCARAFFA, Stefan (Orgs.). **Philosophical Foundations of The Nature of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013p. 152-182.
- HOLMES, Stephen. **Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy**. Chicago: University of Chicago Press, 1995.
- KYRITSIS, Dimitrios. **Shared Authority – Courts and Legislatures in Legal Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- MACCORMICK, Neil. A Moralistic Case for A-Moralistic Law. *Valparaiso University Law Review*, v. 20, n 1, p. 1-41, 1985.
- POSTEMA, Gerald. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Clarendon, 1989.
- RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- _____. **Ethics in the Public Domain**. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. *In*: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript – Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 411-433.
- _____. The Core of the Case Against Judicial Review *Yale Law Journal* v. 115, p. 1346-1406, 2006.
- _____. Do Judges Reason Morally. *In*: HUSCROFT, Grant (Org.). **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 38-64, 2009.
- _____. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- WALUCHOW, Wil. Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 18, n. 2, p. 207-247, 2005.

RECONFIGURAÇÃO CONCEITUAL? O DIREITO DIGITAL COMO METÁFORA DE SI MESMO

Juliano Maranhão¹

Sumário: 1. O Direito Digital em Meio à Crise de uma Visão de Mundo. 2. O Núcleo e a Configuração dos Sistemas Normativos. 3. Conceitos Jurídicos: Definições, Inferências e Implicaturas. 4. Conceitos Jurídicos e Metáforas. 5. Metáforas e Desafios ao Direito Postos pelo Ambiente Digital. 6. Conclusão: uma Hipótese. 7. Referências.

1 O DIREITO DIGITAL EM MEIO À CRISE DE UMA VISÃO DE MUNDO

As últimas décadas do Séc. XX foram agitadas por ricas discussões em teoria do direito sobre a adequação ou quebra de determinada “visão de mundo”:

- i) o direito é um dado identificado com referência a uma prática social (a convergência em relação a uma fonte convencional), que permite derivar um conjunto de regras gerais, resultado de escolhas prévias de autoridades reconhecidas, do qual se extrai um sistema de soluções para qualquer tipo de conflito prático;

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor Visitante da Goethe-Universität Frankfurt am Main. Coordenador do Grupo de Estudos de Inteligência Artificial e Direito- GELIAD/USP e de pesquisa jurídica do Centro de Competência em Software Livre- CCSL/USP. O autor agradece a CAPES e a Fundação Humboldt pelo suporte para o projeto de pesquisa “Logical tools for modelling conceptual reconstruction and argumentation in Cyberlaw” (Processo n. 99999.000073/2016-04), no âmbito da qual o presente artigo foi produzido.