

FELIPE PASCHOALINI

**INTERPRETAÇÃO E INSTITUIÇÕES
O DIÁLOGO ENTRE CASS SUNSTEIN E RONALD DWORKIN**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Júnior

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2015

FELIPE PASCHOALINI

**INTERPRETAÇÃO E INSTITUIÇÕES
O DIÁLOGO ENTRE CASS SUNSTEIN E RONALD DWORKIN**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

PASCHOALINI, Felipe

(Título)

Aprovado em: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição _____

Assinatura _____

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Titular Ronaldo Porto Macedo Jr., pelo incentivo, pelos ensinamentos ao longo da orientação, pela disponibilidade de tempo, além do exemplo de Professor que é para mim.

Aos Professores que participaram da Banca de Qualificação, Conrado Hübner Mendes e José Reinaldo de Lima Lopes, pelo auxílio na orientação deste trabalho, pelas ideias e pelas críticas construtivas.

Aos colegas do mestrado, Thais Nunes Arruda e Horácio Neiva, pelo companheirismo e pela amizade.

À minha família, Wilson, Cidinha e Renata, por tudo. À Dani, por estar ao meu lado em todos os momentos. Ao Marcos, amigo querido que também contribuiu muito.

À Tatiana Amorim e aos colegas do Barbosa, Müssnich e Aragão pela compreensão, apoio, companheirismo e por suportarem a minha ausência durante a conclusão deste trabalho.

RESUMO

PASCHOALINI, Felipe. *Intepretação e Instituições – O diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin*. Número de páginas: 200. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

Este trabalho analisa o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin. Enquanto Dworkin desenvolveu uma abordagem da prática jurídica como a continuação de uma grande teoria baseada em valores morais, Sunstein recomenda um caminho supostamente mais modesto, baseado em passos obtidos em acordos que pudessem ser alcançados por pessoas com convicções morais diversas. A escolha por esse caminho é justificada não só por razões institucionais, mas também por razões morais e políticas substantivas. A crítica central de Sunstein a Dworkin é um suposto “ponto cego” quanto às questões de capacidade institucional. Sunstein pode ser lido de duas maneiras: como um autor essencialmente pragmático (e incompatível com Dworkin) ou como um interpretativista ao modo Dworkiniano. Conforme o caso, os contornos do seu diálogo com Dworkin são diferentes. De acordo com a primeira leitura, o argumento do “ponto cego” levantado por Sunstein tem o objetivo de desqualificar todo o projeto teórico Dworkiniano, na medida em que o problema das capacidades institucionais seria tomado como fundamento para um tipo específico de ceticismo moral, o que inutilizaria o critério de correção moral que embasa o interpretativismo Dworkiniano. Essa visão considera que o debate entre Sunstein e Dworkin seria um capítulo do debate entre Dworkin e os pragmatistas céticos. Nos termos da segunda leitura, Sunstein não é um cético – na verdade, ele pressupõe um interpretativismo Dworkiniano e sua posição é complementar à obra de Dworkin. No capítulo I, analiso alguns trabalhos centrais de Sunstein e concluo que ele é melhor lido como um Dworkiniano, visto sua teoria pressupõe valores independentes. No capítulo II, estudo os principais pontos da teoria do direito de Dworkin e sugiro que o conceito de integridade, entendido como um “conceito corretivo” que serve para construir um sistema judicial no qual os juízes podem barganhar uma concepção de justiça ideal por outros fatores do mundo real, indica que a teoria Dworkiniana pode sim ser sensível às questões empíricas e de capacidade institucional. No capítulo III, identifico os pontos do confronto direto entre Sunstein e Dworkin e exponho o proveito que pode ser extraído do estudo desse debate.

Palavras-chave: Teoria do Direito – Interpretação – Interpretativismo – Ronald Dworkin
– Cass Sunstein.

ABSTRACT

PASCHOALINI, Felipe. Interpretation and Institution. The Dialogue Between Cass Sunstein and Ronald Dworkin. Number of pages: 200. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015.

This dissertation analyzes the dialogue between Cass Sunstein and Ronald Dworkin. While Dworkin developed an approach that sees the legal practice as a continuum of a greater theory based on moral values, Sunstein recommends a supposedly more modest approach, based on steps obtained in agreements which could be achieved by people holding different moral convictions. The choice of this path is justified not only for institutional reasons, but also for moral and political reasons. The central criticism of Sunstein against Dworkin is a "blind spot" with respect to the institutional capacities of judges. Sunstein can be read in two ways: as an essentially pragmatist author (and incompatible with Dworkin) or as an interpretative Dworkinian. As the case may be, the contours of his debate with Dworkin are different. Under the first reading, the "blind spot" argument raised by Sunstein aims to disqualify any Dworkinian theoretical project to the extent that the problem of institutional capacities should be taken as the basis for a specific type of moral skepticism, which would deny the claim to moral correctness that supports Dworkinian interpretativism. In this case, that the debate between Dworkin and Sunstein should be seen as a chapter of the debate between Dworkin and the skeptic legal pragmatists. Under the second reading, Sunstein is not a skeptic - in fact, he presupposes a Dworkinian interpretativism and his position is complementary to Dworkin's work. In Chapter I, I analyze Sunstein's central work on legal interpretation and conclude that he is best read as a Dworkinian, as his theory assumes independent values. In Chapter II, I study the main points of Dworkin's jurisprudence and I suggest that the concept of integrity, understood as a "corrective" concept used to build a judicial system in which judges can bargain an ideal conception of justice by other factors of the real world, indicates that Dworkin's theory can be sensitive to the empirical institutional capacities raised by Sunstein. In Chapter III, I identify the points of direct confrontation between Sunstein and Dworkin and explain the agenda that can be extracted from the debate.

Keywords: Legal Theory - Interpretation – Interpretivism – Institutions – Ronald Dworkin – Cass Sunstein.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. CASS SUNSTEIN.....	29
1.1. Seis Teses sobre Interpretação	29
1.2. Interpretando Leis no Estado Regulador	33
1.2.1. Críticas ao pensamento tradicional.....	36
1.2.2. Críticas à tese da indeterminação e ao convencionalismo.....	51
1.2.3. Críticas a outras teses baseadas em normas extratextuais	54
1.2.4. Os princípios interpretativos.....	56
1.3. A Constituição Parcial.....	60
1.3.1. Interpretação e Método.....	62
1.3.2. Críticas.....	63
1.3.3. Texto, Estrutura e História	75
1.3.4. Interpretação e Substância.....	77
1.4. Raciocínio Jurídico e Conflito Político	83
1.4.1. Raciocínio Jurídico.....	85
1.4.2. Acordos Não Completamente Teorizados.....	88
1.4.3. Raciocínio Analógico	90
1.4.4. Interpretação	92
1.5. Não Há Nada que a Interpretação Apenas Seja	93
1.5.1. Custos da decisão e custos do erro	97
1.5.2. Mundos possíveis	98
2. RONALD DWORKIN	100
2.1. O Ataque ao Positivismo Jurídico	103
2.1.1. O positivismo jurídico de H.L.A. Hart.....	104
2.1.2. A crítica de Dworkin: como explicar os desacordos teóricos?.....	109
2.2. O Direito como Interpretação.....	114
2.2.1. Interpretação segundo Dworkin	116
2.2.2. Interpretação no Direito e Interpretação do Conceito de Direito	119
2.2.3. A Interpretação é interpretativa	120
2.3. Verdade e Objetividade na Moral.....	121

2.3.1. Tipos de ceticismo	121
2.3.2. O Ceticismo Interno	124
2.3.3. Ceticismo externo	124
2.3.4. As críticas de Dworkin	125
2.4. Revisitando a Teoria do Direito.....	129
2.5. Integridade no Direito	135
2.5.1. Integridade no Mundo Real	137
3. O DIÁLOGO ENTRE SUNSTEIN E DWORKIN: O AVESTRUZ E O OURIÇO	140
3.1. O ataque de Dworkin contra Sunstein: o Elogio à Teoria	141
3.1.1. A Visão Integrada.....	142
3.1.2. Hércules e Minerva.....	144
3.1.3. A Escola de Chicago	146
3.1.4. Por que defender a teoria?	156
3.2. A réplica de Sunstein	158
3.2.1. Da Teoria à Prática	158
3.2.2. Virtudes e Veredictos	169
3.3. A réplica de Dworkin.....	174
4. CONCLUSÃO.....	182
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	190

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, os filósofos e teóricos do direito têm dado maior atenção para questões de método.¹ Além da pergunta clássica “o que é o direito?”, seus trabalhos têm se dedicado a questões como: O que é a teoria do direito? Quais são os seus objetivos? Quais as condições de veracidade das afirmações que fazemos sobre o direito na teoria e na prática jurídica?

Nos meios acadêmicos anglo-saxão e continental europeu, esse movimento se deve em boa parte ao trabalho de Ronald Dworkin,² um dos mais importantes filósofos contemporâneos.³ Em teoria do direito, sua obra colocou as questões metodológicas em uma posição de destaque ao definir a prática jurídica e a própria teoria do direito como práticas interpretativas, que só podem ser adequadamente levadas adiante por meio de uma abordagem necessariamente avaliativa.

Este trabalho tem como objetivo analisar um capítulo importante do debate metodológico da teoria do direito anglo-saxã: o diálogo entre Ronald Dworkin e Cass R. Sunstein, inserido em um tema mais amplo sobre em que medida as respostas às questões centrais da teoria do direito (incluindo as questões metodológicas) são relevantes para a prática jurídica.

Dworkin é um dos nomes mais representativos da visão de que a resposta que damos à pergunta filosófica acerca do que é o direito (e, a reboque, toda a parafernália metodológica que utilizamos para dar tal resposta) é fundamental em nossas práticas jurídicas.⁴ O interpretativismo Dworkiniano vê a teoria como uma prática “em nível mais

¹ MARMOR, Andrei. *Coherence, Holism, and Interpretation: The Epistemic Foundations of Dworkin's Legal Theory*. 10 *Law and Philosophy* 383, 1991, p. 383.

² Sobre como a teoria de Dworkin tornou-se central na agenda do debate contemporâneo, ver MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. pp. 5-9; 18-34. A referida tese foi publicada pela Editora Saraiva em 2013.

³ Dworkin foi influente na filosofia do direito, na filosofia política, na filosofia moral e na ética. Ver DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Belkap Press of Harvard University Press, 2011. Recentemente, em um artigo publicado em homenagem a Dworkin após o seu falecimento, o próprio Cass Sunstein classificou Dworkin como talvez “o mais importante filósofo do direito do nosso tempo”. SUNSTEIN, Cass R., “The Most Important Legal Philosopher of Our Time”, Bloomberg View, 2013. Disponível em: <http://www.bloombergview.com/articles/2013-02-15/the-most-important-legal-philosopher-of-our-time>. Acesso em 04 jan 2015.

⁴ Dworkin não está sozinho nesse argumento mais geral. John Finnis – com base em outras premissas, é importante deixar claro – oferece um argumento parecido, ao dizer que se a teoria conceitual descritiva do positivismo jurídica é entendida como determinando a natureza do direito, no sentido de que o “direito” é

abstrato” e propõe que qualquer teoria do direito (pelo menos, quando voltada a responder a questão sobre o que o direito proíbe, exige ou permite)⁵ estará engajada na prática, mesmo que esta não seja uma intenção consciente do teórico. Da mesma maneira, nossa prática estará sempre enraizada em alguns compromissos teóricos. Em uma de suas citações famosas, Dworkin afirma que “a sentença de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A teoria do direito é a parte geral da adjudicação (*adjudication*), prólogo silencioso de qualquer decisão judicial.”⁶

Nas últimas décadas, Cass Sunstein dialogou ativamente com Dworkin. Acompanhar esse diálogo é interessante por duas razões. Em primeiro lugar, Sunstein é um autor quase obrigatório para o estudo de uma variedade de assuntos, incluindo direito constitucional e administrativo, interpretação jurídica e o impacto da psicologia comportamental e economia no direito. É o acadêmico do direito mais citado nos Estados Unidos nos últimos anos,⁷ o que é um indicativo da influência de suas ideias.

Em segundo lugar, a obra de Sunstein oferece a possibilidade de ser lida sob um território bastante comum de ideias Dworkinianas. De acordo com Sunstein, “não há nada que a interpretação apenas seja.”⁸ Qualquer estratégia interpretativa deve ser defendida com base em suas consequências, mas os juízes precisam de uma teoria, para além desse pragmatismo, para decidir quais consequências são boas. Os juízes inevitavelmente vão discordar sobre a abordagem correta, mas em qualquer caso, cada uma delas se baseia em algum pressuposto de moralidade política sobre o melhor sistema jurídico que resultará das escolhas feitas.

A objeção central de Sunstein a Dworkin é a seguinte: a teoria Dworkiniana possui um “ponto cego”, a saber, a indiferença às capacidades institucionais e aos riscos de erro

entendido de maneira separada da questão normativa de como os juízes devem julgar casos ou cidadãos devam agir em face das decisões estatais, então esta é uma análise desinteressante e sem valor.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*.

⁶ *Idem*. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 90. Tradução livre. Desde já, é importante esclarecer que essa afirmação é feita no contexto bastante específico de sua teoria interpretativista.

⁷ Conforme os Leiter Rankings. Disponível em:

<http://www.leiterrankings.com/faculty/2014_scholarlyimpact.shtml>;

<http://www.leiterrankings.com/faculty/2007faculty_impact_areas.shtml>. Acesso em 4 jan 2015.

⁸ SUNSTEIN, Cass R. There Is Nothing that Interpretation Just Is, August 29, 2014. Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2489088>. Acesso em 04 jan 2015.

pelos intérpretes – especialmente os juízes – quando estes tentam se engajar em avaliações altamente abstratas sobre temas filosóficos complexos.⁹

Esse tipo de crítica, entendido de maneira genérica, pode se apresentar sob premissas metodológicas bastante distintas, podendo ser encontrado em obras de vários outros rivais de Dworkin, tanto em positivistas como Joseph Raz,¹⁰ John Gardner¹¹ e Jules

⁹ Sunstein levantou essa crítica praticamente em todos os seus textos de direito constitucional e teoria do direito. Ver SUNSTEIN, Cass R., *The Partial Constitution*, Harvard University Press 1993, p. 375: “Dworkin’s general approach [...] does not address the various institutional deficiencies of the judiciary. Our account of what judges should do must be attentive to these deficiencies. These include the fact that judiciary is composed of lawyers coming from a particular, narrow segment of society; the judges’ lack of good fact-finding tools; their insulation from relevant groups and relevant events; their concentration on the details of particular cases; and their ability to process the systemic effects of their decisions. Dworkin rightly points to difficulties in our actual democratic practices, both in terms of their connection with democracy, properly conceived, and in terms of the limited capacity of those in such processes to deliberate on issues of principle. But this is only one side of the picture. It is vital to address the comparative deficiencies of the courts.” SUNSTEIN, Cass R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford University Press, 1996, p. 200: “In fact, Dworkin’s account says very little about the various fact-finding, theory-building, and electoral weaknesses of judges, and about judge’s own knowledge of their weaknesses, even though much of judge-made law is based on that knowledge. This seems to me a major gap in Dworkin’s view.” Ver também SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian, “Interpretation and Institutions”, 101 MICH. L. REV. 885, 2002-2003: “In arguing for this understanding of adjudication, Dworkin offers not a word about the virtues and the imperfections of judges and the systemic effects of one or another approach to interpretation.” [...] What is striking about Dworkin’s analysis is that it is undertaken without any thought at all about judicial capacities and about the effects, over time, of one or another approach to interpretation. Like Hart, Dworkin proceeds as if the question is how an idealized judge deals with interpretive problems—not how a real-world judge, operating as part of a decisionmaking committee staffed by multiple actors, should proceed in the face of uncertainty.” Este tipo de crítica contra Dworkin é reverberada por teóricos de posições filosóficas diferentes. Ver, por exemplo, SHAPIRO, Scott, *Legality*, Harvard University Press 2012, p. 331-2: “Legal philosophers have simply not recognized the importance of competence and character for assessing interpretive methodology. Dworkin’s theory of meta-interpretation, of course, is a dramatic example of this neglect.” mas Este trabalho se concentrará especialmente na crítica tal como formulada por Cass Sunstein, em diversos trabalhos (incluindo alguns artigos em coautoria com Adrian Vermeule).

¹⁰ Joseph Raz também defende que o interesse da teoria do direito para a prática jurídica seria evidente apenas num nível mais básico e elementar. RAZ, Joseph. Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison. *Legal Theory*, Oxford, v. 4, n. 3, p. 249-282, 1998.

¹¹ GARDNER, John. Interview: Law as a Leap of Faith, 3:AM Magazine, disponível no endereço: <<http://www.3ammagazine.com/3am/law-as-a-leap-of-faith/>> “[...] This reminds me to say that one problem on which my work hardly touches is the problem of identifying the correct mode of or technique for interpretation to be used by courts. I do not believe that this is a philosophical problem. It is an ordinary problem of politics. How ‘originalist’ or ‘textualist’ judicial interpretation should be depends on how reactionary judges should be. Many talk as if it is the other way round. Thus reactionary judges, and their reactionary supporters, like to roll out ‘theories of interpretation’ on which their reactionary positions are supposedly premised. To which I reply: that ‘theory of interpretation’ you are offering is really the conclusion, not the premise; conversely ‘let’s be reactionary’ is the premise, not the conclusion. A further step to go with this line of thought: If we value the checks and balances of political pluralism (government and opposition and independents, upper and lower houses, legislature and executive, etc.) we should value, on the same basis, pluralism of judicial approach. The common law doctrine is that the three main canons of statutory interpretation (the literal rule, the mischief rule, the golden rule) are permissive. Judges get a free choice about how to interpret, within these three rival approaches, subject to binding interpretive precedents. This seems eminently sensible to me. All three canons have their rival advantages. So why not take the same view with constitutional interpretation, e.g. in Canada or the United States? In one way the resulting legal indeterminacy is healthy. It makes it harder for those who lay down written laws to predict

Coleman,¹² entre outros, quanto em claros adeptos do pragmatismo jurídico,¹³ como Richard Posner.¹⁴

O especial interesse por Sunstein se justifica porque ele pode ser lido de duas maneiras: como um autor essencialmente pragmático (e incompatível com Dworkin) ou como um interpretativista ao modo Dworkiniano. Conforme o caso, os contornos da crítica baseada em capacidades institucionais podem ser bem diferentes.

De acordo com a primeira leitura, o argumento do “ponto cego” levantado por Sunstein tem o objetivo de desqualificar todo o projeto teórico Dworkiniano, na medida em que o problema das capacidades institucionais seria tomado como fundamento para um ceticismo moral¹⁵ que inutilizaria o critério de correção moral que embasa a teoria interpretativista Dworkiniana. Essa visão considera que o debate entre Sunstein e Dworkin seria um capítulo do debate entre Dworkin e os pragmatistas céticos.

Nos termos da segunda leitura, Sunstein não é um cético – na verdade, ele pressupõe um interpretativismo Dworkiniano e sua posição é complementar à obra de Dworkin, na medida em que propõe alguns esclarecimentos e ajustes específicos na teoria da adjudicação (*adjudication*).

Boa parte desse trabalho será dedicada a identificar a leitura mais plausível da obra de Sunstein. Antes de tudo, no entanto, pretendo estabelecer um pano de fundo comum sob o qual analisarei as teorias de Dworkin e Sunstein. Começo por um exemplo de raciocínio jurídico, aparentemente simples, extraído do direito das sociedades anônimas. Esse

what exactly their laws will achieve, and that tends to instil a measure of caution or humility in law-makers who may otherwise be too keen to leave their indelible stamp on the world”.

¹² COLEMAN, Jules L. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹³ Conforme será visto adiante, entendo que a adesão de Cass Sunstein ao pragmatismo jurídico não é clara, de modo que a chave de leitura correta, ao meu ver, é considerá-lo um Dworkiniano.

¹⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. ‘Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo.’ In: PÁDUA LIMA, Maria Lucia (Org.). *Direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 260-281. v. 1. Ver também a bibliografia lá citada. POSNER, Richard. *Against constitutional theory*. *New York University Law Review*, New York, v. 73, p. 1-22, Apr. 1998; POSNER, Richard. *Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin*. *Arizona State Law Journal*, v. 29, p. 377-388, 1997; POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2005; POSNER, Richard. *Pragmatic Adjudication*. *Cardozo Law Review*, v. 18, p. 1-20, 1996-1997. O ataque de Dworkin a Posner com relação à chamada “virada pragmática” podem ser encontrados em DWORKIN, Ronald. In *Praise of Theory. Justice in robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006, p. 49-74. DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006b, p. 75-104 (“Darwin’s New Bulldog”); POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 111, p. 1637-1716, 1998.

¹⁵ As definições de ceticismo propostas por Dworkin são discutidas no item 2.3.1 desta dissertação.

exemplo será útil para estabelecer algumas premissas relacionadas às propostas metodológicas de Sunstein e Dworkin.

Imagine que foi suscitada a seguinte questão: de acordo com o direito brasileiro, qual o prazo prescricional da ação para anular as deliberações tomadas em uma assembleia geral de acionistas de uma companhia?¹⁶

Para os fins do meu exemplo, inicialmente não fará muita diferença se essa pergunta é levantada por um aluno em uma aula de direito comercial ou por um cliente solicitando um parecer jurídico um advogado. A questão também poderia ser (como de fato foi em alguns casos) o ponto crucial de uma disputa judicial. Em cada uma dessas situações, a resposta à pergunta será uma afirmação sobre o conteúdo do direito brasileiro.¹⁷

Suponha, agora, que a pessoa indagada ainda não tenha uma resposta para a pergunta e precise respondê-la com honestidade. O professor não quer deixar os seus alunos sem resposta, o advogado quer oferecer um serviço jurídico de qualidade e o juiz precisa entregar uma sentença que seja fiel ao direito brasileiro. Portanto, eles não podem simplesmente responder que não sabem a resposta. Também não podem, de antemão, dizer que a resposta não existe.¹⁸

Como responder corretamente à pergunta? Alguma estratégia precisa ser adotada. Ela pode ser, por exemplo, ler o texto da lei que regula as sociedades anônimas, a Lei n. 6.404/1976. O artigo 286 parece oferecer uma resposta rápida e clara: a ação para anular as deliberações tomadas em assembleia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação.

¹⁶ De pronto, alguém poderia dizer que a própria pergunta está errada, pois o prazo seria decadencial e não prescricional, cfr. AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros, 1.999, p. 126 e ss. ROSMAN, Luiz Alberto Colonna; BULHÕES-ARIEIRA, Bernardo A. de. *Prazo prescricionais em espécie*. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coords.). *Direito das Companhias*, Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2095 Não pretendo entrar nessa questão considerando os objetivos do exemplo.

¹⁷ Me refiro, aqui, a uma “proposição jurídica” no vocabulário Dworkiniano, i.e., uma proposição sobre o aquilo que o direito exige, proíbe ou permite.

¹⁸ Uma resposta cética seria uma opção para um professor de filosofia. Mas uma resposta desse tipo não faz sentido numa aula de direito comercial, num parecer de um advogado ou numa decisão judicial. Conforme Stanley Fish: “Skepticism about law’s foundation does not generate a skeptical legal practice – what would that animal be like? – although it could generate a determination to leave the law and take up something else”. FISH, Stanley. *Theory Minimalism*. *San Diego law Review*, Vol. 37, 2000, p. 774-5.

No entanto, um exame da doutrina especializada e de decisões dos tribunais revela que há posições divergentes sobre qual o termo inicial (*a quo*) do prazo prescricional. A maior parte da doutrina especializada sustenta que o prazo de dois anos deve ser contado a partir da data da publicação da ata da assembleia em que a deliberação foi aprovada (e não da data da deliberação). Essa posição, geralmente, é sustentada com base em dois argumentos:¹⁹

- (i) sem a publicação da ata, aqueles que não participaram da assembleia muitas vezes sequer têm como tomar conhecimento da deliberação (o exemplo mais claro disso é o caso da assembleia irregularmente convocada) e a contagem do prazo a partir da deliberação poderia impedir que os prejudicados exercessem os seus direitos;²⁰ e
- (ii) se o termo *a quo* for diferente para os acionistas que participaram e que não participaram da assembleia, isso representaria um tratamento desigual.²¹

Por outro lado, uma parte minoritária da doutrina insiste que a Lei n. 6.404/76 estabeleceu claramente que o prazo deve ser contado da deliberação²² - ainda que isso tenha representado um retrocesso em relação ao Decreto-Lei n. 2.627/1940, que estabelecia a contagem do prazo a partir da publicação. Para os defensores da tese minoritária, a tese majoritária parece desrespeitar o direito posto.

Mas não é dessa forma que os defensores da tese majoritária veem a questão. Em geral, eles sustentam que a contagem do prazo a partir da publicação é a correta

¹⁹ Além disso, muitas vezes a defesa dessa posição vem acompanhada de uma referência histórica ao Decreto-Lei n. 2.627/1940, que regulava as sociedades anônimas antes da vigência da Lei 6.404/1976, que estabelecia que o prazo da prescrição começava a correr da data da publicação da ata ou da deliberação (art. 156, parágrafo único).

²⁰ A base principal desse primeiro argumento parece ser o princípio da *actio nata*, segundo o qual o início de fluência dos prazos prescricionais deve ficar condicionado ao conhecimento da violação do direito. Ou seja, a contagem do prazo não pode iniciar a partir da mera violação do direito, pois exige-se que o titular do direito violado tenha tomado ciência efetiva de tal violação.

²¹ Conforme lição de Nelson Eizirik: “Embora o artigo disponha que o prazo prescricional de 2 (dois) anos conta-se da deliberação impugnada, a sua redação constitui lapso do legislador. O prazo deve ser contado da data da publicação do ato inquinado, a partir de quando se produz a sua eficácia. Como muitos dos legitimados somente tomam ciência da deliberação quando de sua publicação, é a partir dela que se deve contar o prazo, sob pena de promover tratamento desigual entre os que participaram e os que não participaram da assembleia.” (A Lei das S/A Comentada, Volume III, Artigos 189 a 300. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 593).

²² Ver LUCENA, José Waldecy. Das Sociedades Anônimas: comentários à lei, v. III. São Paulo: Renovar, 2012; e BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 13ª ed. São Paulo: Renovar, 2012.

interpretação da lei societária.²³ Isso é bem diferente de dizer que o prazo estabelecido pelo direito posto deve ser desrespeitado. Para a doutrina majoritária, a contagem do prazo a partir da publicação da ata não desrespeita o direito. Pelo contrário, decorre de sua correta interpretação.

Os tribunais também se dividem sobre o assunto.²⁴ Além disso, não se pode deixar de destacar a possibilidade de se defender posições intermediárias entre as teses descritas acima. No caso de uma deliberação aprovada por unanimidade pelos acionistas representando 100% do capital social de uma companhia, não faz muito sentido utilizar os argumentos da ausência de conhecimento da deliberação por alguns acionistas e da vedação ao tratamento desigual entre acionistas que participaram ou não da assembleia.

Diante de tantas divergências, o professor, o advogado ou o juiz do meu exemplo ainda precisam responder à pergunta formulada. Todos eles podem reconhecer que, apesar da aparente simplicidade, essa é uma pergunta difícil sobre a qual especialistas divergem. Mas isso não responde à pergunta inicial. Como respondê-la?

Antes de entrar nessa discussão, é preciso fazer mais algumas notas sobre o tipo de pergunta que foi suscitada (*de acordo com o direito brasileiro, qual o prazo prescricional da ação para anular as deliberações tomadas em uma assembleia geral de acionistas de uma companhia?*). Essa pergunta tem a pretensão de esclarecer algo sobre o conteúdo do direito brasileiro. Pelo menos em princípio, essa é uma pergunta diferente de outras como: “qual a correta interpretação do art. 286 da Lei 6.404/76?”, ou “como os tribunais têm decidido os casos de prescrição no direito societário brasileiro?” ou, ainda, “como um juiz deve decidir um caso de prescrição no direito societário brasileiro nas circunstâncias X, Y e Z?”.

Imagine que a primeira pergunta (*de acordo com o direito brasileiro, qual o prazo prescricional da ação para anular as deliberações tomadas em uma assembleia geral de*

²³ AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. Op. cit., p. 126 e ss.

²⁴ “Assim, o acionista minoritário ou não, deveria exercitar no prazo de 02 (dois) anos o direito de ação que tivesse por objeto anular as deliberações tomadas em assembleia geral ou especial (isto é, ordinária ou extraordinária), irregularmente convocada ou instalada, ou violadoras da lei ou dos estatutos, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, computando-se o prazo a partir da data da deliberação.” (TJPE, AC 0071186-0, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Eloy D’Almeida Lins, j. 3.6.2004). Em sentido contrário ver: “SOCIEDADE ANÔNIMA - Assembleia geral extraordinária - Ação de anulação - Prescrição - Prazo - Fluência a partir da sua publicação - Declaração de voto” (TJSP, AC 169.095-1/0, Rel. Des. Matheus Fontes, 04.06.1992).

acionistas de uma companhia?) seja levantada em uma aula de direito comercial. O aluno pergunta: “professor, qual o prazo prescricional da ação para anular deliberações em assembleia, de acordo com o direito das sociedades anônimas brasileiro?” Em seguida, o professor responde: “o texto do art. 286 da Lei 6.404/76 indica que o prazo é de 2 anos contados da deliberação”. A resposta do professor conta como uma resposta à pergunta “qual o significado do art. 286 da Lei 6.404/76?”, mas não necessariamente responde à pergunta do aluno. Ela só é satisfatória para alguém que acredite que o direito das sociedades anônimas brasileiro corresponde ao texto da Lei 6.404/76, interpretado de uma determinada maneira. No entanto, essa não é uma constatação trivial. Ela adota premissas acerca do que é o direito e também pressupõe uma abordagem sobre como interpretar corretamente textos jurídicos. Um aluno insatisfeito com a teoria do direito pressuposta pelo professor pode então perguntar “mas o direito brasileiro se resume apenas ao texto da Lei 6.404/76?”. Outro aluno, insatisfeito com a teoria da interpretação implícita, poderia perguntar: “professor, mas o texto da Lei 6.404/76 deve ser interpretado nesse sentido tão literal?”. Nesse caso, o professor precisa expor suas premissas mais abstratas, a não ser que responda algo como: “vocês estão aqui para aprender direito comercial. Deixem essas bobagens para a aula de filosofia.” Mesmo assim, essa resposta não mudaria o fato de que o professor utilizou algumas premissas para formular a sua resposta.

Imagine agora que, no semestre seguinte, um outro professor assuma a cadeira. Os alunos do semestre anterior, ainda insatisfeitos, o procuram para saber o que tem a dizer sobre o assunto. Ele responde: “embora o texto do art. 286 da Lei 6.404/76 indique que o prazo seja contado da deliberação, há jurisprudência no sentido de que o prazo deve ser contado da publicação da ata”. A resposta do novo professor conta como uma resposta à pergunta “como os tribunais têm decidido os casos de prescrição no direito societário brasileiro?”, mas só faz sentido como resposta à pergunta dos alunos se assumirmos, como premissa, que o direito é aquilo que os tribunais decidem. Essa também não é uma afirmação banal – pressupõe alguma teoria do direito. Um aluno insatisfeito com a teoria do direito pressuposta pelo novo professor pode então perguntar “mas os tribunais estão certos em decidir assim?”.

Os exemplos de sala de aula podem dar a entender que o tipo de pergunta que escolhi tem uma relevância meramente acadêmica. Vamos pensar, então, no exemplo do advogado. O pedido de um parecer jurídico sobre uma pergunta teórica, como a do prazo prescricional, geralmente tem alguma motivação prática. Às vezes, o cliente quer de fato

saber as suas chances de êxito ou derrota nos tribunais. Nesse caso, seria melhor formular a consulta de maneira diferente: “quais as chances de êxito da tese X nos tribunais A, B e C?” No entanto, mesmo com motivações práticas, muitas vezes o que o cliente quer saber é a resposta a uma pergunta teórica. Imagine que o cliente queira convencer o tribunal sobre uma tese nova: sua consulta não envolveria uma pergunta teórica sobre o conteúdo do direito?

Uma alternativa seria a pergunta “como um juiz deve decidir um caso X no direito societário brasileiro sob as circunstâncias A, B e C?” No entanto, em um parecer jurídico, isso dá no mesmo: um advogado precisa pressupor que o juiz deve decidir o caso de acordo com o direito brasileiro, e seu parecer precisa enunciar qual a resposta para a questão de acordo com o direito brasileiro.

Apesar de não ser útil para um parecer jurídico, esse tipo de pergunta oferece um esclarecimento importante. Julgar um caso não é produzir uma afirmação verdadeira sobre o conteúdo do direito. Essa distinção geralmente é útil para a discussão do dever de fidelidade dos juízes. O juiz, ao decidir o caso, é um ser humano como qualquer um de nós que faz escolhas morais e pode, por razões morais, decidir de maneira contrária ao conteúdo do direito. Por si só, essa distinção não torna irrelevante a pergunta teórica sobre qual o conteúdo do direito, pois o direito é tratado como um ingrediente necessário para a decisão do juiz mesmo no caso em que o direito é afastado. No fundo, ela serve apenas para destacar a diferença entre as perguntas: “como o juiz deve decidir o caso, raciocinando apenas a partir do direito aplicável a ele” e “como um juiz deve decidir o caso, considerando todos os fatores envolvidos?”²⁵

No entanto, a distinção adquire outra dimensão se for adotada a perspectiva do pragmatismo jurídico²⁶, que nega a própria relevância de uma pergunta teórica sobre o que é o direito. Para um pragmatista, o único tipo de pergunta que importa diz respeito a qual decisão produzirá os melhores resultados práticos, independentemente de qual seja a resposta à questão teórica “o que é o direito”. Os juízes devem tomar suas decisões com o olhar dirigido para o futuro. Sob o ponto de vista do pragmatismo, o argumento em torno dos direitos das pessoas se justifica apenas na medida em que representa alguma vantagem

²⁵ DICKSON, Julie. "Interpretation and Coherence in Legal Reasoning". The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Ed. Edward N. Zalta, Summer 2014 Edition. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/legal-reas-interpret>. Acesso em: 04 jan 2015.

²⁶ Ver item 2.4 abaixo.

prática, tornando as coisas melhores. Por trás dessa visão pragmatista, geralmente existe uma premissa cética de indeterminação do direito e da moralidade, de acordo com a qual o conteúdo do direito é indeterminado.

Algumas páginas acima, apresentei o exemplo da pergunta sobre o prazo da prescrição com o objetivo de estabelecer o pano de fundo comum sob o qual analisarei as teorias de Dworkin e Sunstein.²⁷ Até agora, pouco ficou claro nesse sentido. O que pretendo, em primeiro lugar, é estabelecer um território comum de ideias entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin.

Começo pelo tema da interpretação no direito. No meu exemplo acima, umas das perguntas suscitadas foi “qual o significado do art. 286 da Lei 6.404/76?”. Essa não é uma pergunta sobre o que é direito, e sim uma pergunta sobre a correta interpretação de um texto jurídico. Sua resposta pressupõe uma teoria da interpretação jurídica, i.e., uma teoria sobre o que é a interpretação no direito e como ela funciona (e deve funcionar). Entendo que as visões de Sunstein e Dworkin sobre a teoria da interpretação jurídica constituem um terreno comum entre os autores. Veja-se abaixo os principais pontos comuns:

(1) Para ambos, o conteúdo do direito só pode ser dado por uma *interpretação* – i.e, a interpretação é o método pelo qual o conteúdo ou significado do direito deve ser estabelecido. Essa visão contrasta com a ideia de que às vezes não precisamos da interpretação para compreender o significado de algo como uma regra.²⁸

(2) A interpretação no direito envolve, inevitavelmente, juízos de valor próprios do *intérprete* sobre o conteúdo ou significado em questão, ou, de maneira mais geral, sobre o próprio direito e seus propósitos. Como o conteúdo do direito só pode ser dado por uma

²⁷ RAZ, Joseph. Storrs Lectures. Yale University, 2013: “we need to avoid thinking of meanings as objects. We need to avoid the absurd picture of meanings being things attached to, bundled with the objects which have them. This is not the place to debate the nature of meaning. But that much may be helpful: Meanings are a special kind of norms indicating that a certain way of understanding their object is appropriate or correct”.

²⁸ Ver, por ex. PATTERSON, Dennis. Wittgenstein on Understanding and Interpretation: Comments on the Work of Thomas Morawetz. Philosophical Investigations, Vol. 29, No. 2, April 2006. Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=877284>. Acesso em 04 jan 2015. “Why does Wittgenstein question the importance of interpretation as an explanation of meaning (i.e. how to explain what it is to grasp the meaning of a rule or what the rule requires by way of correct action)? His point is that if understanding of an utterance or sign were a matter of advancing an interpretation (which is just another utterance or sign), then the interpretation itself would require its own interpretation, and so on, infinitely. This argument – the infinite regress argument – is not designed to, and should not, move us to a point of frustration or failure. Rather, Wittgenstein urges us to rethink the notion that before we can understand an utterance we must first interpret it. As he says, “there is a way of grasping a rule which is not an interpretation ...”.

interpretação, isso significa que o conteúdo do direito, em alguma medida, depende inevitavelmente²⁹ de juízos de valor do intérprete. Essa visão contraria a ideia de que a interpretação no direito possa funcionar de maneira neutra³⁰ e, em um nível mais abstrato, desafia a ideia de que o conteúdo do direito possa ser estabelecido sem recurso a considerações morais.³¹

(3) A própria ideia sobre o que é “interpretação” no direito é, ela mesma, interpretativa - no sentido de que é também produto de uma interpretação sujeita aos juízos de valor do intérprete. Assim, o conceito de interpretação não é algo dado como uma obviedade ou um truísmo³² - precisa ser também defendido com base em razões.

(4) Apesar de tudo isso, a interpretação no direito não é um “vale tudo”. As considerações acima não desqualificam a pretensão de verdade de uma afirmação sobre o conteúdo ou significado do direito. A veracidade de uma interpretação deve ser defendida com base em argumentos que justifiquem as escolhas interpretativas feitas pelo intérprete, entre elas os juízos de valor. Essa visão contrasta com a ideia de que a necessidade do recurso aos juízos de valor inevitavelmente cria indeterminação no direito.

As quatro teses indicadas acima – (i) inevitabilidade da interpretação no direito; (ii) inevitabilidade dos juízos de valor na atividade interpretativa; (iii) o caráter interpretativo do próprio conceito de interpretação; e (iv) a existência de verdade e objetividade na interpretação – constituem aquilo que denomino, neste trabalho, de “interpretativismo jurídico genérico”. Como qualquer rótulo teórico, o *interpretativismo* é um conceito controvertido e ambíguo, assumindo distintas definições de acordo com o autor que o

²⁹ E não apenas de maneira contingente como sugerem, por exemplo, os positivistas inclusivistas.

³⁰ Ver a discussão de Sunstein sobre o pensamento de Robert Bork no item 1.3.2 abaixo.

³¹ Raz defende que o significado (*meaning*) do direito depende inevitavelmente de uma interpretação inovadora, mas o autor faz uma distinção entre objeto e o significado. Assim, o conteúdo do direito não depende de interpretação e pode ser estabelecido sem recurso a considerações morais. No entanto, o seu significado depende de uma interpretação inevitavelmente inovadora. A justificada da necessidade de uma interpretação inovadora é a indeterminação no direito. Cf. RAZ, Joseph. Storrs Lectures. Yale University, 2013. “True, I do believe that innovative interpretation is inevitable, and that the inevitability is caused by indeterminacy in the law, but that is because it is impossible for the courts to know that the law is indeterminate in all cases in which it is. The existence of higher order indeterminacy, that is of cases in which it is indeterminate whether the law is determinate or not, make it impossible for the courts always to know whether a point of law before them is indeterminate. But the impossibility always to know should not be confused with an impossibility ever to know. Often the indeterminacy can be known. And, to repeat, while in fact in such cases courts resort to innovative interpretation there is no necessity in that”.

³² RAZ, Joseph. Storrs Lectures. Yale University, 2013.

utiliza³³. Desde já, deixo claro que meu objetivo, ao formular essa versão genérica do interpretativismo, é apenas e traçar algumas premissas comuns entre Sunstein e Dworkin quanto às suas teorias da interpretação jurídica.

Como se pode ver, o interpretativismo jurídico genérico não oferece nenhuma estratégia específica sobre qual a melhor maneira de interpretar o direito. Se pensarmos na pergunta “qual o significado do art. 286 da Lei 6.404/76?”, a sua resposta interpretativista parece ser, de certa forma, ainda mais enigmática do que parecia no começo deste texto.

No entanto, o interpretativismo genérico pode ajudar pelo menos com alguns esclarecimentos. Ele nos explica a persistência da divergência entre as visões majoritária e minoritária mencionadas no meu exemplo do prazo prescricional da lei societária. Se adotarmos o interpretativismo genérico, podemos perceber que os defensores das diferentes visões sobre a contagem do prazo prescricional são, cada um deles, intérpretes da lei societária, todos eles em pé de igualdade – ambos interpretaram a lei, mas defendem conclusões diferentes porque alguma coisa aconteceu no processo interpretativo: os intérpretes partiram de premissas diferentes sobre qual seria a abordagem correta de interpretação. No meio do caminho, possivelmente fizeram juízos de valor diferentes sobre o significado do artigo 286 da Lei n. 6.404/1976 e, talvez, sobre o próprio direito como um todo.

Mas isso não quer dizer que, por causa disso, nenhum dos lados está certo. O interpretativismo genérico também nos lembra que as afirmações sobre o significado do artigo 286 Lei n. 6.404/1976 devem ser tomadas como verdadeiras ou falsas. Portanto, se as visões majoritária e minoritária são conflitantes entre si, pelo menos uma delas deve estar errada.³⁴ Como saber quem está errado?

O interpretativismo genérico indica apenas uma luz no fim do túnel: a veracidade de uma interpretação deve ser defendida com base nos argumentos corretos, que podem também estar certos ou errados. O critério de correção não é dado pelo interpretativismo

³³ Ver, a título de exemplo, STAVROPOULOS, Nicos. "Legal Interpretivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Ed. Edward N. Zalta, <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>>. MOORE, Michael S. The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse? *Stanford Law Review*, Vol. 41, No. 4 (Apr., 1989), pp. 871-957. WEST, Robin. "Are There Nothing But Texts in This Class? Interpreting the Interpretive Turns in Legal Thought". In: Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. Paper 269, 2000. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/269>. Acesso em 03 jan 2015.

³⁴ Não se descarta que ambas podem estar erradas.

genérico, mas na ausência de um critério, o interpretativismo genérico se reduz a um simples pragmatismo. O interpretativismo Dworkiniano estabelece um critério de correção específico: a argumentação moral. Sunstein, portanto, pode ser lido como um Dworkiniano caso o seu critério de correção também seja (ainda que sua teoria moral não seja idêntica).

No capítulo I, pretendo detalhar a obra de Sunstein. Nesta etapa, procurarei analisar, de maneira cronológica, os pontos metodológicos de interpretação jurídica encontrados nos principais textos sobre regulação e direito constitucional produzidos pelo autor. O fio condutor dessa etapa é identificar os pressupostos metodológicos na teoria da interpretação jurídica proposta por Sunstein e, ao longo do caminho, encontrar pistas sobre a leitura mais adequada de sua obra.

Ao passo que Dworkin colocou o centro de suas preocupações no esclarecimento dos desacordos entre os participantes da prática jurídica, Sunstein passou a buscar explicações para os consensos possíveis em situações de conflito político, especialmente por meio daquilo que chama de “acordos não completamente teorizados”.³⁵

O argumento dos “acordos não completamente teorizados” consiste em defender que pessoas com inclinações teóricas bastante distintas podem conseguir chegar em um acordo sobre o que fazer em um caso específico, desde que (i) concordem, ainda que por razões diferentes, que as consequências da decisão são boas; e (ii) resolvam “baixar a bola”, i.e., deixar em suspenso uma teorização completa sobre as razões mais abstratas que as levam a tomar tal decisão.³⁶

Essa forma de abordar o problema do conflito político, mediante uma estratégia conciliadora baseada em um “silêncio construtivo”, evidencia que o autor passou a desconfiar – ainda mais do que nos seus primeiros trabalhos – das teorias muito abstratas que tenham a pretensão de ser unitárias, coerentes e abrangentes. Em vez de integridade (conceito pelo qual Sunstein tinha alguma simpatia em seus primeiros trabalhos), o mote

³⁵ Em *Justice in Robes*, Dworkin sustenta que Sunstein foi se convertendo aos poucos a se tornar um antiteórico, DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006, pp. 66 e 272-273.

³⁶ SUNSTEIN, Cass R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York, Oxford University Press, 1996, p. 35-62.

de Sunstein é a humildade, sintetizado pela seguinte frase de Learned Hand: “o espírito da liberdade é um espírito que não tem muita certeza de que está certo”.³⁷

Essa premissa mais básica fica evidente no conjunto da obra do autor: após a análise de seus livros e artigos em teoria do direito e direito constitucional. Sunstein defende uma abordagem interpretativa que ele chama de “minimalismo judicial”³⁸ e, em outros momentos,³⁹⁻⁴⁰ discute as bases de uma versão do formalismo jurídico⁴¹ ao estilo de Frederick Schauer,⁴² baseada em razões institucionais⁴³. Por trás dessas propostas, há um

³⁷ LEARNED HAND, Billings. *The Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand*. New York: Irving Dilliard, 1952, p. 190: "The Spirit of liberty is the spirit which is not too sure that it is right."

³⁸ De acordo com o “minimalismo judicial”, os juízes devem sempre tomar pequenos passos e firmar os já mencionados “acordos não completamente teorizados”. Na terminologia de Sunstein, as decisões devem ser (i) estritas (*narrow*), no sentido de que seu conteúdo deve restringir-se ao suficiente para regular apenas o caso em disputa, em contraste com decisões amplas (*wide*) que impactariam outros casos que não são objeto da divergência; e (ii) rasas (*shallow*), no sentido de que devem evitar questões de princípio muito abstratas, em contraste com decisões profundas (*deep*) que teorizam suas razões até o limite. SUNSTEIN, Cass R., *One Case at a Time*, Judicial Minimalism on the Supreme Court, Harvard University Press, 1999, entre outras obras.

³⁹ SUNSTEIN, Cass. “Must Formalism be Defended Empirically?”, 66 U. CHI. L. REV. 636 1999.

⁴⁰ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian, “Interpretation and Institutions”, 101 MICH. L. REV. 885, 2002-2003: “We suggest that a formalist or textualist approach to statutes might be most plausibly defended, not by controversial claims about the Constitution or implausible claims about meaning, but through a suggestion that this approach might produce the most sensible system of law, given the institutions that we actually have. We are confident that the standard defenses of formalism based on first principles are very weak; the same can be said for many of the standard challenges to formalism, also based on first principles. We also urge that even if courts should follow the ordinary meaning of text, it is reasonable to suggest that administrative agencies need not, in part because agencies are specialists rather than generalists. Compared to courts, agencies are likely to have a good sense of whether a departure from formalism will seriously damage a regulatory scheme; hence it is appropriate to allow agencies a higher degree of interpretive flexibility.”

⁴¹ SUNSTEIN, Cass R. “Must Formalism be Defended Empirically?”, 66 U. CHI. L. REV. 636 1999, p. 3-4. Esse tipo de formalismo implica três compromissos: (i) com o cumprimento de todas as formalidades legais aplicáveis (ainda que não façam sentido no caso específico); (ii) com a limitação do direito às regras – rule-bound law (ainda que a aplicação da regra faça pouco sentido no caso particular); e (iii) com a limitação da discricionariedade dos juízes em casos particulares. Assim entendido, o formalismo é uma tentativa de tornar o direito (i) autônomo, no sentido de que o direito não dependerá de valores morais e políticos de determinados juízes; e (ii) dedutivo, no sentido de que os juízes decidirão os casos mecanicamente com base na lei preexistente, sem exercer um poder discricionário em casos particulares. O formalismo, portanto, é um modelo de interpretação voltado ao texto da lei pertinente, que exclui ou minimiza fontes extratextuais. Ele tende a favorecer participações judiciais que tomam a forma de regras amplas (*wide*), em vez de decisões estritas (*narrow*) em litígios particulares.

⁴² Schauer reconhece que as regras são potencialmente sobre ou subinclusivas em relação às suas considerações subjacentes, ou seja, as regras podem abranger mais ou menos situações do que deveriam abranger caso fosse examinada a sua intencionalidade. Um exemplo clássico de regra sobreinclusiva é a regra da Bolonha medieval que proibia que fosse derramado sangue nas ruas. O propósito da regra era reprimir os duelos, mas o seu texto abrangeria a situação de um médico que, ao socorrer um homem que teve um colapso na rua, causou o derramamento do seu sangue – situação esta nitidamente não abrangida pela intencionalidade subjacente à regra. Mesmo assim, Schauer sustenta que, via de regra, não se deve deixar de aplicar uma regra sempre que ela aponte para o resultado errado. Para ele, na maioria das vezes, faz sentido a escolha de aplicar a regra formal, mesmo com as suas falhas (de sobre e subinclusão). Isso porque o método formalista, se visto globalmente, seria mais apto a gerar resultados positivos do que um método alternativo, no qual as pessoas responsáveis pela tomada de decisões têm a prerrogativa de avaliar caso a caso as considerações subjacentes de todas as regras. Essa abordagem, portanto, sugere que a teoria da interpretação jurídica deve abrir mão da estratégia de se examinar as intencionalidades das normas caso a caso em favor de

fio condutor: a busca por uma solução que permita ao intérprete usar o mínimo possível de teorias abstratas complexas e mesmo assim produzir interpretações sensatas.

O que justifica a procura por essa alternativa sub-ótima são as questões empíricas de capacidade institucional, tais como: (i) custos de decisão; (ii) riscos de erro e custos de erro; (iii) limitações cognitivas, racionalidade limitada e consequências não planejadas; (iv) problemas democráticos de representatividade e isolamento dos juízes; (v) a falta de capacidade de processar os efeitos sistêmicos de suas decisões no ambiente institucional, entre outras questões.

Essas questões suscitam desafios. Como estabelecer a teoria da interpretação correta no contexto em que as capacidades institucionais importam? Sunstein apresenta o argumento da contingência: a correta teoria a ser adotada em um dado caso deve ser sempre contingente, de acordo com a configuração institucional verificada no contexto em que o intérprete se insere. Por exemplo, em um mundo onde as leis são ruins e juízes são excelentes, a teoria de Dworkin pode ser a correta. Já em outro mundo onde o sentido original literal publicamente aceito das leis fosse excelente, a teoria correta seria a de Antonin Scalia.⁴⁴ Para esse tipo de avaliação, sem dúvida a análise empírica importa. Mas ela não prescinde de uma análise qualitativa – como saber quem é bom, sem um critério sobre o que é bom? Essa discussão nos leva ao ponto central do debate: existe, para Sunstein, algum critério de correção?

No capítulo II, serão expostas algumas das premissas centrais da teoria do direito de Dworkin. Neste passo, em primeiro lugar, pretendo recapitular alguns pontos para indicar como a teoria do direito de Dworkiniana comporta – sem concessões metodológicas – considerações sobre capacidades institucionais dos intérpretes.

Em primeiro lugar, mostrarei que Dworkin desenvolveu sua teoria do direito a partir de uma crítica ao positivismo jurídico, segundo a qual esta corrente não explica os denominados “desacordos teóricos” no direito. Dworkin, portanto, formula uma teoria com o objetivo de sanar essa falha e explicar esses desacordos.

uma estratégia sub-ótima (second-best) que forneça mais segurança jurídica ao sistema como um todo. SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, 1998.

⁴³ SUNSTEIN, Cass R. “Must Formalism be Defended Empirically?”, 66 U. CHI. L. REV. 636 1999.

⁴⁴ Esse argumento é repetido em várias obras de Sunstein. Ver, por exemplo, SUNSTEIN, Cass R., *A Constitution of Many Minds*, p. 23-6.

A proposta de Dworkin é a seguinte: a prática jurídica é interpretativa. No contexto em que os participantes dessa prática discutem sobre o que o direito exige, proíbe ou permite em um determinado caso, o intérprete necessariamente atribui ao direito aquilo que Dworkin chama de “*point*”, i.e., o propósito, a intencionalidade, o sentido ou ponto necessariamente valorativo.⁴⁵ Assim, o conteúdo do direito (i.e., aquilo que o direito exige, proíbe ou permite) só pode ser estabelecido por meio de uma abordagem necessariamente valorativa, não podendo ser descrito de maneira neutra em relação a valores. O “*point*” atribuído pelo intérprete pressupõe alguma hipótese política que justifique porque a prática jurídica é valiosa e deve ser levada adiante.

Com o desenvolvimento da obra de Dworkin, sua proposta metodológica adquire uma dimensão maior. Dworkin pretende não só melhorar a nossa compreensão sobre o que fazemos quando nos engajamos na prática jurídica, mas também sobre o que os teóricos do direito fazem quando se engajam na produção de teorias destinadas a explicar o conceito de direito.⁴⁶ Essa discussão envolve não apenas avaliar os propósitos da prática jurídica, mas os propósitos da prática de teorizar sobre o direito. Para Dworkin, a produção teórica também envolve juízos de valor dos intérpretes acerca do “conceito de direito”.

Além disso, Dworkin defende a possibilidade de objetividade nos juízos de valor que fazemos sobre questões morais. Conforme será visto, essa análise é necessária para sustentar a plausibilidade do interpretativismo Dworkiniano, cujo critério de correção se baseia na argumentação moral. Sem objetividade nesse campo, não há como defender a determinação no direito.

Em um nível de discussão menos abstrato, Dworkin apresenta três concepções interpretativas de direito: o convencionalismo jurídico, o pragmatismo jurídico e o direito como integridade. Para tanto, estabelece um “*point*” genérico para o direito, que seria

⁴⁵ A tradução do termo “point” para a língua portuguesa é objeto de discussão. Vale aqui apontar que o Prof. Ronaldo Porto Macedo Jr. muitas vezes prefere não traduzi-la, tendo em vista o seu significado específico no contexto da obra de Dworkin. Quando a traduz, geralmente a utiliza o termo “intencionalidade”, com o complemento de que essa intencionalidade é sempre valorativa. O Prof. José Reinaldo da Lima Lopes, em minha banca de qualificação, sugeriu que “point” deveria ser traduzido como “sentido”, que é também a mesma escolha de Jefferson Luiz Camargo na tradução de *O Império do Direito* (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999). O termo também poderia ser traduzido como “propósito”, mas em todos os casos é cabível o complemento de que se trata de algo valorativo. Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin usa a expressão “package of purposes” para se referir à mesma ideia (ver p. 131). Com o único objetivo de indicar precisamente quanto estou falando do chamado “point” Dworkiniano, optei por usar apenas “point”.

⁴⁶ Ver Introdução de Dworkin em *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 1-35.

justificar a coerção estatal. Assim entendido, o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo problema: autorizam a coerção porque decorrem de decisões políticas anteriores do tipo adequado.

Cada uma dessas três concepções interpretativas mais específicas de direito fornecem justificativas para o elo entre direito e coerção explicando (ou negando, conforme o caso) a exigência de que o poder estatal atue somente em conformidade com os direitos e responsabilidades decorrentes de decisões anteriores.⁴⁷

O convencionalismo jurídico é uma releitura Dworkiniana do positivismo jurídico. Aqui, o positivismo deixa de ser uma teoria descritiva e neutra sobre o que é o direito e é traduzido para o interpretativismo Dworkiniano, sob a premissa (valorativa) de que o elo entre direito e coerção se justifica apenas por respeito aos valores de segurança e previsibilidade.

O pragmatismo jurídico, segundo Dworkin, é uma posição que nega a existência de direitos baseados em decisões políticas passadas e encoraja os juízes a julgarem de modo a produzir decisões que funcionem (i.e, que produzam boas consequências). O pragmatismo rejeita qualquer teorização mais completa sobre os direitos e sua justificação moral porque tal teorização é irrelevante para saber quais decisões funcionarão – nesse sentido, importam mais os dados empíricos, estes sim aptos a guiar melhor a busca por boas consequências.⁴⁸

Após criticar essas concepções interpretativas, Dworkin propõe sua própria concepção de direito, o “direito como integridade” e, mais especificamente, a teoria da adjudicação (*adjudication*) que dela decorre. Segundo esta, os juízes devem ver e aplicar o direito atendendo a uma coerência de princípio. Isso significa, por um lado, reconhecer que decisões passadas são vinculantes, mas também que as autoridades devem conceber o direito como um todo (em vez de um conjunto de decisões específicas tomadas uma a uma),⁴⁹ de forma que este expresse uma visão unitária e abrangente de justiça.⁵⁰ Em outras palavras: as autoridades, ao julgarem um caso, devem fazer uma avaliação de coerência, de

⁴⁷ Ver o Capítulo 3 da obra de Dworkin *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 87-113.

⁴⁸ Ver o Capítulo 5 da obra *Law's Empire*, p. 151-175.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, p. 167.

⁵⁰ *Idem. Ibidem*, p. 134 (sobre a coerência de princípio).

forma que a decisão a ser tomada seja coerente não só com as decisões institucionais passadas, mas também com os princípios morais que justificam tais decisões.

Em seguida, me dedico a avaliar se a teoria de Dworkin é aberta a eventuais considerações sobre questões empíricas envolvidas, entre elas as questões de capacidades institucionais dos juízes na tarefa de julgar com base em avaliações de coerência e princípios morais que justificam tais decisões. A aposta é que sim, considerando que o próprio trabalho de Dworkin na filosofia política indica sua capacidade de fazer ajustes teóricos em função de dados do mundo real.⁵¹

No capítulo III, pretendo detalhar os pontos de confronto direto entre Sunstein e Dworkin. Começo pelo debate publicado no *Arizona State Law Journal* em 1999, que se inicia com o ataque de Dworkin a Sunstein em *Elogio à Teoria*. Em seguida, analiso a réplica de Sunstein, que faz expressamente algumas concessões Dworkinianas, mas reitera que as divergências empíricas e institucionais permanecem. A tréplica de Dworkin reconhece espaço, em seu trabalho, para considerações empíricas do tipo sugerido por Sunstein, mas aponta alguns problemas na proposta de autolimitação dos juízes com base em questões de capacidade institucional.

Após sintetizar os principais pontos abordados no debate, prestarei a minha contribuição ao assunto. A leitura do conjunto da obra de Sunstein indica que o todo o seu trabalho foi, de fato, animado pelo espírito da liberdade de Learned Hand: um espírito que não tem muita certeza de que está certo. A sua obra indica também que, no fundo, o autor não discorda das premissas teóricas Dworkinianas: precisa apenas assumi-las com mais vigor. Sunstein parece levar a sério a ideia Dworkiniana de que a incerteza – no direito e na moralidade – não significa indeterminação. Respostas certas existem, mesmo quando não temos certeza sobre quais são elas. O desafio de Sunstein, lido como um Dworkiniano, é tentar produzir decisões corretas num mar de incertezas.

Os argumentos de Sunstein, assim entendidos, possuem uma atratividade indiscutível – eles nos chamam a atenção para o fato de que os juízes do mundo real enfrentam muitas dificuldades: (i) precisam tomar decisões importantes em tempo recorde; (ii) não têm tempo disponível para estudar filosofia; (iii) não são necessariamente pessoas

⁵¹ DWORGIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*. Jussara Simões (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 221-39. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Luís Carlos Borges (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 48-49.

brilhantes; (iv) precisam decidir sobre uma multiplicidade de assuntos, muitos deles de alta complexidade; (v) muitas vezes não podem contar com bons advogados no litígio para facilitar o reconhecimento dos pontos centrais do caso, e assim por diante. Mas esses argumentos realmente exigem uma mudança na teoria de Dworkin? A aposta é que os autores podem ser lidos de maneira complementar, sem prejuízos ao interpretativismo Dworkiniano, que é compatível com considerações institucionais.

A leitura Dworkiniana, no entanto, também expõe uma posição paradoxal ao recomendar um regime para os juízes baseado em uma hipotética incapacidade destes em compreender posições filosóficas complexas, cuja própria base é uma posição filosófica complexa. Dworkin duvida que Sunstein espere que esse argumento seja aceito de pronto pelos juízes: Sunstein deve pensar que os juízes são capazes, pelo menos, de chegar sozinhos a essa conclusão por méritos próprios. Para Dworkin, isso é como sugerir a alguém o seguinte: “escale o Monte Everest para chegar ao topo e perceber que não é bom em escaladas”.

Mesmo assim, a leitura complementar dos autores pode ser proveitosa na medida em que convida os profissionais do direito à autorreflexão sobre as próprias ambições intelectuais dentro dos papéis que exercem, sem deixá-los esquecer que essas ambições intelectuais são inafastáveis. Ela também nos convoca a examinar opiniões contrárias com respeito e consideração, mas nos lembra que se as opiniões são divergentes, alguém deve estar errado. Por fim, e talvez mais importante, também nos faz perceber que as questões de capacidade institucional, embora relevantes para a interpretação, são de maior relevância para a formatação institucional propriamente dita: processos de seleção de juízes, constituição de câmaras de julgamento especializadas em determinados assuntos, desenho de planos de carreira, programas de cursos de especialização e assim por diante. Dessa forma, um correto entendimento sobre o que é interpretação (um conceito interpretativo do começo ao fim (*all the way down*), como sugerem Dworkin e Sunstein, pode ser proveitoso para que teóricos preocupados com questões de capacidade institucional apresentem propostas de melhorias a instituições deficientes.

4. CONCLUSÃO

Este trabalho analisou o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin. Sunstein, apesar de confessadamente concordar com Dworkin em “quase tudo” sobre o que a justiça exige, sempre insistiu em discordar sobre “o caminho a ser seguido” pelos tribunais na interpretação jurídica.

Enquanto Dworkin desenvolveu uma abordagem que vê a prática jurídica como a continuação de uma grande teoria baseada em valores morais, Sunstein recomendava um caminho supostamente mais modesto, baseado em passos obtidos em acordos que pudessem ser alcançados por pessoas com convicções morais diversas. A escolha por esse caminho é justificada não só por razões institucionais, mas também por razões morais e políticas substantivas.

O autor criticou Dworkin vigorosamente por mais de duas décadas. Embora tenha abandonado algumas críticas ao longo do tempo, persistiu em uma objeção central. Segundo ela, a teoria Dworkiniana possui um “ponto cego”, a saber, a indiferença às capacidades institucionais e aos riscos de erro pelos intérpretes – especialmente os juízes – quando estes tentam se engajar em avaliações altamente abstratas sobre temas filosóficos complexos.

Compreender corretamente o conteúdo dessa crítica, no entanto, depende de uma análise do conjunto da obra de Sunstein. Apesar de sua teoria claramente compartilhar com Dworkin as teses daquilo que denominei de *interpretativismo jurídico genérico*, um ponto ficava obscuro na obra do autor. Sunstein sempre admitiu que toda teoria da interpretação envolve escolhas de método pelo intérprete, e essas escolhas devem ser justificadas em bases políticas. Mesmo assim, a interpretação não é um “vale tudo” para Sunstein, existindo certo e errado. Por outro lado, Sunstein pretende que os juízes procurem limitar suas ambições teóricas nessa inevitável tarefa de submeter as escolhas interpretativas à justificação política, e o caminho sugerido é a busca modesta por acordos incompletamente teorizados. Mas como entender essa reverência aos “acordos como um ideal regulatório”? Seria esse, no fundo, o seu critério de correção moral? Ou seria apenas um programa de interpretação (talvez incoerente) direcionado aos juízes que pretendem ser modestos ou que estão incertos sobre a correta teoria moral e política?

A depender da resposta, Sunstein poderia ser lido de duas maneiras: como um autor essencialmente pragmático (e incompatível com Dworkin) ou como um interpretativista ao modo Dworkiniano. Conforme o caso, os contornos da crítica baseada em capacidades institucionais seriam bem diferentes.

De acordo com a primeira leitura, o argumento do “ponto cego” levantado por Sunstein tem o objetivo de desqualificar todo o projeto teórico Dworkiniano, na medida em que o problema das capacidades institucionais seria tomado como fundamento para um tipo específico de ceticismo moral (uma espécie de “ceticismo interno global”, no vocabulário Dworkiniano), o que inutilizaria o critério de correção moral que embasa o interpretativismo Dworkiniano. Essa visão considera que o debate entre Sunstein e Dworkin seria um capítulo do debate entre Dworkin e os pragmatistas céticos.

Nos termos da segunda leitura, Sunstein não é um cético – na verdade, ele pressupõe um interpretativismo Dworkiniano e sua posição é complementar à obra de Dworkin, na medida em que propõe alguns esclarecimentos e ajustes específicos na teoria da adjudicação (*adjudication*).

Diante desses desafios, analisei algumas obras centrais de Sunstein com o objetivo de encontrar a chave adequada para sua leitura. Sua teoria da interpretação se mostrou quase idêntica à de Dworkin. De acordo com Sunstein, “não há nada que a interpretação apenas seja.” Qualquer estratégia interpretativa deve ser defendida com base em suas consequências, mas os juízes precisam de uma teoria para decidir quais consequências são boas. Os juízes inevitavelmente discordarão sobre a abordagem correta, mas em qualquer caso, cada uma das abordagens se baseia em algum pressuposto de moralidade política sobre o melhor sistema jurídico que resultará das escolhas feitas.

A distinção mais evidente é a ênfase de Sunstein na predisposição à tomada de decisões modestas quanto à abstração teórica, baseada nas ideias de custos de decisão e risco de erros, bem como em razões outras institucionais, morais e políticas – estas últimas não completamente discutidas pelo autor. A sua fundamentação política pode ser identificada apenas na concepção incompleta – como ele mesmo reconhece – de democracia deliberativa que defende em alguns textos, cujos fundamentos são os ideais do republicanismo liberal, que justificam uma defesa vigorosa dos direitos à participação no processo político: (i) a deliberação política; (ii) a cidadania; (iii) os acordos como um ideal

regulatório; e (iv) a igualdade política. Esses conceitos são abrangentes, mas, segundo Sunstein, possuem valor independente.

Entendo que essas premissas foram mantidas na obra de Sunstein mesmo após a formulação mais clara de sua defesa dos acordos incompletamente teorizados. A sua postura não-cética fica clara quando o autor reconhece que a referida predisposição à tendência mais modesta deve ser abandonada em circunstâncias específicas, que não dependem de consenso. Os casos paradigmáticos desse abandono, para Sunstein, são casos ligados à participação no processo político e à liberdade de expressão, mas não são os únicos. O autor também defende que o caso *Brown* foi decidido corretamente e não defende essa opinião apenas porque existe hoje um quase-consenso acadêmico sobre a correção dessa decisão. De acordo com o próprio Sunstein, é claro que essas conclusões levantam muitas questões e são elas mesmas carregadas de teoria. Esse ponto, ao meu ver, contribui para a leitura de Sunstein como um Dworkiniano, em vez de um pragmatista jurídico.

No capítulo II, analisei os principais pontos da teoria do direito de Dworkin. Conforme visto, na teoria de Dworkin o direito é compreendido como uma prática interpretativa. Assim, no contexto em que os participantes dessa prática discutem sobre o que o direito exige em um determinado caso, o conceito “direito” funciona como um conceito interpretativo, exigindo que o intérprete lhe atribua um “*point*”, (i.e., uma intencionalidade, sentido, ou propósito necessariamente valorativo).

Essas ideias são baseadas em algumas premissas centrais: (i) uma teoria da interpretação que é, em si mesma, também interpretativa e (ii) uma teoria sobre a objetividade nos juízos de valor que fazemos sobre questões morais. Conforme visto, toda essa análise é necessária para defender a plausibilidade do interpretativismo Dworkiniano, cujo critério de correção se baseia na argumentação moral. Sem objetividade nesse campo, não há como defender a determinação no direito.

Ao longo do texto, examinei a teoria da interpretação de Dworkin e sua defesa contra as posições céticas. Nesse tópico, além dos comentários (e críticas) sobre o ceticismo externo e interno, encontramos mais elementos para a chave de leitura de Sunstein, na medida em que este não se identifica com nenhuma das posições céticas descritas por Dworkin. Também é importante enfatizar a ideia de que a indeterminação não é uma posição a ser obtida por revelia (*default*). Em outras palavras, quando nenhuma das

respostas disponíveis parece ser correta, isso não é uma razão para acreditar que a questão é indeterminada. A posição a ser obtida por revelia é a incerteza, que é diferente da indeterminação. Podemos estar incertos sobre qual a resposta correta a uma questão, mas isso, por isso só, não significa que a resposta correta não existe. Para defender a indeterminação, é preciso defender argumentos substantivos.

Ao final do capítulo, examinei os pontos principais do direito como integridade e examinei se a obra de Dworkin teria mesmo um ponto cego ou seria aberta para considerações empíricas e para as questões sobre capacidades institucionais. O argumento que defendo, baseado em Stephen Guest, é que o conceito de integridade pode fornecer duas pistas para solucionar essa relação. Conforme sugere Guest, na teoria Dworkiniana o conceito de integridade é um “conceito corretivo”, que serve para construir um sistema judicial no qual os juízes podem barganhar uma concepção de justiça ideal por outros fatores do mundo real. O conceito de integridade, nesse sentido, incorpora a sensibilidade das teorias ajustadas ao mundo real. Isso indica que Dworkin nunca esteve em uma “torre de marfim”, incauto em relação aos problemas do mundo real. Ao meu ver, isso também indica que um juiz que adota a teoria do direito como integridade pode ser sensível a considerações institucionais.

Em seguida, examinei a segunda pista que o conceito de integridade pode nos dar quanto à relação entre a teoria Dworkiniana e a questão das capacidades institucionais. Ao final de *O Império do Direito*, Dworkin sugere uma distinção entre o conceito de integridade inclusivo – i.e., o conceito de integridade conforme aplicado no mundo real (sujeito a todas as barganhas e ajustes entre o ideal e o real) – e um conceito “puro” de integridade, que seria a integridade caso fosse aplicada fora das distorções do mundo institucional.

Ao meu ver, pensar no conceito puro de integridade – uma agenda não só para os juízes, mas para a comunidade como um todo – é importante para refletirmos acerca de quais decisões institucionais seriam necessárias para atingir a integridade pura. Ao meu ver, o conceito de integridade “pura” pode ser compreendido como uma convocação para que possamos avaliar questões de capacidade institucional com o objetivo de repensar os formatos institucionais vigentes. Nessa linha, a avaliação de erros institucionais pelos juízes – e nesse caso precisamos inevitavelmente ser transparentes quanto às hipóteses políticas que adotamos em tal tarefa – pode nos levar a pensar em questões como processos

de seleção de juízes, constituição de câmaras de julgamento especializadas em determinados assuntos, desenho de planos de carreira, composição de gabinetes, programas de cursos de especialização, estímulos à participação do *amicus curiae*, e assim por diante.

No capítulo III, examino os pontos de confronto direto entre Sunstein e Dworkin. Em o *Elogio à Teoria*, Dworkin conclui que a teoria de Sunstein é igual à dele. Há várias razões para isso. Em primeiro lugar, não é possível estabelecer uma limitação *ex ante* para eventuais ascensões teóricas dos juízes: cada ascensão teórica deve ser tão elevada quanto necessário para resolver a questão – um critério que é, portanto, *ex post*: só sabemos a hora de parar quando já terminamos. Além disso, a própria ideia de limitação da ampliação de escopo teórico de fundamentação da decisão já fazia parte, na obra de Dworkin, do conceito de prioridade local desenvolvido em *O Império do Direito*. Além disso, Dworkin também defende que o conceito de analogia de Sunstein é dependente de princípios que estabeleçam as bases da analogia. Por esses motivos, Dworkin conclui que o problema de Sunstein é confundir jurisdição com adjudicação: uma coisa é a responsabilidade que os juízes têm para dizer o que é o direito em um caso; outra coisa é o método que eles utilizam para isso. Se Sunstein tem receio de atribuir essa responsabilidade a juízes falíveis, deveria repensar a sua teoria da jurisdição: afinal, a tarefa de dizer o que é o direito é inevitavelmente integrada à teoria.

Para Dworkin, a postura antiteórica de Sunstein é um sintoma do apelo à modéstia no final do século XX, que foi um século de desastres ideológicos e tecnocráticos, que parece ser o oposto de vários vícios: (i) do racismo e sexismo, que pressupõem superioridade; (ii) das ambições dos metafísicos e formuladores de sistemas, que parecem arrogantes; e (iii) do elitismo dos intelectuais, que parecem não democráticos. No entanto, Dworkin considera uma armadilha confundir a postura antiteórica com a modéstia: a defesa de Sunstein da abstinência judicial, se fosse viável, não produziria resultados mais democráticos e sim a paralisia de um processo essencial para a democracia. Dworkin concorda que críticos estão corretos em afirmar que nem todos os juízes estão treinados em filosofia. No entanto, se os argumentos apresentados forem fundados, não há alternativa a não ser confrontar as questões que podem, às vezes, ser filosóficas. Juízes não podem ser avestruzes.

A réplica de Sunstein concorda com vários pontos do ataque de Dworkin. Sunstein concorda com a impossibilidade de se estabelecer uma barreira *ex ante* à ascensão teórica,

sugerindo apenas uma predisposição, em vez de uma barreira. Assim, Sunstein faz algumas concessões à posição Dworkiniana, mas reitera que as divergências empíricas e institucionais permanecem. Para Sunstein, a atenção às questões empíricas também são importantes e podem ser decisivas. Além disso, Sunstein entende que Dworkin é quem confunde jurisdição com adjudicação: o papel desempenhado pelos juízes, no ambiente institucional, é sim limitado. Para Sunstein, os juízes têm uma responsabilidade de considerar a “moralidade do papel que desempenham”, e isso envolve avaliar, por exemplo, os impactos que as suas decisões podem ter nos canais de discussão democrática.

A réplica de Dworkin reconhece espaço, em seu trabalho, para considerações empíricas do tipo sugerido por Sunstein. Dworkin reconhece que questões do mundo real podem nos obrigar a rever nossas avaliações teóricas. Mesmo assim, isso não significa que os fatos, sozinhos, poderão nos indicar o que é melhor a ser feito.

Por fim, Dworkin examina o que realmente Sunstein quer dizer com o seu argumento de que os juízes devem limitar os seus esforços teóricos com base em questões de capacidade institucional.

De acordo com Dworkin, se o argumento de Sunstein for entendido como um argumento jurisdicional, a sua proposta conduziria à situação de os juízes chegarem a reconhecer que um direito existe, mas deixarem de aplicá-lo efetivamente em virtude de limitações institucionais. Isso levaria à tese de que podem existir direitos subgarantidos (*underenforced*). Dworkin entende que essa visão não se ajusta à prática jurídica, mas enfatiza que está discutindo apenas argumentos interpretativos. Desse modo, Sunstein e Dworkin estariam falando sobre temas diferentes.

Por outro lado, se o argumento for entendido como interpretativo, ele seria paradoxal. Isso porque recomenda um regime para os juízes baseado em uma hipotética incapacidade destes em compreender posições filosóficas complexas, cuja própria base é uma posição filosófica complexa. Dworkin duvida que Sunstein espere que esse argumento seja aceito de pronto pelos juízes: Sunstein deve pensar que os juízes são capazes, ao menos, de chegar sozinhos a essa conclusão. Para Dworkin, isso é como sugerir a alguém o seguinte: “escale o Monte Everest para chegar ao topo e perceber que não é bom em escaladas”.

Isso leva Dworkin a cogitar uma leitura pragmatista de Sunstein. Para Dworkin, Sunstein diz muito pouco sobre a postura moral geral que impulsiona suas opiniões mais concretas. Ele coloca um prêmio muito elevado no consenso, mas não defende que o consenso constitui verdade ou justiça – por isso, permanece na ambiguidade sobre quando o acordo é desejável e quando ele está fora de questão. Essa suposição ajudaria a explicar porque, para Sunstein, nenhum grande dano ocorre se os tribunais adiarem o reconhecimento de direitos constitucionais por décadas, em benefício de um processo cuidadoso, devagar e progressivamente mais bem informado. Para um consequencialista de direitos superficiais, o custo da espera do reconhecimento de direitos que são posteriormente declarados é apenas uma variável instrumental, que pode ser facilmente superada pelo valor da informação adicional adquirida.

Para Dworkin, essa abordagem é claramente errada: qualquer um que pensa que os direitos constitucionais têm importância moral independente terá uma visão muito diferente de atraso constitucional ou erro. Para alguém que leva os direitos constitucionais a sério dessa forma, cada vez que um direito constitucional tenha sido negado, isso conta como um caso distinto do dano moral grande e inextinguível.

Entendo que a crítica acima é pertinente para a leitura de Sunstein como um pragmatista. Mas é preciso destacar que boa parte da postura moral substantiva de Sunstein pode ser identificada por uma análise do conjunto de sua obra. Ela contém um indicativo de que Sunstein não é um cético quanto aos direitos. O “pacote de direitos” que Sunstein extrai do material jurídico – um exercício que é interpretativo – não é exatamente o mesmo extraído por Dworkin. Mas isso não significa que Sunstein seja um cético.

Por todas essas razões, considero que Sunstein é melhor lido como um Dworkiniano. Mas qual o proveito dessa leitura? Acredito que a leitura complementar dos autores pode ser proveitosa na medida em que convida os profissionais do direito à autorreflexão sobre as próprias ambições intelectuais dentro dos papéis que exercem, sem deixá-los esquecer que essas ambições intelectuais são inafastáveis. Ela também nos convoca a examinar opiniões contrárias com respeito e consideração. Em todo caso, ela nos lembra que se as opiniões são divergentes, alguém deve estar errado. Por fim, e mais importante, também nos faz perceber que as questões de capacidade institucional são importantes para toda a comunidade: o caráter interpretativo da interpretação judicial é um ingrediente importante a ser levado em conta na formatação das instituições. Acredito que

os profissionais (no meio acadêmico ou fora dele) que estão pensando em questões como processos de seleção de juízes, constituição de câmaras de julgamento especializadas em determinados assuntos, desenho de planos de carreira, programas de cursos de especialização e assim por diante, podem se beneficiar do diálogo entre Sunstein e Dworkin, se ambos forem lidos como interpretativistas Dworkinianos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDER, Larry. *The Constitution as Law*. In: Constitutional Commentary. University of Minnesota Law School, n. 1, v. 6, winter, 1989. p. 103-113.
- ALMEIDA, Danilo dos Santos. Uma Crítica ao interpretativismo de Ronald Dworkin a partir do realismo pragmático de Hilary Putnam. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pos-Graduação em Direito. Florianópolis, 2011.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 13ª ed. São Paulo: Renovar, 2012.
- BORK, Robert H. *The tempting of America*. New York: Free Press, 1997.
- CALABRESI, G. *Being Honest About Being Honest Agents*. Faculty Scholarship Series. Paper 2117, 2010. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2117. Acesso em: 04 jan 2015.
- COLEMAN, Jules (org.). *Hart's Postscript: essays on the postscript to the Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001.
- DICKSON, Julie. *Interpretation and Coherence in Legal Reasoning*. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed. Edward N. Zalta, 2014. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/legal-reas-interpret>. Acesso em: 02 jan 2015.
- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- _____. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- _____. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- _____. O Império do Direito. Jefferson Luiz Camargo (trad.). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- _____. *Looking for Cass Sunstein*. New York: New York Review of Books, n. 56, n.7, 30 abr. 2009.

- _____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- _____. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*. Jussara Simões (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Elogio à Teoria*. In: *Revista do Direito do Estado*, ano 6, nº 21, jan/dez 2011, p. 59-82.
- _____. *Social Rules and Legal Theory*. 81 *Yale Law Journal* 855, 1972.
- _____. *The Model of Rules*. *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, nº 1, 1967, p. 14-46. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1598947?sid=21105556497553&uid=3737664&uid=4&uid=2>>. Acesso em 3 jan 2015.
- _____. *Law as Interpretation*. *Texas Law Review*, Vol. 60, 1982.
- _____. *Objectivity and truth: You'd better believe it*. *Philosophy and Public Affairs*. Spring, 1996
- EASTERBROOK, F. H. *Formalism, Functionalism, Ignorance, Judges*. 22 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 13, 1998.
- _____. *Statutes' Domains*. 50 *University of Chicago Law Review*, 1983, p. 533-551.
- _____. *Legal Interpretation and the Power of Interpretation*. 7 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 87, 1984.
- _____. *Judges as Honest Agents*. 33 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 915, 2010.
- _____. *In Praise of Theory*. 29 *Ariz. St. L.J.*, 353, 1997.
- _____. *Legal Interpretation*, no prelo.
- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- ESKRIDGE, JR., W. N. *Dynamic Statutory Interpretation*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1994.

- FARBER, D.A.; FRICKEY, P. *Law and Public Choice: A Critical Introduction*. Chicago, Ill.: University of Chicago Press, 1991.
- FISH, Stanley. *Theory Minimalism*. San Diego Law Review, Vol 37, 2000.
- _____. *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham, NC: Duke UP, 1989.
- _____. *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*. Cambridge, MA: Harvard UP, 1980.
- _____. *Working on the chain gaing: Interpretation in the Law and in Literary Criticism Critical Inquiry*. Vol. 9, nº. 1, In: *The Politics of Interpretation*, 1982, pp. 201-216.
- FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *Invalidez das deliberações de Assembleia das S/A*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Luís Carlos Borges (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HERDY, Rachel. O pragmatismo jurídico ‘levado a sério’. In: Boletim CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, out/nov 2008, p. 15-23. Disponível em: <http://cedes.iuperj.br>. Acesso em 03 jan 2015.
- KOMESAR, Neil K. *Taking Institutions Seriously: Introduction to a Strategy for Constitutional Analysis*. University of Chicago Law Review, vol. 51, 1984.
- LEARNED HAND, Billings. *The Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand*. New York: Knopf, Irving Dilliard, 1952.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. Quem interpreta o direito no sistema constitucional: a questão do século XIX. Cadernos Direito GV, São Paulo, v. 6, n. 3, p. 75-86, 2009.
- LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas: comentários à lei*, v. III. São Paulo: Renovar, 2012.
- MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

_____. *Rhetoric and The Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. *Institutions of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MACEDO JUNIOR, R. P. Como levar Ronald Dworkin a sério e como fotografar um Porco-Espinho em movimento, In: João Maurício Adeodato; Eduardo C.B. Bittar. (Org.), *Filosofia e Teoria do Direito: Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011, v. 1, p. 1037-1048.

_____. BARBIERI, C. H. C.. (Org.), *Direito e interpretação: Racionalidades e Instituições*, 1 ed., São Paulo, Saraiva, 2011, v. 1.

_____. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, publicada como MACEDO JUNIOR, R. P. *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: PÁDUA LIMA, Maria Lucia (Org.). *Direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 260-281.

MARMOR, Andrei. *Law and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

_____. *How Law is Like Chess*. USC Law Legal Studies Paper No. 06-7, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=897313> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.897313>

_____. *Social Conventions: From Language to Law*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2009.

_____. “Conventions Revisited”: *A Reply to Critics*. 2(2) *Jurisprudence*, 493, 2011.

_____. *Coherence, Holism, and Interpretation: The Epistemic Foundations of Dworkin's Legal Theory*. In: 10 *Law and Philosophy* 383, 1991.

_____. *Legal Conventionalism*. In: COLEMAN, J. (org.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

- MARQUES, Bruno Garrote. Objetividade e interpretação o debate entre R. Dworkin e S. Fish. Barbosa, Samuel Rodrigues (orient). Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.
- MENDES, Conrado Hübner. *Is it All About the Last Word? Deliberative Separation of Powers*. 1 (July 1, 2009). *Legisprudence*, Vol. 3, No. 1, p. 69-110, 2009. Disponível no SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1911822>>. Acesso em 05 jan 2015.
- MICHELON Jr., Cláudio Fortunato. Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MOORE, Michael S. *The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?* In: *Stanford Law Review*. Vol. 41, Nº 4. Toronto: Faculty of Law, University of Toronto, 1988.
- PATTERSON, Dennis. *Wittgenstein on Understanding and Interpretation (Comments on the Work of Thomas Morawetz)*. *Philosophical Investigations*, Vol. 29, Nº 2, Abril 2006. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877284. Acesso em 02 jan 2015.
- PECZENIK, A. *Coherence, Truth and Rightness in the Law*. In: *Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*. Ed. Patrick Nerhot, 1990, p. 275-309.
- POSNER, R. A. *The Problem of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1990.
- _____. *The Problematics of Moral and Legal Theory*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1999.
- _____. *Conceptions of legal “theory”*: A response to Ronald Dworkin. 29 *Arizona State Law Journal*, 377, 1997. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5749&context=journal_articles. Acesso em: 04 jan 2015.
- _____. *The Institutional Dimensions of Statutory and Constitutional Interpretation*. 101 *Michigan Law Review*, 952, 2003.

- POSTEMA, G.J.A. *Treatise of Legal Philosophy And General Jurisprudence, Volume 11: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. Berlin: Springer, 2011.
- RABKIN, Jeremy. *Judicial Compulsions: How Public Law Distorts Public Policy*. New York: Basic Books, 1989.
- RAZ, J. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- _____. *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- _____. Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison. *Legal Theory*. Oxford, v. 4, n. 3, 1998, p. 249-282.
- _____. Dworkin: A New Link in the Chain, 74 *Cal. L. Rev.* 1103, 1986, p. 1.103-1.119. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol74/iss3/15>. Acesso em: 03 jan 2015.
- ROSMAN, Luiz Alberto Colonna; BULHÕES-ARIEIRA, Bernardo. Prazo prescricionais em espécie. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coords.). *Direito das Companhias, Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RUBIN, Edward L. *The New Legal Process: the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions*. 109 *Harvard Law Review*, 1393, 1996.
- SALOMÃO Filho, Calixto, *Direito Concorrencial – As Condutas*, 1ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003.
- SCALIA, Antonin. *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*. *Duke Law Journal*, v. 1989, Issue 3, 1989, p. 511-521.
- SCHAUER, F. *Formalism*. *Yale Law Journal*, nº 97, p. 509-548, 1988.
- _____. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- _____. *The Convergence of Rules and Standards*. *New Zealand Law Review*, p. 303-28, 2003.

- _____. *Imposing Rules*. 42 *University of San Diego Law Rev.* 85, 2005.
- _____. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Abuso do Poder Econômico e (I)Legitimidade. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 95, 1994.
- SHAPIRO, Scott J. *The "Hart-Dworkin" Debate: a Short Guide for the Perplexed*. University of Michigan Public Law Working Paper, nº 7, 2007. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em 04 jan 2015.
- _____. *What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?* In: ADLER, M., HIMMA K. (orgs.). *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford University Press, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1304645>. Acesso em 02 jan 2015.
- STAVROPOULOS, Nicos. *Legal Interpretivism*. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed. Edward N. Zalta, 2014. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist>. Acesso em 02 jan 2015.
- STRUCHINER, N. Para Falar de Regras: O positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005.
- _____. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A Dignidade (Contingente) do Formalismo Jurídico. In: SARMENTO, D (org.) *Teorias Contemporâneas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- SULLIVAN, Michael. *Legal Pragmatism: Community, Rights, and Democracy*. Indiana: Indiana University Press, 2007.
- SUNSTEIN, C. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton University Press, 2009.
- _____. *Are Judges Political? An Empirical Investigation of the Federal Judiciary*. Brookings Institution Press, 2006, with David Schkade, Lisa Ellman, and Andres Sawicki.

- _____. *The Second Bill of Rights: Franklin Delano Roosevelt's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. Basic Books, 2006.
- _____. *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*. Basic Books, 2005.
- _____. *Why Societies Need Dissent*. Harvard University Press, 2003.
- _____. *One Case At A Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, 1999.
- _____. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.
- _____. *The Partial Constitution*. Harvard University Press, 1993
- _____. *The Bill of Rights and the Modern State*. University of Chicago Press, 1992.
- _____. *Trimming*. 122 *Harvard Law Review* 1049, 2009.
- _____. *The Myth of the Balanced Court*. 18 *The American Prospect* 28 September, 2007.
- _____. *Minimalists vs. Visionaries*. In: *WashingtonPost.com*, June 28, 2007.
- _____. *Second-Order Perfectionism*. 75 *Fordham Law Review* 2867, 2007.
- _____. *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*. 74 *Social Research* 1, 2007.
- _____. *The Real Judicial Activists*. *The American Prospect*, 9, January 2007 with Thomas Miles.
- _____. *Problems With Minimalism*. 58 *Stanford Law Review* 1899, 2006.
- _____. *Burkean Minimalism*. 105 *Michigan Law Review* 353, 2006.
- _____. *Correspondence: Testing Minimalism: A Reply*. 104 *Michigan Law Review* 123, 2005.
- _____. *Minimalism at War*. In: *Supreme Court Review*, 47, 2004.

_____. *Interpretive Theory in Its Infancy: A Reply to Posner*. In: 101 *Michigan Law Review* 972, 2003.

_____. *An Incompletely Theorized Conviction*. *Harvard Law Review*, 1999.

_____. *Must Formalism Be Defended Empirically?* *University of Chicago Law Review*, 1999. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=155435>>. Acesso em 04 jan 2015.

_____. *Foreword: Leaving Things Undecided*. *Harvard Law Review*, 1996.

_____. *Incompletely Theorized Agreements*. *Harvard Law Review*, 1995.

_____. *Political Conflicts and Legal Agreements*. The Tanner Lectures in Human Values, 1996.

_____. “*Neutrality in Constitutional Law*” with special reference to pornography, abortion, and surrogacy. 92 *Columbia L. Rev.*, 1992.

_____. *Verdicts and Virtues*. The New Republic. May 22, 2006.

_____. *The Most Important Legal Philosopher of Our Time*. Bloomberg View, 2013. Disponível em: <http://www.bloomberg.com/news/2013-02-15/the-most-important-legal-philosopher-of-our-time.html>. Acesso em 02 jan 2015.

_____. *Legality*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge: 2011.

_____. *Six Theses on Interpretation*. In: *Constitutional Commentary*. University of Minnesota Law School, n. 1, v. 6, 1989, p. 91-96. Disponível em: University of Minnesota Digital Conservancy, <http://hdl.handle.net/11299/165127> . Acesso em 03 jan 2015.

_____. *Democracy and the Problem of Free Speech*. Free Press – University of Virginia, 1993.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, A. *Interpretive Theory in its Infancy: A reply to Posner*. 101 *Michigan Law Review*, 972, 2003.

_____. *Interpretation and Institutions*. 101 *Michigan Law Review*, 885, 2003.

VERMEULE, A. *Interpretation and Institutions*. 101 *Michigan Law Review* 885, 2003.

- _____. *Three Strategies of Interpretation*. 42 San Diego Law Review 607, 2005.
- _____. *Submajority Rules: Forcing Accountability upon Majorities*. 13 Journal Of Political Philosophy 74, 2005.
- _____. *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2006.
- _____. *Law and the Limits of Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- VERNICARO, Loiane Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização democrática política: uma análise à luz do contexto brasileiro. In: Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 13, n. 101, out/2011-jan/2012, p. 445-488.
- WALUCHOW, W. *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- WELLMAN, Vincent A. *Dworkin and the Legal Process Tradition: The Legacy of Hart and Sacks*. 29 ARIZ. L. REV. 413, 1987.
- WEST, Robin. *Are There Nothing But Texts in This Class? Interpreting the Interpretive Turns in Legal Thought*. In: Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. Paper 269, 2000. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/269>. Acesso em 03 jan 2015.