

Interpretação Constitucional: entre dinâmica e integridade

Constitutional Interpretation: between dynamic and integrity

Clèmerson Merlin Clève

Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Bruno Meneses Lorenzetto

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Resumo: O presente artigo trata da interpretação constitucional a partir de duas teorias normativas da jurisdição: de um lado, a proposta do direito como integridade, de Ronald Dworkin; do outro, a perspectiva dinâmica da interpretação, de William Eskridge. As teorias são apresentadas como indicativos para o debate sobre quem possui melhores condições para tomar decisões a respeito de casos difíceis. Por isso, o artigo indica algumas mudanças que ocorreram na jurisdição constitucional nos últimos tempos, apresenta aspectos essenciais das duas teorias em foco e traça pontos em comum e distanciamentos entre a vertente dinâmica e teoria do direito como integridade.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Dinâmica. Integridade.

Abstract: This article talks about the constitutional interpretation from the perspective of two normative theories of jurisdiction: on one hand, Ronald Dworkin's law as integrity; on the other, William Eskridge's dynamic statutory interpretation. The theories are presented as indications for the debate about who has the best conditions to make decisions on hard cases. Therefore, the article points out some changes that occurred lately on the constitutional jurisdiction, presents key aspects of the theories in focus and outlines commonalities and differences between the dynamic statutory interpretation and the theory of law as integrity.

Keywords: Constitutional Interpretation. Dynamic. Integrity.

Recebido em: 15/10/2015

Revisado em: 23/11/2015

Aprovado em: 09/03/2016

1 Introdução

A indagação que procura determinar quem ou, alternativamente, qual instituição possui melhores condições para tomar decisões sobre casos difíceis não é uma novidade teórica. A disputa sobre qual o papel adequado para cada um dos Poderes e os limites e capacidades que lhes devem ser atribuídos já havia sido elencada no rol de aspectos determinantes do Estado moderno. Não obstante, diferentes respostas normativas foram fornecidas no bojo do paradigma moderno no que tange ao arranjo institucional adequado entre os Poderes e, como consequência, quem teria melhores condições para a realização de interpretações constitucionais.

Procura-se, com isso, definir qual a maneira mais adequada de ler, compreender e aplicar os textos de uma Constituição. Um dos motivos pelos quais tal atividade passou a ser reconhecida como fundamental no plano das tensões entre os Poderes repousa na ampliação das funções outorgadas ao Judiciário nas últimas décadas em países democráticos.¹ No cenário brasileiro, tais discussões possuem relevância na consolidação e no desembaraçar das diferentes perspectivas teóricas que são utilizadas para justificar a prática da jurisdição constitucional.

Por isso, o artigo relaciona duas teorias interpretativas normativas: a que propõe a leitura do direito como integridade, de Ronald Dworkin e a teoria interpretativa dinâmica, de William N. Eskridge. Justifica-se a escolha dos referidos autores, pois, de uma parte, tem-se um teórico cuja obra se encontra disseminada na academia e nas cortes nacionais e, da outra parte, realiza-se um diálogo com uma teoria ainda pouco conhecida e investigada no Brasil. A última apresenta potencial para contribuir para a formulação de um conjunto de instrumentais conceituais, os quais podem incrementar a “caixa de ferramentas” da hermenêutica constitucional.

¹ Ran Hirschl (2004) explica as diferentes formas de compreender como o Judiciário passou a ser um poder de grande relevância através da constitucionalização em diferentes lugares do mundo, fenômeno que trata como “global”. “The hegemonic preservation thesis may help us understand judicial empowerment through constitutionalization as part of a broader trend whereby crucial policy-making functions are increasingly insulated from majoritarian control. As we have seen, the world seems to have been seized by a craze for constitutionalization and judicial review. The transformation of judicial institutions into major political actors has not been limited to the national level; [...]” (HIRSCHL, 2004. p. 105).

O artigo versa, assim, sobre formulações teóricas que procuram apontar quais critérios deveriam guiar a busca por uma interpretação constitucional adequada. Para tanto, argumenta sobre conceitos referentes às mudanças nas formas de interpretação, expressas na teoria de Ludwig Wittgenstein e também a repercussão do “giro linguístico” na determinação do sentido da Constituição. Na sequência, a dicotomia entre interpretativistas e não interpretativistas é recordada e utilizada como aporte inicial para a exposição das duas teorias supramencionadas. Nas considerações finais são estabelecidos pontos de conexão entre as propostas de Eskridge e Dworkin.

A metodologia empregada para a confecção do artigo pautou-se na investigação de documentos doutrinários, de precedentes e de normas. Tais elementos serviram de suporte para as considerações formuladas sobre o tema investigado. Logo, a revisão bibliográfica que será realizada, busca analisar duas teorias normativas que procuram responder à hipótese de investigação do trabalho, qual seja: qual é a autoridade com melhores condições para solucionar casos difíceis?

2 Jogos de Linguagem

Superada a noção de que o sentido dos textos emana apenas de um lugar específico ou que há uma relação necessária entre os objetos designados e seus respectivos “nomes próprios”, passou-se a refletir sobre como textos normativos conformadores de sistemas jurídicos são dependentes da produção de sentido por seus intérpretes. Dessa maneira, os diferentes modos pelos quais se faz possível realizar a construção semântica encontra, no âmbito jurídico, respaldo na orientação que determina a fundamentação das sentenças, a apresentação de razões por seus intérpretes com a finalidade de comunicar suas decisões para que estas possam ser compreendidas por seus destinatários.²

² “Esses conteúdos de sentido, em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários.” (ÁVILA, 2004. p. 16).

Não existe norma que esteja distanciada da operação hermenêutica. A produção de normas e de seus sentidos são atividades que precisam da interpretação, ou seja, para que possam ter força normativa, força de lei, elas demandam alguém com autoridade para dizer qual é a lei para a situação em disputa. Disso se depreende que os dispositivos que serão interpretados, em princípio, terão como resultado uma norma.

Porém, não há uma necessária correspondência entre norma e seus dispositivos (ÁVILA, 2004, p. 22). Essa análise permite afastar a falsa imagem que determina uma relação simultânea entre texto e norma, pois, nem sempre a norma é derivada de um “texto”, assim como nem sempre é possível derivar uma norma de um texto.³

Destarte, entende-se que a elaboração de sentidos por meio da interpretação não corresponde à defesa da *inexistência* de sentidos estabelecidos antes do processo hermenêutico. Tal inferência é realizada em face da distinção entre os diversos *usos* da linguagem, mas também, dos limites existentes no que tange à orientação do emprego adequado dos meios comunicativos.

Wittgenstein (1986), ao tratar dos jogos de linguagem, procurou romper com o entendimento de que cada palavra corresponderia a um dado objeto específico. Logo, propôs uma diferenciação entre o “portador do nome” e “significado do nome”, pois o significado não dependeria da

³ “Em alguns casos há norma mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico. Em outros casos há dispositivo mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma. Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma.” (ÁVILA, 2004, p. 22). Em termos análogos é possível observar a mesma questão na seguinte afirmação de Laurence Tribe (2008, p. 87-88): “Like *McCulloch v. Maryland*, and in a manner reminiscent even of the Gettysburg Address, our hypothetical case would undoubtedly be governed by a defining principle drawn from the invisible Constitution: the principle that ours is a ‘government of the people, by the people, for the people.’ [...] Why? Where does the constitutional status of that simple idea come from? There are a few textual points reflecting it, but examining them merely confirms that the broad principle at issue here cannot be extracted from the text alone but must instead be interpolated from features of the Constitution that remain invisible.” (TRIBE, 2008, p. 87-88).

existência de seu portador.⁴ Além disso, enfatizou a importância do uso, do aspecto pragmático da linguagem,⁵ o qual se realiza diante de uma correção, perante um conjunto de regras mínimas para a utilização apropriada de expressões linguísticas.⁶

Na formulação dos *jogos de linguagem*,⁷ Wittgenstein argumenta que os atos intencionais que outorgam significado não são essenciais para a compreensão da linguagem. Por isso, a busca deveria ser voltada para a variedade de circunstâncias em que os signos linguísticos são submetidos.⁸ O fato de que eles são parte de uma atividade orientada não leva necessariamente a uma definição de um sistema de regras para cada jogo de linguagem específico, mas indica o caráter convencional dessa atividade humana.

⁴ Em termos jurídicos a questão pode ser elucidada da seguinte maneira: “Quando cada governante morre, o seu trabalho legislativo sobrevive-lhe, porque assenta no fundamento de uma regra geral que gerações sucessivas na sociedade continuaram a respeitar, em relação a cada legislador, fosse qual fosse a época em que houvesse vivido.” (HART, 2007, p. 72).

⁵ “Mas se tivéssemos de mencionar o que anima o signo, diríamos que é a sua *utilização*.” (WITTGENSTEIN, 1992, p. 30).

⁶ Ver a diferença entre gramática superficial e profunda apresentada por Wittgenstein (1986, p. 168).

⁷ “I Will call these game ‘language-games’ and will sometimes speal of a primitive language as a language-game. And the processes of naming the stones and of repeating words after someone might also be called language-games. Think of much of the use of words in games like ring-a-ring-a-roses. I shall also call the whole, consisting of language and the actions into which it is woven, the ‘language-game’.” (WITTGENSTEIN, 1986, p. 5). “A expressão ‘jogo de linguagem’ não surge por acaso. O aspecto sob o qual Wittgenstein contempla a linguagem leva, quase que necessariamente, à comparação da linguagem como um jogo complicado como, por exemplo, o xadrez. Sob múltiplos aspectos, a analogia evidencia-se frutífera. Antes de tudo, é o *ponto de vista operativo* que aparece em primeiro plano, para Wittgenstein. A realização de um jogo consiste em determinado *operar com figuras de jogo*: a concretização da linguagem na condição de um jogo de linguagem consiste em um *operar com palavras e frases*.” (STEGMÜLLER, 2012, p. 418).

⁸ “Think of the tools in a tool-box: there is a hammer, pliers, a saw, a screw-driver, a rule, a glue-pot, glue, nails and screws. The functions of words are as diverse as the functions of these objects.” (WITTGENSTEIN, 1986, p. 6).

Ao invés de propor uma forma geral de proposições comunicativas e para a própria linguagem, ou identificar algo comum àquilo tudo que pode ser designado como linguagem, Wittgenstein enfatizou que tais fenômenos são relacionados entre si de modos díspares e que não há uma definição da “essência” do jogo.⁹

O que pode ser objeto de análise é o resultado de uma trama complexa de semelhanças sobrepostas e cruzadas em certos casos, sejam estas semelhanças genéricas ou referentes a detalhes (WITTGENSTEIN, 1986, p. 32). Se as *similaridades de família* reafirmam a falta de fronteiras para a linguagem, ao mesmo tempo demandam a criação de certos limites.¹⁰ Logo, as regras gramaticais não conformam apenas instruções para o uso correto da língua, expressando, também, as normas de uma linguagem que produz sentido, de uma linguagem significativa.

A gramática, para Wittgenstein (1986, p. 11), não se situa no plano abstrato, substanciando, antes, uma atividade humana regular em que jogos de linguagem são intercalados, os quais enfatizam o fato de que a linguagem é uma atividade, faz parte de uma *forma de vida*. Nesse sentido, a tarefa hermenêutica não conforma uma produção unilateral de sentidos, antes reafirma uma semântica que já se encontra em operação em uma comunidade discursiva, apresentando-se como fruto de convenções sociais¹¹.

O conjunto de reformulações engendradas pelo “giro linguístico” reverberou no plano jurídico. Deriva daí a compreensão de que as teorias

⁹ “For if you look at them you will not see something that is common to *all*, but similarities, relationships, and a whole series of them at that.” (WITTGENSTEIN, 1986, p. 31).

¹⁰ “What still counts as a game and what no longer does? Can you give the boundary? No. You can *draw* one; for none has so far been drawn. (But that never troubled you before when you used the word ‘game’).” (WITTGENSTEIN, 1986, p. 33). No mesmo sentido afirma Herbert Hart (2007, p. 20): “Muito frequentemente o uso comum, ou mesmo técnico, de um termo é bastante ‘aberto’, na medida em que não *proíbe* a extensão do termo a casos em que apenas algumas das características normalmente concomitantes estão presentes”.

¹¹ Em sintonia com tal compreensão afirma Hart que: “[...] os tribunais não consideram as regras jurídicas como predições, mas antes como padrões a seguir na decisão, suficientemente determinados, apesar da sua textura aberta, para limitar o seu carácter discricionário, embora sem o excluir. (HART, 2007, p. 161).

da interpretação formam parte determinante da produção constitucional (HART, 1983). Afastadas as antigas visões idealizadas do papel dos intérpretes do texto como agentes isentos de vontade – os quais poderiam apenas aplicar o conjunto de decisões formadas no âmbito político, do qual eles não seriam participantes ativos –, passou-se a projetar formas distintas de enunciar maneiras adequadas de formulação das decisões.

3 Interpretação Constitucional

A interpretação constitucional, em tais circunstâncias, ganhou relevo diante de um plexo de fatores políticos e históricos que dispuseram a Constituição como norma suprema. A elevação da Carta Magna à condição de teto e fundamento do ordenamento jurídico foi acompanhada pela maior atenção às atividades daqueles que tinham como dever, “guardar” ou “proteger” a Constituição (KELSEN, 2007).

Diante da importância conferida a tal atividade, colige-se a especificidade do papel que a Constituição passou a ocupar, compreendida como fonte normativa em sua integralidade, diante da existência de um conjunto de normas que não autoevidentes ou autoexecutáveis e que não podem ser submetidas a uma simples subsunção. Como analisa Wojciech Sadurski, foi o exemplo da Constituição dos Estados Unidos que convenceu os europeus de que a Constituição não podia ser deixada apenas para ser aplicada no âmbito político, já que demandava a criação de instrumentos legais para confirmar, no plano da aplicação, sua supremacia. A ideia de que uma instituição jurídica deveria ter autoridade para garantir a supremacia constitucional foi, por muito tempo, um anátema no continente europeu¹² (SADURSKI, 2011).

¹² No mesmo sentido: “[...] pode-se afirmar que, até meados do século XX, no modelo hegemônico na Europa continental e em outros países filiados ao sistema jurídico romano-germânico, a regulação da vida social gravitava em torno das leis editadas pelos parlamentos, com destaque para os códigos. A premissa política subjacente a esta concepção era a de que o Poder Legislativo, que encarnava a vontade da Nação, tinha legitimidade para criar o Direito, mas não o Poder Judiciário, ao qual cabia tão somente aplicar aos casos concretos as normas anteriormente ditadas pelos parlamentos”. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012. p. 84)

No Brasil, após a Constituição de 1988, a doutrina da efetividade procurou afirmar a normatividade constitucional em oposição às leituras que consideravam a Constituição como um texto político desprovido de força normativa. A proposta da “dogmática da efetividade” voltou-se para preencher uma lacuna teórica no país e potencializar os efeitos que poderiam ser derivados da Carta Magna, apostando, na época, em certo protagonismo do Judiciário¹³.

Ademais, as Constituições escritas não apresentam, de maneira completa em seu texto, o conjunto de orientações sobre como elas devem ser interpretadas (TRIBE, 2008, p. 78). Aquilo que pode ser dito, por outro lado, é que as Constituições são carregadas, desde o seu início, com uma narrativa densa, que não é capaz de se auto definir sem fatores exógenos, narrativa que segue por distintos momentos históricos, demandando que as sucessivas gerações produzam sentidos a partir dela, seja com base na história, na estrutura ou no texto constitucional (TRIBE, 2008, p. 69).

Com isso, as Cortes Constitucionais também foram alçadas a uma posição privilegiada no debate e os entendimentos que procuram reforçar ou mitigar a função da jurisdição constitucional passaram a disputar o cenário teórico. O que pode ser constatado, por exemplo, no embate entre as correntes “interpretativistas” e “não interpretativistas” nos Estados Unidos¹⁴.

A perspectiva “interpretativista” enfatiza os limites interpretativos presentes na textura semântica e na suposta vontade do legislador, os quais seriam justificados em decorrência do princípio democrático, ou

¹³ “Assim como o médico-cirurgião intervém no corpo do paciente para cumprir sua missão, valendo-se do instrumental cirúrgico, cabe ao jurista intervir no mundo jurídico por meio de instrumental próprio: a dogmática.” (CLÈVE, 2012, p. 36). Ver também Barroso (2006).

¹⁴ “Há uma antiga disputa na teoria constitucional que vem sendo chamada por diferentes nomes em diferentes épocas; porém, para falar dela, a terminologia contemporânea parece ser tão boa como qualquer outra. Hoje em dia, tendemos a chamar os lados em disputa de ‘interpretacionismo’ e ‘não interpretacionismo’ – o primeiro afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita, e o segundo adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento.” (ELY, 2010, p. 3).

seja, os juízes não poderiam querer ocupar o papel dos políticos na definição das normas que organizam o Estado de Direito (CANOTILHO, 2003. p. 1.195). De tal maneira, a realização do controle de constitucionalidade apenas seria admissível nas situações em que se identificar uma “regra” clara para o “juízo de constitucionalidade”, enquanto a Constituição cumpriria função institucional e procedimental – definir competências de órgãos públicos e não estabelecer conteúdos substantivos que orientam a sociedade (CANOTILHO, 2003. p. 1.196)¹⁵.

A perspectiva “não interpretativista”, de outra sorte, sublinha que cabe aos juízes a identificação e a aplicação de valores substantivos para preservar a Constituição. Nesse contexto, não apenas a democracia deve ser apreciada como valor que merece tutela por parte do Judiciário. Justiça, igualdade, liberdade, também devem ser levados em consideração no momento da atividade hermenêutica realizada pelos juízes¹⁶.

A dicotomia foi ressaltada diante da detecção de “casos difíceis”, ou seja, nos quais inexiste uma regra previamente estabelecida que determine, com certa segurança, um sentido específico para a decisão¹⁷. Essa, por

¹⁵ Ronald Dworkin (2005, p. 43) critica tal perspectiva com a seguinte argumentação: “Os juízes não podem decidir qual foi a intenção pertinente dos constituintes, ou qual processo político é realmente justo ou democrático, a menos que tomem decisões políticas substantivas iguais àquelas que os proponentes da intenção ou do processo consideram que os juízes não devem tomar. A intenção e o processo são idéias nocivas porque encobrem essas decisões substantivas com a piedade processual e finge que elas não foram tomadas”.

¹⁶ “[...] o *direito* não é apenas o ‘conteúdo’ de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por *princípios jurídicos abertos* como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juízes.” (CANOTILHO, 2003, p. 1.197). “As teorias não interpretativas, segundo se afirma, supõem, ao contrário, ser válido que o tribunal, pelo menos algumas vezes, confronte decisões legislativas com modelos retirados de alguma outra fonte que não o texto, como a moralidade popular, teorias da justiça bem fundadas ou alguma concepção de democracia genuína”. (DWORKIN, 2005, p. 44)

¹⁷ “[...] mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. (DWORKIN, 2010, p. 128). A título ilustrativo, veja-se o número diminuto de ações que tipicamente envolveram jurisdição constitucional na história Supremo Tribunal

não ter respaldo em uma regra, pode ser fundamentada em princípios ou políticas e, para Dworkin, o ideal seria que elas tivessem seu fundamento estabelecido em princípios jurídicos,¹⁸ pois, em tais casos, os juízes tomam decisões aptas a justificar outras decisões, as quais podem ser inseridas, ademais, em uma teoria abrangente dos princípios (DWORKIN, 2010, p. 137).¹⁹

4 Interpretação e Integridade

Dworkin, afirma-se diariamente na academia, foi um dos mais importantes defensores do “não interpretativismo”²⁰ e, de suas reflexões des-

Federal: ADC, 32 (0,002%); ADI, 5.040 (0,331%); ADO, 24 (0,002%); ADPF, 300 (0,020%) (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 143-144). Não desconsiderando a possibilidade da realização de controle de constitucionalidade em outras ações, assim como, que os “casos difíceis” não estão limitados às quatro modalidades supracitadas, faz-se possível reconhecer que, em termos proporcionais, o STF possui um número reduzido de “casos difíceis”.

¹⁸ “[...] defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas.” (DWORKIN, 2010, p. 132). “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.” (DWORKIN, 2005, p. 101).

¹⁹ “Há muitas situações em que não existe uma solução pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. São os casos difíceis. Há três grandes situações geradoras de casos difíceis: a) *Ambiguidade da linguagem*. [...] b) *Desacordos morais razoáveis*. [...] c) *Colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais*”. (BARROSO, 2012, p. 37-38)

²⁰ Em certa medida a dicotomia entre interpretativistas e não interpretativistas foi superada com o reconhecimento da impossibilidade de se afastar a atividade interpretativa por parte dos juízes. Para Dworkin, qualquer teoria a respeito do controle de constitucionalidade é interpretativa: “[...] no sentido de quem tem como objetivo oferecer uma interpretação da Constituição enquanto documento jurídico original e fundador, e também pretende integrar a Constituição à nossa prática constitucional e jurídica como um todo”. (DWORKIN, 2005, p. 45)

taca-se a famosa teoria “Olímpica” a respeito de como devem se ajustar os hermenutas,²¹ assim como vários questionamentos a respeito do próprio conceito de Direito²².

A teoria de Dworkin se concentra na atividade interpretativa ao mesmo tempo em que procura articular critérios de avaliação, ao estabelecer parâmetros de ajuste (*fit*) e justificação (*justification*) dos princípios em relação ao sistema jurídico e suas práticas. Possui como guia a integridade, a busca pela melhor interpretação disponível no ordenamento jurídico, procurando “[...] mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível” (DWORKIN, 2003, p. 292)²³. Tece diversas críticas ao que designa de “teoria semântica” do Direito. Assim, questiona o positivismo de Herbert Hart pelo fato dessa teoria ter supostamente transformado o uso do poder do Estado em um “mero jogo de palavras” (DWORKIN, 2003, p. 50)²⁴ Ademais, identifica um juízo moral nas proposições capaz de afirmar *qual é o direito* adequado em certo caso.

²¹ “Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade.” (DWORKIN, 2003, p. 287). “[...] Dworkin concede que nenhum juiz humano real, distinto de ‘Hércules’, o seu mítico juiz ideal, podia praticar o feito de construir uma interpretação de todo o direito do seu país, de forma imediata”. (HART, 2007, p. 326)

²² “Quando, como ocorre freqüentemente, duas partes discordam a respeito de uma proposição ‘de direito’, sobre o que estão discordando e como devemos decidir sob qual dos lados está com a razão? Por que denominamos de ‘obrigação jurídica’ aquilo que ‘o direito’ enuncia? Neste caso, ‘obrigação’ é apenas um termo técnico que significa apenas o que é enunciado pela lei? Ou a obrigação jurídica tem algo a ver com a obrigação moral? Podemos dizer, pelo menos em princípio, que temos as mesmas razões tanto para cumprir nossas obrigações jurídicas como para cumprir nossas obrigações morais?” (DWORKIN, 2010, p. 23-24)

²³ “Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”. (DWORKIN, 2003, p. 305)

²⁴ “As teorias semânticas como o positivismo limitam nossa linguagem ao nos negar a oportunidade de usarmos a palavra ‘direito’ desse modo flexível, dependendo do contexto ou do sentido. Elas insistem em que devemos optar, de uma vez por todas, entre um sentido ‘amplo’ ou pré-interpretativo, e um sentido ‘estrito’ ou interpretativo. Desse modo, porém, a correção lingüística paga um preço exorbitante”. (DWORKIN, 2003, p. 129)

Em sua hermenêutica holística os enunciados jurídicos precisam ser extraídos de um conjunto de princípios que podem chegar até a “resposta certa” diante de todo o ordenamento jurídico estabelecido²⁵. Sua proposta teórica é de uma teoria geral da interpretação baseada em valores, com alicerce na ideia de que existem verdades objetivas. Segundo Dworkin, algumas instituições são efetivamente injustas e alguns atos são realmente errados, independentemente de quantas pessoas entendam isso de outra forma²⁶ (DWORKIN, 2011, p. 7-8).

O exemplo da cortesia auxilia na compreensão de tal proposta. Para o autor, a prática da cortesia não apenas pode ser observada em termos fáticos, eis que possui em si um valor, está de acordo com algum interesse ou reforça algum princípio que independe da descrição das regras que compõem a prática (DWORKIN, 2003, p. 57). Uma vez que se adota uma atitude interpretativa diante da cortesia ela se transforma, não é mais uma atividade mecânica, mas, antes, uma prática à qual as pessoas procuram atribuir determinado significado e, possivelmente, reestruturá-la diante de tal sentido (DWORKIN, 2003, p. 58), dessa maneira:

A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação. Assim, a prática passa

²⁵ “Se existem tais fatos morais, então pode-se racionalmente supor que uma proposição de Direito é verdadeira mesmo que os juristas continuem a discordar quanto à proposição depois de conhecidos ou estipulados todos os fatos concretos”. (DWORKIN, 2005, p. 206). Para Ronaldo Porto Macedo Junior (2013, p. 48): “A tese da resposta certa, conforme se procurará demonstrar, está na base de uma concepção interpretativa da verdade e da objetividade, segundo a qual afirmar a objetividade de uma proposição significa reconhecer que ela está justificada pelos melhores argumentos disponíveis. [...] a objetividade jurídica, ou, ainda, a ‘objetividade possível’ – porquanto outras concepções seriam contrassensos –, é aquela que se regula pelo jogo de linguagem do direito”.

²⁶ Dworkin (2011, p. 24) deu continuidade aos seus argumentos: “*That there are truths about value is an obvious, inescapable fact. When people have decisions to make, the question of what decision they should make is inescapable, and it can be answered only by noticing reasons for acting one way or another; it can be answered only in that way because that is what the question, just as a matter of what it means, inescapably calls for. No doubt the best answer on some occasions is that *nothing* is any better to do than anything else. Some unfortunate people find a more dramatic answer unavoidable: they think nothing is *ever* the best or right thing to do*”.

por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior”. (DWORKIN, 2003, p. 59)

Sua “interpretação construtiva” estipula distintos níveis de consenso em cada etapa da interpretação que se divide em três: a) primeiro um momento “pré-interpretativo” no qual são identificados padrões que conferem conteúdo experimental para a prática; b) na etapa seguinte, propõe a criação de uma justificativa geral para os principais elementos da prática anterior; nesse caso, a justificativa precisa ser suficiente para que o intérprete possa ser observado como alguém que realiza uma atividade hermenêutica e não criativa de uma nova prática; c) por fim, engendra-se uma fase pós-interpretativa ou reformuladora, em que se ajusta prática e justificativa adequada (DWORKIN, 2003, p. 81-82).

A teoria interpretativa de Dworkin pode ser inserida na perspectiva mais abrangente do “direito como integridade”, na qual todo o Direito e seu conjunto de artefatos, normas, decisões, encontram-se em um processo contínuo de interpretação. A integridade orienta, também, a produção do legislador, de modo que este deve buscar fazer com que o conjunto normativo do Estado se torne moralmente coerente.

As formulações de Dworkin indicam que não há como retornar a um ponto histórico no qual a interpretação constitucional deixa de ser uma prática construtiva realizada por seus intérpretes. Entretanto, e não afastando as importantes contribuições do autor, não é necessário concordar com todo o aparato teórico apresentado para chegar a análogas conclusões²⁷.

Além disso, a disputa a propósito da atividade interpretativa, se deve se concentrar em maior ou menor medida no Judiciário, no Legislativo,²⁸

²⁷ Ver, por exemplo, as críticas tecidas por Frank Michelman (1999) à teoria de Dworkin.

²⁸ “What I want to do is apply the cannon of symmetry in the other direction. I want to ask: What would it be like to develop a rosy picture of legislatures and their structures and processes that matched, in its normativity and perhaps in its naïvety, the picture of courts – ‘forum of principle’ etc. – that we present in the more elevated moments of our constitutional jurisprudence?” (WALDRON, 2004. p. 32)

ou ser realizada pelo próprio “povo”,²⁹ não modifica o caráter divergente entre as teorias que disputam a definição de *quem* tem capacidade para produzir as melhores respostas: o juiz, o legislador ou o próprio povo?³⁰

5 Interpretação Dinâmica

William Eskridge (1987, p. 1.529) procura responder a essa questão por meio de uma teoria dinâmica da interpretação. A interpretação de casos constitucionais de modo dinâmico faz parte de um processo deliberativo que exige seja a voz do povo ouvida nas circunstâncias de tensão entre as leis e as circunstâncias sociais fáticas em situação de mutação.

A proposta guardaria correspondência com as disposições definidas na própria Constituição no sentido da criação dinâmica de políticas, nas quais, as preferências da maioria vão sendo moldadas pelas deliberações de seus representantes. A interpretação dinâmica substanciaria, portanto, um instrumento valioso para a legitimação do governo, eis que, nos casos de mudanças significativas nas circunstâncias fáticas, os problemas apresentados pela dificuldade contramajoritária³¹ não obstarium interpretações dinâmicas pelos tribunais.

²⁹ “America’s Founding generation, in daring contrast, embraced a political ideology that celebrated the central role of ‘the people’ in supplying government with its energy and direction, an ideal that remained at all times in the forefront of their thinking – Federalist and Anti-Federalist alike. Preserving liberty demanded a constitution whose internal architecture was carefully arranged to check power, just as it demanded leaders of sufficient ‘character’ and ‘virtue’. But structural innovations and virtuous leadership were ‘auxiliary devices’ to channel and control popular politics, not to isolate or eliminate it. The people themselves remained responsible for making things work”. (KRAMER, 2004, p. 6)

³⁰ Madison procurava mitigar a participação popular por meio da democracia representativa, nela, os representantes do povo seriam aqueles responsáveis por falar em nome de seus representados: “Num tal governo é mais possível que a vontade pública, expressa pelos representantes do povo, esteja em harmonia com o interesse público do que no caso de ser ela expressa pelo povo mesmo, reunido para esse fim” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 64). Os modos deliberativos imaginados pelos pais fundadores seriam mediados por representantes e se colocariam para além das preferências privadas dos cidadãos.

³¹ Porém, até mesmo Alexander Bickel (1986, p. 51) admite que o compromisso com o ideal majoritário não pode ser absoluto. Um problema com as objeções suscitadas pela

Uma maneira recorrente de operar interpretações de dispositivos normativos se concentra no texto e no sistema de precedentes. Eskridge sugere, em complemento, uma teoria interpretativa dinâmica cautelosa, por meio da qual procura escrutinar posturas interpretativas subsequentes, desenvolvimentos na matéria constitucional e fatos sociais atualizados em seu contexto³².

A insuficiência da teoria interpretativa estática desafia a proposição da teoria dinâmica. A teoria estática espera que juízes reproduzam os sentidos de normas antigas sem que possam considerar o contexto em que elas serão aplicadas, afastando, muitas vezes, a possibilidade de uma hermenêutica dialética (ESKRIDGE JR., 1987, p. 1.482-1.483) ao transformar essa atividade em uma simples “descoberta”, uma localização de sentidos antigos, como se o intérprete pudesse (re)criar um vínculo com os legisladores ou juízes do passado e reproduzir com fidelidade os sentidos constituídos naqueles momentos, sem interferências de contingências contemporâneas.

Para Eskridge, ao invés de se limitar à perspectiva convencional, a teoria dinâmica deve observar e reconciliar três dimensões: i) o texto, a parte formal da interpretação que supõe um limite para o número de possibilidades hermenêuticas; ii) as expectativas originais dos legisladores e os compromissos que eles alcançaram; iii) e a evolução subsequente das normas e seu contexto presente, especialmente nos casos em que ocorreram mudanças no âmbito jurídico e social (ESKRIDGE JR., 1987, p. 1.483).

Para ilustrar sua teoria, Eskridge faz referência ao caso *United Steelworkers v. Weber* (1979). Em sua perspectiva, a resposta fornecida pela Suprema Corte foi adequada, porém, ao mesmo tempo, notou-se grande dificuldade por parte dos juízes na justificação da decisão a partir de teorias interpretativas tradicionais. O caso discute a “Lei dos Direitos Civis”

dificuldade contramajoritária está no fato de que ela espera que os juízes se limitem a implementar as vontades ou diretrizes dos legisladores, porém, anota Eskridge (1990, p. 613), a hermenêutica demonstra a inevitabilidade da criação judicial quando o texto normativo é interpretado ao longo do tempo.

³² “Statutes, however, should – like the Constitution and the common law – be interpreted ‘dynamically’, that is, in light of their present societal, political, and legal context”. (ESKRIDGE JR., 1987, p. 1.479).

(*Civil Rights Act*) de 1964 que havia banido qualquer forma de discriminação com base em raça, cor, religião, gênero ou nacionalidade.

Brian Weber, um empregado branco questionou a constitucionalidade de um acordo coletivo de trabalho que garantia cotas para trabalhadores negros, com fulcro no título VII da Lei de Direitos Civis, a qual vedava discriminações no âmbito das relações de emprego. Tratava-se, portanto, de um questionamento a respeito da constitucionalidade de ações afirmativas adotadas na esfera trabalhista diante de uma legislação que não respondia adequadamente às questões suscitadas por Weber a respeito da discriminação.³³

A Suprema Corte decidiu, por maioria, que a alegada discriminação contra brancos não fazia sentido e que as ações afirmativas da empresa deveriam ser mantidas. O Justice Brennan apresentou a decisão da Corte utilizando como argumentos a história legislativa, a intenção do Congresso e o próprio texto normativo. Decidiu que o Título VII da Lei de Direitos Civis não condenava planos de ações afirmativas privados, voluntários e conscientes das questões raciais³⁴.

Na visão de Eskridge, se a interpretação dinâmica fosse utilizada, ela poderia reconhecer que não apenas havia ocorrido uma mudança no conceito de discriminação entre o momento da edição da Lei (1964) e o tempo de julgamento do caso (1979), assim como no contexto legal e social. Tais transformações puderam ser observadas nas decisões poste-

³³ “The statutory text does not decisively answer the interpretive issue, contrary to labored readings by both the majority and dissenting opinions. [...] The operative word is ‘discriminate’, which is not defined in the Act. Weber interpreted the antidiscrimination rule of section 703(d) to prevent any and every differential treatment of employees on racial grounds”. (ESKRIDGE JR., 1987, p. 1.489)

³⁴ Deve-se anotar que a divergência apresentada pelo Justice Burger está fundada em sua leitura da “linguagem explícita da lei”: “Often we have difficulty interpreting statutes either because of imprecise drafting or because legislative compromises have produced genuine ambiguities. But here there is no lack of clarity, no ambiguity. The quota embodied in the collective bargaining agreement between Kaiser and the Steelworkers unquestionably discriminates on the basis of race against individual employees seeking admission to on-the-job training programs. And, under the plain language of § 703(d), that is ‘an unlawful employment practice’”. (United Steelworkers v. Weber, 1979).

riores, em que o sentido da decisão do caso foi expandido para orientar ações afirmativas relacionadas a mulheres e minorias raciais³⁵.

A teoria dinâmica sugere uma relação contínua entre os aspectos textuais, históricos e contextuais. Em várias situações o texto normativo irá sugerir respostas para os casos, especialmente quando a lei é recente e a produção legislativa foi permeada por grandes deliberações – em tais condições o texto é dominante. Porém, em certos casos, nem o texto ou a história legislativa apontam para uma resposta, além de serem notadas mudanças sociais e jurídicas significativas – nessas condições o contexto prevalece. A seguinte estrutura pode auxiliar na atividade interpretativa: i) quanto mais detalhado o texto normativo, maiores devem ser as considerações textuais; ii) quanto mais recente é a lei e mais evidentes as intenções legislativas, maior deve ser a consideração para os aspectos históricos; iii) quanto mais notáveis forem as mudanças nas circunstâncias, maior atenção deverá ser conferida para o aspecto evolutivo (ESKRIDGE JR., 1987, p. 1.496).

Diante de tal proposta, pode-se advogar uma leitura dos textos normativos realizada em um intervalo temporal contínuo.³⁶ Ora, a teoria da

³⁵ “Weber suggests a lesson: when societal conditions change in ways not anticipated by Congress and, especially, when the legal and constitutional context of the statute decisively shifts as well, this current perspective should, and will, affect the statute’s interpretation, notwithstanding contrary inferences from the historical evidence”. (ESKRIDGE JR., 1987, p. 1.494)

³⁶ Para Hans-Georg Gadamer (1997), a interpretação textual ocorre em uma fusão de horizontes, em que o leitor alcança a perspectiva passada, ao mesmo tempo em que compreende o contexto presente do texto, trata-se de um processo contínuo, a hermenêutica é um diálogo do intérprete com o texto e com a tradição que circunda a escritura. “Ernest Forsthoff demonstrou numa valiosa investigação que, por razões estritamente jurídicas, foi necessário refletir sobre a mudança histórica das coisas, através do que [se] distinguiu entre o sentido original do conteúdo de uma lei e o que se aplica na práxis jurídica. É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei”. (GADAMER, 1997, p. 485)

interpretação dinâmica supõe questões a respeito da própria “natureza” da atividade interpretativa. Hans-Georg Gadamer, particularmente, entende que o método adotado para interpretação não restringe ou mesmo guia o intérprete de uma maneira específica, como a literatura jurídica muitas vezes parece supor, pois a interpretação é uma busca pelo entendimento comum da verdade do texto pelo intérprete, por meio da uma tradição histórica³⁷.

Não há, portanto, um método específico que seja suficiente para responder a todas as vicissitudes que a atividade hermenêutica precisa enfrentar. Eskridge argumenta que o texto, as expectativas do legislador e os arranjos políticos atuais podem ser utilizados para aprimorar a hermenêutica. Assim, a interpretação deve ser compreendida como uma *conversa* estabelecida entre a perspectiva contemporânea do intérprete e a tríade de elementos que auxiliam na construção do sentido normativo (ESKRIDGE JR, 1987, p. 613)

6 Conclusão

No que tange ao questionamento a respeito de quem seria a autoridade com melhores condições de realizar interpretações constitucionais, uma breve comparação pode ser feita entre Eskridge e Dworkin. Ambos formulam propostas normativas que procuram incrementar o conjunto de instrumentais disponíveis para a realização da hermenêutica constitucional. Além disso, ambos apostam suas fichas no Judiciário como Poder moldado para tomar decisões difíceis.

As duas teorias, cada uma à sua maneira, questionam as interpretações “estáticas”. Para Eskridge (1987, p. 1.482), a alternativa se encontra em uma perspectiva dinâmica cautelosa e na visão dos juízes como “diplomatas”, cuja autoridade é bastante limitada por seus “superiores”, mas que, ainda assim, dispõem de competência para atualizar suas ordens diante de

³⁷ “Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente”. (GADAMER, 1997, p. 487)

novas conjunturas. Dworkin defende a atualização interpretativa que acontece na consonância do direito como integridade, ou seja, a própria atividade interpretativa possui o condão de conferir outro olhar para as normas por meio de uma leitura coerente e olímpica (hercúlea) do Direito.

Para Dworkin, deve-se buscar a integridade não apenas nas decisões, constituindo ela também um norte para a produção legislativa, o que faz com que os legisladores tenham como imperativo a construção de uma ordem jurídica moralmente coerente. Sob o manto do direito como integridade, proposições jurídicas são verdadeiras se elas se harmonizam com princípios de justiça, igualdade e devido processo legal, os quais podem construir a melhor interpretação jurídica. De modo a concretizar uma interpretação construtiva, precisa-se perceber a atividade interpretativa como a construção de uma novela, um romance em cadeia, uma história contínua na qual a compreensão muda com o desenvolvimento da própria história narrada (pelo Direito) (DWORKIN, 2003, p. 276).

A proposta de Dworkin não dista da confluência de horizontes apresentada por Gadamer, ou seja, as formas pelas quais a tradição pode conectar o passado e o presente,³⁸ e uma maneira de realizar tal atividade no âmbito jurídico – em especial no *Common Law* –, ocorre através da leitura dos precedentes. A sequência de precedentes, práticas e costumes conformam um encadeamento de sentidos para Dworkin, os quais conectam justamente as decisões anteriores dos tribunais com as decisões presentes. Cabe ao intérprete considerar não apenas as origens das normas, mas, também, sua *vida* e suas transformações.

Por essas características, a visão de Dworkin foi tratada como “romântica” (ESKRIDGE JR. 1987, p. 1.550) ou “sonhadora”³⁹. Um dos pro-

³⁸ Ver as preocupações de Gadamer com a “tradição”: “Em si mesmo, ‘preconceito’ (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa. No procedimento juris-prudencial um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances”. (GADAMER, 1997, p. 407)

³⁹ Para Hart, o “nobre sonho” de Dworkin seria particularista e holístico, pois procura maneiras de limitar a discricionariedade dos magistrados se utilizando de recursos de sistema jurídicos particulares. O “pesadelo”, por outro lado, estaria representado pelos

blemas derivados da teoria de Dworkin está na dificuldade da manutenção da coerência da produção legislativa, pois, não apenas normas novas possuem inconsistências internas, como podem, também, conflitar com disposições anteriores que expressavam visões políticas distintas. O desafio se encontra na complexa articulação da coerência entre os diversos campos tutelados pelo Direito, e, em adendo, a realização de uma conciliação entre normas e precedentes antigos com novas configurações legais e sociais.

A teoria dinâmica de Eskridge parece fornecer respostas mais amoldadas sobre tal questão. O modelo dinâmico sugere que os juízes, ao interpretar os textos, atuam como “diplomatas”. Os diplomatas precisam seguir ordens ambíguas para situações inusitadas. Eles são, no limite, agentes a serviço do Estado e sua liberdade de interpretação é restringida pelas ordens prévias, as quais não são sempre consistentes e coerentes ao longo do tempo (ESKRIDGE JR., 1987, p. 1554).

Eskridge Jr. (1987 p. 1.554) reconhece que, em certos casos, os juízes podem estar próximos da tese olímpica, o Justice Earl Warren e seus colegas podem ter se aproximado disso no caso *Brown v. Board of Education* (1954), mas, a maioria dos magistrados acaba por ter uma atividade mais próxima à dos diplomatas. Isso não é de todo ruim, pois, em certas circunstâncias, em que determinados juízes acreditam estar julgando

realistas e por sua visão da impossibilidade de se limitar a discricionariedade dos juízes, e da consequente indeterminação das decisões. “So for Dworkin, even in the hardest of hard cases where each of two alternative interpretations of a statute or two conflicting rules seems to fit equally well the already clearly established law, the judge is never to make law. So Oliver Wendell Holmes was, in Dworkin’s view, wrong in claiming that at such points the judge must exercise what he called ‘the sovereign prerogative of choice’ and must legislate even if only ‘interstitially’. According to the new theory, the judge, however hard the case, is never to determine what the law *shall* be; he is confined to saying what he believes *is* the law before his decision, though of course he may be mistaken. This means that he must always suppose that for every conceivable case there is some solution which is already law before he decides the case and which awaits his discovery. He must not suppose that the law is ever incomplete, inconsistent, or indeterminate; if it appears so, the fault is not in *it*, but in the judge’s limited human powers of discernment, so there is no space for a judge to make law by choosing between alternatives as to what shall be the law”. (HART, 1983, p. 138)

como Hércules, eles acabam por ter suas decisões reformadas. Por isso, para Eskridge, o papel daquele agente público que aplica, com decência e justiça (*fairness*), as normas de um sistema perpassado por incoerências, desempenha uma atividade nobre, uma nobreza que é construída diariamente, não residindo, portanto, no livro de fábulas da Utopia.

Outro problema está na maneira que Dworkin trata a política. Não se pode negar a importância da distinção entre princípios e política formulada pelo autor⁴⁰. Porém, a proposta do ideal político da integridade, que almeja transformar a comunidade política em uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2003, p. 314), encontra resistências. Eskridge Jr. (1987 p. 1.553) reconhece que a comunidade de princípios, por transcender a proposta de organização política pautada em compromissos, parece ser mais valiosa. Contudo, Dworkin acaba por simplificar o papel da política, ao apostar no Direito como agente transformador da comunidade política em uma comunidade de princípios e sua teoria não parece ser suficiente para afastar a racionalidade política comum, a qual se encontra pautada em regras e em compromissos políticos.

Por outro lado, Eskridge e Dworkin concordam no que tange aos fundamentos hermenêuticos e sobre tópicos relacionados à coerência. Eskridge adere à proposta de Dworkin da busca por coerência no que tange aos valores públicos, os quais deveriam ser protegidos, pelas Cortes, contra eventuais usurpações legislativas. Além disso, quando as Cortes aproximam leis antigas a políticas modernas, acabam por conferir maior coerência à ordem normativa.

A teoria dinâmica e a noção de direito como integridade se afastam dos discursos hermenêuticos menos complexos, apresentando elaborações

⁴⁰ “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. (DWORKIN, 2010, p. 34)

sofisticadas⁴¹ na definição da relação entre o texto e o intérprete.⁴² Nesse caso, as imagens sugeridas por Dworkin e Eskridge, de Hércules ou do diplomata, respectivamente, são férteis e, mais, realmente úteis para o aprofundamento dos debates a propósito da interpretação constitucional.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁴¹ Como, por exemplo, Gadamer (1997, p. 402): “Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”. Eskridge assume explicitamente a influência de Gadamer em sua teoria. No que tange a Dworkin: “My view is that Dworkin is influenced by Gadamer and Habermas but seems to depart from their metaphor of interpretation-as-conversation by taking the position that interpretation is constructive – the interpreter’s *making* the text the best it can be.” (ESKRIDGE JR, 1990, p. 647). Ver: (DWORKIN, 2003, p. 62-63).

⁴² Eskridge lembra que não se pode aceitar a dicotomia entre “sujeito” e “intérprete” de maneira acrítica:

“Interpretation is a social process of construction, not a scientific process of Discovery. Method can channel the argumentation and suggest information to be considered, but it cannot dictate all that goes on in statutory, or any, interpretation.” (ESKRIDGE JR., 1990. p. 691).

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fonte, 2005.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESKRIDGE JR., William N. Dynamic Statutory Interpretation. **University of Pennsylvania Law Review**, [S.l.], v. 135, 1987.

ESKRIDGE JR., William N. Gadamer/Statutory Interpretation. **Columbia Law Review**, [S.l.], v. 90, n. 3, 1990.

ESKRIDGE JR., William N. The New Textualism. **UCLA Law Review**, [S.l.], v. 37, 1990.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: o supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HART, Herbert L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Claredon Press, 1983.

HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism.

Indiana Journal of Global Legal Studies,[S.l.], v. 11, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRAMER, Larry D. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Oxford: Oxford University Press, 2004.

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

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

SADURSKI, Wojciech. Constitutional Review in Europe and in the United States: Influences, Paradoxes and Convergence. **Sydney Law School Research Paper**,[S.l.], n. 11/15, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**: introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

TRIBE, Laurence. **The Invisible Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Clèmerson Merlin Clève é professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Constitucional

do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Professor Visitante do Máster Universitario en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo e do Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha. Pós-graduado em Direito Público pela Université Catholique de Louvain – Bélgica. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Líder do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção da UFPR.
E-mail: cleve@uol.com.br

Endereço profissional: Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Praça Santos Andrade, n. 50, Centro, Curitiba, Paraná. CEP: 80020-300.

Bruno Meneses Lorenzetto é professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Direito do Programa de Mestrado em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Visitng Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2008). Bolsista pela CAPES durante o Mestrado na UFPR. Desenvolve suas pesquisas na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, Direito Público, Direito Constitucional e Teoria do Estado.

E-mail: bruno_lorenzetto@yahoo.com.br

Endereço profissional: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Curitiba, Prado Velho, Curitiba, Paraná. CEP: 80215-901.

