

## HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA: EM DEFESA DA FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO A PARTIR DA TEORIA DA INTEGRIDADE E DO CRITICAL LEGAL STUDIES<sup>1</sup>

### CONSTITUTIONALHERMENEUTICS IN AMERICA: DEFENDING THE POLITICAL FUNCTION OF LAW SUPPORTED BY THE THEORY OF INTEGRITY AND CRITICAL LEGAL STUDIES

Caio Henrique Lopes Ramiro<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo principal examinar a relação entre direito e política, em especial no contexto da tradição jurídica norte-americana. Dessa forma, a partir do método hermenêutico procedeu-se uma revisão bibliográfica de cunho analítico de textos. É de se considerar que as investigações da tradição jurídica dos Estados Unidos da América em nosso país se concentram na polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, polêmica essa que será objeto de algumas considerações na primeira parte do texto. Ao se colocar o problema da função política do direito em aproximação com a perspectiva da hermenêutica constitucional *estadunidense*, o segundo ponto de investigação se dá a partir de uma revisão bibliográfica de textos de literatura primária que Ronald Dworkin (1931-2013) dedica ao tema, investigando, de forma sumária, a proposta teórica do direito como integridade como superação conceitual da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas e, ademais, como possibilidade de uma leitura moral da constituição. Por fim, em contraponto à proposta teórica de Dworkin, apresenta-se a leitura radical dos *Critical Legal Studies*, que expõe os problemas decorrentes de toda teoria jurídica norte-americana que pode ser caracterizada como pertencente ao liberalismo jurídico, tendo em vista as incongruências e a impossibilidade de sustentação dos discursos jurídicos a partir dos pressupostos do liberalismo. A partir do conceito de que *law is politics* (*direito é política*), o *CLS* irá denunciar e proceder a uma diferenciação entre teoria e prática, entre conhecimento e política e de uma atitude epistemológica anti-positivista, que não se refere apenas à influência que a política pode ter sobre o direito, mas, também, do reconhecimento das relações de poder que são obscurecidas pela forma jurídica.

**Palavras-Chave:** *Critical Legal Studies Movement*; Função Política do Direito; Hermenêutica Constitucional; Teoria da Integridade; Estado Democrático de Direito.

**Abstract:** This paper's main objective is to examine the relationship between law and politics, particularly in the context of the American legal tradition. Thus, from the hermeneutical method conducted a literature review of analytical nature of texts. It is considered that the investigations of the legal tradition of the United States in our country focuses on the controversy between interpretativism and not interpretavism, this controversy will be subject to some considerations in

<sup>1</sup> Artigo recebido em 25 de julho de 2017 e aprovado em 31 de Julho de 2017.

<sup>2</sup> Vice-líder do grupo de pesquisas em Bioética e Direitos Humanos, vinculado ao CNPq/UNIVEM, liderado pelo prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior. Líder do Grupo de Estudos Schmittianos (RIES/FCV – linha: Carl Schmitt como teórico da Constituição: a guarda da Constituição e o debate com Kelsen). Integrante da Rede Internacional de Estudos Schmittianos – RIES. Professor no curso de Direito da Faculdade Cidade Verde (FCV) em Maringá-PR.

the first part of the text. By placing the problem of Political Function of Law approach with the prospect of constitutional hermeneutics U.S., the second point of investigation, from a literature review of primary texts of literature that Ronald Dworkin (1931-2013) dedicated to the topic, investigate, in summary form, the theoretical proposal of law as integrity as conceptual overcoming controversy among interpretivism and not interpretativism and, moreover, as the possibility of a moral reading of the Constitution. Finally, in contrast to the theoretical proposal Dworkin, presents a radical reading of Critical Legal Studies, which exposes the problems resulting from any U.S. legal theory that can be characterized as belonging to legal liberalism, given the inconsistencies and inability to support the legal discourse from the assumptions of liberalism. From the concept that law is politics, CLS will report and make a distinction between theory and practice, between knowledge and politics and an anti - positivist epistemological attitude, which not only refers to the influence that the politics may have on the right but also the recognition of power relations that are obscured by the legal form.

**Keywords:** Critical Legal Studies Movement; Political Function of Law; Constitutional Hermeneutics; Theory of Integrity; Democratic Rule of Law.

## 1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo principal examinar a relação entre direito e política, em especial no contexto da tradição jurídica dos Estados Unidos da América. É de se considerar que a educação jurídica e a prática normativa nacional no que diz respeito à teoria da constituição, do direito e da hermenêutica constitucional são fortemente marcadas pela tradição européia, em especial, pelas tradições alemã e portuguesa. Nesse sentido, é possível um diagnóstico deficitário no que tange à produção acadêmica que oriente investigações acerca do direito norte-americano, cenário que parece começar a se modificar pelo interesse da processualística brasileira pelo tema dos precedentes judiciais. No entanto, a grande maioria das investigações da tradição jurídica dos Estados Unidos da América, em território nacional, concentra-se na polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, polêmica essa que será objeto de análise no primeiro movimento desse texto.

Ao se colocar o problema da função política do direito em aproximação com a perspectiva da hermenêutica constitucional *estadunidense*, o segundo ponto de investigação desse texto irá se valer da metodologia hermenêutica para uma revisão bibliográfica de textos de literatura primária que Ronald Dworkin (1931-2013) dedica ao tema, a fim de investigarmos sua proposta teórica do direito como integridade como uma superação conceitual da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas e, além disso, como possibilidade de uma leitura moral da constituição.

Por fim, em contraponto à proposta teórica de Dworkin, apresenta-se a leitura radical dos *Critical Legal Studies*, que expõe os problemas decorrentes de toda teoria jurídica norte-americana que pode ser caracterizada como pertencente ao liberalismo jurídico, tendo em vista as incongruências e a impossibilidade de sustentação dos discursos jurídicos a partir dos pressupostos do liberalismo. A partir do conceito de que *law is politics* - direito é política -, o *CLS* irá denunciar e proceder a uma diferenciação entre teoria e prática, entre conhecimento e política e de uma atitude epistemológica anti-positivista, que não se refere apenas à influência que a política pode ter sobre o direito, mas, também, do reconhecimento das relações de poder que são obscurecidas pela forma jurídica, desse modo, há uma pretensão de crítica à ideologia jurídica dos Estados Unidos, abordagem que parece, ainda hoje, consideravelmente fecunda para uma aproximação dos problemas a serem enfrentados pela hermenêutica constitucional, em especial, no que diz respeito à questão do monopólio da interpretação feito pelos tribunais.

## **2. Interpretação constitucional: aproximação do contexto hermenêutico norte-americano a partir da polêmica acerca do interpretacionismo e não interpretacionismo**

Em primeiro lugar, levando em consideração a temática posta como objeto de análise desse texto, a saber: a hermenêutica constitucional americana, parece-nos acertado iniciar à investigação com o objetivo de uma aproximação do contexto do debate estadunidense a respeito da interpretação constitucional e tal pretensão implica algumas considerações a respeito da polêmica entre o interpretacionismo e o não interpretacionismo. Convém destacar que são inúmeras as possibilidades de interpretação da terminologia utilizada no contexto da tradição da hermenêutica constitucional dos Estados Unidos da América e, optamos, dentre todas as possibilidades, pela terminologia supra, uma vez que essa parece ser a que maior inserção obteve no debate nacional a respeito do tema<sup>3</sup>, haja vista a opção de tradução feita por Juliana Lemos da obra *Democracia e Desconfiança* de John Hart Ely.

---

<sup>3</sup> De acordo com Roberto Bueno (2010, p. 4), há inúmeras possibilidades de utilização terminológica que irão se referir a essa polêmica, e esse autor prefere a terminologia originalismo/textualismo e não-originalismo. “Esse vocabulário jurídico faz parte da tradição jurídica norte americana e em nossa realidade encontramos sua tradução, respectivamente, como interpretação literal ou, conforme sugerimos, interpretacionismo ou interpretação sistemática”. Não obstante, “não há uma equivalência adequada entre a tradição jurídica norte americana e a nossa, dado que naquela persiste uma maior influência de reflexões morais. Neste sentido, temos uma abordagem teórica que aproxima epistemologicamente o não-originalismo ao construtivismo”.

É oportuno mencionar que o presente trabalho não aceita como tarefa a reconstrução interna da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, pois essa temática serviria como problema de investigação para um texto próprio, caso tivéssemos que considerar de perto essa fecunda vertente do debate hermenêutico constitucional americano, em especial o enfrentamento de Antonin Scalia e John Hart Ely. Pretende-se apenas uma aproximação das linhas de força dessa perspectiva, com o propósito de uma contextualização da questão da interpretação constitucional estadunidense, sem, contudo, nos prendermos apenas a esse aspecto, uma vez que o debate norte-americano sobre a hermenêutica constitucional é permeado por outras abordagens, quais sejam: a da incorporação de análises ligadas ao giro lingüístico - *linguistic turn* - hermenêutico, o que apresenta intrincadas apreciações a respeito da legitimidade do sistema de direitos e da decisão judicial, o que se evidencia pelo debate entre Dworkin e Habermas e, ainda, pela radicalidade argumentativa dos *critical legal studies*, que irão se valer de inúmeros referenciais para sua abordagem, como, por exemplo, do método derridiano da desconstrução.

De qualquer modo, observando-se a hipótese levantada nessa investigação, a pretensão é de se examinar que mesmo por razões e caminhos diversos, no fundo, a questão da interpretação constitucional nos Estados Unidos da América do Norte é cravejada por um aspecto político, significa dizer que no contexto hermenêutico dos Estados Unidos parece haver uma relação - sem constrangimento epistemológico - entre direito e política, que se apresenta desde os primórdios do pensamento político e jurídico dessa nação. Nesse momento se torna particularmente interessante a análise de como essa afinidade se estabelece e o que significa reconhecer a ligação entre os universos jurídico e político.

Não obstante, o objetivo do texto se apresenta perene se levarmos em consideração a forte tendência contemporânea de investigar as questões hermenêuticas, em especial, aos temas que envolvem o direito constitucional. Essa disposição é tamanha nos dias atuais, que alguns autores vêm falando até de certo exagero, ou, mesmo, que se antes nós tínhamos o positivismo jurídico que privilegiava a norma jurídica como objeto da ciência jurídica, de certo modo, o ganhar terreno do debate sobre a interpretação jurídica, em especial a constitucional, vem tornando a teoria do direito um verdadeiro jurisprudencialismo, ou seja, a norma jurídica não é mais o objeto de análise da ciência do direito, mas, sim, as decisões dos tribunais constitucionais (BERCOVICI, 2004).

A fim de se evitar esse atual e ingênuo viés de crítica ao positivismo jurídico, que apenas substitui a descrição da norma jurídica pela da decisão judicial, a aspiração é de se investigar um contexto que vem exercendo influência nas verificações ligadas a teoria do direito constitucional, especialmente, pelo interesse por questões como ativismo judicial, judicialização da política e uso dos precedentes judiciais.

Para tanto, parece de bom alvitre que nos aproximemos de maneira contextual da questão da interpretação judicial americana. É muito comum a observação de que a leitura da constituição na América se dá ou se faz de forma pragmática (GODOY, 2004). No entanto, o pragmatismo<sup>4</sup> é uma corrente filosófica que nem sempre exerceu influência nos Estados Unidos, de uma maneira geral e, em particular, na teoria do direito.

O aparecimento da perspectiva pragmatista nos Estados Unidos da América se dá em virtude da necessidade de outro olhar a respeito da vida social ou do convívio das pessoas dado o contexto de formação da Nação que se firmava a partir do século XIX, uma vez que o país recebia um forte processo de imigração, o que exigiu um pensar voltado para a recepção das diferentes culturas.

Segundo Lauro Frederico da Silveira (2002a, p. 83-84):

Diante da transformação vivida pela sociedade norte-americana desde as últimas décadas do século dezenove, um grupo de intelectuais de Harvard propôs mudanças radicais no modo de se considerarem o direito, a religião e a filosofia a fim de se fazer justiça ao povo vindo para a América desde as mais diversas partes do mundo. [...] Especialmente, após o final da guerra de secessão, com a vitória dos estados do norte sobre os do sul, mais claramente ficou nítido para os profissionais formados na Universidade [Harvard], o dever de se comprometerem em encontrar formas para pensar uma nova sociedade que a interiorização rumo ao oeste, a grande imigração de mão-de-obra para a indústria em expansão e as relações internacionais, sobretudo estavam rapidamente constituindo.

Nesse período os pesquisadores de Harvard constituíram um grupo de trabalho conhecido como “Clube Metafísico de Cambridge” - considerando que a sede da Universidade de Harvard fica em Cambridge, Massachusetts - oportunidade em que dois intelectuais muito importantes para o pensamento norte-americano mantiveram contato, sendo eles o químico, físico e filósofo Charles Sanders Peirce e o jurista Oliver Wendell Holmes Jr (SILVEIRA, 2002a, p. 84).

---

<sup>4</sup> Muito embora se trate de um tema bastante interessante, não será desenvolvido aqui maior consideração no que diz respeito à filosofia pragmatista, tendo em vista não ser parte do tema objeto desse texto, bem como pela limitação do espaço. Para que tenhamos uma ideia, essa é uma corrente filosófica que reúne pensadores da extirpe de William James, Charles Peirce e John Dewey.

De um ponto de vista bem panorâmico, o pragmatismo tem por fundamento uma consideração da experiência no que diz respeito à teoria do conhecimento, significa dizer que essa corrente de pensamento é mais “empirista” quando enfrenta as questões epistemológicas. Os pragmatistas levam em consideração as conseqüências e efeitos da ação, que são mais importantes do que investigar os princípios primeiros e os pressupostos dessa última. Note-se que o conceito de ação é de grande importância para a abordagem pragmatista, uma vez que *pragma* vem do grego e significa exatamente ação, por conseguinte, o pragmatismo enquanto vertente epistemológica pode ser considerado uma teoria experiencial e experimentalista (JAPIASSU; MARCONDES. 2006, p. 223; ABBAGNANO. 2007, p. 920).

Levando em consideração o momento vivido pelos Estados Unidos da América no século XIX, Lauro da Silveira (2002a, p. 84) afirma que:

O pragmatismo foi uma das expressões mais importantes desse momento. Ele certamente correspondeu às exigências de se encontrar novos critérios para a ciência, o direito e a convivência religiosa dos inúmeros grupos de imigrantes que acorriam aos Estados Unidos. Com o pragmatismo, esses intelectuais deixavam, principalmente, de se ocupar com as origens do conhecimento, das leis ou das igrejas, passando a determinar os fins que determinavam a conduta em qualquer um desses campos da atividade social.

É importante considerar que nem sempre a experiência jurídica na América se deu de forma a privilegiar o *common law*, as decisões judiciais e as práticas dos tribunais, o que sem dúvida parece algo interessante na medida em que temos por pretensão a aproximação a respeito da interpretação constitucional. Nos Estados Unidos da América também já prevaleceu à perspectiva do raciocínio dedutivo, baseada em silogismos judiciais, como método ou forma da decisão judicial, muito por influência do pensamento europeu que buscava, do ponto de vista epistemológico, o conhecimento a respeito dos princípios e causas primeiras.

Por fim, Lauro Silveira (2002a, p. 84) ressalta que no período em que se fortalecia o pragmatismo:

O direito, até então, predominantemente dedutivo a partir de princípios gerais, começará a ser visto como um processo de previsão das decisões judiciárias, tomando por base a prática dos tribunais e o levantamento histórico dessas mesmas práticas, para, através desse último, encontrar o sentido originário das leis.

Além das questões ligadas ao atual olhar pragmatista do contexto estadunidense, para as pretensões desse trabalho o mais importante é a observação da relação existente entre direito e política, e ao que parece, no contexto dos Estados Unidos da América, esse diálogo existe de maneira permanente e menos traumática do ponto de vista epistemológico se levarmos em

consideração o texto LXXVIII do Federalista. O citado artigo Federalista da conta da organização do Poder Judiciário, e coloca a famosa percepção de Hamilton de que no fundo o poder de julgar, em comparação com os outros poderes, é o mais fraco, uma vez que “sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo; e este só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo” (HAMILTON, 1985, p. 162).

Dirá, então, Hamilton (1985, p. 163) que:

A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes. Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que o não são.

A utilização do texto federalista serve para ilustrar a relação entre direito e política e como a tradição norte-americana encara a questão, significa dizer que não é apenas uma relação menos difícil entre essas esferas, mas, também, podemos reconhecer com Ely que o pensamento político estadunidense não é simpático a pretensões de controle aristocrático da política (ELY, 2010, p. 7), o que se demonstra, também, pelos argumentos de Tocqueville (1985), pois já no processo de formação da democracia americana pode-se observar essa recusa a qualquer tipo de relação política aristocrática, com uma clara defesa do democratismo e dos direitos políticos e da ideia de representação. Para Roberto Bueno (2010, p. 23):

[...] devemos recordar o contexto em que a América foi constituída e, ainda mais, o próprio perfil daqueles que a criaram. Em verdade, todos eles pertenciam à aristocracia, e suas referências às liberdades e à ojeriza ao governo de poucos (e também ao poder centralizado) haveria de ter os olhos voltados à experiência negativa junto à monarquia britânica. Sua defesa de um regime político onde o poder não estivesse concentrado nas mãos de qualquer aristocracia era, antes, a manifestação da descrença em poderes centralizados nos moldes da Coroa Britânica, antes do que, especialmente alguns como Hamilton, a descrença na qualidade das elites.

Assim, talvez essa relação entre direito e política se torne mais nítida quando se ingressa em uma investigação acerca do *judicial review*, que ganhou espaço no pensamento constitucional norte-americano com o fim da Guerra Civil a partir de 1865 (GODOY, 2004, p. 66), oportunidade em que o tema da interpretação constitucional – que já existe, só que de maneira

sutil – se apresenta de modo mais contundente, fazendo eclodir o problema fundamental do controle judicial de constitucionalidade, a saber: um poder não eleito “ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam” (ELY, 2010, p. 8).

Feitas essas considerações iniciais, passemos agora a um rápido inventário das linhas de força acerca da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas. A corrente que ficou conhecida como interpretacionista, também chamada de originalista/textualista, apresenta-se como uma perspectiva que defende a vinculação do julgador ao texto constitucional, à busca pelo sentido da vontade do legislador originário - *framers* -, significa dizer que os interpretacionistas afirmam que “os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita” (ELY, 2010, p. 3), nos termos de nossa tradição jurídica os interpretacionistas são textualistas/legalistas no que tange a sua abordagem hermenêutica<sup>5</sup>.

Nos dizeres de Ely (2010, p. 3) os não interpretacionistas são aqueles que adotam “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”. Os não interpretacionistas são julgadores que entendem que o juiz possui a tarefa de ir além do texto constitucional, pois há necessidade de uma adequação ao contexto político de sua época e, além disso, consideram a linguagem aberta do texto normativo, o que parece configurar a possibilidade de uma abordagem construtivista.

Segundo Ely (2010, p. 4):

Em geral, a Constituição indica sumariamente certos princípios fundamentais cujas implicações específicas para cada época devem ser determinadas no contexto da época em questão. O que distingue o interpretacionismo do seu oposto é a insistência em que os atos dos poderes políticos só sejam declarados nulos a partir de uma inferência cujo ponto inicial ou cuja premissa subjacente seja claramente perceptível na Constituição.

A corrente não interpretacionista, de linhagem construtivista, parece mais preocupada com a concretização dos direitos do que a necessidade de permanecer vinculada ao texto constitucional, com a extração de sentido da vontade do legislador originário, nessa linha

---

<sup>5</sup> Arnaldo Godoy (2004, p. 69) destaca que a abordagem interpretacionista é a tendência contemporânea da Suprema Corte. É interessante notar que esse autor faz uma relação entre a perspectiva interpretacionista, o conservadorismo e as indicações de juízes dessa linhagem pelo Partido Republicano e, em contrapartida, os não interpretacionistas representariam uma perspectiva mais vanguardista, e estariam vinculados ao pensamento do partido Democrata, tendo em vista as indicações.

argumentativa, a visão dos não interpretacionistas permite uma compreensão que os tribunais podem criar o direito, levando em consideração os princípios fundamentais inseridos na Constituição, dessa maneira, essa vertente da interpretação constitucional *estadunidense* parece se preocupar mais com a efetivação de um projeto constitucional vinculado a uma ideia de democracia a se construir.

John Hart Ely (2010, p. 7-8) ressalta que:

É claro que os tribunais criam direito o tempo todo, e ao fazê-lo podem ter a intenção de inspirar-se nas fontes habituais dos adeptos do não interpretacionismo – os “princípios fundamentais” da sociedade ou qualquer outra coisa –; mas fora do âmbito da jurisdição constitucional, eles se limitam a preencher as lacunas que o Poder Legislativo deixou nas leis que aprovou ou, então, a tomar conta de uma área que o Poder Legislativo, de caso pensado, entregou ao Judiciário para que a desenvolvesse.

Do ponto de vista teórico há atrativos e desconfianças para ambos os lados do arco teórico conceitual dessa polêmica hermenêutica. Para Ely (2010, p. 6) um importante atrativo do ponto de vista interpretacionista é sua adequação a nossa imagem de “o que é o direito e como ele funciona”. Além disso, outro aspecto positivo de referida abordagem, e mais fundamental, está relacionado ao difícil feito de uma relação entre o não interpretacionismo e a teoria democrática existente nos Estados Unidos da América (ELY, 2010, p. 7).

Conforme Ely (2010, p. 13):

O adepto do não interpretacionismo entrega aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a tarefa de definir quais valores devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, mas o interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição – e isso significa que, já que a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo.

Ely demonstra, também, alguns aspectos problemáticos da teoria interpretacionista, que por mais que pareça se adequar ao nosso sentido comum de como o direito deve funcionar, acaba por deixar sem resposta alguns problemas que continuam abertos na teoria do direito, em especial, ligados à hermenêutica jurídica, como, por exemplo, a noção da textura aberta do texto constitucional, o que para Ely pode significar um convite a uma postura não interpretacionista (ELY, 2010, p. 17).

No entender de Roberto Bueno (2010, p. 15):

O argumento originalista que recorre à literalidade do texto, à vontade do legislador e à tradição de modo declarado o faz apenas retórica e aparentemente. Em verdade, o

originalismo possui limites muito estritos no que concerne à demarcação do significado das normas. Em suma, o originalismo se revela tão impreciso quanto à limitação do significado exato da norma jurídica quanto qualquer outra teoria competidora, com a diferença de que outras concorrentes, como o não-originalismo admitem sua insuficiência. A rigor, seus instrumentos hermenêuticos podem servir a tantos e diferentes supostas intenções do legislador quanto a resultados que sejam almejados mas, desde logo, mascarados.

Dessa maneira, no intento de apresentar ou contextualizar apenas o debate hermenêutico norte-americano, parece que em linhas gerais podemos ter uma ideia de como se desenvolvem as balizas argumentativas da teoria da interpretação constitucional *estadunidense*, e nosso objetivo foi o de investigar a origem da relação entre direito e política nesse debate. Não se mostra problemático reconhecer que a política e o direito se relacionam de maneira menos traumática no contexto dessa tradição jurídica, o que é bem diferente de nossa realidade. Para aqueles que, como Arnaldo Godoy (2004, p. 69), compreendem os interpretacionistas como intérpretes literais e conservadores da constituição, vincula-os ao pensamento político do Partido Republicano. Os não interpretacionistas estariam mais próximos do partido Democrata, o que restaria comprovado se levarmos em consideração que o presidente Woodrow Wilson nomeou Louis Brandeis; Franklin Roosevelt apontou os nomes de Hugo Black, William Douglas e Felix Frankfurter. Já John F. Kennedy indicou Arthur Goldberg. O republicano Dwight Eisenhower nomeou Earl Warren, o mais liberal e ativista julgador da corrente não interpretacionista, condição essa que fez com que Ike Eisenhower considerasse a sua nomeação “como o mais estúpido erro que cometera” (GODOY, 2004, p. 69), o que demonstra o ponto que pretendemos explorar por outros matizes, a saber: pelo pensamento de Dworkin e a partir da crítica radical dos *Critical legal studies*, a fim de verificar o potencial teórico de uma função política do direito reconhecida no debate hermenêutico norte-americano.

### **3. Para além de interpretacionismo e não interpretacionismo: considerações sobre o direito como integridade de Dworkin**

Com o objetivo de avançar a perspectiva da hermenêutica constitucional norte-americana para além da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, considerando a questão da defesa da função política do direito no contexto hermenêutico, não se poderia deixar de lado o pensamento do *jusfilósofo* estadunidense Ronald Dworkin (1931-2013), professor em Oxford e

Nova Iorque. Dworkin contribuiu de maneira significativa ao debate contemporâneo acerca dos temas e problemas colocados pela filosofia político-jurídica, levando em consideração as construções teóricas daquilo que se conhece por giro lingüístico hermenêutico - *linguistic turn*.

De acordo com Albert Casalmiglia (1992, p. 156) o êxito de Dworkin se deve “sobretudo pela utilização de um método de análise do direito que permite não só descrevê-lo senão também propor um enfoque consistente dos problemas e apontar soluções sustentadas em um conjunto de princípios coerentes”<sup>6</sup>.

Para os propósitos dessa investigação, torna-se particularmente interessante a defesa feita por Dworkin da função política do direito que pode ser observada em questões que se apresentam ao judiciário e tratam de problemas de justiça e equidade, de tal modo, não parece irrazoável notar em alguns pontos do pensamento de Dworkin a presença de Rawls. Já na introdução da obra *Uma Questão de Princípio*, Dworkin argumenta que:

A doutrina jurídica figura em boa parte do debate, não como um exercício de história ou doutrinas jurídicas, mas antes porque o Direito confere uma forma especial e esclarecedora à controvérsia política. Quando questões políticas vão ao tribunal – como sempre acontece, mais cedo ou mais tarde, nos Estados Unidos, pelo menos – exigem uma decisão que seja, ao mesmo tempo, específica e calcada em princípios [...] a decisão deve ser fundamentada com a emanção de uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça porque, em última análise, é isso que o império da lei realmente significa (DWORKIN, 2000, p. VIII).

Ainda na introdução de *Uma Questão de Princípio*, Dworkin apresenta o problema sobre a possibilidade de uma única resposta correta para cada caso, que não será objeto de análise aqui, e, ao se aproximar do contexto hermenêutico, destaca as posições que foram sumariamente expostas no tópico anterior desse texto, desse modo, o jusfilósofo americano realça que os juízes interpretacionistas são compreendidos como aqueles para quem os julgadores “devem submeter-se às decisões tomadas pelas instituições mais representativas, como as legislativas, e, no caso do Direito constitucional, a decisões tomadas, muito tempo atrás, pelos constituintes” (DWORKIN, 2000, p. XI).

Como dito, para Dworkin o que importa é uma análise para além da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, pois a indagação principal a ser feita é aquela que coloca a questão política em relação com a hermenêutica jurídica, em especial, com a

---

<sup>6</sup> As traduções são de minha autoria e foram feitas de forma livre, salvo indicação em contrário.

interpretação constitucional e, por conseqüência, com a prática judiciária. Nessa linha argumentativa, Dworkin (2000, p. 3-4) ressalta que seu objetivo é questionar:

Se os juízes devem decidir casos valendo-se de *fundamentos* políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também que seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos. Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária.

Levando em consideração o debate acerca do tema na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos da América, Dworkin afirma que tanto a visão britânica oficial quanto a visão americana progressista estão equivocadas ao negligenciarem a importante distinção a respeito de dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem se valer, a saber: os argumentos de princípio político, “que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem estar geral ou do interesse público” (DWORKIN, 2000, p. 6). Na visão de Dworkin o correto seria os juízes fundamentarem suas decisões em argumentos de princípio político e não em argumentos de procedimento político (DWORKIN, 2000, p. 6).

Por fim, ao diagnosticar a necessidade de um olhar do julgador que se relacione com a questão política, ou melhor, que a prática judiciária possa se valer de argumentos de princípio político, Dworkin apresenta uma concepção em que a relação entre direito e política é não só possível, mas, também, não é traumática do ponto de vista epistemológico. No entanto, ao afirmarmos que Dworkin relaciona direito e política não se quer com isso demonstrar que ele entende o direito como política, na linha dos autores do *Critical Legal Studies*. Pelo contrário, pois Dworkin rejeita a opinião de que o direito e a política são a mesma coisa, já que os juízes ao decidirem os casos difíceis “devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade” (DWORKIN, 2000, p. IX). No entender de Dworkin, a visão que compreende direito e política com a mesma significação ofusca uma distinção importante que está ligada a diferença entre os argumentos de política, argumentos baseados no objetivo de um programa particular para a comunidade; e os argumentos de princípio, que são baseados em direitos (DWORKIN, 2000, p. IX), no entanto, “valer-se de uma teoria política não é uma corrupção da interpretação, mas parte do que significa interpretação” (DWORKIN, 2000, p. 247).

A partir de tais pressupostos apresentados em *Uma Questão de Princípio* e, também, em reflexões apresentadas em *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin constrói sua compreensão do direito como uma prática interpretativa<sup>7</sup> que se volta tanto “para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento” (DWORKIN, 1999, p. 271) e que teria por objetivo uma concepção do direito como integridade, que negaria as percepções do direito como manifestações ou relatos factuais do passado como quer o convencionalismo<sup>8</sup> ou o interpretacionismo, “ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro” (DWORKIN, 1999, p. 271).

Dworkin apresenta sua teoria do direito como integridade como uma via alternativa às concepções do convencionalismo e do pragmatismo, partindo de uma concepção a respeito do fundamento do direito que diverge das outras duas correntes na medida em que se pauta na questão do modo de instituição dos direitos, pois esses últimos foram criados por único e mesmo autor, a comunidade política personificada, e se expressa pelos elementos de justiça e equidade (DWORKIN, 1999, p. 271-272). Ao que parece muito próximo - ou ao menos considerando sua reflexão - de seu contemporâneo Rawls, Dworkin (2000, p. 272) afirma que “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.

É razoável compreender que o fundamento de toda teoria da integridade está na noção do único autor, ou seja, na concepção da comunidade política personificada, o que tornaria, em certo sentido, a história importante para o direito como integridade (DWORKIN, 2000, p. 273) e, além disso, que “os juízes devem identificar os direitos (e não criá-los) partindo do pressuposto de que todos foram criados pela comunidade política” (FERNANDES; DAVID, 2012, p. 13); contudo, divergindo aqui pontualmente do argumento apresentado por Fernandes e David, parece que a concepção de Dworkin não é apenas de identificação de direitos, mas, também, de criação no que diz respeito à questão hermenêutica. Ao lançar mão da metáfora do romance em cadeia para explicar a ideia de direito como integridade isso parece ficar mais claro. No romance em cadeia

---

<sup>7</sup> No entender de Albert Casalmiglia (1992, p. 160), essa noção do direito como prática interpretativa é a arma mais poderosa de Dworkin contra o positivismo, pois ele sugere que “o direito é um conceito interpretativo e que os textos por si só não nos dizem nada”.

<sup>8</sup> Dworkin utiliza a expressão convencionalismo para designar a corrente de pensamento que defende que o direito deve ser encontrado nas convenções do passado. Essa seria para ele uma imagem do positivismo jurídico de Hart. Também podemos verificar a aproximação desse conceito da perspectiva interpretacionista.

cada juiz deve assumir o papel de um romancista que será responsável pela escrita de um capítulo de uma obra coletiva, no entanto, a essência da obra deve representar a escrita de um único autor. Nesse sentido, o primeiro a escrever é aquele que detém maior liberdade de identificação, mas, também, de criação, pois, de acordo com Dworkin (2000, p. 236) “cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então”, significa dizer que o primeiro romancista da cadeia é quem irá criar o gênero que pretende escrever, e nesse momento também está presente a interpretação, logo, o primeiro romancista cria interpretando<sup>9</sup> (DWORKIN, 2000, p. 236).

Segundo Dworkin (2000, p. 237):

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.

O direito como integridade se coloca para além das concepções convencionalistas e pragmatistas por ser mais interpretativo, o que pode caracterizá-lo “tanto [como] um produto da interpretação abrangente da prática judiciária quanto sua fonte de inspiração” (DWORKIN, 1999, p. 273), apresentando limites à discricionariedade dos julgadores na medida em que esses terão que observar o passado para continuar na cadeia de desenvolvimento da prática judiciária que leva em consideração o incremento da moralidade política da comunidade para o futuro.

Nas palavras de Dworkin (1999, p. 274):

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é

---

<sup>9</sup> De acordo com Dworkin (2000, p. 237) “isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas”.

lei”, bem como o cinismo do novo realismo. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei.

Dessa maneira, o direito como integridade se apresenta como uma teoria a ser aplicada para uma sociedade democrática e pluralista, na qual existem diversas concepções de justiça que em muitos casos se contradizem e que exigem respostas, entretanto, essa sociedade possui alguns princípios de verniz universal que garantem o funcionamento das instituições que foram imaginadas e escolhidas pela comunidade política e, também, de acordo com o argumento de princípio, pela possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Dworkin pretende a construção de uma teoria do direito que possa justificar uma ordem jurídica concreta, assim, de acordo com Habermas (2003, p. 263) ele “exige a construção de uma teoria do direito, não de uma teoria da justiça. A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na procura de princípios e determinações de objetivos válidos”.

Destarte, a defesa de uma função política do direito - inclusive quando da interpretação do universo jurídico - feita por Dworkin se liga a sua pretensão de garantir o fundamento das decisões judiciais nas noções de coerência e justiça pública (moralidade política), pois no entender de Casalmiglia (1999, p. 164) “a virtude da integridade supõe não só a existência dos princípios, senão também sua organização coerente. Dworkin sugere tratar a comunidade como se fosse uma pessoa moral”. Daí a importância que assumem os princípios da igualdade e liberdade para a construção da noção de moralidade política ou justiça pública, o que garantiria a justiça das decisões judiciárias enquanto resultados de concreção prática dos direitos, reconhecidos na cadeia histórica institucional e desenvolvidos a partir de uma interpretação construtiva baseada na coerência dos princípios aceitos pela comunidade política personificada.

#### **4. O critical legal studies: uma interpretação radical da função político-ideológica do Direito**

De início, convém destacar, mais uma vez, que um dos objetivos do presente texto é explorar e aproveitar a influência que o pensamento jurídico norte-americano exerce ou vem exercendo sobre grande parte dos sistemas jurídicos ocidentais, notadamente pela inserção das teorias de autores como o já mencionado Dworkin. Nesse momento, parece oportuno alguma reflexão acerca de importante movimento de estudos críticos do direito nascido nos Estados

Unidos da América ao longo dos anos 1970 e 1980, conhecido como “*Critical Legal Studies*” - *CLS*<sup>10</sup>. Como notícia histórica do aparecimento do *CLS* é interessante o argumento de Arnaldo Godoy (2004, p. 236) que relata os primórdios dos “crits”<sup>11</sup>, antes mesmo da realização da *Conference on Critical Legal Studies*, a saber:

Os primeiros ecos do movimento *CLS* foram ouvidos na Universidade de Yale no início da década de 1970, quando seis professores de direito foram despedidos, representando verdadeiro expurgo de dissidentes. Contudo, maquiou-se a debandada forçada dizendo-se que a universidade dever-se-ia adaptar a novos regimes de contratação. Os professores demitidos teriam contaminado a pureza do formalismo acadêmico do universo jurídico de New Haven, estudando o direito a luz das convulsões sociais e políticas daquela movimentada época. Um dos professores havia organizado seminário para discutir o alistamento militar obrigatório (*draft*), outro deles pronunciou-se sobre o indevido uso retórico que o governo norte-americano fazia do conceito de *Estado de direito* para perseguir membros do movimento Panteras Negras.

Faça-se uma ressalva preliminar e necessária, de que também nesse ponto não se admite como tarefa do presente trabalho uma apresentação pormenorizada e exaustiva do *CLS* e suas variantes contemporâneas, mas, apenas, uma abordagem de sua contribuição para as questões objeto de análise nesse estudo. O movimento *CLS* é formado por um grupo bastante amplo e heterogêneo de estudiosos da filosofia política e jurídica que questionam as estruturas do pensamento jurídico tradicional nos Estados Unidos da América, interrogando suas bases filosóficas, sociológicas e políticas.

O *CLS* surge ou é reconhecido “oficialmente” a partir da realização da *Conference on Critical Legal Studies* (CARRERAS, 1999, p. 165), evento organizado por professores “da esquerda do movimento *law and society* (direito e sociedade), que congregava professores mais progressistas”, entre eles Duncan Kennedy, Morton Horwitz e Roberto Mangabeira Unger (GODOY, 2004, p. 237). De acordo com um dos integrantes do *CLS*, Duncan Kennedy (1992, p. 283) o:

[...] *CLS* se constitui como uma intervenção, política e intelectual, no “campo acadêmico” [Bourdieu] das faculdades de Direito, iniciada e renovada periodicamente por professoras, professores e estudantes. Os temas políticos da intervenção são heterogêneos, porém, todos de inclinação de esquerda. [...]

No plano intelectual, o trabalho mais importante dos primeiros anos consiste em elaborar uma crítica interna da razão jurídica “american style” dos anos 70. [...]

A aspiração de tal crítica é por em relevo o sentido político da prática cotidiana dos juizes e dos juristas, que constroem o Direito enquanto se entendem a si mesmos como instrumento<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Em uma tradução livre: Estudos críticos do direito.

<sup>11</sup> Maneira como são chamados os membros do movimento.

O objetivo do *CLS* é uma ampla crítica a partir de dentro à razão e ao saber jurídico estadunidense, explorando suas contradições internas do ponto de vista axiológico, lingüístico e da prática judiciária, “para demonstrar seu caráter indeterminado e ideológico e impugnar assim a falsa autonomia do direito e do pensamento jurídico analítico com respeito ao debate substantivo de caráter moral e político” (COELHO, 2003, p. 315), com especial destaque temático para a crítica do liberalismo, do positivismo e do movimento *Law and Economics* - que tem por referencial o pensamento de Richard Posner -, por fim, destaca-se que o *CLS* também enfrenta o importante debate da filosofia política que envolvem liberais e comunitaristas<sup>13</sup>.

Academicamente é possível afirmar que o *CLS* ficou ligado as universidades de Harvard - Cambridge - e Yale - New Haven -, e seus autores, digamos exponenciais, ao menos em sua primeira fase, são: Duncan Kennedy, Mark Tushnet, Morton Horwitz, Elisabeth Mensch e o brasileiro Roberto Mangabeira Unger (GODOY. 2007, p. 50).

Os referenciais teóricos do *CLS* são muitos, contudo, podemos dizer que o movimento recebe forte influencia dos pensadores da suspeita, a saber: Marx, Freud e Nietzsche e do pensamento marxista ocidental, especialmente da conhecida escola de Frankfurt, levando-se em consideração o exílio de alguns dos intelectuais do instituto de pesquisa social em solo estadunidense. O *CLS* também apresenta relações com o pensamento de Roscoe Pound e Oliver Wendell Rolmes Jr - pragmatismo; da teoria social clássica representada além de Marx, por Weber e Durkheim. Igualmente, recebem influências e realizam leituras das obras de Foucault e Derrida (KENNEDY. 1992; LLEDÓ.1995). Para Juan Lledó (1995, p. 137), citando James Boyle, visto de fora o *CLS* se apresenta como uma estranha mistura de “realismo jurídico, Nova Esquerda e crítica literária”.

A respeito da inscrição teórica do *CLS*, Duncan Kennedy (1994, p. 284) destaca que os “crits” “ao mesmo tempo em que levam a sério a noção neo-marxista de que o discurso jurídico equivale à ideologia”, também resistem ao chamado de uma crítica reducionista que existe no discurso de esquerda norte-americano da época, significa dizer, lutam contra o chamado da “vulgata marxista”.

---

<sup>13</sup> Não seria possível neste pequeno ensaio expor os argumentos deste debate, contudo, ele se trava acerca da teoria do contrato social.

A partir de referenciais teóricos tão expressivos e de sérios estudos jurídicos, o reconhecimento da presença do *CLS* no cenário político e sua influência na construção de um saber jurídico crítico nos Estados Unidos da América mal pode ser exagerada. Partindo da ideia – que se torna um lema – de que *law is politics* (direito é política), tomando essa relação entre direito e política, ou da função política do direito, como elemento fundamental de toda teoria, os desdobramentos são a diferenciação entre teoria e prática, entre conhecimento e política e de uma atitude epistemológica anti-positivista. Conseqüentemente, o movimento exerce uma verdadeira contribuição ao desenvolvimento de uma crítica da ideologia jurídica, examinando como a consciência jurídica, criada pelos juristas, contribui para uma falsa representação do mundo social (GODOY. 2007)

Mercedes Carreras (1999, p. 166) destaca que o:

CLS considera que o discurso que dá fundamento ao Direito e às instituições jurídicas não são mais que um mito que trata de legitimar conflitos de classe presente e passados. Quando os “Crits” afirmam que o Direito é política (*Law is politics*) não só se referem a influência que a política pode ter sobre o Direito, senão também que o Direito é um mero exercício do poder que se oculta sob outra determinação.

O *CLS* pretende uma crítica séria aos pilares do pensamento jurídico tradicional *estadunidense*, objetivando demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado liberal não é neutro, determinado e objetivo, e que suas decisões podem ser ideologicamente motivadas (mito da neutralidade do julgador). Para tanto, vale-se, basicamente, de três estratégias argumentativas, que podem ser alinhadas da seguinte maneira: *o direito é política*, o direito é indeterminado e que o direito é uma forma de reificação, ou seja, um instrumento de dominação (CARRERAS, 1999, p. 166-167).

A fim de ilustrar um dos argumentos da crítica apresentada pelo *CLS*, cite-se a reflexão do “crit” brasileiro Roberto Mangabeira Unger (1979; p. 187):

As questões básicas de especulação no campo da jurisprudência e da política resultam da dupla experiência da injustificabilidade da ordem de classes existente e da corrupção dos acordos ou tradições morais pela injustiça da sua origem. Na medida em que as pessoas passam por essa experiência, esforçam-se por evitar ou minorar a escravidão mútua da ordem de classes e estabelecer o poder mais forte – o governo – sobre uma base que elimine a arbitrariedade das habituais hierarquias sociais.

De tal modo, verifica-se que o movimento intitulado *Critical Legal Studies – CLS* - “agitou” o pensamento político e jurídico na América, inclusive com técnicas de interpretação

por desconstrução<sup>14</sup> literária, com marcada influência de Derrida, chegando-se ao procedimento de *trashing*, que tinha por metodologia “explorar contradições, antinomias, ambigüidades, inconsistências, absurdos” (GODOY, 2004, p. 240) a ponto de “relegar ao lixo” textos da doutrina jurídica tradicional e de precedentes dos tribunais (GODOY, 2007), pois revelavam as bases paradoxais do liberalismo jurídico.

Para Derrida (2007, p. 12) “é aliás normal, previsível, desejável, que pesquisas de estilo desconstrutivo desemboquem numa problemática do direito, da lei e da justiça. Seria mesmo seu lugar próprio, se algo como tal existisse”. O pensador francês se manifesta abertamente sobre o *CLS*, em conferência pronunciada na Cardozo Law School, em outubro de 1989 – em Nova Iorque –, pois julga:

que os desenvolvimentos dos *Critical Legal Studies* ou dos trabalhos como os de Stanley Fish, Barbara Herrstein-Smith, Drucilla Cornell, Samuel Weber e outros, que se situam na articulação entre a literatura, a filosofia, o direito e os problemas políticos institucionais, são, hoje em dia, do ponto de vista de certa desconstrução, dos mais fecundos e dos mais necessários. Eles respondem, a meu ver, aos programas mais radicais de uma desconstrução que desejaria, para ser conseqüente com relação a ela mesma, não permanecer fechada em discursos puramente especulativos, teóricos e acadêmicos, mas pretender, contrariamente ao que sugere Stanley Fish, ter conseqüências, mudar as coisas e intervir de modo eficiente e responsável (embora sempre mediatizado, claro) não apenas na profissão mas naquilo que chamamos a cidade, a polis e, mais geralmente, o mundo (DERRIDA, 2007, p. 14).

Conforme Arnaldo Godoy (2004, p. 240):

A partir de 1980, o uso de técnicas desconstrutivistas passou a influenciar o *CLS*, que se orientou para libertar os leitores dos textos. A desconstrução é técnica pós-estruturalista, fundamentada na gramatologia de Jacques Derrida, que denunciava o valor da palavra falada sobre a palavra escrita. Trata-se de logocentrismo característico da tradição cultural ocidental, fiado na memória, hipervalorizadas antes do aparecimento dos processos de escrita. O significado do texto pode ser reduzido a absoluta falta de sentido, demonstrando-se suas contradições, processo hermenêutico que constata comportamento que idolatra o contexto normativo; a desconstrução aponta para a impossibilidade de justiça.

Torna-se particularmente interessante o modo como o *CLS* irá abordar e se relacionar com a questão da interpretação constitucional. Como restou dito no parágrafo anterior, o procedimento radical, a partir da teoria da desconstrução de Derrida, impulsiona o *trashing*, apesar disso, não é apenas com o desconstrutivismo do discurso jurídico liberal e sua interpretação jurídica,

---

<sup>14</sup> A perspectiva de desconstrução de Derrida nos orienta para que a leitura de um texto possa ser submetida à outra – contra - ou nova leitura (DERRIDA 2007), “em um movimento que une presente e passado, futuro e presente” (KOZICKI, 2005, p. 133).

relegando ao lixo as decisões judiciais e os precedentes, a maneira como o *CLS* encara o problema hermenêutico. A partir principalmente de sua consideração da função política do direito e de sua caracterização da influência do liberalismo, que acarreta o caráter indeterminado do discurso jurídico, é que o *critical legal studies* enfrentará o tema da interpretação constitucional.

Dirá, então, Mercedes Carreras (1999, p. 167):

Sem embargo, o Direito tem um caráter indeterminado, e as normas jurídicas não servem para assegurar soluções definitivas aos litígios que se apresentam. CLS justifica sua tese mediante uma dupla crítica. Mediante a crítica interna pretende demonstrar que as premissas da teoria liberal do Direito são inconsistentes, incompletas, ambíguas e, portanto, indeterminadas. A crítica externa busca um resultado similar, porém se apóia na lingüística, na história e na filosofia. CLS empregou a lingüística moderna e a desconstrução para mostrar que a natureza mesma da linguagem faz com o Direito seja indeterminado.

Dentre as inúmeras preocupações temáticas do *CLS*, a teoria da interpretação constitucional não ficou de fora, recebendo especial atenção de Mark Tushnet, Hutchinson e Petter, Bakan (KENNEDY, 1994, p. 284). Ao colocar em suspeita as bases do pensamento político liberal, os “crits” lançam seu olhar crítico para toda a teoria da interpretação jurídica, alcançando, inclusive, a teoria da integridade de Dworkin, que pretende uma hermenêutica constitucional de princípios, de cunho profundamente político-moral. Contrapondo tal perspectiva que para o *CLS* corresponde a uma abordagem liberal, Mark Tushnet irá propor uma teoria da interpretação constitucional conhecida como *constitucionalismo popular* ou *posição populista* (*populist constitutional law*). Bernardo Fernandes (2012, p. 9) sugere que a teoria de Tushnet “combate a supremacia das decisões judiciais, sob a alegação de que os tribunais não possuiriam legitimidade para se manifestar de forma final acerca da interpretação constitucional”.

Mais do que um crítico reducionista da vertente da origem não democrática dos magistrados da Suprema Corte, Tushnet está preocupado em apresentar uma análise que se alinhe às pretensões gerais do *CLS*, logo, pretende um exame anti-positivista e que retire o monopólio da interpretação constitucional das mãos do Judiciário, significa dizer que ele é um crítico pela “tese da supremacia judicial (ou seja, a consideração que o judiciário se torna poder condutor acima dos demais poderes) criticando, assim, a posição da Suprema Corte de detentora do monopólio de dizer o teor do direito constitucional” (FERNANDES; DAVID, 2012, p. 9).

No texto *following the rules laid down: critique of interpretativism and neutral principles*<sup>15</sup>, em que Tushnet analisa de perto a questão do interpretacionismo, o *crit* irá propor uma revisita a questão da interpretação constitucional vinculada à intenção dos *framers* e a teoria dos princípios, pois ambas as teorias visam garantir o Estado de Direito pela limitação do poder discricionário do julgador (TUSHNET, 1983, p.781). Tushnet (1983, p. 781) indica que as teorias constitucionais são frutos da teoria política liberal, visando constranger os juízes que, de acordo com premissas liberais, não deveriam decidir casos com base em suas próprias motivações (ideológicas) subjetivas. Mas cada teoria, em última análise, depende de pressupostos que são eles próprios incompatíveis com o ponto de vista liberal. O interpretacionismo pode ligar adequadamente o presente com o passado apenas com base em uma historiografia que pressupõe um consenso que ele não pode demonstrar. E a teoria dos princípios neutros pode restringir escolhas judiciais apenas com base em um entendimento presumido do papel do raciocínio judicial em nossa política.

De acordo com Juan Lledó (1995, p. 141):

A teoria do direito principiológica de tipo dworkiano já não oculta a controvertida dimensão político-moral do Direito, porém crê ser possível resolver racionalmente seus conflitos substantivos realizando a ponderação entre princípios ou a sua reconstrução em uma teoria integradora coerente. Para CLS, todas essas intenções servem unicamente para empurrar para outro nível o ponto pelo qual se introduz a indeterminação e a necessidade de genuína eleição. A tese é que filosófica, moral e politicamente o Direito contemporâneo, está simultaneamente comprometido com pólos opostos de pressupostos e ideais irreconciliáveis e os conflitos nos materiais jurídico-políticos não são senão manifestações dessas contradições situadas em níveis muito mais profundos. Em última análise, o que subjaz são as contradições do “pensamento liberal”, entendido esse em um sentido amplíssimo, as vezes praticamente coextensivo com a visão do homem e do mundo e com forma de racionalidade que chamamos “moderna” ou “ilustrada”.

Portanto, levando em consideração a amplitude e profundidade do debate travado pelo CLS, talvez seja importante retomar seus referenciais a fim de se proceder outra abordagem do tema da interpretação constitucional, com o objetivo maior de se evitar uma discussão reduzida a um jurisprudencialismo que pretende portar as vestes do “novo” ou, nos dizeres de Bercovici (2004), de um “positivismo jurisprudencial” que retira do centro do debate a norma jurídica e inclui a decisão dos tribunais, fazendo com que toda questão constitucional se torne um problema de hermenêutica e seja monopólio do judiciário, afastando a possibilidade de uma abordagem política, excluindo problemas da teoria do estado, bem como a possibilidade de uma interpretação

---

<sup>15</sup> Em tradução livre: “Seguindo as regras estabelecidas: crítica do interpretacionismo e princípios neutros”

popular e democrática que pode ir além do protagonismo judicial, apresentando-se, por isso, de forma eminentemente política.

## 5. Considerações Finais

Diante de tudo que restou dito até aqui, importa considerar que no debate acerca da hermenêutica constitucional nos Estados Unidos da América, o tema da função política do direito é levado em consideração desde seus primórdios sem um constrangimento epistemológico aparente, ao contrário do que acontece no âmbito nacional. Mesmo quando consideramos a polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, o que se coloca em jogo é a possibilidade ou não de uma hermenêutica para além da vontade política dos *framers*, o que aproxima a forma jurídica do contexto político, mesmo que para negar a possibilidade da relação entre ambos.

Ao avançarmos sobre a questão levando em consideração pontos de vista que superam a polêmica inicial no que diz respeito à sofisticação conceitual, verificamos, em especial com a leitura de Dworkin, a inserção de elementos mais profundos - *linguistic turn* - no âmbito da hermenêutica constitucional, com a elaboração de uma teoria do direito como integridade que é propositiva, ou seja, apresenta uma proposta de leitura moral da constituição que deve ser coerente com o passado e com o futuro da comunidade política personalizada, o que significa dizer que a proposta teórica de Dworkin detém um cunho - em sua vertente hermenêutica - de uma teoria jurídica construtivista que busca orientar a prática judiciária das decisões em conformidade com os princípios estabelecidos pela comunidade política na forma da melhor interpretação jurídica possível que teria por objetivo uma noção de justiça pública (moralidade política) baseada em argumentos de princípio político, o que autorizaria o reconhecimento e possibilidade de um discurso instituinte de direitos, podendo, desse modo, superar a visão conservadora do *Law and Economics* e o radicalismo da proposta do *CLS*, na medida em que não apenas apresenta críticas ao sistema jurídico, mas, sim, propõe uma solução aos seus problemas levando em consideração o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, ainda como possível abordagem para além da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, considera-se que a proposta radical do *CLS* de identificação do direito como política não é apenas uma leitura pessimista e carregada de certo

“nihilismo negativo” como preferem Fernandes e David (2012), pois isso reduziria em muito a contribuição teórica de todo um movimento de estudos críticos do direito que ao que parece pode cooperar ainda hoje para importantes problemas que dizem respeito a hermenêutica constitucional *estadunidense* e, porque não dizer, para a teoria da interpretação constitucional de uma maneira geral. Na medida em que sua abordagem radical focaliza problemas de legitimidade ligados ao monopólio da interpretação e lançam luz a respeito de temas ligados a essa mesma questão do ponto de vista sistêmico, refutando as abordagens por eles compreendidas como representantes do liberalismo jurídico, tendo em vista suas contradições insustentáveis e, inclusive, objetando teorias de cunho moral-institucional como a de Dworkin, que podem representar melhores elaborações conceituais, no entanto, a partir das categorias conceituais e problemas postos pelo *CLS*, seria possível identificar que as teorias apresentadas pelo liberalismo jurídico ainda não dariam conta dos problemas ligados à questão da interpretação, em especial no que diz respeito a adoção de um postura anti-positivista, pois mesmo que se reconheça que a teoria de Dworkin é não positivista a apropriação que se tem feito dela apenas tem modificado o objeto a ser analisado pela ciência jurídica, substituindo-se a norma jurídica (abordagem positivista) pela decisão dos tribunais, o que demonstra a manutenção de uma epistemologia e metodologia medularmente positivista. Assim, mesmo que se reconheça os inúmeros problemas existentes no âmbito do *CLS* talvez sua contribuição ainda seja capaz de fornecer elementos para uma reflexão no sentido de politizar o debate acerca da hermenêutica constitucional no sentido de tornar clara e distinta uma defesa da função política do direito que possa, em todo caso, representar uma abertura radicalmente democrática no que tange à participação no processo de interpretação da constituição.

## 6. Referências Bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ACKERMAN, Bruce. Liberalismos políticos. Trad. Jorge F. Malem Seña. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 17-18, p. 25-51, 1995.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: **Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política**. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 2008.

\_\_\_\_\_. **Destino e caráter.** Trad. João Barrento. Coleção textos clássicos de filosofia. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, n. 61, p. 5-24. 2004.

BUENO, Roberto. Interpretação constitucional: A polêmica entre originalismo e não-originalismo. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, v. 3, p.1-36. 2010.

CARRERAS, Mercedes. Cuando el Derecho se convierte en política: reflexiones sobre Critical Legal Studies. **Isegoría**, Madrid, n. 21, 1999, p. 165-174.

CASALMIGLIA, Albert. Problemas abiertos en la filosofía del derecho. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 1, p. 43-47, 1984.

\_\_\_\_\_. El concepto de integridad en Dworkin. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 12, p. 1-24. 1992.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade.** Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **O império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. A Teoria da interpretação judicial para além do interpretativismo e do não-interpretativismo. In: **XX Congresso Nacional do Conpedi, 2012, Uberlândia – MG. Anais do XXI Encontro Nacional do Conpedi**, p. 1-18, 2012.

\_\_\_\_\_. DAVID, Raphaela Borges. Hermenêutica constitucional norte-americana: reflexões sobre a critical legal studies, a Law and economics e a teoria da integridade. In: **XXI Congresso Nacional do Conpedi, 2012**, Niterói, p. 1-20. 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: hermenêutica e a filosofia prática.** Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis-RJ: Vozes, 2007.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Kant, Schopenhauer e o direito de mentir. In: **Em Tempo**. Marília, v. 3, p. 103-107, 2001.

\_\_\_\_\_. O discurso e o direito. In: **Direito e discurso: discursos do direito**. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. São Paulo: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política. **Revista Jurídica da Presidência da República**, Brasília, v. 8, nº 82, p. 49-63, dez/jan. 2007.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Trad. Fernando Vallespín. Barcelona: Paidós, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Seleção de textos de Francisco C. Weffort. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho [et. al.]. 3ª Ed. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **El concepto del derecho**. 2 ed. Tradução de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1968.

HOLMES JR, Oliver Wendell. Veredas do Direito: “Path of the law”. Trad. Lauro Frederico Barbosa da Silveira e Vinício Carrilho Martinez. **Revista Discurso Jurídico**, Campo Mourão, v. 4, n.1, p. 266-280, 2008.

HORKHEIMER, Max. **Teoria tradicional e teoria crítica**. Trad. de Afonso Malagodi e Ronaldo Pereira Cunha. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

KENNEDY, Duncan. Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 11, p. 283-293, 1992.

\_\_\_\_\_. La educación legal como preparación para la jerarquía. In: **Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho**, Eudeba, p. 373-385, 2001.

\_\_\_\_\_. Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen. In: CACERES, Enrique. **Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho**. México: UNAM, 2005.

\_\_\_\_\_. La crítica de los derechos en los *Critical legal Studies*. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, Palermo, n. 47, p. 47-90, 2006.

KOZICKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida. In: **Crítica da Modernidade: diálogos com o Direito**. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005.

LIEDÓ PEREZ, Juan A. Critical Legal Studies y el comunitarismo. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 17-18, p. 137-164, 1995.

LYRA FILHO, Roberto. **A filosofia jurídica nos Estados Unidos da América**: revisão crítica. Porto Alegre: Fabris. 1977.

PEIRCE, Charles Sanders. **A fixação da crença**. Disponível na internet: <[www.lusosofia.net](http://www.lusosofia.net)>. Acesso em: 10 out. 2013.

PINZANI, Alessandro. Os demônios e as facções. Kant e Madison sobre paixões e instituições. In: **Crítica: Revista de Filosofia. Londrina**, v. 11, n. 33, p. 131-156, 2006.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Interpretação constitucional: notas sobre procedimentalismo e substancialismo. In: **Revista do Instituto de Direito Brasileiro (RIDB) da Faculdade de Direito de Lisboa**, a. 2, n. 8, p. 8665-8678, 2013.

\_\_\_\_\_. Perspectivas críticas do direito: notas acerca do movimento Critical Legal Studies (CLS) e sua contribuição jurídica e política para a construção do saber jurídico. In: **Jornal da Fundação**. Disponível na internet: <http://www.univem.edu.br/jornal/materia.php?id=135>. Acesso em: 02/06/2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **A teoria da justiça como equidade**: uma teoria política, e não metafísica. In *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RORTY, Richard. Depois da filosofia, a democracia. In: **A filosofia americana. Conversações com Quine, Davidson, Putnam, Nozick, Danto, Rorty, Cavell, Macintyre, Kuhn**. BORRADORI, Giovana (org.). Tradução de Alvaro Lorencini. São Paulo: editora da Unesp, 2003.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 4ª Ed. Rio de Janeiro: civilização brasileira. 2011.

SCALIA, Antonin. Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo**, p. 21-28. 1989.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. Pensar é estar em pensamento. In: SILVA, Dinorá Fraga da; VIEIRA, Renata (Org.). **Ciências cognitivas em semiótica e comunicação**. São Leopoldo: editora da Unisinos. 1999.

\_\_\_\_\_. Filosofia e jurisprudência nos primórdios do pragmatismo: Charles S. Peirce e Oliver Wendell Holmes, JR. **Em tempo**, Marília. v. 4. p. 84 – 97, 2002a.

\_\_\_\_\_. Os primeiros passos rumo à verdade. **Cognitio**, São Paulo, n. 3, p. 107-114, 2002b.

\_\_\_\_\_. Observe-se o fenômeno: forma e realidade na semiótica de Peirce. **Cognitio**, São Paulo, v. 5, p. 194-199, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Seleção de textos de Francisco C. Weffort. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho [et. al.]. 3. ed. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1985.

TUSHNET, Mark. Following the rules laid down: critique of interpretativism and neutral principles. **Harvard law Review**, v. 96, n. 4, p. 781-827, 1983.

UNGER. Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**: contribuição à crítica da teoria social. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.