

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 132  
outubro/dezembro – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

# Jurisdição constitucional e política: interpretativismo, não-interpretativismo e suas alternativas políticas e jurídicas

Teoria estética – Estudo da obra *Contemporary constitutional lawmaking* de Lief H. Carter

MÁRCIO NUNES IORIO ARANHA OLIVEIRA

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Questões de Interpretação Constitucional. 3. Crítica ao Preservacionismo. 3.1. Terminologia e defensores do interpretativismo. 3.2. Premissas da teoria interpretativista e sua crítica. 4. Alternativas políticas ao interpretacionismo. 4.1. Parâmetros das soluções políticas ao problema da legislação judicial. 4.2. Herbert Wechsler e os “neutral principles”. 4.3. Alexander Bickel e a teoria da autolimitação judicial. 5. Alternativas normativas ao interpretativismo. 6. Teoria estética. 6.1. Conceitos preliminares: nomos e narrativa. 6.2. Defesa e conteúdo de uma teoria estética. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

A procura por *standards* que dêem coerência às decisões da Corte Constitucional<sup>1</sup>, a importância na determinação de balizas não-fluidas a nortear as decisões daquela Corte<sup>2</sup>, a necessidade de estabelecimento de critérios que

<sup>1</sup> “If courts cannot escape the duty of deciding whether actions of the other branches of the government are consistent with the Constitution, when a case is properly before them in the sense I have attempted to describe, you will not doubt the relevancy and importance of demanding what, if any, are the standards to be followed in interpretation” (WECHSLER, Herbert. *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*. In: \_\_\_\_\_ . *Principles, politics, and fundamental law: selected essays*. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1961. p.15).

<sup>2</sup> “(...) I mean criteria that can be framed and tested as an exercise of reason and not merely as an act of willfulness or will. (...) The man who simply lets his judgment turn on the immediate result may not, however, realize that his position implies that the courts are free to function as a naked power organ (...) You will not charge me with exaggeration if I say that this type of *ad hoc* evaluation is, as it has always been, the deepest problem of our constitutionalism” (WECHSLER, op. cit., p. 16-17.)

possibilitem a análise da correção<sup>3</sup> da decisão judicial, o embate entre as teorias interpretativistas e não-interpretativistas, e o papel da Suprema Corte na manutenção, interpretação e desenvolvimento da Constituição Federal<sup>4</sup> exprimem algumas das preocupações mais atuais no estudo da jurisdição constitucional e política. Tais concepções mostraram-se quase que imperceptíveis aos olhos dos estudos dos doutrinadores pátrios, conquanto o tema fosse e, mais do que nunca, apresenta-se como um dos temas centrais para a análise do fenômeno da jurisdição constitucional dos países, que, semelhantemente ao Brasil, elegeram uma Corte Constitucional imbuída do papel fundamental de defesa e interpretação dos mandamentos da Carta Magna.

As teorias norte-americanas sofreram o desinteresse dos doutrinadores nacionais tanto pela associação que se fazia entre estas e a tomada de posição política dos seus defensores, entendendo-as como meros instrumentos justificadores de opções políticas<sup>5</sup>, quanto, provavelmente, também pela constatação da

<sup>3</sup> Note-se, desde já, que a palavra “correção” será utilizada neste trabalho com o sentido literal e objetivo da mesma: qualidade de correto. Não deve ser confundido com a correção almejada nas decisões judiciais mediante a idéia de que tal qualificativo significa a concordância do receptor com a decisão em si. Deve ser entendido por correção que o receptor percebeu na decisão virtudes tais que lhe imprimem o qualificativo desta ser boa, conquanto possa dela discordar.

<sup>4</sup> Herbert Wechsler afirma que a discussão do papel da Suprema Corte na tradição constitucional dos EUA e suas funções de manutenção, interpretação e de desenvolvimento da Carta Magna configuram a questão mais duradoura do Direito Público norte-americano: “(...) that most abiding problem of our public law: the role of courts in general and the Supreme Court in particular in our constitutional tradition; their special function in the maintenance, interpretation, and development of the organic charter that provides the framework of our government, the charter that declares itself the ‘supreme law.’” (WECHSLER, op. cit., p.3.).

<sup>5</sup> John Hart Ely ressalta a desvinculação entre a opção filosófico-política e o posicionamento filosófico-constitucional, analisando, para tanto, as decisões do juiz Hugo Black, e acrescenta, firmemente, o autor, sua rejeição à necessária correlação interpretativismo-conservadorismo. Os trechos esclarecedores do pensamento do autor a seguir são transcritos:

“It would be a mistake to suppose that there is any necessary correlation between an interpretivist approach to constitutional adjudication and political conservatism or even what is commonly called judicial self-restraint.

“(....)

“(....) It happened that in enforcing the principles stated in the Constitution, Black was generally in the position of enforcing liberal principles, and there is every reason to suppose that that suited him fine. But when his constitutional philosophy (interpretivism) and his political philosophy (liberalism) diverged, as they did in Griswold, ‘the Judge’ went with his constitutional philosophy”. (ELY, John Hart.

existência de uma vinculação da exposição de tais teorias a uma análise puramente jurisprudencial e estatística dos *cases* da Suprema Corte com os males que tal vinculação pode revelar devido a uma perceptível desconexão das decisões da mesma<sup>6</sup>.

O autor que se pretende introduzir neste estudo afastou-se o bastante desses vícios para imprimir a sua obra um caráter de abstração, trazendo consigo a virtude da universalidade necessária à qualificação de sua contribuição como apta a integrar os pólos de discussão sobre o tema da jurisdição constitucional e política.

Lief H. Carter é crítico da teoria interpretativista, que chama de preservacionismo, dedicando o capítulo III do seu livro ao combate de tal teoria, intitulando-o: “O fracasso da Teoria Interpretativista”.

Afigura-se, neste ponto, de contribuição inegável, a distinção sumária entre as teorias norte-americanas do interpretativismo e o não-interpretativismo, nas palavras de John Hart Ely. O interpretativismo indica que o juiz, ao decidir questões constitucionais, deveria ater-se a fazer cumprir normas que estão declaradas ou evidentemente implícitas na Constituição escrita, enquanto o não-interpretativismo indica que as Cortes deveriam ir além daquele conjunto de referências – normas declaradas ou claramente implícitas na Constituição – e fazer cumprir normas que não pudessem ser descobertas no texto da

*Democracy and distrust* : a theory of judicial review. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1987. p.1-2).

<sup>6</sup> A detecção da ausência de pautas e a desconexão da jurisprudência constitucional são afirmadas como um dos pontos essenciais da tese de Lief H. Carter: “(...) el proceso constitucional es una colección de acontecimientos desconectados. No hay nada, en la materia prima, que sugiera formas obvias de clasificar los temas. Ninguna teoría política de los derechos humanos, ninguna teoría del significado de las instituciones norteamericanas y ninguna teoría del papel constitucional de los tribunales, los liga en su conjunto”, e acrescenta, “la jurisprudencia constitucional es desconectada y carente de pautas. Las elecciones judiciales (parecem) semejar a las que hacemos a medianoche cuando elegimos en la heladera un bocado de cualquier cosa que parezca en ese momento apetecible”. (CARTER, Lief H. *Contemporary constitutional lawmaking*. Washington : Pergamon Press PLC, 1985. \_\_\_\_\_ Colección Libros Esenciales de Derecho traducidos al español (L.E.D.). *Derecho constitucional contemporáneo* : la Suprema Corte y el arte de la política. Org. por Carlos Alberto Pazos. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1985. p.58).

Carta.<sup>7</sup> Também a título propedêutico, entende-se por bem ressaltar a importância da tomada de posição por uma dessas teorias. Dessa tomada de posição decorre primordialmente a maior ou menor liberdade ou, ao menos, o maior ou menor ônus argumentativo, na prolação de uma decisão pela Corte. Wechsler, na visão de um interpretativista, expressa o perigo na adoção da teoria não-interpretativista como estimuladora da assimilação do mero juízo de oportunidade política às decisões judiciais constitucionais, isentando-as do ônus de demonstração de sua correção<sup>8</sup>, amenizando contudo um rígido interpretativismo por meio da assertiva de que um texto constitucional escrito não deve ser entendido como uma declaração de regras finitas de direito e, sim, de valores a possibilitar adaptações e ajustes eventuais<sup>9</sup>. Carter, por outro lado, sob o enfoque de um não-interpretativista, procura ressaltar as desvirtudes daquela estrita vinculação ao texto constitucional, dizendo, por sua vez, que são os interpretativistas que, apegados ao texto, desoneram-se do ônus argumentativo, ao que, pela teoria estética que propugna, maior é a demanda por uma argumentação convincente, fundamentada que é aquela teoria na retórica.

Empreendendo a análise da teoria jurídica constitucional contemporânea, Lief Carter procura, acima de tudo, derrubar mitos – determinismo dos textos legais, inteligibilidade das intenções ou dos fins dos legisladores, existência de um consenso nacional em torno de valores políticos fundamentais, definitividade e permanência da norma constitucional traduzida em imutabilidade das conclusões que

<sup>7</sup> “(...) Today we are likely to call the contending sides ‘interpretivism’ and ‘noninterpretivism’ – the former indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution, the latter the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document” (ELY, op. cit., p.1).

<sup>8</sup> WECHSLER, op. cit., p.9.

<sup>9</sup> “So far as possible, to finish with my point, I argue that we should prefer to see the other clauses of the Bill of Rights read as an affirmation of the special values they embody rather than as statements of a finite rule or law, its limits fixed by the consensus of a century long past, with problems very different from our own. To read them in the former way is to leave room for adaptation and adjustment if and when competing values, also having constitutional dimension, enter on the scene” (WECHSLER, op. cit., p. 26-27).

destas advém –, ressaltando que o problema central da filosofia legal contemporânea encontra-se na solução da tensão existente entre o colapso da teoria constitucional convencional<sup>10</sup> e a necessária manutenção da fé e da bondade normativa de nossa participação nas instituições (leia-se: na Constituição). Para tanto, propõe a assimilação da teoria estética no âmbito de discussão da teoria jurídica constitucional contemporânea, procurando dar àquela teoria o seu delineamento básico e as razões para sua adoção.

## 2. Questões de interpretação constitucional

Uma questão de jurisdição constitucional e política, que se configura em cerne da presente discussão, refere-se ao respeito a preceitos estabelecidos na Carta Magna de um país no curso de sua efetivação ao longo da vigência da mesma. Respeito que pode ser levado ao extremo, mediante aquilo que se convencionou chamar de *regresso à Constituição*, ou que pode ser mitigado por intermédio de teorias outras, como a de que o direito constitucional deve obedecer a regras do *raciocínio legal correto*, ou mesmo a de que é a natureza procedural a norteadora da reeducação continuada dos valores fundamentais de um povo, todas justificadoras de um *paradoxo* identificado como premissa fundamental da obra analisada, qual seja: o processo de interpretação constitucional deve incorporar algumas verdades fixas e objetivas, porém tal fato não pode ser encontrado pela análise do comportamento da Corte Constitucional<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> O colapso da teoria constitucional convencional estaria, segundo o autor, na dificuldade de conciliação entre as teorias do pragmatismo norte-americano, da hermenêutica alemã e do desconstrutivismo francês. (CARTER, op.cit.,p.15).

<sup>11</sup> Lief Carter realiza uma análise jurisprudencial da história da jurisdição constitucional da Suprema Corte norte-americana para demonstrar que tais decisões nunca seguiram um parâmetro normativo passível de explicação por qualquer das teorias do *interpretativismo* legal. Dedicou, para tanto, um capítulo intitulado *La Corte Suprema en la Política Norte-Americana*, em que expõe detalhadamente diversos *cases* daquela Corte, chegando à conclusão de que não se pode neles identificar a adoção de qualquer teoria interpretativista. Por outro lado, analisa, mediante a utilização de um artifício de argumentação, as conclusões tomadas hipoteticamente por um ser imaginário, identificado como uma marciana onipotente, onipresente e onissapiente, que, mediante a análise de toda a história constitucional, pudesse tirar uma conclusão isenta do que observara. Desta visão neutral almejada, chega à conclusão de que o processo constitucional é uma coleção de acontecimentos desconectados e carentes de pautas (p.52), significando que o

A solução desse *paradoxo* entre a suposição de que a Constituição é uma fonte primária das relações humanas, incorporadora de verdades fixas e objetivas, e a constatação de sua ausência nas decisões da Suprema Corte norte-americana encontra-se, segundo o autor, em pelo menos quatro *respostas jurídicas*<sup>12</sup>: a) o texto constitucional contém, em si, tudo que for preciso para a solução de um caso concreto, não transigindo com decisões contrárias aos seus preceitos expressos, condenando-se, pois, as decisões da Suprema Corte seduzidas pela necessidade de satisfação célere de demandas políticas; b) alternativas políticas, como os princípios neutros de Wechsler e a autolimitação judicial de Bickel; c) alternativas normativas, sobretudo a teoria do instrumentalismo pragmático; d) finalmente, a posição do autor de que o paradoxo inexistente.

### 3. Crítica ao preservacionismo

#### 3.1. Terminologia e defensores do interpretativismo

Sob o título de *preservacionismo*<sup>13</sup>, Carter denomina a chamada escola do *regresso* à

Direito Constitucional, concebido como um corpo de regras, princípios e mandatos legalmente definidos, não implica um peso significativo sobre as soluções das questões políticas e sociais (p. 47) e que, conseqüentemente, a prática constitucional e a erudição convencional são empresas fundamentalmente distintas, jogos de linguagem diferentes, nos termos de Wittgenstein. Há, detrás das formas legais das decisões, uma razão prática, o que significa que, em muitos casos analisados, verifica-se que o fim justificou o meio (p. 60). Os juízes não aparentam aplicar o Direito mas, sim, combinar suas idéias sobre as condições sociais e seus valores normativos com o fito de alcançar resultados *raciocinados praticamente* (p. 61 e 290 [“(....) El Juez (CARDOZO) podía cambiar aparentemente de opinión varias veces antes de la argumentación, o cambiar sobre la argumentación, pero raramente después. Sin embargo, *tengo la sensación de que todo el tiempo estaba yendo en la dirección que pensaba era la más justa*”]). Para se chegar a uma decisão coletiva, os juízes negociam rotineiramente qual a forma de justificação que se haverá de adotar caso a caso explicando-se, dessa forma, o que chama, o autor, de *pauta de inexistência de pautas* (p. 58). Chega, por fim, à conclusão de que o fenômeno constitucional é uma coleção de confrontações pessoais específicas com problemas concretos, não havendo um parâmetro que vincule tais casos concretos (p. 47). CARTER, op. cit.

<sup>12</sup> CARTER, op. cit., p. 80.

<sup>13</sup> A utilização dos termos “interpretativismo” e “originalismo” encontra em Lief Carter a seguinte crítica:

*Constituição* ou escola *interpretativista* ou *originalismo*<sup>14</sup>. A terminologia utilizada para a designação do aqui chamado preservacionismo é *vária* e bastante diversificada, muito

“Ambos términos inducen a confusión. ‘Interpretativismo’ da por sobreentendida la proposición de que los jueces podrían interpretar si quisiesen y los critica por errar al no elegir esta opción, lo que confunde porque, en primer lugar, los jueces no tienen esta opción. ‘Originalismo’ también induce a confusión, tanto porque implica que las cláusulas constitucionales tienen esta significado originarios con referencia a temas constitucionales contemporáneos, como porque yo, al menos, asocio originalidad con ‘creatividad’, algo que los originalistas condenan”. CARTER, op. cit., p. 81.

<sup>14</sup> O originalismo tem como um dos seus mais eminentes defensores Robert H. BORK, indicado à Suprema Corte norte-americana, em 1987, mas rejeitado por força de sua opção política conservadora e também por ser um expoente da doutrina do originalismo. Uma síntese de seu pensamento e, portanto, do originalismo nos dá Walter Sinnott-Armstrong: “Like other originalists, Bork tells us both what judges should do and what they should not do. Judges should interpret the Constitution by reading the document and its history. In an early article, ‘Neutral Principles and Some First Amendment Problems’, Bork argued that judges must follow the intentions of the framers. In our selection from his recent book ‘The Tempting of America’, Bork says instead that judges should follow the original understanding, which is ‘what the public of that time would have understood the words to mean.’ Either way, judges are required to base their interpretations on facts about the time when the amendment was passed. (§) What judges should not do is impose their own values. Bork argues that judicial neutrality is necessary in order to escape the Madisonian dilemma: Majority rule in the United States is limited by rights of minorities and individuals, but who determines which rights exist? Majorities have incentives to underestimate these rights, minorities have incentives to overestimate them, and judges cannot be trusted not to take sides in such conflicts. A truly impartial determination is supposed to come only from the document itself. The present majority then gets limited by the past super-majority of ratifiers, but the present majority still should rule whenever the document and its history are not clear. (§) Bork’s opponents counter that his view prevents judges from protecting minority rights against the majority and also that there is no neutral way for judges to discover any original understanding that is precise enough to decide particular, controversial cases.” BRISON, Susan J. & SINNOT-ARMSTRONG, Walter. *Contemporary perspectives on constitutional interpretation*. Boulder: Westview Press Inc, 1993. p.47).

O chamado *Madisonian dilemma* é considerado, por Bork, o problema central a ser resolvido pela Corte Constitucional. A Corte deve ser enérgica na proteção dos direitos individuais enquanto deve ser igualmente escrupulosa no respeito do direito da maioria em governar. O papel da Suprema Corte reside em manter o *sistema de governo* que a Constituição criou. Tal sistema é chamado por Bork de *Madisonian system* e que significa, nas palavras do autor: “The United States was founded as a Madisonian system, which means that it contains two opposing principles that must be continually reconciled. The first principle is self-government, which means that in wide areas of life majorities are entitled to rule, if they wish, simply because they are majorities. The second is that there are nonetheless some things majorities must not do to minorities, some areas of life in

embora atualmente pareça estar melhor uniformizada com a adoção majoritária dos termos interpretativismo e não-interpretativismo<sup>15</sup>.

Nos últimos anos, despontaram como expoentes da teoria interpretativista os seguintes juristas norte-americanos: Philip Kurland, Raoul Berger, Frank Easterbrook, Henry Monaghan, Joseph Grano, Bernard Siegan e Robert Bork. Os cientistas políticos adeptos de tal teoria são: Gary Mcdowell, Jeremy Rabkin, John Agresto, Christopher Wolfe, Walter Berns e Ralph Rossum. Por outro lado, afirmam-se como contrários ao preservacionismo: Benjamín Cardozo, Karl Llewellyn, Jerome Frank, Roscoe Pound, Edward S. Corwin, H.L.A. Hart e Ronald Dworkin.

### 3.2 Premissas da teoria interpretativista e sua crítica

Os interpretativistas entendem que a única decisão constitucional adequada é a que outorga autoridade obrigatória à Carta ou à intenção de seus criadores – *framers*; os legisladores originais da Constituição norte-americana teriam elaborado um direito que transcenderia o tempo de sua criação e poderia impor aos tribunais o papel limitado de respeito estrito ao texto e à história que a Carta incorporava, pois as mudanças constitucionais somente seriam aceitáveis por via de processos democráticos e nunca pelo *governo dos juízes*<sup>16</sup>.

A crítica apontada como derradeira concerne à premissa fundamental do preservacionismo

which the individual must be free of majority rule.” (p. 48). O dilema, diz Bork, reside no fato de que a maioria, bem como a minoria, não podem ser confiáveis na delimitação das esferas de *democratic authority* e de *individual liberty*, pois, como partes interessadas, levariam certamente ou à tirania da maioria ou à tirania da minoria. E justamente por isso é que a Constituição deixou a resolução desta questão nas mãos de uma instituição não-política: o Judiciário federal. Mas para isso, obviamente, é imperativo para a liberdade que o poder do Judiciário restrinja-se ao seu escopo próprio, que carece de um critério para delimitação do mesmo, qual seja, *the approach of original understanding* (BORK, Robert H. *The Original Understanding*. In: BRISON, op. cit., p. 50).

<sup>15</sup> John Hart Ely ressalta em seu livro *Democracy and Distrust* que o termo *estrutivismo* poderia ser usado para designar o interpretativismo; todavia, a utilização dada ao termo pelo Presidente Nixon desvirtuou-o e o tornou impróprio para a designação daquela corrente. Ely afirma, ainda, que o choque entre interpretativismo e não-interpretativismo seria uma perpetuação do antigo debate entre o positivismo e o direito natural. Não parece, contudo, ser essa uma posição correta, pois tais conceitos não necessariamente se confundem.

<sup>16</sup> CARTER, op. cit., p. 91.

como sendo a crença na autoridade do passado. Justamente tal autoridade é que possibilita, mediante a análise dos *cases* da Suprema Corte, inferir que a mesma não seguiu padrões preservacionistas, mas, por outro lado, que modificou suas posições ao sabor das necessidades políticas de cada época.

Ainda, a premissa central dos preservacionistas, referente à crença na autoridade do passado, vai de encontro ao argumento comum de que as condições sociais, às quais o direito deve-se adequar, modificam-se<sup>17</sup> e, portanto, tal crença na autoridade do passado não pode subsistir. Assim, quanto à questão da tomada de posição entre as teorias não-interpretativistas e a aceitação da necessidade de que a interpretação constitucional deve prender-se ao complexo histórico e à estrita leitura dos textos que provieram dele, contra-argumenta-se com base na *natural dinâmica das condições sociais* a influir no conteúdo do texto constitucional. Soma-se a essa constatação a observação feita por Thomas Grey, de que, da análise dos arquivos dos fundadores da Constituição, fica evidente que estes criaram, *conscientemente*, o texto constitucional com vaguezas aptas a terem seus significados preenchidos com o tempo e que os sentidos extraídos das normas de então poderiam traduzir idéias não-sustentadas pelos *framers*, ou mesmo sequer consideradas<sup>18</sup>. Prender-se estritamente ao passado significa, pois, olvidar a própria autoridade do mesmo.

Mas o ataque à teoria preservacionista concentra-se, sobretudo, na observação de que, mesmo em se aceitando como correta a defesa da necessidade de obrigatório condicionamento da decisão jurisdicional presente ao tempo e letra passados, tal intento revela-se, na prática, *impossível de ser alcançado*<sup>19</sup> em sua plenitude. As tentativas realizadas com vistas a atingir a compreensão do significado original do texto constitucional chegam frequentemente a

<sup>17</sup> CARTER, op. cit., p. 99.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> “Si los preservacionistas buscan un mundo en el cual los jueces razonen como expertos historiadores y nos devuelvan por lo tanto a nuestro pasado, *compran un producto inexistente*. La posición depende de un sistema filosófico que demostrara que la Sagrada Biblia tiene solamente un significado, obligatorio a través de los tiempos para todos aquellos que le profesasen obediencia. Menuda pretensión!”. CARTER, op. cit., p. 101 (grifos nossos).

conclusões contraditórias<sup>20</sup>, demonstrando que *a intenção dos fundadores da Constituição é imprecisa e não está sujeita a um mínimo de rigor científico*<sup>21</sup>, professado por seus defensores. Para contornar essa crítica, os preservacionistas fazem constante uso dos *Federalist Papers*, sob a forte censura de que esses documentos destinavam-se à propaganda política e, portanto, não se viam comprometidos com um embasamento jurídico<sup>22</sup>.

Ainda assim, resta o ponto fundamental, a nosso ver, de distinção entre os não-interpretativistas e os interpretativistas: a aceitação, ou não, de que há diversas soluções possíveis e corretas que podem ser extraídas da Constituição, já que os não-interpretativistas não chegam a dizer que a Constituição deve ser olvidada pura e simplesmente mas, ao contrário, que ela deve fornecer a moldura dentro da qual

<sup>20</sup> Citam-se, como exemplo desta constatação da presença de conclusões contraditórias entre as análises que se intitulam de estrita fidelidade ao passado, aquelas tomadas por Raoul Berger, Charles Fairman e William Crosskey, que, tentando inferir verdades por intermédio dos registros históricos, chegam a conclusões muito diferentes BERGER, Raoul. *Lawyering vs. Philosophizing : facts or fancies*. 9 *Dayton Law Review* 171, 1984; MCAFFEE, Thomas. *Berger vs. The Supreme Court : the implications of his exception-clause odyssey*. 9 *Dayton Law Review* 219, 1984; KRASH, Abe. *The Legacy of William Crosskey*. 93 *Yale Law Journal*, 954, 1984. (In : CARTER, op. cit., p. 101.).

<sup>21</sup> “El obstáculo más grande para los preservacionistas, en la doctrina moderna sobre el razonamiento legal, es que todas las interpretaciones jurídicas de las intenciones son especulativas y no inequívocas. William Anderson escribió en 1955: Todo hombre, por ser un individuo diferente, tiene inevitablemente intenciones que son algo diferentes de las de cualquier otro. Algo como una intención sólida, unificada, de todos los miembros de cualquier grupo sería difícil si no imposible de hallar... (p. 345). Soy simplemente incapaz de imaginar qué tipos y cantidades de registros serían necesarios para determinar cualquier punto importante en los diversos problemas importantes que surgen. No puedo tampoco imaginar cómo cualquier método conocido de psicoanálisis, análisis de contenido, o directamente visiones de la bola de cristal, aplicadas a tales archivos o a las gentes que los dejaron pueden dar respuestas irrefutables y enteramente confiables sobre las intenciones de los últimos fundadores. La transición que es necesario hacer desde los hechos duraderos y objetivos, que reflejan las palabras escritas, hasta los hechos efímeros, en gran medida inesperados y subjetivos de las intenciones de los fundadores, que tuvieron lugar hace muchos años, está allá de la capacidad humana (p. 350)”. ANDERSON, William. *The intention of the framers : a note on constitutional interpretation*. 49 *American Political Science Review* 340, 1955 (CARTER, op.cit.,p.100).

<sup>22</sup> Surge, neste ponto, uma crítica pertinente. Se se admite que a jurisdição da Suprema Corte é uma jurisdição que se distingue das demais por ter em si inserido o qualificativo político, a constatação de que os *Federalist Papers* não refletiam uma abordagem jurídica, mas, sim, política, somente vem a fortalecer a importância daqueles documentos frente ao papel político desempenhado pela Corte Constitucional.

se criarão as interpretações possíveis para cada época. Logo, o foco de desentendimento reside principalmente na crença dos interpretativistas de que há somente uma verdade a ser, não guiada, mas extraída do texto mediante o recurso ao contexto histórico<sup>23</sup>. Uma verdade que não é alcançada, porém descoberta.

Com o fim de extirpar dúvidas quanto à afirmação de que é impossível crer nessa unidade de conclusão em que se apóiam os interpretativistas, Carter chama à luz a Teoria do Conhecimento Social, cujas basesificadoras encontram-se em Hegel, Marx, Nietzsche, Mannheim, Wittgenstein, Gadamer e Habermas, e que esclarece, em última análise, que a verdade de cada um não se prende a uma realidade exterior, mas sim à natureza das comunicações sociais e aos intercâmbios que mantemos<sup>24</sup>. A importância disso está em que a “consciência da verdade”, de que fala Habermas, não é o descobrimento do passado, mas sim o estado de conhecimento alcançado, no presente, em uma comunidade pluralista<sup>25</sup>. Dessa forma, Carter chega à conclusão de que a Corte Constitucional não interpreta a Constituição<sup>26</sup>, pois exerce a função de contri-

<sup>23</sup> “La teoría preservacionista se reduce a sostener que el texto de la Constitución y las intenciones de quienes la formularon prescribe una manera de conocer la realidad, o la ‘verdad de’ ciertos principios legales bastante específicos. Mas aún, los preservacionistas suponen que todos los abogados y jueces – por cierto todos los ciudadanos – pueden y deben llegar a las mismas verdades en virtud de este método. Para que el preservacionismo nos persuada de sua validez, debe convencernos primero de que la gente es capaz de alcanzar, de esta forma, un conocimiento común de la realidad”. CARTER, op.cit., p.106-107.

<sup>24</sup> “Un jurista que dijera que descubrió la intención de los fundadores, tendría que decir más honestamente que creó una versión de sus intenciones a partir del material simbólico que tiene sentido para él. Mas aún, las instituciones constituyen realidades dentro de los relativos confines de tiempo y lugar. Contrariamente a las prescripciones preservacionistas, los tribunales funcionan inexorablemente para mantener la conciencia política colectiva.” CARTER, op. cit., p. 116.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p.111.

<sup>26</sup> Há de se fazer uma distinção importante: dizer, com Lief Carter, que a Suprema Corte não interpreta a Constituição é entender a interpretação da Constituição nos termos que a querem os interpretativistas, ou seja, como o alcance das verdades transcendentais contidas no seu texto fixo. A afirmação de Carter faz sentido mediante a utilização deste conceito de Constituição. Logo, a questão básica está na formulação daquele conceito. Se se adotar a teoria de Habermas, tudo leva a crer que esta trará consigo o conceito de Constituição como aquele conteúdo que se mantém em dia com a evolução social, podendo-se, com isso, agora nesse contexto, afirmar que a Corte Constitucional interpreta a Constituição, alcançando-lhe verdades temporárias, todavia com um *plus*: o da consciência do seu papel institucional.

buir, de uma posição privilegiada, para a formação social da realidade. Entenda-se, por enquanto, assim: o ideal vislumbrado pelos interpretativistas é um sonho inalcançável na prática, pois a pretensa verdade única adormecida no texto constitucional somente pode ser percebida dentro do universo de conhecimento social em uma comunidade pluralista, universo esse mutável e dinâmico, sujeito a alteração pelos próprios intérpretes da Constituição, havendo algo como uma necessária interferência daqueles observadores privilegiados (juizes da Suprema Corte) no seu objeto de análise. O sentido do que se contém na Carta modifica-se com a sua apreciação; esta que é condicionada ao universo de conhecimento social profundamente abalado por uma declaração de uma instituição suprema de influência indiscutível, que é a Corte Constitucional. O papel da Corte, enquanto mantenedora da consciência coletiva, aproxima esta da interpretação constitucional em uma influência recíproca<sup>27</sup>. Aqui a importância do conhecimento pela Corte de seu papel. A Corte, sabedora de sua função, seria muito mais sensível àquela consciência coletiva, originando daí uma maior precisão de suas decisões no sentido de acompanhar a evolução do estado de conhecimento de que fala Habermas e se aproximar, dessa forma, de uma correteude desejada para suas decisões ou, por outras palavras, de uma almejada verdade do presente, já que a consciência da verdade é medida, segundo Habermas, pelo estado de conhecimento de cada época. O estado de conhecimento, influenciado sobremaneira pela decisão da Corte, é que dá o conteúdo da Constituição e, esta, por sua vez, imprime o caráter de correteude à decisão exarada. Voltar-se-á à abordagem dessa questão quando da exposição da teoria estética.

Por derradeiro, pode-se afirmar que a teoria preservacionista, ou interpretativista, tem por consequência obstaculizar a evolução da Constituição, quer por contribuições legais e políticas, quer por contribuições meramente teóricas<sup>28</sup>. A petrificação da mesma não se coaduna com a dinâmica social.

<sup>27</sup> Explicando tal influência, Charles Beard escreveu: a Constituição “está siempre convirtiéndose en algo distinto, y aquellos que la critican y critican los actos realizados bajo su imperio, así como aquellos que la ensalzan, ayudan a hacerla tal como será mañana” (*apud* CARTER, op.cit., p. 126).

<sup>28</sup> “Si institucionalizar la Constitución requiere preservar las historias, mantener la integridad de la narrativa de la nación y limitar la fuente del Derecho a la intención de los fundadores no se contradice la noción de narrativa cuando se bloquean todas las subsecuentes contribuciones legales y políticas a la misma? Del mismo modo, si el mérito del derecho natural es permitir la constante verificación de principios fundamentales.

## 4. Alternativas políticas ao interpretacionismo

Partindo-se da premissa de que o direito constitucional é um *processo essencialmente político*, Carter dedica um capítulo de seu livro à análise das propostas inclinadas a afirmar a *bondade* das decisões constitucionais mediante o grau de coerência com normas de política alcançado por aquelas. O fator de descrimen utilizado para aferir a correção da decisão constitucional baseia-se, assim, em critério político, e não jurídico, de ponderação<sup>29</sup>, o que faz com que os autores expositores dessas teorias discutam incessantemente um problema, considerado por eles fundamental: o da legitimidade da Corte Constitucional em fazer política. Carter, por sua vez, ressalta a supervalorização dada à questão da legitimidade da Suprema Corte em determinar políticas, apontando que tal questão somente incomoda os acadêmicos de direito e não o resto da comunidade nacional, pelo simples fato de que legítimo é aquilo plenamente aceito, e o papel político da Suprema Corte americana é da essência do sistema consuetudinário norte-americano.

Os autores aqui tratados buscam legitimar a criação judicial de direito por meio de teorias democráticas extraídas do sistema constitucional<sup>30</sup>.

### 4.1. Parâmetros das soluções políticas ao problema da legislação judicial

As soluções políticas para esse problema são, entre outras: *a)* que a legitimidade de decisão constitucional se afere mediante a sua capacidade de justificar-se por intermédio de *princípios neutros*; *b)* que se considera legítima a decisão que leve em conta, como seu fundamento determinante, o *limite do financeiramente razoável*; *c)* que, por força do conceito de Poder vertical, inserto no modelo do sistema federativo, torna-se legítima a atitude da Corte Constitucional em estabelecer fronteiras estruturais entre os poderes, desde que reservados assuntos eminentemente políticos ao processo político democrático; *d)* que, ao contrário, somente são legítimas decisões judiciais que

Una teoría que proponga una fuente de derecho estática (y terrenal), no logrará precisamente lo contrario? No tiende esto a cerrar, más bien que a mantener abiertas, las líneas de comunicación?” CARTER, op.cit., p.122.

<sup>29</sup> CARTER, op.cit., p. 125-172.

<sup>30</sup> CARTER, op.cit., p. 142.



digam respeito diretamente a direitos e liberdades, deixando-se de lado problemas de limites institucionais, os quais devem ser resolvidos pelas próprias instituições; e) que a legitimidade afere-se por decisões aptas a proteger tão-somente o próprio processo político pela defesa das liberdades democráticas, como *meios de proteção das minorias*; f) que a legitimidade das decisões da Corte Constitucional somente devem adentrar questões em relação às quais a Corte detenha *recursos e estruturas institucionais* que possibilitem a análise da informação política com pelo menos a mesma segurança com que o fazem os órgãos que têm suas posições atacadas; g) que a atividade da Corte é legítima enquanto preserva *valores morais centrais* que dão a identidade própria da política.

De uma análise superficial, verifica-se claramente o patente desacordo entre as propostas de solução do problema da legitimidade da Corte Constitucional em adentrar assuntos políticos.

Identifica-se, entretanto, a insistência na procura de uma solução pela simples razão de que, aceito o realismo legal de que no texto constitucional não é possível encontrarem-se respostas a todas as interações constitucionais, a necessidade imanente de uma segurança jurídica leva os juristas a perquirirem por respostas legais extraíveis do direito, já que partem do pressuposto de que algo fora daí implicaria arbítrio judicial.

#### 4.2. Herbert Wechsler e os "neutral principles"

É nesta linha que Wechsler<sup>31</sup> expõe sua teoria dos *princípios neutros*, entendidos como aqueles que transcendem o caso concreto e que devem estar demonstrados nas razões em que

<sup>31</sup> A fundamentação do pensamento de Wechsler é transcrita a seguir nas palavras do próprio autor: "Let me repeat what I have thus far tried to say. The courts have both the title and the duty when a case is properly before them to review the actions of the other branches in the light of constitutional provisions, even though the action involves value choices, as invariably action does. In doing so, however, they are bound to function otherwise than as a naked power organ; they participate as courts of law. This calls for facing how determinations of this kind can be asserted to have any legal quality. The answer, I suggest, inheres primarily in that they are – or are obliged to be – entirely principled. A principled decision, in the sense I have in mind, is one that rests on reasons with respect to all the issues in the case, reasons that in their generality and their neutrality transcend any immediate result that is involved" (WECHSLER, op. cit., p.27).

se apóia dada sentença. Na coerência entre tais razões e a decisão tomada, visualiza-se o fator de determinação da correção da decisão judicial. A beleza do sistema idealizado por Wechsler está em que o autor não tenta estabelecer um sistema fechado de resultados judiciais, mas, sim, erige os princípios neutros com o intuito de estabelecer requisitos mínimos de coerência para a decisão judicial, dizendo que a mesma deve primar pelo delineamento preciso de quais os tipos de casos envolvidos pelo princípio exposto e quais os casos não abarcados pelo mesmo. A partir disso, uma decisão judicial pode ser *má* e estar fundamentada em princípios, mas nunca poderá ser boa sem estar fundamentada nos mesmos. Por meio da busca consciente dos princípios neutros que devem expor as sentenças, impulsiona-se o debate sobre determinado tema constitucional relevante e valoriza-se a concepção da teoria estética defendida por Lief Carter, concepção essa que leva em conta os emissores da decisão, mas, principalmente, a sua inter-relação com os destinatários da mesma. A análise das decisões judiciais que Wechsler propõe, por se basear no grau de coerência atingido pelas mesmas, merece os aplausos de Carter já que valoriza, sobremaneira, o *caráter persuasivo da sentença*, por força de sua autoridade, alcançada, por sua vez, pelo peso das coerências argumentativas.

#### 4.3. Alexander Bickel e a teoria da autolimitação judicial

Outra teoria relevante, ao se falar em alternativas políticas para explicação do paradoxo exposto anteriormente, diz respeito à chamada autolimitação judicial, ou *self-restraint*.

Alexander Bickel notabilizou-se como expositor da teoria da autolimitação judicial<sup>32</sup>. Carter oferece uma síntese de sua obra:

"La teoría se presenta en dos partes, pragmática y heroica.

La parte pragmática sostiene que, como todos los cuerpos políticos, la Corte tiene recursos limitados que no debe ni acaparar ni despilfarrar sino gastar sabiamente. Estén o no basadas sobre

<sup>32</sup> Três livros expressam a teoria de Bickel sobre a limitação judicial: BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch* : the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis : Bobbs-Merrill, 1962; \_\_\_\_\_. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New York : Harper&Row, 1970; \_\_\_\_\_. *The morality of consent*. New Haven : Yale University Press, 1975.

princípios, algumas decisões costarán a corto plazo más de lo que valen. Por lo tanto, asumiendo que los principios de libertad individual e igualdad racial constituyen un caso concluyente para la inconstitucionalidad de las leyes estatales que prohíben los matrimonios interraciales, Bickel cree que la Corte eludió sabiamente el tema en 1956 a efectos de reservar sus recursos para la más significativa batalla de la integración escolar (1962, p.174). Bickel elaboró con alguna extensión los muchos dispositivos procesales que la Corte puede utilizar de modo pragmático para evitar decidir temas constitucionales. Estas “*virtudes pasivas*” – la no concesión de pedidos de certiorari, la denegación de apelaciones, los requisitos del derecho a la justiciabilidad bajo los casos del Artículo III y las particularidades de las controversias – permiten por ejemplo a la Corte acomodar los principios a las realidades políticas al negarse a decidir.

La parte heroica de la prescripción de Bickel insistía, con Burke, en que el objeto de la vida política no es purificar la teoría o la ideología sino acomodar intereses contradictorios (...). Los jueces deben restringir su entusiasmo por los principios porque estos son a menudo inadecuados para la delicada tarea de conciliar los intereses políticos en conflicto. (...) *El activismo judicial trastorna los compromisos sociales y políticos hasta ponerlos en peligro. El carácter antimayoritario de la revisión judicial usualmente cuesta más, al desestabilizar el consenso político, que los valores ganados a partir de los derechos que confiere su doctrina.* (...) Minimizando el acceso a los tribunales y por lo tanto la tentación de litigar, la Corte puede maximizar la utilización del proceso democrático de toma de decisiones, lo que es más saludable. La Corte comete un error cuando libera al electorado de su carga de debatir temas morales de manera democrática (1962, pág.156)”. CARTER, op.cit., p.138-139 (grifos nossos).

As chamadas *virtudes passivas* são o ponto central da tese da autolimitação, pois configuram-se em seu aspecto teleológico: preservar-se para fortalecer-se.

Carter refuta tal tese, dizendo, basicamente, que a atitude ativista da Corte Constitucional é que lhe mantém seu respeito e poder e que pouca influência tem a modificação da substância das doutrinas na vida política, o que é um golpe às premissas da teoria da autolimitação judicial, pois esta apóia-se na crença de que o desenvolvimento doutrinário promove, com o tempo, necessárias consequências políticas.

Carter busca, em última análise, não criticar, mas, sim, fazer ver a preocupação dos estudiosos de direito constitucional acerca da determinação da correção das decisões constitucionais<sup>33</sup> e da constatação de ser tal questão um ponto comum a todas as teorias preocupadas em explicar a jurisdição constitucional.

## 5. Alternativas normativas ao interpretativismo

Passando-se à análise das alternativas normativas<sup>34</sup> ao paradoxo apresentado páginas atrás, tem-se como teorias abordadas as do instrumentalismo pragmático, dos modelos econômicos da doutrina constitucional e as teorias de Dworkin e Murphy.

A importância do instrumentalismo pragmático detecta-se nos Estados Unidos da América por ser o mesmo a origem dessa corrente filosófica<sup>35</sup>. Mas não está somente no qualificativo de nascedouro de uma teoria a razão de ter, nos EUA, o pragmatismo se firmado; está, principalmente, no fato de que o pragmatismo está impregnado na própria cultura norte-americana, explicando-se daí a facilidade dos seus nacionais em aceitarem sentenças judiciais

<sup>33</sup>“(…) He pasado revista, con alguna extensión, a las tentativas de algunos eruditos por volver a la Constitución y a las tentativas de otros por justificar alternativas no-interpretativas, no tanto para criticarlas, como para demostrar que los eruditos se preocupan profundamente acerca del problema de la bondad constitucional. La misma preocupación por la bondad motiva igualmente a los juristas preservadores y a los Críticos, aun cuando difieran virtualmente en todos los otros asuntos.” CARTER, op. cit., p. 174.

<sup>34</sup> São consideradas, por Carter, normativas as teorias que definem o bem jurídico e prescrevem o comportamento para alcançá-lo. (CARTER, op. cit., p. 178).

<sup>35</sup>“Pragmatism is an extremely diverse philosophical movement that began in the nineteenth century with Charles Sanders Pierce and was continued by William James, John Dewey, and many others. Today pragmatism is espoused by philosophers and legal scholars whose political views vary from the far left to the far right and whose backgrounds vary from literary theory to economics.” (SINNOT-ARMSTRONG, Walter. Pragmatism. In: BRISON, op. cit. p. 101).

contrárias aos textos jurídicos expressos, contudo coerentes com o direito consuetudinário.

O pragmatismo tem como nomes expressivos Charles S. Pierce, William James, John Dewey, Jerome Frank e Oliver Wendell Holmes. Por tal teoria, os juízes deveriam atuar pragmaticamente, justificando-se a constatação de que a Corte Constitucional não se fixa a parâmetros únicos estáticos no tempo, mas às contingências de cada época. Aqui está um ponto de contato com a teoria estética, pois a natureza da teoria pragmática não se coaduna com os princípios rígidos e absolutos que defendem os preservacionistas. Por outro lado, porém, Carter detecta-lhe uma falha:

*“Es el desprecio del pragmatismo por las soluciones verbales, por las malas razones a priori, por los principios rígidos, los sistemas cerrados, los absolutos y los orígenes pretendidos”, lo que liberó totalmente al Derecho de la necesidad de justificarse a sí mismo en base a grandes teorías. El pragmatismo, según resultó, ayuda a explicar por qué la historia constitucional produce tan poca teoría y tanto cambio constitucional a lo largo del tiempo”<sup>36</sup>.*

Explica-se, assim, um dos problemas que a teoria estética vem buscar resolver e que diz respeito à oneração, ou não, do juiz em fundamentar sua decisão<sup>37</sup>.

O modelo econômico de doutrina constitucional adquiriu, no modelo norte-americano, uma grande importância com base no conceito de busca de eficiência econômica como justificção normativa de um pressuposto dessa doutrina: a supremacia do princípio da eficiência sobre outros princípios do sistema constitucional<sup>38</sup>. A análise desta doutrina importa principalmente porque lograram êxito, utili-

zando-se de guias estéticas, que, segundo Carter, fizeram aparentar coerência no seu sistema.

Após, Carter analisa as teorias de John Rawls, Ronald Dworkin e Walter Murphy, salientando que a teoria de Rawls teve repercussão por razões estéticas<sup>39</sup> e que as teorias de Dworkin e Murphy aproximaram-se muito das idéias defendidas por Carter no que se refere às análises das interpretações constitucionais mediante padrões estéticos<sup>40</sup>. O esmiuçamento das posições defendidas por esses teóricos não concerne aos objetivos deste trabalho e muito menos é possível em tão exíguo espaço.

## 6. Teoria estética

A resposta de Carter ao paradoxo<sup>41</sup> que ele mesmo apresenta vela pela sua inexistência, pois ataca sua premissa fundamental, ou seja, a assertiva de que o processo de interpretação constitucional deve incorporar verdades fixas e objetivas. A solução buscada, ao longo das teorias convencionais, das alternativas políticas e normativas estaria em equívoco, pois procuraria solucionar uma questão que, na realidade, não existe. A “realização eficaz da arte da política não depende nem da objetividade nem da constância legal ou normativa que buscam os eruditos”<sup>42</sup>. Estar-se-ia tentando harmonizar a realidade a uma falsa justificativa da mesma. O sistema de interpretação constitucional não carece de orientações baseadas em verdades apodíticas, muito embora Carter identifique, em seu lugar, o conceito de coerência. Para tanto, o autor desenvolve as bases de sua teoria estética, fornecendo uma abordagem que busca provar, em suas palavras:

*“primero, que este modelo (estético) describe mejor que los modelos legales, tanto lo que la Corte hace como la evaluación que deseamos hacer acerca*

<sup>36</sup> CARTER, op. cit., p. 180.

<sup>37</sup> Vide cap. 6.2: Defesa e conteúdo de uma teoria estética.

<sup>38</sup> “El modelo económico para el Derecho y la política es lo que califico como teoría normativa más bien que política. Es normativa porque propone soluciones sustanciales a disputas que una norma societaria – eficiencia – justifica sostenidamente. Parece deseable y adecuado que los que formulan todo tipo de políticas, busquen eficiencia económica y esto establece una justificación normativa para la supremacia del principio de eficiencia en comparación con otros principios. Los modelos económicos parecen enpujar la lógica de la investigación pragmática hasta sus últimas consecuencias. Sólo los modelos económicos pueden realizar las metas del pragmatismo social porque sólo el uso de una unidad de valor estandarizada – la moneda – permite construir políticas sociales a partir de observaciones empíricas.” CARTER, op. cit., p. 182.

<sup>39</sup> “Pienso, en otras palabras, que Rawls tuvo repercusión porque creó para su público una visión de un grupo humano que tiene actualmente consenso normativo” CARTER, op.cit., p.191.

<sup>40</sup> “Es significativo que tanto Dworkin como Murphy, aunque comenzaron desde lugares muy diferentes, juzgaron apropiado describir sus interpretaciones constitucionales con referencia a la metáfora del ‘arte’.” CARTER, op. cit., p. 191.

<sup>41</sup> Vide cap. 2 : Questões de interpretação constitucional.

<sup>42</sup> CARTER, op.cit., p.80 (trad.).

*de ella; segundo, que la posición política de la Corte le impide efectivamente operar de cualquier otra forma; y tercero, que la teoría estética provee de un marco más constructivo para evaluar la bondad de sentencias específicas que los modelos teóricos más difundidos*<sup>43</sup>.

A importância da análise da teoria estética está em que tal teoria busca dar um fundamento comum que explique simultaneamente a adequada função constitucional da Corte e proveja critérios para se avaliar a qualidade das decisões constitucionais individuais<sup>44</sup>. Ela serviria de marco de referência normativo<sup>45</sup>, pois a arte satisfaz a necessidade de fé no modelo constitucional na medida em que ordena repetidamente o significado das experiências, implicando a afirmação de que não se almeja, na interpretação constitucional, a demonstração de um significado único e duradouro. Não é o sentido objetivo único de uma decisão de interpretação de uma norma constitucional que preserva a fé no sistema, mas, sim, o ato mesmo de ordenar persuasivamente, que tem o condão de perpetuar uma fé genuína, com a reiteração, e a consequente impressão – *shock* – causada nos receptores, de uma bondade normativa<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> CARTER, op. cit., p. 73.

<sup>44</sup> CARTER, op. cit., p. 223.

<sup>45</sup> O marco de referência normativo é aspiração comum, que se reflete na fé genuína que importe em ordem no caos. “Necesitamos genuína fe en la existencia de principios morales, pero no satisfacemos (y en cualquier caso no podemos satisfacer) esta necesidad discutiendo académicamente respecto de cuáles principios morales son verdaderos y cuáles falsos.” CARTER, op. cit., p. 222.

<sup>46</sup> “El arte satisface la necesidad de fe ordenando repetidamente el significado de las experiencias. No es la ‘corrección’ de cualquier orden específico, sino el acto mismo de ordenar persuasivamente el que preserva la fe. Como en cualquier actividad religiosa, esos actos deben repetirse con regularidad. Las partes de un caso litigioso enmarcan los temas para la Corte, de modo de dramatizar e iluminar un problema que ‘sumió en discordia y confusión’ a la experiencia política. Los jueces deben hacer surgir la experiencia de su confusión, esto es realizar lo que Santayana llama ‘La función del arte’, y por lo tanto tratar de ‘hacer la vida mejor’. CARTER, op. cit., p. 222-223. Note-se que Carter utiliza o termo ‘correção’ aqui para qualificar a crença em que há somente uma decisão correta, e que as demais decisões devem seguir aquela sob pena de não lhes ser atribuído o mesmo qualificativo. Vide nota 3, onde se explicita que, na abordagem que se faz a respeito do autor, utiliza-se o termo correção como sinônimo do que o autor chama de bondade, logo sem o estigma de ligação necessária com as teorias convencionais.

## 6.1. Conceitos preliminares: nomos e narrativa

Analisando a obra de Robert Cover<sup>47</sup>, Carter introduz o conceito de *nomos* e a sua intrínseca relação necessária com a *narrativa* para apoiar, sobre tal relação, os fundamentos de sua teoria estética.

A explicitação da relação existente entre o *nomos* e a narrativa encontra-se bem demonstrada pelo próprio Cover, que remete à teoria do conhecimento social de Berger y Luckmann a constatação de que a realidade é socialmente construída e, se essas construções são inevitavelmente normativas, o direito constitucional contribui necessariamente para a construção da realidade mediante a narrativa, que é uma das bases da construção social nas sociedades<sup>48</sup>.

“Habitamos un *nomos*; un universo normativo. Creamos y mantenemos constantemente un mundo de lo bueno y lo malo, de lo legal y lo ilegal, de lo válido y lo prohibido... *Las reglas y principios de justicia, la parafernalia formal del control social y las convenciones de un orden social son*, por cierto, importantes para ese mundo; pero no obstante son sólo una pequeña parte del universo normativo que debiera llamar nuestra atención. No existe ningún conjunto de prescripciones o instituciones legales, aparte de los RELATOS QUE LOS LOCALIZAN Y LES DAN SIGNIFICADO. Para cada constitución hay una épica, para cada decálogo una escritura. Una vez que entendemos al Derecho en el contexto de la narrativa que le da significado, éste se transforma no en un simple sistema de reglas que deben ser observadas, sino en un mundo en el cual vivimos.

En este mundo normativo, *el Derecho y la narrativa están inseparablemente relacionados. CADA PRESCRIPCIÓN ES INSISTENTE EN SU SOLICITUD DE SER LOCALIZADA EN EL DISCURSO – DE SER PROVISTA DE HISTORIA Y DESTINO, COMIENZO Y FIN, EXPLICACIÓN Y PROPÓSITO. Y cada narrativa insiste en su solicitud de un punto prescriptivo, en su moral. La historia y la literatura no pueden escapar a su localización en un universo normativo, ni tampoco puede la prescripción, aun cuando esté incor-*

<sup>47</sup> COVER, Robert. *Foreword*: nomos and narrative. 97 Harvard Law Review 1.; COVER, Robert. *The framing of Justice Brandeis*. The New Republic, May 5.

<sup>48</sup> CARTER, op. cit., p. 226.

porada en un texto legal, escapar a su origen y a su finalidad en la experiencia y en la narrativa que son las trayectorias trazadas por nuestra imaginación a partir de la realidad material.<sup>49</sup>

A Corte Constitucional não deve atuar como um juízo ordinário, com o objetivo maior de ver-se livre dos processos que lhe acometem, ou, em palavras menos incisivas, de solucionar o caso concreto para o proveito do caso concreto. A Corte atua para amoldar o futuro e para influir na sociedade mediante a determinação do universo normativo (*nomos*). Decisões *cautelosas*<sup>50</sup> da Suprema Corte não esta-

<sup>49</sup> COVER, *apud* CARTER, op. cit., p. 226-227. grifos nossos.

<sup>50</sup> Cover descreve como uma decisão cautelosa a do caso *Bob Jones University vs. United States (1983)*, em que se perquiria, no fundo, sobre parâmetros de determinação do *nomos* privado frente ao poder de uma autarquia em, mediante uma *linguagem legal geral*, restringir este *nomos* privado de *liberdade de criação de mundos legais privados* (liberdade de associação, de religião, etc.), mas sobre o que a Corte restringiu-se em perfazer uma análise específica de ponderação entre a liberdade de associação e a proibição de discriminação racial, quedando inerte em cumprir seu papel de determinação estética ou de um obstáculo constitucional contra a mera administração, ou, por outro lado, de um compromisso constitucional de proibição do subsídio público ao racismo. A Corte Constitucional, segundo Cover, teria pecado em se afastar de sua responsabilidade de manter a experiência na discussão por meio da criação de visões normativas que harmonizariam os reclamos em questão: autonomia das comunidades primárias e remoção do estigma racial. A seguir, alguns esclarecimentos do caso e a transcrição de trechos elucidadores das idéias expostas: “En este caso, la Oficina de Impuestos Internos negó la exención de impuestos a la Universidad porque sus autoridades prohibían las citas entre personas de raza diferente. La Universidad sostuvo que su interpretación de las narrativas bíblicas le requerían seguir esa práctica. La O.I.I. no actuó en esta circunstancia como consecuencia de lenguaje legal directo proveniente del Congreso. Impuestos Internos adoptó la política de negar exenciones a instituciones que practicasen la discriminación racial por propia iniciativa, utilizando solamente como apoyo el lenguaje legal general.” CARTER, op. cit., p. 228. “La fuerza de la interpretación de la Corte en *Bob Jones University* es muy débil. Es débil no por la forma del argumento, sino por el fracaso en cuanto al cometido de la Corte, fracaso que se manifiesta en la designación de la autoridad para la decisión (a Impuestos Internos). La Corte asume una posición en la que no corre ningún riesgo y desde la cual no hace absolutamente ningún gesto interpretativo, salvo la... afirmación de que el ejercicio de la autoridad política no era inconstitucional. A la gran tarea nacional contra la discriminación no se le ha dado status normativo en la sentencia de la Corte, salvo que significa que la O.I.I. no estuvo incorrecta. Las comunidades insulares, los Menonitas y los Amish están correctamente habilitados para cuestionar el alcance de la decisión de la Corte: estamos a merced de cada decisión política pública que no sea incorrecta? Si la política pública en cuestión tiene un status especial, cuál es? Puede el Congreso cambiar la política?... (§) Las comunidades insulares merecen algo mejor – merecen una valla constitucional contra la mera administración. Y la comunidad

belecem *rumos* e, portanto, não contribuem eficazmente para a formação do *nomos*.

## 6.2. Defesa e conteúdo de uma teoria estética

A antes demonstrada impossibilidade de identificação de um consenso político e a importância da existência de marcos de avaliação das decisões constitucionais levam à insuficiência das teorias convencionais de interpretação constitucional e à argumentação em favor da teoria estética.

Uma vez rechaçada a crença em interpretações constitucionais objetivas ou deduzíveis logicamente<sup>51</sup>, surge a assertiva de que as comunidades são continuamente reconstituídas por atos políticos que criam visões de uma ordem normativa coerente. Tal coerência existe quando tais visões, judicialmente criadas, estimulam nossa fé de que nosso mundo normativo (*nomos*) é real e significativo; julgamento fundado menos na correção percebida do resultado do que por sua coerência. Mas a coerência de decisões constitucionais através do tempo não é faticamente determinável em uma cultura pragmática<sup>52</sup>, como a norte-americana. As decisões são, até um certo ponto, únicas. Logo, o alcance da coerência não se dá pela reiteração de um posicionamento interpretativo<sup>53</sup>, mas pela percepção, em cada decisão constitucional, de uma autoridade persuasiva apta a servir *de ponto de partida para intercâmbios acerca do que é politicamente bom*<sup>54</sup>.

Assim, erige-se, como valor primordial que um sistema constitucional deve sustentar, a *integridade dos intercâmbios* que, em última análise, constitui-se no problema político fundamental de nossa era. Diminuir barreiras de entendimento (intercâmbio) significa facilitar a comunicação eficaz e, com isso,

minoritaria merece más – merece un compromiso constitucional para prohibir el subsidio público al racismo. (§)...Los jueces... no tuvieron ganas de aventurarse en compromisos, de hacer una firme promesa y de proyectar su entendimiento del derecho hacia el futuro. *Bob Jones University* es una obra teatral para actores sagaces y cautelosos de 1983, algo elocuente, pero no comprometida (p. 66-67)”. COVER, *apud* CARTER, op. cit., p. 230).

<sup>51</sup> Vide nota 11

<sup>52</sup> Relacionar o problema da coerência das decisões constitucionais com a prática significa retirar força do argumento da existência de uma verdade única.

<sup>53</sup> A coerência que se almeja, como se verá mais adiante, diz respeito a uma *coerência pontual*.

<sup>54</sup> CARTER, op. cit., p. 231.

lubrificar as engrenagens do progresso das relações humanas<sup>55</sup>.

A Corte Constitucional, portanto, tem à frente uma questão estratégica de otimização de sua sobrevivência. Às instituições estatais cumpre manter o marco de referência normativo em dia, mediante a atualização persuasiva, que somente pode ser realizada com a manutenção de canais abertos de comunicação. A estratégia, de que aqui se fala, em nada se confunde com aquela característica estratégica da teoria de autolimitação judicial de que fala Bickel<sup>56</sup>. Ao contrário, distanciam-se em seus pontos fundamentais. O único ponto de contato é o caráter estratégico de agir segundo um fim proposto a alcançar. A finalidade é diversa: criar e nutrir a comunidade<sup>57</sup> vs. preservação da Corte. Também o é o meio: *ativismo* para sedução do público (persuasão) vs. *autolimitação* mediante a *contenção* das decisões da Corte.

A teoria estética significa que a Corte Constitucional tem o papel de promover a formação de um universo normativo que faça sentido; fazer de uma crença compartilhada uma realidade.

“Por lo general definimos a aquéllos que están en el negocio de crear ilusiones como artistas, y llamamos a su tecnología ‘interpretación’. Una ‘buena interpretación’ no identifica simplemente visiones previamente ‘presentes’ en el entendimiento de un espectador. La gente va a las representaciones con muy diversos estados de ánimo y con muchas expectativas incoherentes. *Las buenas interpretaciones crean en ese público la creencia de que comparte una experiencia comunitaria*. Por lo tanto, las interpretaciones enseñan con debilidad, si retrotraen a la mente una visión comunitaria alguna vez compartida pero

<sup>55</sup> “Bernstein (BERNSTEIN, Richard. *Beyond Objectivism and Relativism*. Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1983) llegó a la conclusión de que *los políticos norte-americanos deben y por cierto suponen buscar este fin (manter abertos os canais de comunicação para criação de uma mais perfeita comunidade discursiva* (Hannah Arendt)), y que disminuir las barreras para lograrlo es un problema práctico vital que enfrenta nuestro sistema.” CARTER, op. cit., p. 239. (grifos nossos).

<sup>56</sup> Vide cap. 4.3 : Alexander Bickel e a teoria da autolimitação judicial.

<sup>57</sup> CARTER, op. cit., p. 240.

temporariamente olvidada. Enseñan en un sentido más pleno cuando crean y hacen recomendables a nuevas ideas y visiones acerca de las posibilidades de la comunidad. *Crear visiones de orden comunitario es la característica definitoria de las interpretaciones públicas. ‘Hacer justicia’ es un subproducto de este fenómeno.*”<sup>58</sup>

O papel da Corte Constitucional, e das instituições políticas como um todo, está em *recriar continuamente visões de ordem e significado* para a comunidade nacional<sup>59</sup>. As interpretações jurídicas, acompanhadas das teatrais, musicais e religiosas, são subprodutos das narrativas públicas que tendem a alcançar alguma forma de conclusão normativa ou moral. A interpretação tenta criar, em um público de diferentes membros, uma experiência compartilhada de conclusão moral<sup>60</sup>.

Por meio dessa visão finalística em que se apresenta a Corte Constitucional, tem-se que a boa decisão constitucional é aferida pelo grau de sedução<sup>61</sup> de seu público, a modelar suas experiências comuns<sup>62</sup>.

Não se esperam decisões constitucionais uniformes<sup>63</sup>, mas, sim, a *coerência pontual com base na persuasão*<sup>64</sup>. Tal coerência impõe, contudo, um maior ônus argumentativo por parte do órgão prolator da decisão, o que, obviamente, expressa-se em um grande ganho para a segurança jurídica com o seu reflexo necessário na certeza política do indivíduo.

Enfim, a teoria estética traz um alento aos esforços de sistematização da interpretação constitucional, na medida em que, afirmando a necessidade de análise pontual das decisões constitucionais, cujos parâmetros se acomodam

<sup>58</sup> CARTER, op. cit., p. 242 (grifos nossos).

<sup>59</sup> CARTER, op. cit., p. 245.

<sup>60</sup> CARTER, op. cit., p. 246-247.

<sup>61</sup> “El ejecutante cautiva a su público no prestándose a sus caprichos, sino tomando los valores y experiencias que el público conoce y adaptándolas en su conjunto en formas nuevas y por lo tanto reveladoras”. CARTER, op. cit., p. 260.

<sup>62</sup> CARTER, op. cit., p. 250.

<sup>63</sup> “(...) pienso que es útil sentir que podemos apreciar la bondad de una sentencia constitucional liberados de la inoportuna preocupación de que, a menos que la sentencia sea terminantemente correcta, es terminantemente errónea”. CARTER, op. cit., p. 306.

<sup>64</sup> “*En un modelo teatral de jurisprudencia, un caso o probablemente un juez, son suficientes*. La experiencia de una comunidad de normas compartidas es siempre de corta vida. La coherencia es puesta de nuevo a prueba, ganada o perdida, en cada interpretación” (grifos nossos). CARTER, op. cit., p. 251.

à evolução do universo normativo, afirma, também, que as decisões não são definitivas, retirando-lhes o caráter ameaçador que o qualificativo lhes imprime. A significação final da decisão constitucional dependerá da sua recepção política<sup>65</sup>.

## 7. Conclusão

Alicerçado nas críticas anteriormente feitas e ciente de que as teorias convencionais não respondem à prática constitucional da Suprema Corte norte-americana<sup>66</sup>, Lief Carter propõe, como resposta, sua teoria estética, que não busca uma coerência doutrinária inalcançável nas decisões constitucionais e, sim, a análise de tais decisões pela medida de seu potencial virtuoso de promover o intercâmbio problemático na comunidade acadêmica e, sobretudo, nacional<sup>67</sup>. Tal visão realista é que caracteriza a teoria de Lief Carter, valorizando, com isso, a citação que o próprio autor faz de John Rawls:

“Los filósofos contribuyen a construir la sociedad como una imagen de ellos mismos. Un régimen constitucional como el nuestro tiene que tener alguna

<sup>65</sup> “Si todo esto aparece bastante precipitado, por favor recuerden que si vemos cualquier sentencia de la Corte como única en una serie interminable de esfuerzos para dar significado a la experiencia primaria y si abandonamos nuestro hábito de evaluar el trabajo de la Corte en términos legalistas, entonces las sentencias se tornan menos amenazadoras. No son realmente definitivas. Su recepción política determinará su significación final.” CARTER, op. cit., p. 262 (grifos nossos).

<sup>66</sup> “(...) prima facie el análisis convencional de las opiniones constitucionales tiene una retribución potencial muy limitada. La Corte nunca se ha adecuado a los principios de razonamiento legal convencionales”. E acrescenta: “Algún marco de referencia guía supuestamente el proceso constitucional. Las sentencias, los ‘llamados’ formales en el juego constitucional, tienen supuestamente algún objetivo. Si la teoría del derecho no puede encontrarlo, el problema reside supuestamente en la teoría. Aquéllos que critican a la Corte por dejar de hacer hoy lo que nunca hizo con coherencia en el pasado se asemejan mas bien al físico o al químico que, cuando sus experimentos confirman regularmente la hipótesis nula, insisten en que la Madre Naturaleza ha pecado y debiera enmendar su camino. En otras palabras, tanto las decisiones judiciales como los balbuceos académicos sobre la Corte, son datos que desestiman la teoría convencional e impulsan la búsqueda de otras teorías.” CARTER, op. cit., p. 68-71.

<sup>67</sup> “El Derecho es una invitación al intercambio, y las diferencias en las decisiones constitucionales estimulan diferentes clases de intercambio en niveles que encuentran a bastante distancia de la coherencia doctrinaria, la fidelidad a la Constitución, los principios supremos neutros, que por lo tanto son aceptados; o el razonamiento legal rigurosamente disciplinado.” CARTER, op. cit., p. 70.

concepción de sí mismo a efectos de funcionar bien”<sup>68</sup>.

Os argumentos fundamentais justificadores do esforço de Carter na procura de uma nova teoria apresentam-se, em resumo:

a) na constatação de que o direito constitucional, por estar fortemente influenciado por crenças sociais e por políticas imediatistas, não segue nenhum método racional legal<sup>69</sup> e que, portanto, a única tarefa idônea do juiz está em persuadir a comunidade nacional de que seus valores pessoais contribuem para formação de uma comunidade política<sup>70</sup>;

b) na constatação de que os teóricos da jurisdição constitucional e política, conquanto discrepantes em quase todos os pontos, concordam em identificar uma preocupação central refletida no interesse sobre o problema do estabelecimento de critérios para se determinar a correção das decisões constitucionais<sup>71</sup>;

c) na constatação de que as teorias preservacionistas, ou mesmo as teorias que fogem ao rigor delimitativo daquelas (alternativas políticas e normativas), erigem, como bandeira de luta, a assertiva de que muitas decisões judiciais não se adaptam ao significado das palavras constitucionais em seu contexto

<sup>68</sup> *apud* CARTER, op. cit., p. 173.

<sup>69</sup> “(...) la producción del Derecho Constitucional no sigue ningún método o razonamiento legal coherente, y que está fuertemente influida por creencias sociales y políticas inmediatas y de vida relativamente corta”. CARTER, op. cit., p. 174 (grifos nossos).

<sup>70</sup> “(...) los estándares evaluativos que buscamos, deben concordar con la realidad política de que los jueces de todo tipo, incluyendo a aquéllos cuyas teorías académicas niegan que los valores personales importen, deciden de acuerdo con sus valores personales. La tarea estética del juez es persuadirnos de que los valores personales que aporta al caso ayudan simultáneamente a constituir nuestra comunidad política. Una vez más, la meta es constituir sobre lo que podrían ser teorías políticas atractivas aquéllo de lo que carecen: estándares de evaluación de la bondad de las decisiones mismas.” CARTER, op. cit., p. 175-176.

<sup>71</sup> “Sin embargo, a pesar de esta evidencia (nota 69), es inherente a la naturaleza de la Constitución que aquellos a quienes ésta preocupa se interesen profundamente por la bondad de las decisiones constitucionales. He pasado revista, con alguna extensión, a las tentativas de algunos eruditos por volver a la Constitución y a las tentativas de otros por justificar alternativas no-interpretativas, no tanto para criticarlas, como para demostrar que los eruditos se preocupan profundamente acerca del problema de la bondad constitucional. La misma preocupación por la bondad motiva igualmente a los juristas preservadores y a los Críticos, aun cuando difieran virtualmente en todos los otros asuntos.” CARTER, op. cit., p. 174.

## Bibliografía

histórico e, portanto, falham na missão de retratá-las, configurando-se em norte desejável a adaptação das decisões judiciais à teoria criada<sup>72</sup>;

d) na percepção, daí, que, se o denominador comum jurisprudencial expressa-se na preocupação por tal adaptação, é obrigatório o entendimento em se determinar a *bondade* constitucional por meio da teoria estética, já que o fenômeno constitucional caracteriza-se como um fenômeno estético<sup>73</sup> e que a natureza das decisões constitucionais não transigem com a concepção das teorias convencionais de que há somente uma solução ótima para uma questão proposta<sup>74</sup>.

Enfim, a proposta que Carter sustenta tem o condão de realçar um ponto de vista não-convencional de se encarar e de se analisar, ou mesmo julgar as decisões da Corte Constitucional<sup>75</sup>, vindo a enriquecer a discussão sobre o tema da jurisdição constitucional e política.

<sup>72</sup> "(...) cada una y todas las tentativas de generar una teoría constitucional se presentan a sí mismas como una buena teoría. porque alegan que han logrado una buena adaptación entre los elementos que tratan como importantes. Por lo tanto el núcleo del problema, desde la perspectiva preservadora, es que demasiadas decisiones judiciales no se adaptan de modo evidente al significado de las palabras constitucionales en su contexto histórico (...) Las teorías legales convencionales no se adaptan a la realidad política." CARTER, op. cit., p. 174.

<sup>73</sup> "(...) que este común denominador jurisprudencial, la preocupación por la adaptación, nos obliga a tratar la bondad constitucional como un fenómeno estético." CARTER, op. cit., p. 174.

<sup>74</sup> "Cada uno de estos enfoques (refere-se aos enfoques das teorias convencionais) no puede sacudir el hábito legal, tan central en el pensamiento preservador, de que la lógica debiera generar una sola solución óptima para cualquier problema analítico. La dificultad no es simplemente que la gente no puede coincidir en cuanto la premisa inicial, aunque los constitucionalistas obviamente no pueden. Aun si coincidieran en una, la lógica social no opera de manera lineal o expresa. Robert BORK dijo que debemos ir adonde conduce la lógica, como siguiendo un sendero en el bosque. Pero el símil adecuado para la lógica legal no se parece a un sendero en el bosque sino a un recorrido por una ciudad poco familiar sin tener metas expresadas ni un mapa de sus calles. Cada esquina requiere una opción para continuar o para girar a la derecha o a la izquierda, y cada intersección revela nueva información respecto de dónde podría uno querer ir." CARTER, op. cit., p. 174-175.

<sup>75</sup> "Mi replanteo me ha llevado a la conclusión de que podemos entender mejor a la Corte si vemos su historia como una serie de realizaciones que intentan sustentar conversaciones sobre la naturaleza normativa de nuestra comunidad nacional. Hacia el final del libro tengo la esperanza de que usted apreciará tres puntos: primero, que este modelo describe mejor que los modelos legales, tanto lo que la Corte hace como la evaluación que deseamos hacer acerca de ella; segundo, que la posición política de la Corte le

BRISON, Susan J. & SINNOT-ARMSTRONG, Walter. *Contemporary perspectives on constitutional interpretation*. Boulder : Westview Press Inc, 1993.

CARTER, Lief H. *Contemporary constitutional lawmaking*. Washington : Pergamon Press PLC, 1985. (Colección Libros Esenciales de Derecho traducidos al español).

\_\_\_\_\_. *Derecho constitucional contemporáneo : la Suprema Corte y el arte de la política*. Org. por Carlos Alberto Pazos. Buenos Aires : Abeledo-Perrot. 1985. p. 333.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust : a theory of judicial review*. Cambridge : Massachusetts. Harvard University Press, 1987.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas : razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989.

WECHSLER, Herbert. *Towards Neutral Principles of Constitutional Law*. In: \_\_\_\_\_. *Principles, politics, and fundamental law : selected essays*. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press. 1961. p. 3-48.

\_\_\_\_\_. *impide efectivamente operar de cualquier otra forma; y tercero, que la teoría estética provee de un marco más CONSTRUCTIVO para evaluar la bondad de sentencias específicas que los modelos teóricos más difundidos.*" CARTER, op. cit., p. 73 – grifos nossos.