

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Fernando De Brito Alves, José Alcebiades De Oliveira Junior, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-192-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

Os trabalhos apresentados no GT Hermenêutica Jurídica I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília, e que ora compõem este livro, manifestam à evidência o avanço das discussões sobre hermenêutica jurídica no país, bem como os principais debates hoje existentes sobre temas que vão desde critérios interpretativos às candentes questões relacionadas ao ativismo judicial, salientados que foram um grande número de autores importantes nessa área. É notável, portanto, neste sentido, o fato de que tal como na Filosofia do Direito e na Sociologia Jurídica, nunca estudamos e pesquisamos tanto também no campo da Hermenêutica Jurídica. Assim sendo, nesta apresentação, gostaríamos de realizar alguns comentários sobre o conteúdo deste livro, a fim de antecipar aos possíveis leitores o que eles poderão aqui encontrar, sempre considerando as apresentações feitas e os debates transcorridos por ocasião das apresentações feitas no transcorrer do evento.

Assim, diante da diversidade temática e não fugindo à tarefa que nos cabe, chegamos às seguintes observações e a consequente estruturação desta obra:

1 - Vários autores importantes foram neste grupo retratados, assim como vários temas atuais, dentre os quais, saliente-se os seguintes textos:

No texto a contribuição da hermenêutica ricoeuriana e sua dialética do amor para o pensamento jurídico contemporâneo, o pesquisador além de desenvolver os aspectos dessa importante dialética, traz ao público um importante debate entre Ricoeur e Heidegger, importante para o descoratório do tema. De outra parte, revisitar a hermenêutica constitucional de Häberle se constitui hoje mais do que uma mera visita, uma obrigação para quem pretende discutir e levantar em conta a diversidade cultural, o que faz desse texto algo muito interessante. Lembre-se das teorias de Häberle sobre "a sociedade aberta dos intérpretes da constituição". Na sequência, observa-se uma retomada da sempre importante discussão no direito dos denominados conceitos jurídicos indeterminados, demonstrando a tese da importância das contribuições da Hermenêutica Filosófica para com esse debate, sobretudo quando se trata de discussões sobre os interesses da administração pública. Logo a seguir, se apresentam discussões, a nosso juízo, muito importantes nos tempos atuais de centralidade do Poder Judiciário no combate à corrupção, trazendo o tema da isenção política nas decisões jurisdicionais.

A seguir, o leitor encontrará um tema que chamou bastante a atenção destes coordenadores e que diz respeito a taxatividade penal e o atual conceito de família, uma vez que ainda padecemos de muitas inadequações dos vários ramos específicos do Direito, como é o caso do Direito Penal e do Direito de família, em face dos princípios constitucionais e das transformações do mundo. Um outro tema versado, é o da juridicidade das normas constitucionais e a desconstruções classificatórias procurando mostrar que ao contrário do que se pensa as normas programáticas possuem tanta ou igual importância quanto as demais. O atual protagonismo da interpretação constitucional como leme para aplicação vem reforçar as discussões sobre a importância da constituição e sua aplicação e efetivação. A interpretação constitucional prossegue como tema no texto panorama hermenêutico do ordenamento jurídico pátrio e os problemas gerados com o neoconstitucionalismo, em uma discussão que considera as obras de Dworkin, Alexy, Häberle e outros. Importante texto vem a seguir sobre o STF e as bases materiais para a hermenêutica transconstitucional, no qual seus autores ressaltam a importância do estudo comparado e o respeito ao que as Cortes Internacionais já disseram sobre polêmicas relacionadas aos Direitos Humanos. O precedente judicial como princípio e a liberdade de expressão na decisão da ADPF 130, sobre as questões da liberdade de imprensa e o tema do precedente judicial.

Enfim, os princípios constitucionais e a hermenêutica frente aos princípios gerais do direito, reflexões sobre o status de ciência para o saber jurídico e uma rediscussão da ideia de paradigma, o tema do repensar da jurisprudência e uma retomada do tema da integridade do Direito e o problema do ativismo judicial a partir de Dworkin, encerram os textos de hermenêutica jurídica apresentados neste grupo e que compõem esta publicação.

2 - Enfim, como comentários finais gostaríamos de assinalar a riqueza das contribuições trazidas ao Grupo de Hermenêutica Jurídica, cumprimentar a todos os seus autores e dizer da nossa satisfação em poder ter presidido este grupo, desejando a todos que prossigam com suas pesquisas e realizações acadêmicas.

Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Paraná

José Alcebíades De Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Matheus Felipe De Castro - Universidade Federal de Santa Catarina

TERIA DWORKIN DEFENDIDO O ATIVISMO JUDICIAL?

DID DWORKIN ADVOCATE JUDICIAL ACTIVISM?

Vitor Amaral Medrado ¹

Henrique Cruz Noya ²

Resumo

Ao contrário do que argumentam os defensores da autocontenção judicial, Dworkin não propõe uma invasão injustificada e antidemocrática do Poder Judiciário nos demais Poderes, mas uma nova forma de pensar a democracia. A teoria do direito como integridade é uma visão moralizante da atividade jurisdicional pela qual é possível compreender e explicar melhor o direito, sobretudo nos casos difíceis. Portanto, apesar de propor uma atuação de poder judiciário centrada em preocupações morais e não subserviente aos demais poderes, Dworkin não deve ser considerado um defensor do ativismo judicial.

Palavras-chave: Ronald dworkin, Ativismo judicial, Hermenêutica jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

Despite the accusation of the advocates of judicial self-restraint, Dworkin does not propose an unjustified and undemocratic invasion of the judiciary in other Powers, but a new way of thinking about democracy. The theory of law as integrity is a moralizing overview of judicial activity by which it is possible to understand and explain better the law, especially concerning hard cases. Therefore, despite propose an acting of the judiciary focused on moral concerns and not subservient to other powers, Dworkin should not be considered an advocate of judicial activism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ronald dworkin, Judicial activism, Legal hermeneutics

¹ Mestre e Doutorando em Teoria do Direito pela PUC Minas. Professor da PUC Minas e da FUNCESI,

² Mestrando em Direito pela PUC Minas. Graduado em Direito pela PUC Minas. Graduando em Filosofia UFMG.

INTRODUÇÃO

Como influente jurista e filósofo, Dworkin discutiu todas as grandes questões constitucionais debatidas em seu tempo. Dworkin se destacou como um dos mais importantes nomes do constitucionalismo contemporâneo, com a defesa enfática da existência e importância dos princípios no direito, e da função contra majoritária do Judiciário. O Poder Judiciário não poderia mais se furtar a proteger positivamente os direitos individuais, através da adjudicação que recorre a argumentos explicitamente morais. A questão que se coloca é a seguinte: será isso suficiente para classificá-lo como um defensor do ativismo judicial? A resposta, por certo, depende da aceção de “ativismo judicial” a que nos referimos, já que o termo abriga uma diversidade de significados.

Em meio a controvérsias sobre a melhor forma de compreender e classificar o atual estágio da teoria jurídica, a crítica ao ativismo judicial parece ser um ponto de relativa concordância. Esse estágio atual da teoria jurídica, ao qual geralmente se atribui a alcunha de “pós-positivismo”, tem nos escritos de Ronald Dworkin o seu fundamento principal: a crítica ao “incômodo legado deixado pelo Positivismo Jurídico: *o poder discricionário*” (TRAVERSSONI GOMES, 2011, p. 322, *destaque nosso*).

Em linhas gerais e como o próprio termo indica, o pós-positivismo jurídico pretende superar o positivismo jurídico. Como explica Marcelo Galuppo, o positivismo jurídico havia estabelecido a necessidade de uma abordagem meramente descritiva do direito. Para os positivistas, esta era a única maneira científica pela qual o direito poderia ser compreendido em sua especificidade em relação aos demais ramos do conhecimento, em especial à moral. Nessa medida, o positivismo jurídico representou para o direito a tentativa de fundá-lo nos mesmos moldes das chamadas ciências da natureza.

Segundo Galuppo, o pós-positivismo é “uma nova maneira de se encarar o conhecimento jurídico”. Ele guarda relação com um fenômeno mais amplo que vem se desenrolando desde a gênese da modernidade: um descentramento do mundo, pelo qual os homens progressivamente foram concebendo o direito como obra humana que pode ser posta a serviço da emancipação (GALUPPO, 2005, p. 202). Entretanto, Galuppo chama a atenção para a imprecisão do termo, já que “pós-positivismo” é usado devido “a falta de melhor designação” (GALUPPO, 2005, p. 202). Também Travessoni caracteriza o “Pós-Positivismo Jurídico” como “um termo genérico, que vem sendo usado amplamente, sobretudo no Brasil, mas também em menor medida em alguns países europeus, para designar uma suposta tendência do pensamento

jurídico atual, que teria superado a teoria positivista do direito” (TRAVERSSONI GOMES, 2011, p. 319).

É após tecer várias críticas a respeito da autoimagem que os pós-positivistas formam mediante a atribuição errônea de uma série de características ao positivismo jurídico que Travessoni oferece uma caracterização positiva: o “pós-positivismo, se é que ele existe pode ser provisoriamente definido como uma tendência geral do pensamento atual, que procura resolver o incômodo legado deixado pelo Positivismo Jurídico: o poder discricionário” (TRAVERSSONI GOMES, 2011, p. 322).

Entretanto, apesar de estar vinculado à crítica ao poder discricionário, Dworkin tem sido acusado de defender o ativismo judicial por alguns de seus pares. Autores como Oliver Wendell Holmes, Felix Frankfurter, Learned Hand, Robert Bork ou Antonin Scalia têm defendido que Dworkin propõe uma invasão injustificada e antidemocrática do Poder Judiciário nos outros Poderes. Para esses defensores da autocontenção judicial, a pergunta que dá nome ao presente trabalho somente pode ser respondida de forma afirmativa.

Justice Holmes foi um dos mais renomados juízes da história dos Estados Unidos, integrou a Suprema Corte entre 1902 e 1932. Conhecido como “o grande dissidente”, foi um dos primeiros grandes defensores da doutrina da autocontenção judicial. Por seu turno, Frankfurter também foi juiz da Suprema Corte, entre 1939 e 1962, e igualmente representou a doutrina da autocontenção judicial. Sua saída, em 1962, é considerada o marco no qual a Corte Warren conseguiu formar a maioria responsável pela atuação ativista que daria destacaria a Corte. Por sua vez, Hand foi um famoso juiz norte-americano, cujo assistente no Tribunal Federal de Apelações do Segundo Tribunal Itinerante, durante um ano, fora recém-formado Dworkin. Como não poderia ser diferente, Dworkin nutria por Hand grande admiração e respeito, residindo o antagonismo (intelectual) justamente nas posições de autocontenção judicial aguerridamente defendidas pelo juiz. Por seu turno, Bork foi o autor com quem Dworkin travou inúmeras discussões. Ele foi um dos proponentes mais entusiasmados e influentes do “originalismo”, um modo particular de autocontenção judicial. Por fim, *justice* Scalia é um juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, ainda em atividade, destaque na defesa do “originalismo”. Recentemente, em oposição à opinião majoritária da Corte em *Obergefell v. Hodges* (2015), caso em a Suprema Corte reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo nos Estados Unidos, Scalia declarou em seu voto dissidente: “Um sistema de governo que

faz o povo subordinado a uma comissão de nove juízes não eleitos não merece ser chamado de democracia¹” (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2015)

Resta saber se os argumentos levantados pelos críticos de Dworkin são suficientes para classificá-lo como um ativista judicial. De certo, essa discussão deve ser antecedida de uma explicação sobre o significado de ativismo judicial. Posteriormente, expõe-se a teoria do direito como integridade de Dworkin e, por fim, analisa-se se é razoável considera-lo ativista.

O ATIVISMO JUDICIAL

A discussão sobre o ativismo judicial iniciou-se com o famoso caso americano *Marbury v. Madison*, de 1803, que estabeleceu o controle difuso de constitucionalidade nos Estados Unidos da América. Desde esse caso, visões marcadamente distintas sobre o papel da Suprema Corte coexistem no constitucionalismo norte-americano. Da Era *Lochner*², passando pela Corte Roosevelt³ e, de modo especial, pela Corte Warren⁴, até os dias atuais, a controvérsia entre a autocontenção judicial (*judicial restraint*) e o ativismo judicial (*judicial activism*) sempre esteve presente. Desde a Corte Warren, presidentes republicanos declararam guerra ao que chamaram de “ativismo judicial”. Assim, Richard Nixon, Ronald Reagan e George Bush prometeram em suas respectivas campanhas presidenciais acabar com a postura “ativista” da Suprema Corte, que, na visão deles, usurpava a vontade popular. Notadamente após a Segunda

¹ Texto original: “system of government that makes the People subordinate to a committee of nine unelected lawyers does not deserve to be called a democracy”.

² “*Lochner Era*” (1887-1937), período em que a Suprema Corte dos Estados Unidos reiteradamente opôs resistência à intervenção estatal na economia, declarando inconstitucionais diversas leis estaduais e federais de regulação econômica, ao argumento de que elas infringiam a liberdade econômica e contratual. Em razão disso, esse é o período conhecido como “ativismo judicial conservador”. O embate do Judiciário com os poderes Executivo e Legislativo recrudescer após a Grande Depressão dos anos 1930, quando o constitucionalismo *laissez-faire* da Era *Lochner* entrou em conflito com o New Deal, plano de recuperação da economia de Franklin D. Roosevelt. São casos representativos desse período: o emblemático *Lochner v. New York* (1905), que deu nome à “Era *Lochner*”, no qual a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei que impunha limite de horas a jornadas de trabalho; *Hammer v. Dagenhart* (1918), que derrubou uma regulamentação federal do trabalho infantil; e *Adkins v. Children's Hospital* (1923), que invalidou uma lei de salário mínimo para mulheres e crianças.

³ Também conhecida como “Corte New Deal”, combinou uma postura deferente às ações regulatórias do governo no campo econômico e social, com uma atuação ativista na promoção de direitos e liberdades fundamentais.

⁴ Famoso período em que a Suprema Corte foi presidida por Earl Warren (1953-1969). Marcou a história por operar uma “revolução de direitos” na vida estadunidense, interpretando criativamente os princípios constitucionais, bem como afirmando direitos implícitos. São desse período, *Brown v. Board of Education* (1954), que acabou com a segregação racial nas escolas; *Gideon v. Wainwright* (1963), assegurando aos acusados em processos criminais o direito de defesa com advogado; *Griswold v. Connecticut* (1965) que, em nome do direito à intimidade, permitiu aos casais o uso de contraceptivos.

Guerra Mundial, o mundo ocidental assistiu a uma nova fase do direito constitucional, que assumiu progressivamente posição de destaque nos ordenamentos jurídicos, tornando a polêmica sobre o ativismo judicial ainda mais relevante.

O termo “ativismo judicial” tem denotações um tanto distintas, por exemplo: interpretação criativa da constituição e das leis; extração de princípios não expressamente contidos na Constituição; julgamento em função dos resultados; legiferação pelo Judiciário; e falta de deferência aos demais Poderes. Ademais, o termo pode ter também significados bastante, referindo-se, por exemplo, à usurpação, pelo Poder Judiciário, dos poderes políticos democraticamente eleitos, ou à imposição, pelos juízes, de suas próprias convicções morais e políticas à sociedade. Há também, embora mais raro, sua utilização em sentido positivo, de algo que deva ser buscado, pois que necessário ao aprimoramento das democracias e respeito às liberdades individuais⁵.

Na teoria do direito, o ativismo judicial se relaciona com o poder discricionário do juiz. Quanto maior o poder discricionário do juiz, maior a possibilidade de ativismo judicial. A questão dos limites do poder jurisdicional é o cerne da crítica ao positivismo jurídico de autores como Hans Kelsen e Herbert Hart. Como afirmavam os seus críticos, os positivistas haviam percebido que a Ciência do Direito não poderia estabelecer critérios para preterir uma dada interpretação em face das outras possíveis no mesmo caso. Segundo Kelsen, por exemplo, apesar de o cientista do direito e, de resto, todas as pessoas, poderem interpretar as normas jurídicas tal como lhe pareçam corretas para serem aplicadas ao caso, a decisão do juiz é a única que vale de fato como direito: *é o juiz o intérprete autêntico das normas*.

Nesse sentido, apesar de que existe em Kelsen uma teoria da interpretação jurídica, pela qual o juiz deveria decidir com base na moldura, isto é, tendo em vista as várias possibilidades de interpretação que se dão a ver a partir de certa indeterminação da própria norma, a decisão do juiz cria direito independente da escolha desta ou daquela possibilidade, dentro ou fora da moldura⁶. O juiz possui, assim, um desmesurado poder discricionário para decidir ao seu bel prazer, seja com base em seus valores pessoais, seja em vista de qualquer outra forma de explicação, nada sendo possível fazer para diminuir este poder discricionário. Em outros

⁵ Por exemplo, o interessante artigo de Suzanna Sherry, “Why We Need More Judicial Activism”, em tradução livre: “Por que precisamos de mais ativismo judicial”.

⁶ É como explica Fábio Ulhoa Coelho em artigo na recente integrante da obra “Hans Kelsen: teoria jurídica e política”. Para Kelsen, o intérprete autêntico não precisa se balizar pela moldura aferida pela ciência do direito (ou “interpretação não autêntica cognoscitiva”). Ao contrário, é esta que deve se amoldar às interpretações feitas nas decisões judiciais. Cf.: COELHO, p. 236.

termos, falta às teorias positivistas uma teoria que torne possível estabelecer parâmetros para a interpretação do juiz, sobretudo nos casos mais difíceis. Quer dizer, uma teoria como esta ajudaria a diminuir o poder discricionário do juiz e tornaria possível dizer se uma decisão foi correta ou não. Daí que, conforme argumenta Alexandre Travessoni (2007, p. 169), a diferença entre positivismo e pós-positivismo pode estar na ausência naquele de teorias da argumentação que procuram “constatando como os positivistas a existência dos princípios, ir além dessa mera constatação e oferecer uma solução para o problema da discricionariade da aplicação”.

Teorias como a de Dworkin estão na vanguarda desse movimento crítico ao positivismo jurídico que busca critérios pelos quais se possa julgar uma decisão como justa ou injusta, correta ou incorreta. A busca de um critério, por assim dizer, não jurídico (ou, pelo menos, não de direito positivo) para a correção do direito é o que parece estar no cerne do pós-positivismo. Nesse sentido, parece evidente que ativismo judicial se relaciona com o problema do poder discricionário na medida em que não é possível o primeiro sem o segundo. Nesse sentido, a questão é saber se a resposta de Dworkin ao problema do poder discricionário realmente é capaz de resolver o problema, ou se a teoria dworkiniana resulta no mesmo problema das teorias positivistas.

DWORKIN E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Um dos aspectos mais fundamentais da teoria dworkiniana é a sua crítica ao positivismo jurídico. Em meados da década de 1970, Dworkin criticou a teoria positivista tendo por exemplo a teoria de Hart. Para Dworkin, os positivistas não haviam percebido a existência dos princípios jurídicos, mas, ao contrário, defendiam que o direito era um conjunto apenas de regras, e não de regras e princípios, tal como Dworkin compreendia. Além disso, os positivistas, na compreensão de Dworkin, defendiam o poder discricionário. Apesar de Dworkin ter se equivocado ao afirmar que os positivistas desconheciam os princípios jurídicos⁷, ele inovou profundamente a forma como a teoria jurídica os concebe.

Ao contrário dos positivistas, que não se detiveram à discussão sobre o papel dos princípios jurídicos, Dworkin concebeu os princípios como pilares do ordenamento jurídico.

⁷ Os principais positivistas, entre eles Hart e Kelsen, compreendiam que havia apenas um tipo de norma (ou regra) jurídica. Apesar de Dworkin não ter notado essa diferenciação, os positivistas chegaram a fazer uma diferenciação quanto à generalidade entre regras menos e mais gerais, como queria Kelsen. Do ponto de vista Hart, a quem Dworkin endereçou as suas críticas ao positivismo, existem normas de textura-aberta. Cf.: TRAVESSONI GOMES, 2011, p. 321 e ss.

Para Dworkin, os princípios carregam em si os valores da comunidade. Ainda mais, eles são logicamente diferentes das regras: ao passo em que as regras são aplicadas ou deixadas de aplicar de forma absoluta, a não realização completa de um princípio não o torna inválido. Em uma palavra, as regras são aplicadas segundo o modelo do tudo-ou-nada, enquanto, em relação aos princípios, é de suma importância atentar para o seu peso. Nesse sentido, os princípios podem ser aplicados de maneira gradual.

À diferença dos positivistas, assim, Dworkin concebeu um papel especial para os princípios no ordenamento jurídico. A partir de Dworkin, a teoria jurídica se viu em uma verdadeira mudança de paradigma. Pouco a pouco a teoria jurídica passou a enfatizar a dimensão axiológica dos princípios jurídicos, tornando-os o centro do ordenamento jurídico. No Brasil, sobretudo nas últimas décadas, a compreensão dworkiniana do direito passou a ter forte impacto nas decisões jurídicas, sobretudo nos tribunais superiores, que lidam com os casos mais difíceis, nos quais é preciso um esforço interpretativo maior do que o convencional. O impacto da crítica de Dworkin ao positivismo jurídico foi tão importante que influenciou decisivamente outros autores, que se valeram da sua visão principiológica para formular as suas próprias teorias do direito. Esse é o caso, por exemplo, da importante teoria de Robert Alexy.

Apesar das críticas de Dworkin a Alexy, ambos compartilham a ideia de que a correção é um aspecto essencial ao direito⁸. Para Alexy, a correção toma a forma da busca pela solução mais correta possível para o caso, enquanto que, para Dworkin, a busca pela correção no direito toma a forma da tese da única resposta correta. Todavia, esses autores estão mais próximos do que seus críticos e partidários supõem, especialmente porque ambos defendem a tese da conexão necessária entre direito e moral, um dos fundamentos da ideia de correção e da distinção entre regras e princípios. Para Alexy, os princípios são mandados de otimização. Isso significa que eles devem ser concretizados na maior medida possível, posta as limitações fáticas e jurídicas, mas sobretudo a necessidade da realização de outros princípios jurídicos. Em Alexy, os princípios estão ligados à ideia de correção moral do direito, enquanto as regras estão ligadas à legalidade e à eficácia do direito. Isso porque, segundo Alexy, o direito tem duas dimensões: a real, ligada à segurança jurídica, e a ideal, ligada à justiça (ALEXY, 2012, p. 6).

De toda forma, Dworkin, e posteriormente Alexy, revolucionou a forma como os princípios jurídicos são compreendidos na teoria jurídica. De meras regras mais gerais, tal como

⁸ Alexy também se alinha a Dworkin quanto ao nível de vinculação do juiz ao direito positivo. Tal como quer Alexy, o juiz está legalmente vinculado no que diz respeito ao âmbito de abertura do direito positivo. Para Alexy, é esse também o posicionamento de Dworkin e Bydlinski. Cf.: ALEXY, 2011, p. 84.

concebido no positivismo jurídico, os princípios passaram a ser compreendidos como estruturalmente diferentes das regras. Nesse sentido, ao contrário das regras, os princípios possuem uma carga semântica que é fundamental à dimensão ideal do direito. Nesse sentido, os princípios são a chave para melhor compreender a relação entre direito e moral.

Essa forma inovadora de conceber os princípios jurídicos e, conseqüentemente, o sistema jurídico como um todo não demorou de receber adeptos pelo mundo. No caso do Brasil, nas últimas décadas, uma geração inteira de juristas foi educada no direito segunda essa nova perspectiva sobre os princípios jurídicos. Nesse diapasão, Dworkin é um dos seus ícones, junto com outros pensadores, tais como, por exemplo, Habermas e Alexy. Essa nova geração de juristas brasileiros, que, nos dias de hoje, já militam como advogados, juízes, professores, etc, passaram a valorizar os princípios jurídicos em suas práticas e em seus ensinamentos. No Brasil, soma-se à influência de Dworkin e outros o fato de que uma nova constituição democrática foi promulgada ao final da década de 1980.

Toda essa expectativa a respeito da nova forma de conceber o direito, no entanto, gerou também uma preocupação quanto às conseqüências dessa novidade. Os princípios jurídicos, tal como os positivistas já haviam compreendido (apesar de não terem usado o termo “princípios” nesse sentido), são normas mais gerais. Por isso, como já denunciavam Kelsen e Hart, a sua aplicação não pode se dar de forma tão simples como no caso das regras. Os princípios podem ser interpretados, e, sem dúvidas, há muitas possibilidades de interpretação, sobretudo nos casos difíceis. Assim, será que tornar os princípios o centro do ordenamento jurídico não equivale a dar mais poder aos juízes?

TERIA DWORKIN DEFENDIDO O ATIVISMO JUDICIAL?

Dworkin defendia uma teoria da interpretação constitucional que chamou de “leitura moral da constituição” (*moral reading of the constitution*). Segundo Dworkin, uma constituição política é dotada de princípios morais abstratos e assim deve ser interpretada de modo a concretizar tais princípios, em busca de sua melhor concepção, ou a melhor luz⁹. Assim como no sistema norte-americano, também no sistema brasileiro é o juiz a autoridade legítima para interpretar a Constituição. Isso significa que é o juiz a autoridade responsável por realizar a

⁹ A exposição completa da leitura moral encontra-se na introdução de “Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution” [O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana, “Introdução: A leitura moral e a premissa majoritária”, tradução utilizada: DWORKIN, 2006].

leitura moral. Para Dworkin, entretanto, a leitura moral não significa que o juiz pode interpretar a lei de forma subjetiva, de acordo com as suas idiossincrasias pessoais. Como Dworkin expõe, a moralidade nesse caso tem uma carga histórica e é integrada com a cultura constitucional.

Os críticos de Dworkin geralmente pecam em compreender essa sutil, mas primordial tese dworkiniana. É que, segundo Dworkin, os críticos “*dizem que essa leitura dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público*” (DWORKIN, 2006, p. 3, destaque nosso) e de “*constranger de modo grotesco a soberania moral do povo – parece tirar das mãos do povo e entregar a uma elite profissional as grandes questões que definem a moralidade política e que o povo teria o direito e o dever de avaliar e decidir por si mesmo*” (DWORKIN, 2006, p. 5, destaque nosso). São acusações, como se vê, de ativismo. Entretanto, essas críticas se baseiam num pressuposto errôneo, de que democracia *necessariamente* quer dizer *vontade da maioria*. Esse pressuposto, chamado por Dworkin de “premissa majoritária” (DWORKIN, 2006, p. 23-29), é a causa da opinião reinante e errada de que a democracia fica sempre comprometida quando uma decisão não é tomada pela maioria. Em oposição a essa “concepção majoritária de democracia”, Dworkin argumenta que os poderes da maioria devem ser limitados pelos direitos individuais e pelos direitos das minorias. Essa é uma *concepção constitucional de democracia*. A questão não é, pois, se a concepção de Dworkin é mais ou menos democrática, mas de qual a melhor concepção de democracia. Para Dworkin: “*Os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias*” (DWORKIN, 2007, p. 426-427, destaque nosso).

Essa é a resposta de Dworkin ao argumento da antidemocraticidade do controle judicial de constitucionalidade, objeção comum dos partidários da autocontenção judicial. No capítulo 5 do seu *Levando os direitos a sério*, entretanto, Dworkin distingue e refuta duas formas de autocontenção judicial, a teoria cética e a teoria da deferência. A teoria cética rejeita a ideia de que os cidadãos tenham certos direitos morais contra o Estado, reconhecendo, apenas, os direitos jurídicos que a Constituição lhes assegura expressamente por meio das normas. Uma vez que as pessoas não têm direitos contra a maioria e a política se resume a descobrir a preferência dominante, cabe à maioria e não às minorias, a decisão. A teoria da deferência, por sua vez, aceita que existem direitos morais, mas rejeita a tese de que as controvérsias em relação a eles podem ser decididas pelos juízes.

Nesse sentido, a melhor resposta em controvérsias constitucionais nem sempre é a fornecida pela maioria enquanto juíza da própria causa. É por estar compromissado com a efetividade dos direitos individuais que Dworkin propugnava uma interpretação construtiva,

moralmente responsável, que “levasse os direitos a sério”. Essa é a razão principal para Dworkin ter se afastado do programa da autocontenção judicial. Entretanto, Dworkin não olvidava que conferir aos juízes o poder de contrariar o povo traz evidente perigo, afinal, eles não estão imunes ao erro. Nesse sentido, é nítida a preocupação de Dworkin com os “riscos de tirania” envolvidos nessa opção (DWORKIN, 2014, p. 225). Por essa razão é que Dworkin propôs mecanismos de restringir a discricionariedade dos juízes, cujo resultado é um arcabouço teórico avesso, em vários sentidos, a posturas ativistas. Assim, é acertada a lição de Hunt (1992), para quem o projeto de Dworkin é motivado por um conjunto de três receios ou aversões: o medo do subjetivismo e das preferências pessoais; o medo do relativismo e nihilismo; e o medo do pragmatismo e utilitarismo.

O resultado disso é o conhecido conceito de integridade constitucional. Para Dworkin, os juízes não são livres para impor suas próprias convicções, mas que devem encontrar um juízo coerente com o desenho estrutural da Constituição. Sendo assim, a teoria dworkiniana só pode ser bem compreendida no contexto do direito como integridade. É que os operadores do direito estão inseridos em uma prática interpretativa que deve obediência à integridade – o princípio de responsabilidade política pelo qual decisões políticas ou judiciais do passado, como leis, precedentes e constituição, devem resultar em um conjunto coerente de princípios¹⁰.

A tese do direito como integridade tem por base a ideia de que a história constitucional deve ser construída em harmonia com a evolução histórica do povo. Nesse sentido, um sistema jurídico é tão mais justo na medida em que as decisões que decorrem dele são coerentes e harmônicas com o momento histórico e com a moralidade, apreendida da cultura institucional. Para Dworkin, é essa integridade que dá legitimidade para o direito e, sobretudo, para a jurisdição constitucional. Não há legitimidade fora da noção de integridade. Compreender o direito de outra maneira, como um mero conjunto de normas, é perder de vista um de seus elementos mais cruciais, a legitimidade; e deixar de enfrentar um dos seus problemas mais fundamentais: o do poder discricionário.

É a partir do conceito fundamental de integridade que Dworkin concebe a metáfora do “romance em cadeia” (*chain novel*): os juízes devem se portar como escritores que criam juntos um romance, no qual cada um escreve um capítulo, que deve harmonizar-se com os demais para que a história faça sentido. Para ficar no exemplo fornecido pelo próprio Dworkin: um juiz que depreendesse do sistema constitucional norte-americano a socialização dos meios de

¹⁰ Para uma exposição mais completa do conceito de integridade, Ver: “Law’s Empire” [O Império do Direito, tradução utilizada: DWORKIN, 2007].

produção estaria a violar a exigência de integridade constitucional. Isso porque “essa interpretação simplesmente não se harmoniza com a história dos Estados Unidos, com a prática norte-americana e com o restante da Constituição” (DWORKIN, 2006, p. 16). Nesse sentido, a integridade se materializa no conceito do romance em cadeia, vez este proclama a necessidade de conceber a história constitucional como uma narrativa harmônica, como um romance literário.

É importante também a distinção dworkiniana entre “argumentos de princípio” e “argumentos de política”. Como quer Dworkin, os argumentos de princípio buscam garantir direitos, eles são exigências “de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2014, p. 36). Por outro lado, os argumentos de política estabelecem “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2014, p. 36). Para Dworkin, na decisão judicial só há lugar para “argumentos de princípio”, excluindo os “argumentos de política”. Nesse sentido, a jurisdição constitucional é o fórum dos princípios e não da política.

É verdade que, para alguns críticos, Dworkin reviu sua distinção entre argumentos de princípio (*principle*) e argumentos de política (*policy*). De acordo com Alexander e Kress (2004), Dworkin a flexibilizou, por outro lado, para Leiter (2004), ele a abandonou. Contudo, para além da polêmica doutrinária, essa distinção traça um limite à atuação dos juízes: a função de escolher os melhores caminhos ou diretrizes para a coletividade pertence ao Legislativo e ao Executivo, enquanto os juízes estão adstritos aos argumentos de princípio, isto é, a garantir direitos, a defender direitos individuais. Isso diferencia a teoria de Dworkin da Escola do Realismo Jurídico e dos Estudos Jurídicos Críticos. À diferença desses, a leitura moral, não obstante inserir “a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional” (DWORKIN, 2006, p. 02), restringe a jurisdição constitucional ao fórum dos princípios, excluindo os argumentos de política em sentido estrito. Aqueles, por sua vez, tomam a decisão judicial como essencialmente política, não havendo separação clara entre atividade legislativa e atividade judicial (WEINREB, 2008, p. XVII, XVIII).

Decorre daí, por certo, a aversão de Dworkin ao pragmatismo jurídico. Para o pragmatismo jurídico, o direito é um instrumento privilegiado para a realização de certos fins sociais. Assim, a decisão judicial deveria ser balizada por suas prováveis consequências. Na definição de Richard Posner: “Tudo o que uma teoria pragmática do direito realmente conota (...) é uma rejeição da ideia de que o direito é algo fundado em princípios permanentes e realizado através de manipulações lógicas desses princípios; *bem como uma determinação de usar o direito como instrumento para fins sociais*” (POSNER, 2009, p. 428, destaque nosso).

Para Dworkin, esse consequencialismo é inaceitavelmente ativista. Aliás, como explica Dworkin, o ativismo é uma forma de pragmatismo jurídico:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. Um juiz ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige” (DWORKIN, 2007, p. 451-452).

Dworkin rechaça essa possibilidade. Ao contrário do que prega o pragmatismo jurídico, a tarefa do juiz é a de declarar um direito de alguma forma preexistente, não inventar um novo, ao seu bel prazer. Em Dworkin, o juiz não é um inventor de direitos e deveres. Ao contrário, a adjudicação não é um exercício de discricionariedade, mas um esforço em dar respostas genuínas aos casos concretos a partir de princípios – reconhecidos como partes essenciais do sistema jurídico. Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis (*hard cases*), nos quais o direito positivo não fornece uma resposta clara ao caso concreto, persiste a pretensão de correção da decisão. Assim, existe uma resposta correta para cada caso¹¹. Como parece evidente, Dworkin se preocupou em se afastar de subjetivismos e nilismos, espécies de ativismo que ele repudiava com veemência. Nesse sentido, persiste, mesmo nos casos difíceis, onde a abstração é maior e o raciocínio moral mais evidente, a pretensão de correção. E, se há uma resposta correta, ou mais correta que as concorrentes, cabe ao Judiciário encontrá-la.

Dworkin construiu uma teoria do direito que, embora intimamente vinculada à moral, se preocupava com a segurança jurídica e com a correção do direito. Como não poderia deixar de ser, um de seus objetivos principais foi restringir o exercício ilegítimo da jurisdição. Todavia, essas restrições são mais de ordem intelectual do que política ou jurídica (DWORKIN, 2009, p. 203). Como quer Dworkin, inexiste alternativa para leitura moral do direito, vez que as controvérsias constitucionais são necessariamente questões de moralidade política. Nesses termos, é errado reduzir o problema à pergunta se os juízes devem ou não decidir “pela simples obediência ao ‘texto’ do documento” (DWORKIN, 2006, p. 8), ou qualquer proposta semelhante, como querem os partidários da autocontenção. Em verdade, para Dworkin, tais propostas são elas próprias, ativistas, no sentido negativo do termo:

A apresentação da Constituição como um simples conjunto de regras independentes e historicamente limitadas não passa de um disfarce para uma

¹¹ Alguns comentadores sustentam que Dworkin teria abandonado a tese da única resposta correta substituindo-a pela abordagem interpretativista. É o caso, por exemplo, de Brian Bix. Cf.: BIX, 2004, p. 221.

atitude judicial que não respeita princípio algum e se baseia tão-somente nas convicções políticas ou morais do juiz, o qual não se vê sujeito às restrições que necessariamente se impõem quando a Constituição é tratada com uma carta de princípios. (DWORKIN, 2006, p. 206-207)¹².

Como queria Dworkin, não há outro caminho para o direito contemporâneo senão o enfoque nos princípios jurídicos como um caminho para a resolução e legitimação das decisões judiciais. Ao contrário do que pregam os seus críticos, Dworkin enfrentou e deu soluções para o problema do poder discricionário do juiz. Bem entendido, Dworkin não é um defensor do ativismo judicial, mas um crítico da inércia do direito que ele diagnosticou no positivismo jurídico. Os positivistas buscaram compreender o direito em sua dimensão mecânica, desvinculada da dimensão principiológica, por isso eles falharam em compreender o direito em sua complexidade. Também por isso, os positivistas não compreenderam que é possível estabelecer critérios para o exercício da jurisdição e assim encontrar uma solução correta para o caso concreto. Entretanto, isso não significa dar ao juiz o poder de ser ativista, mas, ao contrário, é uma busca de firmar os limites do poder jurisdicional segundo uma visão principiológica do direito.

CONCLUSÃO

Para Dworkin, o indivíduo possui direitos morais contra o Estado. Na medida em que esses direitos são ameaçados, isto é, em uma questão de princípio, o Judiciário não pode se furtar em protegê-los. Como explicou Dworkin, esse é o papel dos juízes, mesmo que isso incorra em contrariar a vontade de uma maioria. Esse é o verdadeiro desafio da jurisdição constitucional: levar os direitos a sério, sem, com isso, extrapolar seu legítimo papel.

A teoria do direito como integridade de Dworkin se coloca como uma corajosa tentativa de superar esse desafio. Por isso, Dworkin se esforçou muito para contornar o risco do ativismo judicial, mas é certo também que “não precisamos exagerar o perigo”, já que “o perigo das decisões erradas não repousa inteiramente do lado do excesso” (DWORKIN, 2014, p.232). Nesse sentido, a teoria dworkiniana é a um só tempo: um esforço em termos de teoria da jurisdição constitucional no sentido de garantir o respeito aos direitos individuais, mas também um esforço no sentido de reduzir os riscos que daí decorrem.

¹² Dworkin refere-se expressamente, nessa passagem, ao originalismo de Antonin Scalia, mas estende a crítica ao programa da autocontenção judicial de modo geral.

Dworkin indicou a pedra de toque para o êxito da jurisdição constitucional contemporânea: a aproximação entre o Direito Constitucional e a Filosofia Moral. Isso porque não há fórmulas mecânicas capazes de balizar a atuação judicial, tampouco existem estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Em verdade, a boa interpretação jurídica consiste na melhor interpretação moral e, por isso, a restrição genuína está na boa argumentação (DWORKIN, 2009, p. 202). Afinal, como defendia o jusfilósofo, “*os juristas são sempre filósofos*” (DWORKIN, 2007, p.454, *destaque nosso*); ou assim deveriam ser.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Larry; Kress, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei (Org); BORGES, Luís C. (Org). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed. 2ª tiragem, 2004.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, 174p.
- ALEXY, Robert. Law, Morality, and the Existence of Human Rights. **Ratio Juris**. Vol. 25. n. 1, p. 2-14, 2012.
- BIX, Brian. Questões na interpretação jurídica. In: MARMOR, Andrei (Org); BORGES, Luís C. (Org). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed. 2ª tiragem, 2004.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Do desafio kelseniano à ruptura anticientificista. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de (Org.); TRAVESSONI GOMES, Alexandre (Org.) **Hans Kelsen**: teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 235-252, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 3ª ed. 3ª tiragem, 2014.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2007.
- DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 2006.
- GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 3. Porto Alegre, 2005.
- HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 3ª edição, 1994.
- HUNT, Alan. **Reading Dworkin Critically**. New York: Berg, 1992.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LEITER, Brian. The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century. University of Texas Law School, **Public Law Research**, Paper No. 70, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=598265>. Acesso em: 04 de novembro de 2015.
- POSNER, Richard. A., **Para além do direito**. Trad Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1ª ed., 2009.

SHERRY, Suzanna. Why We Need More Judicial Activism: Constitutionalism, Executive Power, and Popular Enlightenment. **Vanderbilt Public Law Research**, Paper No. 13-3, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2213372>. Acesso em: 04 de novembro de 2015.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Obergefell et al. v. Hodges, Director Ohio Department of Health et al. Nº 14-556. Argued April, 28, 2015. Decided June, 26, 2015. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 04 de novembro de 2015.

TRAVESSONI GOMES, Alexandre. Pós-positivismo jurídico (Verbete). TRAVESSONI GOMES, Alexandre (Org.). In: **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. São Paulo: LTr, p. 319-323, 2011.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**: o uso da analogia no argumento jurídico. Trad. Bruno Costa Simões; São Paulo: WMF Martins Fontes, 1ª ed., 2008.