

CONSTITUIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: DO LEGADO POSITIVISTA ÀS POSSIBILIDADES CONCRETIZADORAS DE UMA INTERPRETAÇÃO ÍNTEGRA DO DIREITO

CONSTITUTION AND SOCIAL CHANGE: FROM THE POSITIVIST LEGACY TO THE
EFFECTIVENESS POSSIBILITIES OF A LEGAL INTERPRETATION BASED ON
INTEGRITY

Luiz Felipe Machado Muraca¹

Juvêncio Borges Silva²

Juliana Helena Carlucci³

<https://doi.org/10.55839/2318-8650RevParRPv34n1pa160-183>

RESUMO

A Constituição Federal foi promulgada há mais de trinta e cinco anos. A promulgação de um texto compromissório e dirigente alterou significativamente a tradição constitucional do país. Nessas três décadas, verificam-se muitos avanços sociais e institucionais no sentido da construção de um ambiente democrático por meio da redução das diversas espécies de desigualdade presentes no país. No entanto, parte do projeto constitucional inaugurado em 1988 segue pendente de implementação. Nesse sentido, este texto explora as possibilidades concretizadoras de uma interpretação íntegra do direito, à luz da obra de Ronald Dworkin. Com o protagonismo conferido ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, a construção de uma teoria da decisão judicial comprometida com o Estado Democrático de Direito que se pretende construir no Brasil é imprescindível. Quais seriam, então, os limites e possibilidades da superação de uma concepção positivista de direito e da generalização da ideia de direito como integridade? Após uma breve excursão por algumas das teorias dworkinianas, verifica-se o potencial concretizador presente no conceito de direito como integridade adaptado à realidade

¹ É Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto e professor dessa mesma instituição. E-mail: lmuraca@unaerp.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8782-1159>.

² É Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho - UNESP, Mestre pela Unicamp, e professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania e do Curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto. E-mail: jsilva@unaerp.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9403-2713>.

³ É Mestra em Constituição e Processo pela Universidade de Ribeirão Preto e professora dessa mesma instituição. E-mail: jcarlucci@unaerp.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6914-2045>.

institucional brasileira. Para tanto, foi realizada uma reconstrução conceitual do glossário do autor.

Palavras-chave: Constituição Federal; Ronald Dworkin; Poder Judiciário; interpretação; integridade.

ABSTRACT

The Federal Constitution was promulgated more than thirty-five years ago. The promulgation of a compromise and directive text significantly altered the constitutional tradition of the country. Over these three decades, many social and institutional advancements have been observed in the construction of a democratic environment through the reduction of various forms of inequality present in the country. However, part of the constitutional project inaugurated in 1988 remains pending implementation. In this context, this text explores the concrete possibilities of an integral interpretation of the law, in light of Ronald Dworkin's work. With the protagonism conferred upon the Judiciary by the Federal Constitution, the construction of a theory of judicial decision-making committed to the Democratic Rule of Law, which is intended to be built in Brazil, is indispensable. What, then, would be the limits and possibilities of overcoming a positivist conception of law and generalizing the idea of law as integrity? After a brief exploration of some of Dworkin's theories, the concretizing potential present in the concept of law as integrity, adapted to the Brazilian institutional reality, will be examined. To this end, a conceptual reconstruction of the author's glossary was carried out.

Keywords: Federal Constitution; Ronald Dworkin; Judiciary; interpretation; integrity.

Introdução

Recentemente a Constituição Federal brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, completou trinta e cinco anos. Trata-se de um momento emblemático, que requer a reflexão sobre as condições de implementação do projeto constitucional. Mormente no Brasil, um país marcado por profundas desigualdades (sociais, de gênero, regionais, etc.), o programa constitucional se apresenta como uma verdadeira ruptura paradigmática em relação a um passado autoritário, indelevelmente marcado por sucessivos golpes de Estado. A promessa de institucionalização da democracia e atenuação das desigualdades por meio de um programa dirigente representou considerável avanço no que toca à previsão de direitos fundamentais-sociais.

Trinta e cinco anos depois da sua promulgação, as análises a respeito da concreção da Constituição Federal cometem dois principais equívocos. Por um lado, há autores que

consideram que o projeto constitucional foi completamente desfigurado por propostas neoliberalizantes e que, portanto, nada mais resta das ambições da Nova República (Bello; Bercovici; Lima, 2019). Isso não se confirma, uma vez que há indicadores que demonstram que, após 1988, o Brasil passou pelo maior processo de inclusão social de sua história (Arretche, 2018). De outra banda, não se pode deixar de considerar que parte das promessas constitucionais então anunciadas ainda não foram satisfatoriamente implementadas, principalmente no que toca aos objetivos da República Federativa do Brasil. Mais do que isso: não se desenvolveu, por aqui, um “sentimento constitucional” (Lindahl, 2022) que atribua à Constituição Federal as principais conquistas sociais dessas três décadas.

Diante dessa fração do projeto constitucional pendente de implementação, é necessário, ainda em meados da segunda década do século XXI, investigar caminhos e possibilidades para a concretização da Constituição. Se é verdade que os Poderes da República, cada um à sua maneira, contribuíram para a transformação da sociedade brasileira, ainda há muito o que ser feito. O persistente legado positivista na doutrina constitucional brasileira, aliado às tentativas de adequação das teorias alternativas do Direito à nova realidade constitucional, têm dificultado o aparecer de todo o potencial emancipador próprio do atual momento constitucional. Este texto ocupa-se dessa temática. Mais especificamente, tendo em vista o protagonismo judicial em parte promovido pelo próprio arranjo institucional presente na Constituição Federal, questiona-se: i) em que medida o projeto constitucional brasileiro requer, para a sua implementação, uma interpretação íntegra do direito?; ii) quais seriam as posturas jurisdicionais imprescindíveis à realização desse projeto?

Trata-se de uma aproximação teórica que, como tal, possui limites muito explícitos. Além do mais, utiliza-se como marco referencial teórico o trabalho de Ronald Dworkin, um autor que se ocupou de analisar um contexto institucional muito distinto do brasileiro. No entanto, as teses de Dworkin podem contribuir como instrumental analítico para a construção de uma teoria da decisão judicial adequada ao Estado Democrático de Direito.⁴ Nesse sentido, a concepção constitucional de democracia e a noção de filiação moral do indivíduo à comunidade desenvolvidos pelo autor podem auxiliar sobremaneira na interpretação da realidade institucional brasileira. Por fim, a escolha do autor se justifica na medida em que, no

⁴ Esse esforço foi realizado com louvor por Lenio Streck ao desenvolver a sua Crítica Hermenêutica do Direito.

Brasil, há sérias incompreensões sobre as suas teses, principalmente no que toca à normatividade dos princípios. Busca-se demonstrar que a teoria dos princípios de Dworkin é uma tentativa de afastar a atividade judicante da discricionariedade, a nosso ver um dos grandes óbices à realização do projeto constitucional.

Uma vez que a Constituição Federal conferiu papel de destaque ao Poder Judiciário na tarefa concretizadora, o que se evidencia por instrumentos como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é necessário que o *habitus* jurisdicional se adeque a essa nova realidade institucional. No entanto, ainda nos dias atuais, percebe-se teses que, intencionalmente ou não, propõem a libertação do julgador das amarras interpretativas e de constrangimentos teóricos. Como um ator relevante no ciclo deliberativo concretizador, o Poder Judiciário deve atuar de modo a produzir decisões constitucionalmente adequadas, que fomentem um processo de generalização dos preceitos constitucionais. É nesse sentido que a superação do positivismo proposta por Dworkin pode representar uma interessante contribuição.

Inicialmente, apresentar-se-á o debate travado entre Ronald Dworkin e Herbert Hart em relação ao reconhecimento dos princípios como padrões jurídico-decisórios. Serão abordadas as objeções de Dworkin ao positivismo jurídico em contraposição ao Conceito de Direito de Hart. Ato contínuo, a questão interpretativa em Dworkin será objeto de análise. Especial ênfase será conferida à leitura moral da Constituição, ao arquétipo de Hércules e à similitude entre interpretação jurídica e literária. No último tópico, aspectos institucionais relacionados ao Poder Judiciário serão apresentados. Concluir-se-á que a complexa tarefa de tornar efetivo um projeto ambicioso como aquele representado pela Constituição Federal de 1988 necessita de uma efetiva coordenação entre os Poderes do Estado. Especialmente em relação ao Judiciário, é necessário que haja comprometimento interpretativo e responsabilidade política dos juízes no sentido de se engajarem no processo concretizador por meio da normatividade constitucional. Longe de pretender realizar uma transposição acrítica de teses estrangeiras, este artigo tem por objetivo sistematizar e clarificar os conceitos dworkinianos, tão lidos quanto incompreendidos, bem como apresentar algumas de suas possibilidades analíticas no contexto brasileiro.

1. A investida de Ronald Dworkin contra o positivismo jurídico: o debate com Herbert Hart

Em casos difíceis,⁵ isto é, em situações para as quais o direito não oferece uma resposta clara e objetiva, como deve o juiz decidir? Para Herbert Hart, diante de um caso difícil, é concedida ao juiz a possibilidade de decidir discricionariamente (Hart, 2009). Isso significa que, na ausência de uma regra específica que regule o caso, o juiz deve criar posteriormente um padrão decisório e aplicá-lo ao caso concreto. De maneira similar à proposta de Hans Kelsen (2006), o conceito de direito de Hart resume-se a um sistema de regras que podem ser observadas a partir da análise das práticas sociais. Dworkin irá contestar essas teorias positivistas⁶ nesse aspecto. Para ele, a ausência de regras não seria uma justificativa para a discricionariedade judicial. Isso ocorre porque ele redefinirá a relação entre direito e moral ao apontar para a existência de outro padrão normativo que fundamenta as decisões judiciais: os princípios. Portanto, mesmo quando não há uma regra aplicável ao caso, o juiz deve buscar construir uma decisão com base em princípios de moralidade política. Dworkin defende a tese de que, para todos os casos, existe uma resposta correta,⁷ mesmo que em certos momentos essa

⁵ Sobre a inadequação paradigmática da cisão entre casos fáceis e casos difíceis, ver (Streck, 2011). De todo modo, dado o caráter descritivo deste capítulo, não há prejuízo epistemológico em assim classificá-los.

⁶ O positivismo jurídico é um fenômeno complexo e heterogêneo, de sorte que não se pode falar apenas em um positivismo, mas sim em diversas teorias positivistas. Com efeito, Lenio Streck afirma que “quando alguém fala em positivismo não imagina a diversidade que foi se forjando ao longo dos séculos” (Streck, 2020, p. 263). Esses positivismos “têm um ponto em comum: a pretensão de metodologicamente assumir um caráter descritivo de cunho adequacionalista. As proposições descritivas produzidas pelo positivismo, em sua pretensão de negar qualquer tipo de metafísica (no sentido ontoteológico da palavra, é claro), tratam a verdade como uma adequação do intelecto ao objeto: com Smilg Vidal (2016, p. 47-48), podemos dizer que, nesse paradigma, o mundo é compreendido como um conjunto de substâncias que possuem determinadas propriedades. A função do intelecto humano consistiria, basicamente, em captar essa realidade e expressá-la usando a linguagem como ferramenta” (Streck, 2020, p. 265).

⁷ Lenio Streck desenvolve o conceito de “resposta constitucionalmente adequada”. Partindo do caráter antirrelativista da hermenêutica filosófica, Streck afirma que, assim como na filosofia a “descoberta” da linguagem levou à superação do esquema sujeito-objeto, no direito um texto jurídico deve sempre estar em conformidade com outro que lhe é superior: a Constituição. Portanto, a ideia de “verdade” no direito sempre se relaciona com a tradição constitucional. Uma interpretação constitucionalmente adequada pode ser considerada, em termos gadamerianos, autêntica, ao passo que uma interpretação inconstitucional é inautêntica: “a autenticidade da interpretação exsurgirá da possibilidade de o jurista/intérprete *apropriar-se* do que foi compreendido. A *apropriação do compreendido* passa a ser a sua condição de poder fazer uma interpretação que supere o conteúdo reprodutor/reprodutivo e objetivante representado por esse *habitus dogmaticus* (o sentido comum teórico dos juristas, que, efetivamente, representa aquilo que se pode denominar “tradição inautêntica do direito). O *poder*

resposta não possa ser demonstrada objetivamente. Como veremos nos próximos parágrafos, a existência de uma resposta correta altera significativamente as teorias da adjudicação, uma vez que os juízes têm a responsabilidade de buscar, de maneira franca, os direitos das partes (Dworkin, 2010b):

O debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin teve início com a publicação, em 1967, do artigo "O Modelo de Regras I", posteriormente incluído como o segundo capítulo do livro "Levando os direitos a sério" (Dworkin, 2010b). Nos anos seguintes, o texto de Dworkin foi objeto de um intenso debate e recebeu várias objeções de autores positivistas (Raz, 1972). Em 1994, na segunda edição de "O Conceito de Direito" (2009), Hart acrescentou um pós-escrito em resposta às críticas de Dworkin, que por sua vez produziu uma tréplica em 2004, posteriormente inserida em "A Justiça de Toga" (2010a). É evidente, portanto, que se trata de um amplo debate, talvez o mais influente na Teoria do Direito no século XX. Por isso, importa ressaltar a observação de Scott Shapiro de que esse debate deve ser interpretado como algo dinâmico, uma vez que ambos os autores foram ajustando suas teorias para lidar com as críticas ao longo do tempo (Shapiro, 2007). Aqui será feita uma tentativa de sintetizar os principais argumentos apresentados por Hart e Dworkin, com o objetivo de proporcionar uma leitura sistemática da obra deste último, especialmente no tocante às diferenças entre suas teses e a noção positivista de direito.

O positivismo, na leitura dworkiniana, se baseia em três pontos fundamentais: i) as regras válidas de uma comunidade são verificáveis a partir de um teste de proveniência; ii) o direito se resume a esse corpo de regras válidas; iii) só há direitos e obrigações se enunciados por essas regras (Shapiro, 2007). Com efeito, a descrição que Dworkin faz do positivismo se baseia em grande medida na obra de Herbert Hart.⁸ Isso se deve ao fato de que a teoria de Hart sobre o fenômeno jurídico é fortemente dependente do conceito de "regra", como no resumo que Dworkin faz do positivismo. Para Hart, é impossível realizar uma descrição adequada do direito sem identificar as regras jurídicas que regem a comunidade. Essas regras podem ser divididas em duas categorias: primárias e secundárias. As regras primárias impõem deveres jurídicos aos indivíduos, ou seja, determinam o que eles devem ou não fazer de forma

apropriar-se é a chave para escancarar as portas do mundo inautêntico do direito" (Streck, 2011, p. 348).

⁸ Dworkin afirma que a obra de Hart é "o mais claro exemplo da teoria positivista" e a "mais influente versão contemporânea do positivismo" (DWORKIN, 2010b, p. 11 e 74).

necessária. Por outro lado, as regras secundárias “outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados” (Hart, 2009, p. 105). Elas permitem que as instituições criem, extingam ou modifiquem as regras primárias.

Por outro lado, é com o objetivo de solucionar o problema da validade das regras jurídicas que Hart desenvolve o conceito de “regra de reconhecimento”. Ao considerar que as normas primárias estabelecem padrões de conduta para os cidadãos, surge a seguinte questão: como as autoridades, cujas prerrogativas são conferidas por normas secundárias, podem determinar quais regras de conduta fazem parte do sistema jurídico? A resposta de Hart é a regra de reconhecimento. Ela é o critério pelo qual uma autoridade pública deve avaliar a validade de determinados padrões de conduta. Se esses padrões forem válidos, ou seja, caso se ajustem às normas primárias e, portanto, compuserem o sistema jurídico, as autoridades investidas pelas normas secundárias poderão aplicar sanções quando do seu descumprimento. Por outro lado, os padrões de conduta que não “passarem no teste” não são juridicamente válidos. Veja: há, aqui, um método segundo o qual se avalia o *pedigree* da regra, isto é, sua proveniência e apoio por parte da comunidade. Por conseguinte, a teoria de Hart possui um forte caráter empírico. Para ele, o fenômeno jurídico é uma questão de fato e se baseia na aceitação social das regras (Dworkin, 2010b).

A pressão e a aceitação social das regras são fundamentais para a teoria de Hart. Para que essa pressão seja exercida, é necessário que as regras sejam compartilhadas entre os indivíduos. Ou seja, é necessário que as pessoas compreendam quais regras geram deveres de conduta. Depreende-se disso que o conteúdo das regras constitutivas de uma determinada comunidade é transmitido por meio da linguagem, conceito fundamental para Hart. Dependente da linguagem que é, a aplicação do direito pode ser prejudicada pela vagueza ou ambiguidade das regras. Segundo Hart, essas situações não podem ser eliminadas por meio do uso de cânones interpretativos, uma vez que eles também dependem de conceitos linguísticos. Por isso, quando as regras são ambíguas ou omissas em relação às situações cotidianas, é facultado ao intérprete utilizar a discricionariedade para decidir (Hart, 2009). Deslocando-se a questão para as autoridades judiciais, ainda que elas devam aplicar tão somente as regras que tenham sido previamente reconhecidas pela sociedade, a transmissão do seu conteúdo necessariamente irá gerar ambiguidades interpretativas que deverão ser solucionadas por critérios de livre escolha do julgador.

O modo como Hart lida com a inevitabilidade da linguagem confere um grande poder aos juízes, que em uma miríade de situações podem decidir com base em critérios de sua escolha. A utilização de argumentos nos quais uma das partes possui um direito que deve ser observado pela outra, muitas vezes, não passa de um engodo, uma vez que é o próprio órgão julgador que retroativamente cria uma regra com base em sua livre convicção. Esse ponto é um dos centros da discordância que Dworkin apresenta em “O Modelo de Regras I” (Dworkin, 2010b). Ele afirma que a existência de um outro padrão decisório que, assim como as regras, vincula as decisões dos juízes. Trata-se dos princípios. Assim, a atividade jurisdicional não se restringiria à aplicação de regras válidas, mas também deve obedecer ao caráter vinculante dos princípios. A adesão aos princípios decorre da necessidade de se considerar, no ato decisório, padrões de moralidade política que sejam justificados no âmbito de uma teoria moral compartilhada (Dworkin, 1986).

A existência dos princípios como padrões decisórios vinculantes está diretamente relacionada à concepção constitucional de democracia desenvolvida por Dworkin (1990). A ideia de democracia segundo Dworkin se baseia na integração entre o indivíduo e a comunidade, de forma que as decisões políticas, incluindo as judiciais, devem tratar todos os indivíduos com igual respeito e consideração. No âmbito de uma teoria democrática abrangente como a de Dworkin, não seria admissível que juízes estabelecessem padrões decisórios retroativos sem considerar a existência ou não de um direito judicialmente pleiteado. Portanto, a questão central em qualquer disputa são os direitos dos cidadãos, sendo moralmente imperativo buscar esses direitos. Reconhecendo a insuficiência das regras como único instrumento de afirmação de direitos, Dworkin passa a reconhecer a existência dos princípios, que também poderão enunciar direitos dos cidadãos. Há, portanto, uma conciliação entre a função judicial e as exigências morais do conceito de democracia desenvolvido por Dworkin.

Com efeito, mais uma vez tomando o cuidado de não realizar transposições teóricas ingênuas e acríicas, nos parece que a democracia brasileira, tal qual afirmada na Constituição Federal de 1988, se assemelha à concepção dworkiniana. Isso não ocorre porque as tradições constitucionais do Brasil e dos Estados Unidos da América são semelhantes, mas por conta da ambição do projeto constitucional de 1988. Se trata de um projeto constitucional substantivo, centrado nos direitos fundamentais de todas as dimensões. Justamente por isso, a questão da sua concretização por parte do Poder Judiciário requer uma postura interpretativa

comprometida com tais direitos. Isso se torna ainda mais urgente na medida em que ocorre um “deslocamento na esfera de tensão entre os poderes” (Streck, 2004, p. 101). Se o Poder Judiciário se torna um relevante agente concretizador, é necessário que se lance luz para a questão interpretativa. Não se afigura adequada uma posição relativista da atividade jurisdicional, sob pena de enfraquecer o potencial emancipador que é o centro da contemporânea experiência constitucional brasileira.

Ainda com Dworkin, a introdução de um outro tipo de padrão decisório gera, pelo menos, dois problemas: o primeiro deles diz respeito à distinção entre regras e princípios; o segundo se refere à existência de uma potencial contradição entre essas duas formas normativas. Sobre a diferença entre regras e princípios, Rafael Tomaz de Oliveira (2008, p. 201) afirma que:

Não há uma cisão radical entre regras e princípios que estão, de modo permanente, implicados na prática interpretativa que é o direito. Há uma diferença entre regra e princípio porque quando nos ocupamos das controvérsias jurídicas e procuramos argumentar para resolvê-las, somos levados a nos comportar de modo distinto quando argumentamos com regras e quando argumentamos com princípios. Há um elemento transcendente nos princípios, porque quando argumentamos com eles sempre ultrapassamos a pura objetividade em direção a um todo contextual coerente (re)construído, que, todavia, sempre se dá como pressuposto em todo processo interpretativo.

Verifica-se, portanto, uma complementariedade entre regras e princípios. Tanto a aplicação de regras quanto a aplicação de princípios demandam que a interpretação jurídica ocorra a partir de uma *framework* moral. Isso porque os princípios servem de sustentáculo das regras. Conforme será destacado posteriormente, argumentos que afirmam que a introdução dos princípios como padrões decisórios vinculantes permite que juízes se baseiem exclusivamente em seus conceitos morais não se confirmam. Isso decorre de que, segundo a argumentação de Dworkin, os princípios promovem o fechamento do sistema jurídico (Tomaz de Oliveira, 2008). O conceito de princípio de Dworkin surge exatamente para responder às teorias positivistas que dão azo à discricionariedade judicial.⁹ A busca de meios para se afastar a discricionariedade

⁹ O autor privilegiado nos textos de Dworkin, pelas razões já expostas, foi Herbert Hart. No entanto, vários autores positivistas incorrem no mesmo equívoco, qual seja, o de não enfrentar a questão da decisão judicial como elemento central de uma teoria do direito. Exemplo disso é Hans Kelsen, grande expoente do positivismo no século XX, que no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito afirma que o direito positivo não possui condições de oferecer decisões corretas: “a questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, a criar as únicas leis justas

judicial é uma das mais importantes tarefas da teoria constitucional brasileira, vez que ela opera um entulhamento dos significados presentes na Constituição Federal.

2. A questão interpretativa na obra de Dworkin: a leitura moral da Constituição, o juiz Hércules e a similitude entre interpretação jurídica e literária

Afirmou-se, no último tópico, a necessidade de a interpretação jurídico-constitucional se adequar à experiência que se pretende construir no Brasil sob a égide da Constituição Federal de 1988. Como, na concepção de Dworkin, isso poderia ser feito? Ele não prescreve um método de interpretação da Constituição que garanta resultados principiologicamente adequados, mas oferece indícios sobre a postura que deve ser adotada pelos juízes na interpretação da Constituição. Trata-se da leitura moral da Constituição, primeira preocupação deste tópico. Seguidamente, apresentar-se-á o tipo ideal de Hércules, que demonstra como deveria ser, no campo ideal, a postura interpretativa de um juiz. Esta parte do texto, aliada ao debate Hart-Dworkin, se destina a afastar argumentos no sentido de que a tese dos princípios e a leitura moral da Constituição são um chamado à discricionariedade judicial. Ainda buscando afastar esse tipo de argumento, o tópico será concluído com a relação que o autor faz entre interpretação jurídica e literária. Mais uma vez vale o alerta: Dworkin se dedica a analisar uma experiência jurídica completamente distinta da brasileira. No entanto, este texto pretende afastar interpretações equivocadas que são realizadas das teorias do autor e, ao mesmo tempo, oferecer um instrumental para a análise da experiência jurídica brasileira e para a construção de soluções originais.

Sobre a leitura moral da Constituição, é fundamental salientar aquilo que ela não é: um método de interpretação do texto constitucional. Ela não estabelece procedimentos mecânicos para que o intérprete chegue à resposta correta em casos constitucionais. Na verdade, Dworkin rejeita a possibilidade de se estabelecer qualquer método que produza resultados satisfatórios em todas as situações em que ele é aplicado. A leitura moral da Constituição é um

(certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas” (Kelsen, 2006, p. 393). Kelsen diferencia, então, a ciência do direito (ato de conhecimento) da questão interpretativa (ato de vontade). Para ele, a aplicação do direito se daria a partir de uma escolha política, baseada na vontade.

contramétodo. Ela destaca o fato de que quando juristas alegam usar um método que supostamente neutraliza suas concepções morais, eles apenas realizam uma artimanha para evitar o enfretamento sincero dos argumentos apresentados pelas partes. Portanto, como uma postura do intérprete em relação ao ente, a leitura moral da Constituição é adotada por todos aqueles que buscam compreender o sentido das disposições constitucionais.

Dworkin afirma que a leitura moral não é uma abordagem revolucionária em relação à Constituição e aos direitos nela declarados. Na verdade, se trata de um modo de encarar a interpretação constitucional usado diuturnamente nos tribunais e em outras instituições. Argumentos que invocam direitos e que inserem a moralidade política no âmbito da interpretação constitucional são verificados aos montes na história institucional estadunidense. No entanto, é relevante observar que, embora comum, a leitura moral da Constituição não é abertamente defendida por aqueles que a praticam. Isso porque “os críticos da leitura moral da Constituição dizem que essa leitura dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público” (Dworkin, 2019, p. 3).

Como afirmado antecipadamente, alguns padrões normativos, denominados “regras”, seriam mais claros em seus comandos e, portanto, demandariam menor densidade argumentativa moral. Podemos citar como exemplo duas disposições presentes no art. 101 da Constituição Federal. Entre os requisitos para um cidadão se tornar ministro do Supremo Tribunal Federal, há um piso etário de trinta e cinco anos. Essa disposição é suficientemente clara e, a despeito de também exigir interpretação, é uma regra que não requer um apelo direto à moralidade política para sua aplicação em um caso concreto. A moralidade, no entanto, permeia todo o processo interpretativo, uma vez que os princípios morais subjazem às regras e fornecem parâmetros para a sua interpretação.

Por outro lado, os requisitos de “notório saber jurídico” e “reputação ilibada” requerem uma leitura moral direta para que sejam interpretados (ou aplicados). Como se pode perceber, não cabe ao intérprete decidir se utilizará ou não a moralidade política para interpretar a Constituição, uma vez que essa exigência é apresentada pelo próprio texto. Nessas situações, também não se trata de um erro dos constituintes, como se, na tentativa de criar um texto imune à moralidade, eles tivessem falhado. Se houvesse uma disposição política durante a Assembleia Nacional Constituinte para fixar explicitamente o que aqueles cidadãos consideravam como “reputação ilibada”, os constituintes o teriam feito. Por outro lado, se optaram por incluir

disposições textuais que exigem uma atividade interpretativa moral, fizeram isso de forma deliberada, deixando ao intérprete a tarefa de estabelecer o conteúdo objetivo dessas disposições (Dworkin, 2019).

Se a interpretação da Constituição demanda juízos morais e se não há um método que torne possível a neutralização dos pré-juízos dos julgadores, como fugir da discricionariedade? Dito de outro modo: se é inevitável que a Constituição seja lida sob uma perspectiva moral, como se aproximar dela a partir de um horizonte compartilhado de sentidos, em vez de atribuir a ela concepções morais puramente individuais? A resposta para esse questionamento se liga diretamente à introdução dos princípios como padrões decisórios que devem ser aplicados pelos tribunais. A existência desses padrões faz com que, mesmo em casos difíceis, haja uma única resposta correta e não simplesmente respostas distintas justificáveis dentro de um quadro de possibilidades a ser explorado discricionariamente pelo juiz (Dworkin, 2010b). Essa é uma tese inovadora que se insere em uma concepção moral mais ampla que vê o fenômeno jurídico como integridade e, portanto, não pode se satisfazer com teses que aceitam passivamente a discricionariedade. No entanto, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2022, p. 248) nos atenta para o fato de que:

Fundamentalmente, a tese da única resposta correta não trata de afirmar que, semanticamente, qualquer juiz chegaria a uma mesma resposta, nem mesmo a exigência para se chegar, ainda que aproximadamente, a uma solução ideal. A tese da única resposta correta é, sobretudo, uma questão de postura ou atitude, definidas como *interpretativas e autorreflexivas, críticas, construtivas e fraternas*, em face do *Direito como integridade*, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e no exercício da jurisdição por aquele exigida; uma questão que, para Dworkin, não é *metafísica*, mas *moral e jurídica*.

Portanto, a tese da única resposta correta se refere precipuamente a uma postura que os intérpretes devem possuir ao julgar os casos levados ao seu conhecimento. Mesmo que se discorde do resultado da decisão, a ideia de uma teoria do direito centrada nos direitos individuais dos cidadãos implica certos requisitos posicionais¹⁰ que favorecem o empreendimento coletivo que é a construção de uma decisão judicial. Aqui se evidencia de forma mais clara a ruptura que Dworkin representa para a teoria do direito. O autor foge das abordagens positivistas e realistas do fenômeno jurídico, buscando uma justificativa superior para esse conjunto de práticas sociais. Nesse contexto, surge o arquétipo de Hércules, um juiz

¹⁰ Chamo aqui de “requisitos posicionais” as indicações de Dworkin sobre a postura interpretativa exigida dos juízes ao buscar a solução para os casos sob sua análise.

com aptidões técnicas e humanísticas sobre-humanas que personifica a obediência aos requisitos posicionais desenvolvidos por Dworkin para legitimar a prática jurídica (Dworkin, 2010b).

E por meio de Hércules que Dworkin demonstra o esforço envolvido na tomada de decisões judiciais sob uma perspectiva construtiva. No entanto, existem muitos mal-entendidos acerca da função de Hércules na obra de Dworkin, que acabaram por ocultar o verdadeiro significado do arquétipo. A figura de Hércules possui uma função normativa, servindo para auxiliar os juízes reais na identificação de seus próprios erros.¹¹ Nenhum juiz real é ou poderia ser Hércules. Juízes e juristas são falíveis e devem reconhecer isso. No entanto, é necessário que o juiz faça um esforço interpretativo para que prevaleça “a ideia de que o direito só consegue exercer domínio sobre uma comunidade na medida em que os membros dessa comunidade, sejam eles juízes, legisladores ou cidadãos, assumam certas responsabilidades” (Bustamante, 2021, p. 549). Essa tarefa hercúlea não pode ser realizada isoladamente, como na leitura que Michelman (1986) faz do arquétipo dworkiniano, mas, pelo contrário, requer um empreendimento coletivo. É justamente o aspecto coletivo da postura interpretativa de Hércules que será destacado nesta análise.

Buscando afastar as críticas de que Hércules conduziria a uma personificação da jurisdição, toma lugar cimeiro na tese de Dworkin a metáfora do “romance em cadeia”, derivada da aproximação que ele faz entre interpretação jurídica e literária (Dworkin, 2000b). A ideia de romance em cadeia aplicada à decisão judicial chama atenção para o caráter coletivo da interpretação e argumentação jurídica, criando “um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos da moralidade política, que dão sentido a essa história” (Cattoni de Oliveira, 2022, p. 252). Portanto, observa-se que há uma construção coletiva da resposta correta, na qual vários atores contribuem para a consolidação histórica de decisões fundamentadas em princípios de moralidade política. A metáfora do romance em cadeia surge na medida em que

¹¹ Habermas critica veementemente o arquétipo de Hércules por supostamente relegar os direitos da cidadania à consciência individual dos juízes (Habermas, 2003). Para Habermas, Dworkin aposta em um modelo subjetivista de adjudicação que não se adequa às exigências da democracia contemporânea, especialmente o respeito ao pluralismo. No entanto, vale a observação de Lenio Streck, para quem a figura de Hércules deve ser interpretada como uma metáfora que pretende demonstrar certas atitudes do juiz-intérprete no exercício de sua função (Streck, 2011). Pelas razões aqui expostas, uma leitura de Hércules que aposta no solipsismo seria um contrassenso no quadro conceitual de Dworkin.

Dworkin considera o direito como um fenômeno interpretativo que, assim como outras áreas do conhecimento humano, necessitam de um esforço semelhante de interpretação. Por isso, Dworkin considera os cânones jurídico-interpretativos carecedores de plausibilidade, pois desconsideram as discussões de outros campos do conhecimento sobre os problemas gerados pela interpretação: “poderemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura” (Dworkin, 2000b, p. 217).

A compreensão dos enunciados jurídicos não difere muito da compreensão de uma obra literária, uma vez que ambas demandam um esforço analítico semelhante. Faz sentido, portanto, buscar nas teorias literárias os fundamentos das discussões sobre interpretação, pois “na literatura foram defendidas muito mais teorias da interpretação que no Direito, inclusive teorias que contestam a distinção categórica entre descrição e valoração, que debilitou a teoria jurídica” (Dworkin, 2000b, p. 221). Esse enfraquecimento decorre do fato de que os enunciados jurídicos não podem ser interpretados com base em descrições neutras ou meras valorações. São, na verdade, “interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo, porém, diferente de ambas” (Dworkin, 2000b, p. 219).

Nesse contexto, Dworkin busca possibilidades interpretativas que analisam a obra em sua totalidade, não se limitando ao significado de pequenos fragmentos do texto. Aparece, então, o conceito de hipótese estética:

A interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte. Diferentes teorias ou escolas de interpretação discordam quanto a essa hipótese, pois pressupõem teorias normativas significativamente diferentes sobre o que é literatura, para que serve e o que faz uma obra de literatura ser melhor do que a outra (Dworkin, 2000b, p. 222).

Dworkin não pretende, por meio da hipótese estética, sustentar algum tipo de teoria relativista. Isso porque essa espécie de interpretação literária tem como objetivo interpretar a obra em sua melhor luz, sem permitir que o intérprete crie uma obra completamente diferente. Há, portanto, uma distinção entre interpretação e modificação da obra, e a hipótese estética é uma postura interpretativa, jamais criativa (Dworkin, 2000b). É evidente, porém, que essa atividade pressupõe um fundamento normativo. Interpretar a obra literária da melhor maneira possível implica fazer um julgamento sobre o que é a literatura e qual é a sua função na humanidade. Isso levará a divergências sobre diferentes concepções de integridade literária, e

diversas teorias surgirão para lidar com essa questão. No entanto, o compromisso interpretativo de se aproximar da obra literária com o objetivo de apresentá-la da melhor maneira possível não desaparece.

Por outro lado, a ideia de hipótese estética, ao apelar para juízos normativos sobre o que constitui uma boa obra de literatura, pode parecer trivial na medida que parece recorrer ao subjetivismo. Em outras palavras, não haveria “a esperança de resgatar a objetividade na interpretação” (Dworkin, 2000b, p. 227). Mas, para Dworkin, a hipótese estética foge da trivialidade ao rejeitar a distinção por demais propagada entre interpretação enquanto descrição e crítica literária. Por outro lado, a questão da objetividade opera em um nível distinto. Segundo o autor, caso se equipare objetividade com a inexistência de dissensos a respeito da melhor interpretação, de fato, a hipótese estética seria subjetivista, pois “não se pode oferecer nenhum argumento em favor de uma interpretação que seja, com certeza, do agrado de todos” (Dworkin, 2000b, p. 228). Neste ponto, Dworkin se vale da metáfora do “romance em cadeia” para demonstrar que a hipótese estética não se resume a um mero subjetivismo:

Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está escrevendo um capítulo a esse romance, não começando outro e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são ‘realmente’; que motivos os orientam; qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento; até que ponto algum recurso ou figura literária, conscientemente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas (Dworkin, 2000b, p. 235).

Na longa citação acima colacionada, Dworkin demonstra o caráter intersubjetivo da interpretação. Não se trata, portanto, da imposição autoritária das próprias concepções do intérprete a respeito da obra, mas sim de um empreendimento coletivo que tem por objetivo interpretá-la de acordo com a hipótese estética. Os capítulos do exemplo dado por Dworkin não podem ser interpretados como partes bastantes em si mesmas, mas sim como parte de um todo que faz sentido com e através das partes. Portanto, até mesmo os autores do romance em cadeia devem interpretar o sentido da obra que está sendo redigida, pois somente assim será criado um

texto coeso e não uma colcha de retalhos sem um sentido maior. Dworkin afirmará que, de certo modo, as decisões dos casos difíceis se assemelham ao romance em cadeia.

Assim como ocorre na interpretação literária, ao buscar fundamentos para sua decisão, o juiz deve interpretar a história institucional na qual está inserido, e não criar uma nova história que ele considere mais adequada de acordo com seus próprios julgamentos. Ademais, é perceptível que o ambiente institucional pensado por Dworkin possui uma tradição de *common law*. Ele é um sistema no qual os juízes possuem a incumbência de buscar na tradição e na história institucional as razões que sustentam a decisão do caso em estudo. Portanto, primeiramente, a decisão deve ajustar-se à história institucional, assim como faz o romancista em cadeia. Não há, contudo, uma fórmula apta a demonstrar se a interpretação do caso se adequou ou não à história institucional daquele local, uma vez que se trata de uma construção argumentativa. Portanto, o simples respeito à dimensão do ajuste pode gerar interpretações diferentes, pois “dois princípios podem, cada um, encontrar apoio suficiente nas várias decisões do passado para satisfazer qualquer teoria plausível de adequação” (Dworkin, 2000b, p. 241). Dworkin insere, então, outra dimensão da resposta correta: a da justificação política. A decisão deve se inserir argumentativamente no âmbito de uma teoria moral consistente que se verifica nesse horizonte compartilhado de sentidos.

Ao demandar a compatibilização entre as duas dimensões, a interpretação jurídica deixa de ser uma mera pesquisa histórica dos fundamentos decisórios. Se fosse assim, estaríamos criando uma espécie de originalismo reformulado, desta vez ligado aos "intérpretes oficiais", que também impediria o ajuste dos conteúdos jurídicos à sociedade. Há, portanto, um segundo momento interpretativo aberto aos argumentos políticos relacionados ao caso. Ou seja, além da verificação do direito como ele acontece em uma perspectiva histórica, que se satisfaz com a dimensão do ajuste, a interpretação jurídica possui uma dimensão de *dever-ser*, que necessariamente tem um fundamento político e moral. Assim como o intérprete de uma obra literária deve basear-se em uma teoria normativa sobre a função da arte, o intérprete jurídico deve contar com uma teoria normativa sobre o direito. O conteúdo dessa dimensão normativa é profundamente alterado pelas concepções políticas do juiz. Inserido em uma comunidade de princípios, esse juiz, liberal ou conservador, deve buscar a melhor decisão possível com base em princípios que invocam direitos das partes. O juiz, nessas situações, deve argumentar francamente com base em uma estrutura principiológica consistente. Somente assim a decisão

judicial contribuirá para a integração do cidadão à cidadania, de modo que os indivíduos percebam que são governados em uma “comunidade de princípios” em sua melhor acepção (Dworkin, 1986).

3. A distinção entre argumentos de política (*policy*) e de princípios na base da diferenciação entre cortes e parlamentos

A função jurisdicional difere radicalmente entre essas duas teorias e, segundo Dworkin, essa diferença decorre de duas interpretações distintas sobre o Estado de Direito (*rule of law*). Os positivistas baseiam-se em uma noção de Estado de Direito na qual os indivíduos possuem um conjunto limitado de direitos estabelecidos em atos normativos formais (*rulebook conception*). Dessa maneira, situações que não estão contempladas nessas regras são uma questão de discricionariedade por parte do juiz. Por outro lado, Dworkin afirma que sua concepção de Estado de Direito é mais ambiciosa quanto à proteção de direitos individuais (*rights conception*). Segundo essa concepção, o conteúdo substancial do Estado de Direito se liga à proteção dos direitos dos cidadãos e, portanto, esses direitos não se resumem às leis em sentido formal. Mais uma vez, as leis também fazem parte do conjunto de direitos dos indivíduos, mas não se pode negar a existência de direitos morais para além daqueles reconhecidos pelo Estado (Dworkin, 2000b).

O posicionamento do juiz em casos difíceis dependerá, então, da concepção de Estado de Direito adotada. Se houver associação direta entre direitos e regras, se demandará do juiz uma atuação no sentido de criar uma solução jurídica completamente nova, uma vez que ele não pode se abster de decidir um caso levado ao seu conhecimento. De outra banda, se reconhecermos que os direitos dos cidadãos existem independentemente do reconhecimento estatal e, portanto, a cidadania não depende de qualquer espécie de reconhecimento formal de direitos, caberá ao juiz buscar nos precedentes, nos padrões de moralidade política compartilhada e na história institucional a solução para o caso. Trata-se de uma tarefa complexa que, entretanto, se parece mais adequada à concepção constitucional de democracia. No entanto,

a possibilidade de juízes empregarem expressamente juízos de moralidade no julgamento de lides levadas a seu conhecimento parece dar brechas ao “solipsismo judicial”.¹²

Dworkin rebate essas críticas, pois o seu conceito de direito como integridade foi desenvolvido com o objetivo de destacar o fato de que não é possível, em nenhuma situação, que juízes possam decidir livremente. Um dos indicativos da inadequação dessas objeções às teorias dworkinianas é a distinção realizada pelo autor entre argumentos de princípio e argumentos de política (*policy*). Os argumentos de princípio invocam direitos morais dos indivíduos, ao passo que os argumentos de política se referem a decisões relativas ao bem-estar da comunidade e à melhor alocação dos recursos comuns. A diferenciação entre as funções legislativa e jurisdicional depende do tipo de argumento utilizado nas decisões tomadas. Aos parlamentos é defesa a utilização de ambos os padrões argumentativos. Por outro lado, as cortes só podem decidir um caso tendo como fundamento argumentos de princípio, isto é, argumentos que afirmam direitos dos indivíduos. É possível se constatar aqui, assim como em toda a obra de Dworkin, uma preocupação de resultado. A aferição da responsabilidade política dos juízes depende precipuamente do tipo de padrão argumentativo utilizado nas decisões judiciais.

O que fundamenta a distinção entre argumentos de princípio e de política é a existência de duas espécies distintas de decisões políticas: as de preferências sensíveis e as de preferências insensíveis. As primeiras podem ser consideradas corretas na medida em que a maior proporção numérica de cidadãos as apoie. Por outro lado, quando a decisão política envolver questões de preferências insensíveis, o apoio da maioria dos cidadãos é insuficiente para a verificação do acerto da decisão (Dworkin, 2000a). Dworkin afasta, com isso, um antigo argumento em contra a *judicial review*, que sustenta que, em uma democracia, a maioria tem maior probabilidade de acertar ao tomar qualquer tipo de decisão política. Essa afirmação conteria uma meia verdade, pois, para Dworkin, ela só é aplicável se a decisão envolver escolhas sensíveis. No entanto, quando se tratar de escolhas insensíveis, não há elementos que demonstrem a correção da afirmação. Ele afirma, inclusive, que a definição de quais escolhas

¹² “Do latim *solus* (sozinho) e *ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. [...] No plano da interpretação-aplicação do Direito esse fenômeno se dá de forma mais explícita quando o juiz não aceita ser constrangido pela linguagem pública, no interior da qual o Direito se constrói democraticamente (claro, se estivermos falando no âmbito do Estado Democrático de Direito). É nesse sentido que surge a tese de que o juiz pode decidir conforme seu livre convencimento ou sua consciência. E que o juiz pode apreciar livremente a prova” (Streck, 2020, p. 411-413).

podem ser consideradas sensíveis ou insensíveis é, por si só, uma escolha insensível, na qual a vontade da maioria não representa uma maior chance de acerto (Dworkin, 2000a).

Diante dessa distinção, a questão procedimental é de fundamental importância para as escolhas de preferência sensível. Devido à sua natureza, esse tipo de escolha requer a fixação de procedimentos que distribuam, da melhor maneira possível, igualdade de impacto horizontal entre os indivíduos. É possível, então, a fixação prévia de um procedimento que irá propiciar maior chance de acerto conteudístico da decisão. Por não envolver diretamente fundamentos morais, os cidadãos podem escolher livremente de acordo com suas próprias necessidades. Distintamente, quando se trata de escolhas insensíveis, a questão procedimental se torna mais complexa. Isso porque não há, a princípio, um único procedimento capaz de assegurar o acerto em decisões desse tipo. Na verdade, por envolver direitos morais dos indivíduos sob a perspectiva da resposta correta, o que importa é o conteúdo da decisão política tomada. Quando uma comunidade se depara com questões de preferência sensível, a questão é escolher uma entre várias possibilidades políticas legítimas; por outro lado, nas questões de preferência insensível, não há uma diversidade de possibilidades, mas sim uma única resposta correta.

Mesmo assim, Dworkin afirma que alguns arranjos institucionais favorecem a decisão correta em escolhas insensíveis. Se a garantia de igualdade de impacto horizontal não fornece razões suficientes para que se afirme o acerto em decisões que envolvem escolhas insensíveis, Dworkin busca um procedimento distinto que possa, ao menos, aumentar a possibilidade de decisões corretas nessas questões. Mesmo que isso implique em certa desigualdade entre os cidadãos, ele afirma que o controle de constitucionalidade faz parte de um arranjo institucional que aumenta as chances de boas decisões sobre escolhas insensíveis. As objeções à atuação das cortes e tribunais ao reformar decisões políticas anteriormente tomadas se baseia, em grande medida, em uma concepção puramente majoritária de democracia. No entanto, ao adotar uma visão constitucional da democracia, qualquer tipo de objeção desse tipo não faz sentido. As afirmações feitas por Dworkin vão além: ele sustenta que um arranjo que prevê procedimentos antimajoritários, como a revisão judicial, torna mais prováveis decisões acertadas em questões de preferências insensíveis. Em outras palavras, as cortes constitucionais, além de não serem antidemocráticas, fundamentam a própria democracia ao assegurar os direitos morais dos indivíduos.

O relevante, segundo Dworkin, é o ambiente que um arranjo institucional com controle de constitucionalidade propicia. A ideia de “fórum dos princípios” força a inserção da moralidade nos debates políticos em suas mais diversas manifestações. Nesse aspecto, os cidadãos continuam a participar das deliberações, desta vez não diretamente, mas argumentativamente. A abertura das decisões políticas à moralidade, portanto, qualifica as discussões sobre as questões comunitárias (Dworkin, 2000a). Portanto, quando o Poder Judiciário anula ou altera decisões políticas majoritárias que decidem questões insensíveis, ele contribui para a correção daquela decisão e de futuras decisões. O constitucionalismo, com suas restrições antimajoritárias, não apenas não prejudica, mas também contribui para a democracia e para a qualidade das decisões políticas.

Entretanto, apesar de Dworkin reconhecer que determinados arranjos institucionais possam favorecer a adequação da decisão, ele não pode ser considerado um “procedimentalista”. A construção da tese do “fórum dos princípios” tem todo o seu argumento voltado para o resultado. Embora o arranjo institucional seja capaz de favorecer decisões corretas do ponto de vista de uma teoria moral consistente, não há garantia de que essas decisões ocorrerão efetivamente. Nenhum arranjo institucional, para Dworkin, anula a possibilidade de erros. No caso das cortes, quando anulam atos normativos tendo como fundamento questões de escolha sensível, elas estarão atuando de modo contrário à concepção constitucional de democracia, incorrendo naquilo que se denomina “ativismo judicial” (Tassinari, 2013). Não há nenhuma garantia de que a previsão institucional do controle de constitucionalidade irá efetivamente proporcionar a proteção dos direitos da cidadania. Tampouco que a sua inexistência favorecerá a democracia. Trata-se de um diagnóstico no sentido de que, potencialmente, um arranjo institucional que prevê a prática da *judicial review* tende a gerar decisões moralmente mais consistentes se comparado a realidades políticas que não possuem o instituto.

Uma vez que os indivíduos possuem direitos morais que prescindem de prévio reconhecimento formal por parte das instituições representativas, as cortes podem anular atos normativos sempre que os argumentos políticos suprimirem direitos individuais. Esses direitos, decorrentes do ideal de integridade e do requisito de tratar dos cidadãos com igual respeito e consideração, têm preferência em relação a qualquer espécie de deliberação política majoritária, uma vez que são superiores a essas escolhas. Dworkin dá o exemplo da escolha sobre a

destinação de recursos públicos para a construção de um estádio, de um parque ou de uma estrada. Nesses casos, um procedimento puramente majoritário é suficiente para a verificação das preferências da comunidade, uma vez que todas as opções envolvidas são legítimas e não envolvem diretamente questões morais. Por outro lado, a discussão sobre a relação entre pena capital e direito à vida depende de um tipo de argumentação moral que não se contenta com a mera contagem de cabeças (Dworkin, 2000a). Lidos nesse sentido, os direitos seriam “trunfos contra a maioria” e imporiam limites à vontade da maioria. É evidente que esses trunfos não podem ser arguidos quando os direitos da cidadania forem previamente respeitados, hipótese em que a decisão dos órgãos majoritários deve ser mantida (Dworkin, 2010b).

A ideia de direitos como trunfos contra a maioria criaria algum tipo de desconforto democrático apenas na hipótese da adoção de uma concepção de democracia baseada na ação coletiva estatística. Nesse caso, a *judicial review*, mesmo quando a decisão puder ser considerada correta, limita a possibilidade de autogoverno dos cidadãos. Mas essa não é a concepção adotada por Dworkin. O respeito aos direitos morais dos indivíduos por parte dos órgãos majoritários é parte fundamental da construção de um senso de filiação moral do indivíduo à comunidade. Tratar todos os cidadãos com respeito e dignidade é pressuposto fundamental para que uma decisão política possa ser defendida moralmente. Justamente por isso, no arranjo institucional dworkiniano (se é que ele existe), as cortes são o “fórum dos princípios” (Dworkin, 2000b). Elas são o último bastião dos direitos individuais e, quando atuam na defesa desses direitos, estão contribuindo para a criação de uma verdadeira democracia no sentido constitucional. É evidente, por outro lado, que há limites para a atuação das cortes. As decisões majoritárias devem ser mantidas sempre que se respeitarem os direitos da cidadania, não podendo ser anuladas pelo Poder Judiciário com base em argumentos de política. Se isso ocorrer, a decisão judicial irá carecer de legitimidade.

Conclusão

Com o supramencionado deslocamento das instâncias concretizadoras por meio da inserção do Poder Judiciário no ciclo deliberativo constitucional, uma nova função é acrescida às competências jurisdicionais. Com essa nova possibilidade de atuação, a questão interpretativa assume centralidade. Se há um ambicioso projeto constitucional que se propõe a

transformar a realidade social com o auxílio do Poder Judiciário, a atuação desse poder não pode ocorrer livremente. Dito de outro modo, o Poder Judiciário deve proferir decisões constitucionalmente adequadas para contribuir com o processo de concreção da Constituição Federal. Nesse sentido, posturas denominadas “ativistas”, ou seja, decisões que não se adequam à estrutura constitucional, são um óbice à realização dos desideratos constitucionais. A discricionariedade judicial não se adequa às novas funções do Poder Judiciário, que não se justificam sob um paradigma decisório que confere aos julgadores a possibilidade de decidirem conforme as suas concepções particulares (solipsismo). Confiar à jurisdição uma função tão relevante para a vida política do país pressupõe que as decisões judiciais sejam um ato de concretização da Constituição.

No entanto, não há qualquer método pré-fixado que garanta que os juízes, no julgamento de casos levados ao seu conhecimento, decidam de maneira constitucionalmente adequada. Vale dizer, não há um método que garanta o acerto da decisão em todos os casos, principalmente quando se trata dos chamados “casos difíceis”. Portanto, a teoria do direito e a teoria constitucional devem fornecer balizas teóricas que forneçam indícios ou requisitos posicionais que auxiliem o intérprete na árdua tarefa de compreender a tradição na qual está inserido. O Estado Democrático de Direito requer uma teoria da decisão judicial comprometida com a concreção da Constituição Federal. O direito como integridade compele o juiz brasileiro a um inegociável compromisso com o Estado Democrático de Direito e com as condições da sua realização.

Dworkin, com as teses aqui expostas, fornece alguns indícios que podem auxiliar os teóricos da constituição e juízes. Ao desenvolver a tese dos princípios com o objetivo de afastar a discricionariedade judicial, Dworkin demonstra uma preocupação semelhante com a que possuímos. Os cidadãos brasileiros não podem, sob o paradigma atual, se contentar com decisões que não os tratem com igual consideração e respeito e, portanto, como sujeitos portadores de direitos que não estão à disposição dos juízes. A estes cabe enfrentar, de modo transparente, os argumentos das partes na busca da resposta correta (no Brasil, resposta constitucionalmente adequada). Os princípios, portanto, não são uma abertura interpretativa, como querem alguns autores brasileiros,¹³ mas uma possibilidade de fechamento interpretativo a partir de uma construção coletiva (romance em cadeia).

¹³ Por todos, ver: (Barroso, 2017).

Além disso, ao redefinir as fronteiras entre direito e moral, demonstrando a inevitabilidade da utilização de conceitos morais para a interpretação das disposições constitucionais, Dworkin também demonstra um afastamento em relação à possibilidade de decisionismos. Uma vez que admitimos que os juízos morais são imprescindíveis para a interpretação constitucional e que isso não é um mero acidente linguístico, surge a necessidade de que esses juízos sejam discutidos para que a interpretação seja realizada com base em uma moral compartilhada, de modo a não depender dos juízos particulares deste ou daquele juiz. Nesse contexto, o constrangimento epistemológico (Streck, 2020) desempenha papel fundamental. A academia possui a função de denunciar casuísmos e ativismos que comprometam o processo de concretização da Constituição Federal. A dimensão do ajuste proposta por Dworkin é, no Brasil, condicionada pela Constituição Federal. Toda e qualquer interpretação do direito deve ocorrer sob a luz da Constituição. A nosso ver, essa é a única maneira de evoluirmos no processo de redução das desigualdades e estabilização democrática iniciado em 05 de outubro de 1988.

Referências bibliográficas

ARRETCHE, Marta. Democracia e redução da desigualdade econômica no Brasil: a inclusão dos outsiders. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 33, n. 96, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões Constitucionais de 1988? *Rev. Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 03, p. 1769-1811, 2019.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2022.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010a.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, 1990.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010b.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. *The Sovereign Virtue*. Cambridge: Harvard University Press, 2000a.

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

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

LINDAHL, Hans. *A autoridade e a globalização da inclusão e exclusão*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

MICHELMAN, Frank. Justification and the justifiability of law in a contradictory world. In: PENNOCK, J. R.; CHAPMAN, J. W. *Nomos XXVIII*. Justification. Nova Iorque: New York University Press, 1986.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal*, v. 81, n. 5, p. 823-854, 1972.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *The Social Science Research Network Eletronic Paper Collection*, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: cinquenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Submetido em 25.03.2025

Aceito em 20.05.2025