

ATIVISMO OU PASSIVISMO JUDICIAL? O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JURÍDICAS EM RONALD DWORKIN*

*Rafael Simioni***

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Princípios e regras; 3 Princípios morais e políticas públicas; 4 Identificação dos princípios; 5 Hard cases e a força dos argumentos de princípio; 6 Argumentos de princípio e argumentos de política; 7 O problema da legitimidade democrática da decisão jurídica; 8 Conclusões; Referências.

RESUMO: Esse artigo objetiva explicitar e discutir a distinção traçada por Ronald Dworkin entre regras (rules), princípios (principles) e políticas públicas (policies). Dentre os vários estímulos pós-positivistas dessa concepção hermenêutica substancialista de direito, a distinção de Dworkin entre regras, princípios e política públicas permite entender de modo mais adequado como a prática interpretativa das decisões jurídicas articula argumentos de princípio e argumentos de política, colocando sob uma nova luz os problemas do ativismo e da legitimidade democrática das decisões jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: princípios. políticas públicas. decisão jurídica. ativismo judicial. Ronald Dworkin.

ABSTRACT: This paper aims at making explicit and discussing the distinction drawn by Ronald Dworkin between rules, principles and political policies. Among the several post-positivist stimuli of this substantialist and hermeneutic conception of law, Dworkin's distinction of rules, principles and political policies provides a more adequate way of understanding how legal interpretations articulate principle arguments and policy arguments, bringing new light to the issue of activism and democratic legitimacy in legal decisions.

KEY-WORDS: principles. political policies. legal decisions. judicial activism. Ronald Dworkin.

1 INTRODUÇÃO

Depois dos neopositivismos de Hans Kelsen e Hart, baseados na análise lingüística do direito, o atual e assim chamado “pós-positivismo jurídico” se divide entre duas grandes perspectivas teóricas. De um lado, tem-se a linha procedimentalista, que parte da convicção de que em uma sociedade pós-metafísica não há mais valores éticos ou princípios morais capazes de universalização em uma perspectiva substancial. De outro lado, tem-se a linha substancialista, que sustenta não só a possibilidade, mas a necessidade de se fundamentar adequadamente a existência de princípios morais e valores éticos substanciais.

Na linha procedimentalista nós podemos encontrar pensadores do quilate de Robert Alexy, Klaus Gunther, Jürgen Habermas, dentre outros. E na linha substancialista podem ser encontrados pensadores igualmente importantes do direito, como Ronald Dworkin, Castanheira Neves, Lenio Streck e todos aqueles reunidos sob a perspectiva da hermenêutica filosófica. E não se pode deixar de mencionar também as linhas institucionalistas (MACCORMICK, 1986; 2007) e pragmatistas (POSNER, 2003; 2008), que existem no direito norte-americano e que começaram a despertar, nos últimos tempos, um interesse maior no âmbito do neo-constitucionalismo brasileiro.

* Pesquisa realizada no âmbito do Projeto Decisão Jurídica e Democracia (PPGD/FDSM), com o apoio do CNPq.

** Doutor em Direito, Professor do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas, pesquisador líder do Grupo de Pesquisa Tertium Datur (PPGD/FDSM), bolsista da Capes em Estágio Pós-Doutoral na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Naturalmente, existem sérias divergências dentro de cada perspectiva teórica do direito. As críticas de Habermas a Alexy são ilustrativas, como também o são as críticas de Castanheira Neves a Dworkin. Há muito trabalho ainda a ser feito e desafios importantes a serem superados. De qualquer modo, um dos estímulos mais importantes dessa linha substancialista, sem dúvida, foi dado por Ronald Dworkin, um dos principais representantes daquilo que hoje se convencionou chamar de pós-positivismo jurídico, quer dizer, uma perspectiva teórica que procura resgatar os princípios morais e os valores éticos para dentro da racionalidade do direito.

Dentre as várias e profundas transformações da concepção de direito promovidas pelo substancialismo hermenêutico de Dworkin, nesta pesquisa nós pretendemos explicitar e discutir uma distinção fundamental da teoria de Dworkin, que é a distinção entre regras, princípios e políticas públicas.

Essa distinção é importante não apenas porque ela aponta para uma possível superação hermenêutica do problema das colisões de preceitos fundamentais, mas também porque ela permite um certo nível de equilíbrio na tensão entre constitucionalismo e democracia. Afinal, na medida em que as decisões jurídicas começam a interferir na definição democrática de políticas públicas, a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas torna-se um problema.

Esse problema tangencia, também, a questão da alternativa entre ativismo ou passivismo judicial, já que a decisão jurídica que decide sobre políticas públicas ou que decide orientada às conseqüências políticas, econômicas etc. dos seus possíveis efeitos, torna-se uma decisão jurídica estratégica, instrumental, pragmatista, típica das decisões políticas. E como tal, logo surge a questão da legitimidade democrática de uma decisão jurídica que invade a esfera do político.

No que segue, pretende-se explicitar a diferença traçada por Dworkin entre regras, princípios e políticas públicas, para demonstrar o critério indicado para a identificação dos princípios, o modo por meio do qual os argumentos de princípio são articulados nas decisões jurídicas e, por fim, o encaminhamento dado por Dworkin ao problema da legitimidade democrática das decisões jurídicas.

2 PRINCÍPIOS E REGRAS

Até Kelsen (2003) e Hart (1997), falava-se em normas jurídicas e princípios gerais do direito. Havia normas jurídicas que eram princípios – como os direitos fundamentais – e normas jurídicas que não eram princípios. Mas todo o direito positivo era norma jurídica (Raz, 2009). Os princípios gerais do direito eram utilizados apenas como técnica de integração das lacunas. Eram apenas cartas na manga ou trunfos utilizados para justificar uma resposta do direito diante de lacunas normativas. Nunca se admitiu uma leitura moral das normas jurídicas, porque o direito era uma questão lingüística, uma questão empírica de existência ou não de textos jurídicos.

Talvez a partir da distinção de Esser entre normas jurídicas e princípios jurídicos, Dworkin estabelece uma distinção importante entre regras (rules), princípios (principles) e políticas públicas (policies), que inclusive influenciou bastante as teorias procedimentalistas, especialmente a de Robert Alexy (1993) – que também traça uma distinção entre princípios e regras, mas de um modo radicalmente diferente de Dworkin.

Essa distinção de Dworkin é tão importante que hoje nem mais se fala em norma jurídica. Apenas se fala em regras e princípios. Mas ao contrário de Castanheira Neves, Alexy e outros, em Dworkin os princípios não são espécies do gênero norma. Os princípios são questões de fundamento e eles não precisam estar necessariamente positivados em leis – ou em precedentes, para o caso do common law.

Dworkin observa que na prática das decisões judiciais, e especialmente nos casos difíceis, os juízes recorrem a regras que não fazem parte do direito positivo. Especialmente nos casos onde não há uma solução fácil no direito positivo, as decisões jurídicas muitas vezes recorrem a padrões normativos exteriores ao direito positivo. E geralmente esses padrões exteriores ao direito positivo são princípios morais e objetivos políticos, além de outros padrões não tão recorrentes (DWORKIN, 1978, p. 22).

Depois da teoria pura do direito de Kelsen, esses padrões morais, políticos, religiosos etc. foram afastados do direito como questões de política jurídica, não de proposições científicas sobre o direito. Mas apesar desses padrões ficarem de fora da teoria pura do direito de Kelsen como questões exteriores ao direito, esses padrões são, de fato, utilizados na prática das decisões jurídicas, especialmente na prática das decisões sobre casos difíceis, casos que não têm uma resposta simples do direito positivo (BREYER, 2006, p. 3).

Para poder trabalhar esses padrões, tradicionalmente externos ao direito, em uma teoria jurídica mais abrangente e conseqüente, Dworkin vai traçar a distinção entre regras jurídicas e princípios.

As regras são as normas jurídicas do direito positivo, isto é, as normas jurídicas escritas, que impõem direitos e obrigações (DWORKIN, 1978, p. 24) – ou em termos de lógica modal, aquelas normas jurídicas que obrigam, proíbem ou facultam algo. A aplicação das regras é uma questão de tudo ou nada. Ou a regra é válida ou ela não é. Não há meio termo, não há graduação. A regra ou se aplica ou não se aplica, é válida ou não é, é cumprida ou é descumprida. Uma regra não aceita medidas ou graus de cumprimento. Ou se observa totalmente a regra, ou se a viola. Um exemplo de regra é aquela norma que define o limite de velocidade nas estradas. Ou está dentro ou está fora do limite. Não há meio termo.

Problemas de colisão entre regras se resolvem mediante a criação de exceções ou mediante critérios que permitam decidir qual das regras é inválida – como as regras de aplicação da lei no tempo e no espaço. E o próprio direito positivo pode criar também regras que criam exceções à aplicação de outras regras mais gerais, por exemplo prevendo circunstâncias especiais que diferenciam o caso de aplicação da regra geral e o caso de aplicação da regra de exceção. De modo que um enunciado correto da regra, quer dizer, uma interpretação correta da regra, tem que levar em consideração não apenas a regra, mas também todas as exceções, quer dizer, todas as demais regras que formam o instituto jurídico em questão. E para isso, as teorias jurídicas criaram os tradicionais métodos de interpretação jurídica, em especial a interpretação conhecida como sistemática.

Já os princípios são todos os demais padrões de moralidade transcendentais ao direito positivo, isto é, são todos aqueles padrões morais e políticos que as decisões jurídicas recorrem para decidir os casos que não são suficientemente solucionados pelas regras do direito positivo (DWORKIN, 1978, p. 22). Os princípios são todos os demais padrões normativos que não são regras, que estão para além do direito positivo.

Princípios são muito diferentes das regras em vários aspectos. Princípios não estabelecem as condições prévias de sua aplicação, tal como fazem as regras. E por isso os princípios não são questões de tudo ou nada. O seu cumprimento não é uma questão de correção, mas de adequação, de coerência. Os princípios não são válidos ou inválidos, mas sim questões de peso, de importância, questões de fundamento, de justificação adequada. Princípios prevalecem ou não prevalecem.

Para Dworkin, os princípios enunciam razões que conduzem a interpretação e a argumentação jurídica para uma certa direção. Não são questões de certo e errado, validade ou invalidade. São convicções que justificam o encaminhamento da solução

para uma direção e não outra. Os princípios são questões de peso na justificação de uma decisão jurídica, que se revelam na forma de razões que inclinam a decisão para uma ou outra decisão (Dworkin, 1978, p. 26). Princípios não são regras contrafáticas, são pontos de vista para uma interpretação adequada dessas regras. Os princípios conferem uma posição especial que justifica a interpretação adequada do direito.

Geralmente, quando uma regra utiliza palavras abertas ou conceitos discricionários como “razoável”, “injusto”, “significativo”, “função social”, “boa fé” etc., isso faz com que a sua aplicação convide ao uso de argumentos de princípio. Os princípios são, assim, convicções que vão além das regras jurídicas. E por isso os princípios vão ser importantes, não apenas para a aplicação de regras “abertas”, mas também para a interpretação de todas as regras do direito, inclusive daquelas consideradas “fechadas”. Pois mais do que trunfos ou cartas na manga para casos difíceis no nível das regras, os princípios constituem os fundamentos para a justificação adequada de qualquer decisão jurídica.

3 PRINCÍPIOS MORAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Os princípios abrangem tanto os princípios morais quanto os objetivos políticos do governo. Assim, dentro do gênero princípios, Dworkin observa inicialmente que existem duas espécies muito importantes na prática das decisões judiciais e que são bastante recorrentes nas decisões sobre casos difíceis: o uso de argumentos baseados em princípios morais e o uso de argumentos baseados na conformidade da decisão com os objetivos das políticas públicas do governo – que Dworkin (1978, p. 22) chama de *policies*.

Os objetivos políticos do governo (*policies*), na linguagem do direito e da política brasileira, podem ser simplesmente identificados sob o nome de políticas públicas, tais como as políticas econômicas, as políticas afirmativas, as políticas ambientais, as políticas de segurança pública, de desenvolvimento agrário etc. Esses objetivos políticos não são regras jurídicas, mas são padrões que, de fato, as decisões judiciais utilizam para justificar suas conclusões.

E ao lado dos argumentos baseados nos objetivos das políticas públicas, Dworkin observa também o uso de princípios morais, tais como as exigências de justiça e equidade. Esses princípios vão desempenhar um papel muito importante para a concepção de direito como integridade (DWORKIN, 1986, p. 165). Pois os princípios morais constituem os fundamentos que permitem uma decisão adequada e justificada em favor de uma solução jurídica. Os princípios morais são convicções que permitem inclusive explicar uma conduta.

Essa distinção entre princípios morais e políticas públicas então se torna importante. Porque nós podemos interpretar uma lei e ver ela tanto como expressão de um princípio moral, quanto como expressão de uma política pública (Dworkin, 1978, p. 23). Essa decisão depende uma atitude fundamental do intérprete entre, por um lado, considerar o direito de modo instrumental-estratégico, como um instrumento da política do governo para o bem estar geral e ajustar a interpretação a essas políticas públicas ou, de outro, considerar o direito em sua integridade e coerência com princípios de moralidade política, para ajustar a interpretação do direito àquilo que revela o seu melhor valor, a sua maior virtude.

A importância da distinção, no campo dos princípios, entre princípios morais e políticas públicas, está no fato de que pode haver colisão entre eles. Uma determinada política pública do governo, que poderia em tese ser um argumento de peso para decidir um caso difícil, pode contrariar convicções morais importantes da comunidade. As

políticas afirmativas de cotas raciais é um excelente exemplo da dificuldade que uma decisão jurídica pode sofrer se pretender encontrar uma coerência entre os objetivos das políticas públicas de cotas raciais do governo e as convicções morais da comunidade como um todo. Dworkin vai propor uma solução para essa exigência de coerência, que não podemos discutir aqui. Agora é importante ter presente a distinção entre princípios morais e políticas públicas.

Os princípios, contudo, não estão acima das regras, não estão acima, mais além ou mais a priori do direito positivo. Mas nem estão abaixo, como se fossem apenas suplementos argumentativos utilizados pela decisão quando não há uma solução fácil para o caso. Não há nenhuma relação hierárquica entre princípios e regras. Os princípios estão em outro nível, outra dimensão, que é dimensão hermenêutica, a dimensão da prática da interpretação. Os princípios estão nas convicções que guiam a interpretação das regras na direção do melhor direito possível para o caso.

E o uso desses princípios também não pode ser discricionário, quer dizer, os princípios não podem ser entendidos como meras convicções pessoais do decisor a respeito do que seria um ideal de justiça para o caso, tampouco podem ser entendidos como opiniões subjetivas ativistas sobre políticas públicas do governo. A construção de Dworkin, nesse aspecto, vai ser bastante refinada e exigente em termos de coerência e integridade.

E ela parte de uma constatação fundamental: se quisermos ir além do positivismo e tratar também os princípios como direito, devemos renunciar à armadilha semântica do positivismo jurídico. Pois em nome da segurança lingüística, o positivismo exclui os princípios translegais de seu âmbito de interpretação ou os inclui apenas na forma da discricionariedade da decisão jurídica. Para o positivismo, só é direito o direito criado em conformidade com seus próprios procedimentos de criação válida. Para Dworkin, o direito é uma atitude interpretativa que, inevitavelmente, faz aflorar todas as convicções de moral pessoal do julgador e que exige o confronto dessas convicções pessoais com convicções mais superiores, que são os princípios de moralidade política da comunidade. Mais superiores não em termos de hierarquia em um ordenamento jurídico positivo, mas sim superiores em termos hermenêuticos, quer dizer, superiores em termos de peso na interpretação do direito.

A introdução das questões de princípio no âmbito do direito transforma o próprio sentido do dever jurídico. Ao invés de um dever baseado convenções políticas do passado – leis, constituições, precedentes jurisprudenciais – que o direito mesmo dota de validade positiva, o dever jurídico passa a encontrar a sua justificação em convicções de moral política, que são mais fortes do que as convicções contra a existência desse dever (DWORKIN, 1978, p. 44).

O sentido do direito passa então a ser uma questão de princípios, uma questão de interpretação coerente de princípios, e não mais uma simples questão semântica de subsunção e aplicação de regras. Dworkin substitui assim a concepção positivista das análises lingüísticas do direito por uma concepção hermenêutica, que quer ver o direito como uma atitude interpretativa decente, baseada não apenas nos textos jurídicos, mas também em convicções morais importantes e coerentes tanto com a história jurídica do passado, quanto com o projeto político do futuro da comunidade. Trata-se, em síntese, de uma proposta de leitura moral do direito.

4 IDENTIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Tradicionalmente, as teorias do direito indicam vários critérios diferentes para o reconhecimento de princípios. As teorias positivistas identificam os princípios nos

textos legais que afirmam princípios normativamente, como é caso dos direitos fundamentais positivados. Outras teorias positivistas identificam os princípios naquelas normas mais genéricas, que prescrevem atos inespecíficos. Assim, as regras seriam aquelas normas jurídicas que prescrevem atos específicos, enquanto que os princípios seriam aquelas normas jurídicas que prescrevem atos mais genéricos, mais inespecíficos.

Para Dworkin, contudo, a identificação dos princípios segue um outro critério. “Saber se um princípio é um princípio da comunidade nesse sentido é uma questão de argumentação” (DWORKIN, 1978, p. 79, trad. livre). Não é uma questão de relatório ou de textos legais. Tampouco é uma questão metodológica de teste de pedigree de princípios (DWORKIN, 1978, p. 347), como era o teste de validade de uma norma a partir da regra de reconhecimento de Hart (1997, p. 100), da *rule of recognition*. Pelo contrário, a questão dos princípios sempre é uma questão de peso na argumentação. Não é uma questão de hábito (Austin), nem de reconhecimento, tampouco de status dentro da idéia de um sistema hierárquico de regras jurídicas, nem mesmo uma questão de pedigree moral segundo qualquer teoria política. Os princípios não são apenas normas no sentido positivista de regras que ordenam, proíbem ou facultam algo. Os princípios são justificações, são a base para as instituições e leis da comunidade. São os padrões de moralidade política da comunidade que justificam nossas práticas.

Se há um teste de pedigree capaz de identificar um princípio como um princípio de moralidade política, então esse teste deve ser realizado segundo a capacidade do princípio em propiciar uma justificação mais adequada e melhor justificada da interpretação do direito. E isso pressupõe não qualquer teoria política, mas uma teoria da moralidade política convincente, capaz de colocar a interpretação jurídica sob sua melhor luz, capaz de revelar, do melhor modo possível, a virtude do direito.

A identificação dos princípios, portanto, só pode ser realizada argumentativamente. Mas não no sentido das teorias procedimentalistas da argumentação. E sim no sentido de que os princípios são aqueles fundamentos, são aquelas “razões de ser” das regras, que melhor justificam as nossas práticas. Os princípios são aquelas pré-suposições, aquelas pré-concepções, que nós utilizamos para justificar a interpretação de uma regra como a melhor interpretação possível para os casos. Os princípios são aquelas convicções de moralidade política mais profundas, mais intuitivas, mais originais e autênticas, que justificam uma determinada interpretação do direito como a melhor interpretação possível.

E não se tratam de convicções morais subjetivas, pois há uma diferença importante entre moralidade pessoal e moralidade política, quer dizer, entre aquilo que nós individualmente consideramos correto e aquilo que é correto para a comunidade como um todo. A questão dos princípios é uma questão de moralidade objetiva (DWORKIN, 2000, p. 173). A moral não é apenas um sentimento de justiça ou uma emoção humana. O fato da escravidão ser injusta é um bom exemplo de que a escravidão é injusta por princípio. As questões de aborto e eutanásia também são bons exemplos de questões de princípio, porque apesar das prováveis divergências que esses dois temas suscitam, nenhum jurista sensato discorda que “a vida humana, em qualquer forma, tem um valor sagrado, inerente, e quaisquer de nossas escolhas sobre o nascimento ou a morte devem ser feitas, na medida do possível, de modo que seja respeitado, e não degradado, esse profundo valor” (DWORKIN, 2009, p. VII). Além disso, a própria questão de se os julgamentos morais podem ser objetivos já é uma questão de moralidade objetiva.

5 HARD CASES E A FORÇA DOS ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO

Casos difíceis são aqueles casos que, do ponto de vista das teorias do positivismo jurídico, não podem ser submetidos a uma regra clara de direito (Dworkin, 1978, p. 81). São aqueles casos que, do ponto de vista do positivismo jurídico, admitem duas ou mais respostas igualmente justificáveis nos textos legais.

Para esses casos, as teorias positivistas do direito afirmam que não há uma única resposta correta do direito. E como não há uma única resposta correta, então a decisão jurídica precisa escolher uma dentre as várias soluções jurídicas possíveis. E assim as teorias positivistas justificam essa escolha como um ato discricionário do juiz. Quando há duas ou mais respostas igualmente corretas do ponto de vista do positivismo jurídico, a decisão jurídica poderia escolher entre uma dessas e essa escolha estaria justificada em um poder discricionário.

Entretanto, essa justificativa da discricionariedade da decisão jurídica representa um problema grave para o direito. Pois a decisão que cria direito discricionariamente afirma uma contradição insustentável: a decisão afirma que havia um direito pré-existente da parte que ganhou a ação e, ao mesmo tempo, cria direito novo. Em outras palavras, a decisão jurídica reconhece o direito de uma das partes como um direito pré-existente nos textos legais, mas justifica esse reconhecimento na forma de um ato discricionário do juiz. E isso significa que a decisão cria direito novo e o aplica retroativamente.

Dworkin pretende demonstrar que, mesmo nos casos difíceis, sempre há uma resposta correta do direito. E o juiz continua tendo o dever de descobrir quais são os direitos das partes e não inventar novos direitos para aplicá-los retroativamente. Claro que não há um procedimento ou uma metodologia mecânica para se encontrar a resposta correta do direito para os casos difíceis. Mas Dworkin vai demonstrar que, apesar das divergências jurídicas que um caso difícil pode levantar, apesar das discussões e dissensos que uma questão difícil pode suscitar, isso não significa que a resposta correta do direito seja impossível de ser demonstrada (DWORKIN, 1978, p. 279).

Naturalmente, no âmbito do positivismo jurídico, não é possível demonstrar que existem respostas corretas. Porque o positivismo vê o direito como uma questão semântica que pergunta se um caso concreto se encaixa ou não se encaixa na descrição contida nos textos jurídicos. Logo, para o positivismo, uma descrição jurídica mais vaga, que exige uma interpretação construtiva, sempre aparecerá como uma moldura dentro da qual a decisão jurídica pode ser discricionária (KELSEN, 2003, p. 393). Sempre aparecerá como uma imprecisão lingüística que autoriza várias respostas igualmente corretas. Mas igualmente corretas apenas do ponto de vista do positivismo jurídico. Porque se nós sairmos do positivismo e assumirmos a prática jurídica como uma prática de interpretação construtiva do direito, então uma nova luz a respeito da resposta correta do direito poderá ser lançada.

Afinal, o princípio do direito é um ideal mais nobre do que o dos textos jurídicos. E por isso “aspiramos que uma decisão judicial seja uma questão de princípio” (DWORKIN, 2000, p. 131, trad. livre). Claro que, com frequência, os juízes apresentam argumentos de princípio equivocados. Mas mesmo com as tentativas frustradas, o direito sempre sai ganhando. Pois mesmo que os direitos e obrigações que os cidadãos têm não sejam claros, pelo menos eles são encorajados a supor que todos têm direitos e obrigações, que merecem ser reconhecidos pelos tribunais.

6 ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO E ARGUMENTOS DE POLÍTICA

Na tradição do positivismo jurídico, as teorias da decisão jurídica sempre recomendam que a interpretação, a argumentação e a decisão jurídica sejam realizadas à sombra da legislação. Quer dizer, a decisão jurídica não pode se afastar do direito positivo. Desde Montesquieu se tem a concepção de que a decisão jurídica deve aplicar o direito e não criá-lo. E mesmo nos casos difíceis, onde não há uma solução jurídica clara do direito, a decisão deve adotar uma atitude discricionária para criar o direito dentro da “moldura” – na conhecida expressão de Kelsen – do ordenamento jurídico como um todo.

Mas além dessa subordinação da decisão jurídica à legislação, há também um outro nível de subordinação que tem se tornado cada vez mais importante na prática das decisões jurídicas sobre casos difíceis: a subordinação a princípios que justificam as práticas da decisão jurídica (DWORKIN, 1978, p. 82). Isso acontece porque, como Kelsen já havia observado, a escolha de uma dentre as várias respostas possíveis do direito, é uma escolha política. E por isso, a justificação da decisão jurídica, nesses casos difíceis, deve apresentar-se subordinada não só ao ordenamento jurídico como um todo, mas também deve apresentar-se subordinada a convicções políticas da comunidade. Deve apresentar-se subordinada a convicções de princípios.

Como acima observado, Dworkin traça uma distinção entre regras e princípios, sendo que os princípios podem ser didaticamente subdivididos em princípios morais e políticas públicas. Agora se torna importante observar como a decisão jurídica utiliza esses princípios morais e essas políticas públicas como formas de argumentação jurídica, como formas de justificação de convicções políticas mais profundas para justificar a escolha da resposta do direito para os casos difíceis.

Para Dworkin (1978, p. 82), “Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole”. Em outras palavras, os argumentos de política, quer dizer, os argumentos baseados na orientação às políticas públicas do governo, produzem fortes convicções para a justificação de uma decisão jurídica. Isso porque esses argumentos procuram demonstrar que a decisão jurídica fomenta, protege ou está em conformidade com os objetivos políticos da comunidade como um todo. Esse tipo de argumentação utiliza uma política pública do governo como justificação da decisão jurídica. Se o governo, por exemplo, traça como uma política pública importante o estímulo às exportações e à redução das importações, então a decisão jurídica pode usar esse valor como justificativa para decidir casos difíceis sobre contratos de leasing internacional. Ou se o governo institui uma política pública afirmativa de inclusão escolar de crianças, essa política pode ser utilizada como um forte argumento para uma decisão jurídica proibir o trabalho de crianças e adolescentes na agricultura familiar em horário incompatível com o horário escolar ou para obrigar uma alocação adequada do tempo etc.

Já os argumentos de princípio, que são argumentos baseados em convicções morais da comunidade, também produzem fortes convicções para a justificação de uma decisão jurídica. Mas diferentemente dos argumentos de política, os argumentos de princípio procuram demonstrar que a decisão jurídica respeita ou garante direitos individuais ou coletivos. Para Dworkin (1978, p. 82), “Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right”. Argumentos de princípios são aqueles que, por exemplo, afirmam direitos à igualdade de consideração e respeito de indivíduos ou grupos minoritários diante dos direitos de grupos majoritários; ou que afirmam direitos à não-discriminação. Enquanto um argumento de política pode justificar subsídios para estimular o desenvolvimento de

um determinado setor da economia, os argumentos de princípio procuram justificar a igualdade de tratamento quando não há motivos morais para discriminações.

Os argumentos de princípio procuram justificar que alguém ou um grupo de pessoas tem um direito por uma questão de princípio. São argumentos insensíveis à escolha, porque mesmo quando uma maioria democrática decida contra argumentos de princípio, os princípios devem prevalecer, como por exemplo, nos casos de pena de morte (DWORKIN, 2002, p. 204). Enquanto que os argumentos de política procuram justificar que alguém ou um grupo de pessoas, apesar de não ter um direito, devem ser beneficiados pela concessão do direito porque se trata de um objetivo político pretendido pelo governo. São, portanto, argumentos sensíveis à escolha democrática, pois essas questões de políticas públicas são questões que dependem da escolha de preferências feitas pela comunidade política.

Trata-se de uma distinção importante. Porque uma coisa é argumentar justificando que alguém deve ter um direito, porque se trata de um objetivo político do governo ou da comunidade política democrática. Outra coisa é argumentar que alguém tem um direito, porque se trata de uma questão de princípio, quer dizer, porque se trata de uma questão de moralidade política. Para Dworkin (1978, p. 338), a adjudication, quer dizer, a decisão judicial, é uma *matter of principle*, uma questão de princípio.

Esses dois tipos de argumentos, de políticas e de princípios, constituem os fundamentos que, na prática, são utilizados para justificar as decisões jurídicas. Mas segundo Dworkin, embora os argumentos de política possam constituir bons motivos para justificar pretensões, somente os argumentos de princípio podem constituir os melhores fundamentos para as decisões jurídicas. Pois a diferença entre as decisões jurídicas e as decisões políticas está, justamente, no fato de que as decisões jurídicas devem levar a sério os direitos, quer dizer, devem tratar os direitos como uma questão de princípio, como uma questão de moralidade política da comunidade.

Assim, questões de princípios são questões que não só podem, como também devem, ser opostas inclusive contra a opinião das majorias democráticas. Quer dizer, questões de princípio são questões que devem prevalecer sobre as questões de políticas públicas. Pois os princípios de moralidade política são questões que não estão sujeitas a uma escolha política democrática, não estão sujeitas à opinião da maioria. Não importa, por exemplo, se uma maioria democrática decidiu que um país deve instituir a pena de morte ou a escravidão, pois essas questões políticas já estão decididas por princípio. São questões de princípio. Uma política pública que permite as escolas punirem os estudantes por manifestações políticas, por exemplo, é uma política que colide com um princípio de moralidade política importante da comunidade, que é convicção de que “a liberdade de consciência é central para os direitos dos cidadãos” (DWORKIN, 2008, p. 69, trad. livre).

Só assim o constitucionalismo pode fortalecer a democracia. E só assim a jurisdição constitucional pode exercer a sua mais autêntica função, que é a de garantir que, mesmo contra a opinião das majorias, existem princípios de moralidade política que devem ser respeitados por questão de princípio, por uma questão insensível às escolhas políticas da maioria democrática, por uma questão que não depende de argumentos de política ou de eficiência econômica.

Se nos casos difíceis a escolha de uma entre as várias soluções jurídicas possíveis pela decisão jurídica é uma escolha política, então a decisão jurídica precisa assumir o seu caráter político e utilizar tanto argumentos de política quanto argumentos de princípio, mas prevalecendo sempre os argumentos de princípio. E isso significa que a decisão jurídica, diante dos casos difíceis, precisa extrapolar o direito positivo, precisa ir além dos textos legais, para encontrar a sua justificação correta também em

argumentos de política, mas principalmente em argumentos de princípio. A decisão jurídica precisa, em outras palavras, admitir seu inevitável caráter político e, como tal, procurar justificar-se também politicamente e não só no direito em vigor, já que nos casos difíceis esse direito não é claro.

7 O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA DECISÃO JURÍDICA

Quando uma lei é promulgada instituindo uma determinada política pública, os direitos previstos nessa lei deixam de ser questões de política pública para ser uma questão de princípio (DWORKIN, 1978, p. 83).

Alguém pode invocar um direito com base em uma política pública do governo para vê-lo reconhecido pela decisão jurídica. Mas se esse direito encontra-se previsto na lei, a questão já não é mais de argumentação política, mas sim de argumentação de princípio. É o caso, por exemplo, da diferença entre justificar um direito à saúde porque a prestação do serviço público de saúde constitui uma política pública do governo necessária para o bem estar da comunidade como um todo e necessária também para atingir o objetivo maior de uma população saudável para a promoção do desenvolvimento nacional – argumento de política –; e justificar um direito à saúde porque esse direito já se encontra reconhecido na lei – argumento de princípio.

O problema é que nos casos difíceis os direitos não são claros. O reconhecimento de um direito prévio na lei não está claro ou está em colisão com outro direito. Então surge a questão da decisão jurídica precisar ir além do direito positivo para justificar adequadamente a sua resposta aos casos difíceis, por meio de argumentos de política e de princípio. Mas ao utilizar argumentos de política, a decisão jurídica se politiza. E isso significa que, como decisão política, a escolha da resposta correta do direito também precisa enfrentar a questão da sua legitimidade democrática.

Para evitar esse problema da legitimidade democrática da decisão jurídica, Dworkin (1978, p. 84) recomenda que a decisão jurídica utilize apenas argumentos de princípio e não de políticas públicas. Essa recomendação tem várias razões. A primeira razão é a de que uma argumentação baseada em políticas públicas coloca muitos problemas de legitimidade democrática da decisão, já que os juízes não são eleitos democraticamente como representantes políticos do povo, nem podem estar submetidos à opinião pública ou a negociações políticas de compromissos partidários.

Uma segunda razão forte para a decisão jurídica não recorrer a argumentos de políticas públicas está no fato de que a decisão jurídica não pode decidir os direitos das pessoas segundo as opções políticas do governo atual, já que o judiciário deve ser responsável também pelos direitos das minorias políticas, independentemente das trocas de governo a cada eleição.

Essas duas fortes objeções ao uso de argumentos baseados em políticas públicas não servem, contudo, para o uso de argumentos baseados em princípios morais (DWORKIN, 1978, p. 85). Os princípios conferem à decisão jurídica uma posição mais adequada para uma melhor interpretação dos conflitos e das divergências políticas. E por isso, os princípios morais, especialmente os princípios de moralidade política, vão ser muito importantes para a adequação e justificação da resposta correta do direito.

Assim, enquanto que os argumentos baseados em princípios visam justificar direitos individuais, os argumentos baseados em políticas públicas estabelecem objetivos coletivos. Os princípios informam direitos, as políticas públicas informam objetivos (DWORKIN, 1978, p. 90). A força de justificação dos argumentos baseados em políticas públicas depende da coerência entre o objetivo político e uma teoria

política geral convincente. Já a força de justificação dos argumentos baseados em princípios não depende de teorias políticas, pois as questões de princípio envolvem não apenas negociações políticas, mas sobretudo questões de coerência e integridade moral da comunidade.

A diferença entre a força dos argumentos de princípio e a dos argumentos de políticas públicas pode variar diante dos casos concretos. Mas para Dworkin, na decisão jurídica devem prevalecer os argumentos de princípio. Pois são os princípios que tornam possível uma interpretação adequada e justificada das próprias políticas públicas. Afinal, “o constitucionalismo é um aperfeiçoamento da democracia somente quando, mas somente quando, sua jurisdição é limitada a questões de princípio” (DWORKIN, 2002, p. 209, trad. livre).

Desse modo, com base em princípios de moralidade política, o problema da legitimidade democrática de uma decisão jurídica fica resolvido, já que os juízes que decidem com base em princípios não precisam ser eleitos democraticamente, como se fossem tomar decisões sobre objetivos políticos. A decisão jurídica é política, mas não no sentido de substituir o governo ou o legislador. A decisão jurídica é política no sentido dela ultrapassar o texto escrito das leis para encontrar em princípios de moral política a interpretação adequada e justificada da resposta do direito para os casos. E assim Dworkin apresenta uma solução para a questão da justificação política da decisão jurídica: com base em princípios e não em políticas públicas, a decisão deve procurar descobrir e não inventar os direitos das partes de um processo judicial¹.

Poder-se-ia objetar que essa idéia de princípios de moralidade política depende das convicções pessoais de cada juiz e, por esse motivo, a decisão estaria recorrendo às próprias convicções, preferências e objetivos pessoais do decisor (DWORKIN, 1978, p. 124). Entretanto, diferentemente da concepção positivista tradicional, que procura explicar o uso de princípios morais como suplementos das decisões sobre casos difíceis, para Dworkin os princípios são convicções que guiam todos os atos de interpretação do direito, não apenas a interpretação dos casos difíceis ou das leis vagas ou abertas.

Toda interpretação jurídica utiliza, quer se tenha consciência disso ou não, convicções de princípio (DWORKIN, 2006, p. 9). Toda interpretação carrega consigo uma interpretação moral que parte, inevitavelmente, de uma noção intuitiva de moralidade, que John Rawls (1971) chamou de “posição original”. Existe uma inevitável influência, na interpretação do direito, pelas próprias convicções políticas de quem o interpreta (DWORKIN, 2006, p. 57). A questão então não está na possibilidade de divergência sobre essas convicções, mas sim em uma questão muito maior ou muito mais profunda: a questão da existência de convicções de moralidade política da comunidade tão sólidas e sinceras a ponto de justificar inclusive decisões contrárias à opinião da maioria. E isso é possível porque questões de princípio são diferentes das questões de políticas públicas.

8 CONCLUSÕES

A questão, portanto, não é ter que optar entre uma atitude ativista ou passivista na afirmação dos direitos. Para Dworkin, a decisão jurídica precisa ser ativista no que se refere a afirmação dos princípios e passivista no que se refere às políticas públicas.

Interpretação adequada de uma lei é uma interpretação decente (DWORKIN, 1986, p. 351). É uma interpretação na qual “juízes sensatos devem então decidir por si

¹ “I insist that the process, even in hard cases, can sensibly be said to be aimed at discovering, rather than inventing, the rights of the parties concerned, and that the political justification of the process depends upon the soundness of that characterization” (DWORKIN, 1978, p. 280).

mesmos qual das concepções mais honra o seu país” (Dworkin, 2006, p. 17, trad. livre). Nessa perspectiva, não há mais diferença entre texto claro ou texto obscuro. Porque a clareza ou a obscuridade do texto da lei deixa de ser um problema de interpretação sintática ou semântica, para tornar-se uma questão de interpretação coerente, adequada, justificada, íntegra.

Cai também a distinção entre direito e outros sistemas de referência comunicativos. Pois essa distinção nada mais é que um aguilhão semântico do positivismo (Dworkin, 1986, p. 360). É uma pressuposição de direito baseada na linguagem positivista dos textos. É essa armadilha semântica que traça a distinção entre orientação ao direito e orientação a valores exteriores ao direito. Na hermenêutica de Dworkin, não há essa exterioridade. Porque ela é inadequada. Ela produz a distinção infecciosa entre juízes que decidem conforme ao direito e juízes que decidem com bases extralegais. Na hermenêutica política de Dworkin, o direito só pode ser entendido como interpretação. Não como qualquer interpretação, mas como uma interpretação moral, como uma leitura moral que insere a moralidade política no próprio âmago das leis.

E cai também a alternativa entre ativismo judicial e passivismo judicial. Porque os direitos não são restritos aos textos das leis ou à intenção original do legislador (passivismo), tampouco justifica que o judiciário ordene tiranicamente os demais poderes a fazerem o que ele acha que deve ser feito (Dworkin, 1986, p. 378). Os direitos devem ser resultados de uma interpretação adequada – ajustada às práticas históricas – e justificada – em princípios de moralidade política. A integridade exige coerência, não passividade, muito menos ativismo judicial.

A interpretação jurídica não deve se subordinar à opinião dos políticos, pois ela é também responsável pela democracia, e não apenas uma boca dela. E também é responsável pela regra contramajoritária, pelo constitucionalismo, pela proteção dos direitos das minorias. Exatamente por esse motivo, a interpretação jurídica não pode ceder aos interesses que a maioria considera corretos.

Mas isso não significa que a interpretação jurídica deva ser ativista. Ela não vai substituir o legislador ou o governo em assuntos de política pública. Mas vai intervir em questões de princípio, vai intervir nas questões de moralidade política. Nas questões de políticas públicas, onde as questões são de estratégia para atingir objetivos políticos, o ativismo da interpretação jurídica deve ser um ativismo sobre os princípios, não sobre as escolhas democráticas a respeito de prioridades políticas.

Para Dworkin, os juízes têm a obrigação de efetivar os direitos constitucionais até o ponto em que essa efetividade deixa de ser uma questão de interesse para ser uma questão de princípio². Portanto, é importante a distinção entre princípios e políticas públicas. Pois uma coisa é contestar às aplicações (os meios empregados) das teses baseadas em princípios, outra é contestar os próprios princípios. É fácil dizer, como por exemplo no procedimento de ponderação de Alexy, que tal meio empregado para proteger um direito é inadequado ou não é necessário em face de outras alternativas fáticas possíveis. Mas a contestação do direito mesmo já é, bem antes de uma questão de ponderação, uma questão de princípio.

Referindo-se à Constituição norte-americana, Dworkin (2006, p. 59) afirma que ela “é a vela moral do barco norte-americano e temos de nos ater à coragem da convicção que enche essa vela: a convicção de que todos nós podemos ser cidadãos de uma república moral. Trata-se de uma fé nobre, e só o otimismo pode fazê-la valer”. As constituições não são apenas textos hierarquicamente mais importantes do que os textos

² Vale a pena transcrever aqui estas palavras de Dworkin (1986, p. 392): “that judges have a duty to enforce constitutional rights up to the point at which enforcement ceases to be in the interests of those the rights are supposed to protect”.

jurídicos infraconstitucionais. As constituições exigem uma leitura moral. Pois é a partir dessa leitura moral das constituições que a interpretação jurídica encontra a luz da vela moral que clareia o que o direito tem de melhor, o que o direito tem de mais virtuoso para a afirmação de princípios de moralidade política.

A interpretação jurídica, portanto, não tem que ser nem ativista, tampouco passivista. Ela tem que ser adequada e justificada em princípios de moralidade política, em princípios capazes de torná-la a melhor interpretação possível, a interpretação que melhor revela a virtude do direito.

Naturalmente, podem haver divergências e dissensos sobre os conteúdos desses princípios de moralidade política, como também há sobre os objetivos políticos. Entretanto, a decisão jurídica pode ser suficientemente sensata para distinguir entre as preferências pessoais do decisor e as preferências gerais da comunidade como um todo. Para isso vai ser importante a distinção entre moralidade pessoal, como o conjunto das opiniões morais pessoais de alguém, e a moralidade política, como o conjunto dos princípios que justificam a adequação e a unidade do projeto político maior da comunidade.

Questões de princípio são, portanto, diferentes das questões de objetivos políticos. Os objetivos políticos estabelecem preferências, para as quais a opinião pública ou a opinião da maioria se torna um importante argumento de justificação. Entretanto, questões de princípio não estabelecem preferências políticas, estabelecem direitos coerentes com todos os princípios que justificam o projeto político da comunidade. E como tais, a força dos princípios e dos direitos por eles justificados valem inclusive contra a opinião pública ou a opinião da maioria. E esse é mais um motivo pelo qual a decisão jurídica deve ser conduzida por argumentos de princípio e não por argumentos de políticas públicas.

A relação entre princípios e políticas públicas de Dworkin pode ser entendida também como aquela diferença entre constitucionalismo e democracia, na qual o constitucionalismo expressa os princípios e a democracia os objetivos políticos da comunidade. Por isso que os princípios são como promessas das majorias às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas independentemente dos objetivos políticos traçados democraticamente pelas majorias. E longe disso ser uma questão formal, longe de ser uma questão de interpretação semântica de textos legais, essa conciliação entre princípios de moralidade política e objetivos das políticas públicas democráticas é mais uma atitude, uma ação política, um gesto, que “deve ser o mais sincero possível” (Dworkin, 1978, p. 205, trad. livre).

Levar os direitos a sério significa reconhecer o caráter político de toda decisão jurídica e assumir que o direito é uma atitude interpretativa e não uma mera questão de sintaxe ou semântica lógica. Levar os direitos a sério significa reconhecer e afirmar direitos justificados em fortes convicções de moralidade política, apesar das divergências, dos dissensos e também apesar de às vezes eles colidirem com os objetivos das políticas públicas do governo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BREYER, Stephen. Introduction: the “international” Constitutional Judge. In: HERSHOVITZ, Scott (edit.). **Exploring Law’s Empire: the Jurisprudence of Ronald Dworkin**. New York: Oxford University Press, p. 1-4, 2006.

- DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2000.
- _____. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- _____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. **Sovereign virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2002.
- _____. **Taking rights seriously**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978.
- _____. **The Supreme Court phalanx**: the Court's New Right-Wing Bloc. New York: New York Review Books, 2008.
- HART, H. L. A. **The concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 100.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **An institutional theory of Law**: new approaches to legal positivism. Netherland: Kluwer Academic Publishers, 1986.
- _____. **Institutions of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- _____. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- RAZ, Joseph. **The authority of Law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009.
- RAWLS, John. **Theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.