

IV CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

FILOSOFIA E SOCIOLOGIA JURÍDICA

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1ª Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

ET84

Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI: [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ANPG/PUC-SP/UNINOVE;

coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Mariana Ribeiro Santiago – São Paulo: FEPODI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-143-2

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

Tema: Ética, ciência e cultura jurídica

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ética. 3. Ciência. 4. Cultura jurídica. I. Congresso Nacional da FEPODI. (4. : 2015 : São Paulo, SP).

CDU: 34



www.fepodi.org

IV CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

FILOSOFIA E SOCIOLOGIA JURÍDICA

Apresentação

Apresentamos à toda a comunidade acadêmica, com grande satisfação, os anais do IV Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito – FEPODI, sediado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC/SP, entre os dias 01 e 02 de outubro de 2015, com o tema “Ética, Ciência e Cultura Jurídica”.

Na quarta edição destes anais, como resultado de um trabalho desenvolvido por toda a equipe FEPODI em torno desta quarta edição do Congresso, se tem aproximadamente 300 trabalhos aprovados e apresentados no evento, divididos em 17 Grupos de Trabalhos, nas mais variadas áreas do direito, reunindo alunos das cinco regiões do Brasil e de diversas universidades.

A participação desses alunos mostra à comunidade acadêmica que é preciso criar mais espaços para o diálogo, para a reflexão e para a troca e propagação de experiências, reafirmando o papel de responsabilidade científica e acadêmica que a FEPODI tem com o direito e com o Brasil.

O Formato para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia sobremaneira este desenvolvimento acadêmico, ao passo que se apresenta ideias iniciais sobre uma determinada temática, permite com considerável flexibilidade a absorção de sugestões e nortes, tornando proveitoso aqueles momentos utilizados nos Grupos de Trabalho.

Esses anais trazem uma parcela do que representa este grande evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos.

Assim, é com esse grande propósito, que nos orgulhamos de trazer ao público estes anais que, há alguns anos, têm contribuindo para a pesquisa no direito, nas suas várias especialidades, trazendo ao público cada vez melhores e mais qualificados debates, corroborando o nosso apostolado com a defesa da pós-graduação no Brasil. Desejamos a você uma proveitosa leitura!

São Paulo, outubro de 2015.

Yuri Nathan da Costa Lannes

TERIA RONALD DWORKIN DEFENDIDO O ATIVISMO JUDICIAL?

DID RONALD DWORKIN ADVOCATE JUDICIAL ACTIVISM?

**Henrique Cruz Noya
Vitor Amaral Medrado**

Resumo

Neste trabalho, buscamos situar o pensamento de Ronald Dworkin no controverso debate sobre o ativismo judicial. Dworkin tangencia o tema ao longo de toda sua obra. Nosso intento nas linhas que seguem é reunir suas variadas reflexões, em busca de uma resposta à pergunta, título deste artigo: teria Ronald Dworkin defendido o ativismo judicial? Isso nos levará a conceitos-chave de seu trabalho, como a leitura moral da constituição, a teoria do direito como integridade, a metáfora do romance em cadeia e a tese da única resposta correta. Concluimos que a teoria de Dworkin endossa um comportamento judicial destacado, não subserviente aos demais poderes, centrado em preocupações morais, mas sem, contudo, defender o ativismo judicial.

Palavras-chave: Ronald dworkin, Direito como integridade, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

In this work, we place the thought of Ronald Dworkin in the controversial debate on judicial activism. Dworkin touches the theme throughout his work. Our intent in the following lines is bring together its various reflections, searching for an answer to the question that is the title of this paper: Did Ronald Dworkin advocate judicial activism? This will take us to the key concepts of his work such as the moral reading of the Constitution, the theory of law as integrity, the metaphor of the chain novel, and the thesis of the unique correct answer. We conclude that Dworkin's theory endorse a prominent judicial behavior, not subservient to the other powers, centered on moral concerns, but without, however, advocating judicial activism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ronald dworkin, Law as integrity, Judicial activism

Teria Dworkin defendido o ativismo judicial?

Did Dworkin Advocate Judicial Activism?

RESUMO

Neste trabalho, buscamos situar o pensamento de Ronald Dworkin no controverso debate sobre o ativismo judicial. Dworkin tangencia o tema ao longo de toda sua obra. Nosso intento nas linhas que é reunir suas variadas reflexões, em busca de uma resposta à pergunta, título deste artigo: teria Ronald Dworkin defendido o ativismo judicial? Isso nos levará a conceitos-chave de seu trabalho, como a leitura moral da constituição, a teoria do direito como integridade, a metáfora do romance em cadeia e a tese da única resposta correta. Concluimos que a teoria de Dworkin endossa um comportamento judicial destacado, não subserviente aos demais poderes, centrado em preocupações morais, mas sem, contudo, defender o ativismo judicial.

Palavras-chave: Ronald Dworkin; Direito como integridade; Ativismo judicial.

ABSTRACT

In this work, we place the thought of Ronald Dworkin in the controversial debate on judicial activism. Dworkin touches the theme throughout his work. Our intent in the following lines is bring together its various reflections, searching for an answer to the question that is the title of this paper: Did Ronald Dworkin advocate judicial activism? This will take us to the key concepts of his work such as the moral reading of the Constitution, the theory of law as integrity, the metaphor of the chain novel, and the thesis of the unique correct answer. We conclude that Dworkin's theory endorse a prominent judicial behavior, not subservient to the other powers, centered on moral concerns, but without, however, advocating judicial activism.

Keywords: Ronald Dworkin; Law as integrity; Judicial activism.

INTRODUÇÃO

Em 1803, *Marbury v. Madison* revolucionaria o Direito Constitucional norte-americano e mundial, com o surgimento do modelo de controle judicial difuso de constitucionalidade. De

lá pra cá, intenso debate instalou-se acerca da jurisdição constitucional e, conseqüentemente, do ativismo judicial.

Visões marcadamente distintas sobre o papel da Suprema Corte coexistem no constitucionalismo norte-americano. Da Era Lochner¹, passando pela Corte Roosevelt² e, de modo especial, pela Corte Warren³, até os dias atuais⁴, a controvérsia entre a autocontenção judicial (*judicial restraint*) e o ativismo judicial (*judicial activism*) sempre esteve presente.

Dworkin foi um influente filósofo, jurista e professor, com voz à quase totalidade das grandes questões constitucionais debatidas em seu tempo. Destacou-se como um dos mais importantes nomes do constitucionalismo contemporâneo, com a defesa enfática da existência e importância dos princípios ao direito. Foi também um declarado entusiasta da função contramajoritária do Judiciário, notadamente na proteção dos direitos individuais, propondo um modelo de adjudicação que recorre a argumentos explicitamente morais.

Será isso suficiente para torná-lo um defensor do ativismo judicial? A resposta, por certo, depende da acepção de “ativismo judicial” a que nos referimos, já que o termo abriga uma diversidade de significados.

¹ “*Lochner Era*” (1887-1937), período em que a Suprema Corte dos Estados Unidos reiteradamente opôs resistência à intervenção estatal na economia, declarando inconstitucionais diversas leis estaduais e federais de regulação econômica, ao argumento, em geral, de que infringiam a liberdade econômica e a liberdade contratual. Em razão disso, é comumente referida como uma época de “ativismo judicial conservador”. O embate do Judiciário com os poderes Executivo e Legislativo recrudescceu após a Grande Depressão dos anos 1930, quando o constitucionalismo *laissez-faire* da Era Lochner entrou em conflito com o New Deal, plano de recuperação da economia de Franklin D. Roosevelt. São casos representativos desse período, o emblemático *Lochner v. New York* (1905), que deu nome à “Era Lochner”, no qual a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei que impunha limite de horas a jornadas de trabalho; *Hammer v. Dagenhart* (1918), que derrubou uma regulamentação federal do trabalho infantil; e *Adkins v. Children’s Hospital* (1923), que invalidou uma lei de salário mínimo para mulheres e crianças.

² Também conhecida como “Corte New Deal”, combinou uma postura deferente às ações regulatórias do governo no campo econômico e social, com uma atuação ativista na promoção de direitos e liberdades fundamentais.

³ Famoso período em que a Suprema Corte foi presidida por Earl Warren (1953-1969). Marcou a história por operar uma “revolução de direitos” na vida estadunidense, interpretando criativamente os princípios constitucionais, bem como afirmando direitos implícitos. São desse período, *Brown v. Board of Education* (1954), que acabou com a segregação racial nas escolas; *Gideon v. Wainwright* (1963), assegurando aos acusados em processos criminais o direito de defesa com advogado; *Griswold v. Connecticut* (1965) que, em nome do direito à intimidade, permitiu aos casais o uso de contraceptivos.

⁴ O debate permanece tão vivo quanto sempre. Desde a Corte Warren, presidentes republicanos declararam guerra ao que chamaram de “ativismo judicial”. Richard Nixon, Ronald Reagan e George Bush prometiam nas respectivas campanhas presidenciais acabar com a postura “ativista” da Suprema Corte que, na visão deles, usurpava a vontade popular. Notadamente após a Segunda Guerra Mundial, o mundo ocidental assistiu a uma nova fase do direito constitucional, que assumiu progressivamente posição de destaque nos ordenamentos jurídicos, trazendo relevância à questão do ativismo judicial.

A investigação do presente artigo se dará refletindo em que medida a teoria dworkiniana se aproxima e em que medida se afasta dos diferentes sentidos em que o termo é empregado.

O ATIVISMO JUDICIAL

Podemos nos referir a “ativismo judicial” com denotações um tanto distintas: a interpretação criativa da constituição e das leis, a extração de princípios não expressamente contidos na constituição, o julgamento em função dos resultados, a legiferação pelo Judiciário, a falta de deferência aos demais poderes, entre muitos outros.

O termo pode trazer conotações negativas, referindo-se, por exemplo, à usurpação, pelo Poder Judiciário, dos poderes políticos democraticamente eleitos, ou à imposição, pelos juízes, de suas próprias convicções morais e políticas à sociedade. Há também, embora mais raro, sua utilização em sentido positivo, de algo que deva ser buscado, pois que necessário ao aprimoramento das democracias e respeito às liberdades individuais.⁵

Certamente, aos olhos dos mais diversos defensores da autocontenção judicial, como Oliver Wendell Holmes⁶, Felix Frankfurter⁷, Learned Hand⁸, Robert Bork⁹ ou Antonin Scalia¹⁰, o modelo de atividade judicial afiançado por Dworkin é um exemplo de ativismo judicial, no sentido de invasão injustificada do Poder Judiciário no domínio dos outros Poderes e, portanto,

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

⁶ Um dos mais renomados juízes da história dos Estados Unidos, integrou a Suprema Corte de 1902 a 1932. Conhecido como “o grande dissidente”, foi um dos primeiros grandes defensores da doutrina da autocontenção judicial.

⁷ Também Juiz da Suprema Corte, de 1939 a 1962, e igualmente representativo da doutrina da autocontenção judicial. Sua saída, em 1962, é considerada o marco no qual a Corte Warren conseguiu formar a maioria responsável pela atuação ativista que daria destacaria a Corte.

⁸ Afamado juiz norte-americano, cujo assistente, no Tribunal Federal de Apelações do Segundo Tribunal Itinerante, fora o próprio Dworkin, durante um ano, logo após este formar na faculdade de Direito. Dworkin nutria por Hand grande admiração e respeito, residindo o antagonismo (intelectual) justamente nas posições de autocontenção judicial aguerridamente defendidas por Learned Hand.

⁹ Robert Bork, com quem Dworkin travou inúmeras discussões, foi um dos proponentes mais entusiasmados e influentes do “Originalismo”, um modo particular de autocontenção judicial.

¹⁰ Antonin Scalia, juiz da Suprema Corte em atividade e também referência na defesa do Originalismo. Recentemente, tecendo duras críticas à decisão *Obergefell v. Hodges* (2015), que reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, declarou em seu voto dissidente: “*Um sistema de governo que faz o povo subordinado a uma comissão de nove juízes não eleitos não merece ser chamado de democracia*” (No original: “*A system of government that makes the People subordinate to a committee of nine unelected lawyers does not deserve to be called a democracy.*”). Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>

antidemocrático. Dessa ótica, a pergunta título deste artigo se torna um truísmo: Dworkin seria indiscutivelmente “ativista”.

Contudo, Dworkin não aceitava esse rótulo. Para ele, o significado de ativismo judicial era outro, completamente diverso, conforme veremos.

O que aproxima e o que afasta a teoria dworkiniana dos diversos sentidos do termo “ativismo judicial” é o que passamos a fazer.

DWORKIN E O ATIVISMO JUDICIAL

Dworkin defendia uma teoria da interpretação constitucional que chamou de “leitura moral da constituição” (*moral reading of the constitution*). Em brevíssimas palavras, significa que uma constituição política é dotada de princípios morais abstratos e assim deve ser lida e executada, de modo que interpretá-la corretamente significa aplicar tais princípios aos casos concretos por meio de *juízos morais*, em busca de sua melhor concepção, ou “a melhor luz”.¹¹

No sistema norte-americano (e no brasileiro também) cabe aos juízes a autoridade última de interpretar a constituição e, portanto, para Dworkin, de realizar a leitura moral.

Os críticos da leitura moral, como observa o próprio Dworkin, “*dizem que essa leitura dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público*”¹² e de “*constranger de modo grotesco a soberania moral do povo – parece tirar das mãos do povo e entregar a uma elite profissional as grandes questões que definem a moralidade política e que o povo teria o direito e o dever de avaliar e decidir por si mesmo*”¹³. São acusações, como se vê, de ativismo.

No entender de Dworkin, contudo, tais críticas se baseiam num pressuposto errôneo, de que democracia *necessariamente* quer dizer *vontade da maioria*. Esse pressuposto, que Dworkin chama de “premissa majoritária”¹⁴, é a causa, segundo ele, da opinião reinante e errada

¹¹ A exposição completa da leitura moral encontra-se na introdução de “Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution” [O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana, “Introdução: A leitura moral e a premissa majoritária”, tradução utilizada: DWORKIN, 2006].

¹² DWORKIN, op. cit., p. 3

¹³ DWORKIN, *ibid.*, p. 5.

¹⁴ Ver, DWORKIN, *ibid.*, pp. 23-29. Essa é a resposta de Dworkin ao argumento da antidemocraticidade do controle judicial de constitucionalidade, objeção comum dos partidários da autocontenção judicial. Em texto anterior (Levando os Direitos a Sério, cap 5, “Casos constitucionais”), Dworkin vai por outro caminho: distingue duas formas de autocontenção judicial, a teoria cética e a teoria da deferência,

de que a democracia fica sempre comprometida quando uma decisão não é tomada pela maioria: essa é a “concepção majoritária de democracia”. Dworkin, em contraste, perfilha a “concepção constitucional de democracia”, a ideia de que os poderes da maioria devem ser limitados pelos direitos individuais e das minorias, quando estes estiverem em jogo.

A questão não se trata, pois, de mais democracia ou menos democracia, mas de como se enxerga a democracia. E Dworkin se posiciona: “*Os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias*”¹⁵.

Acreditava, assim, que a melhor resposta em controvérsias constitucionais nem sempre seria dada pela maioria enquanto juíza da própria causa. Compromissado com a efetividade dos direitos individuais, Dworkin propugnava uma interpretação construtiva, moralmente responsável, que “levasse os direitos a sério”.

Tudo isso, sem dúvida, é suficiente para afastá-lo do programa da autocontenção judicial e, de fato, o rejeitava expressamente.

Dworkin não olvidava, contudo, que conferir todo esse poder aos juízes – o poder de contrariar o povo – traz evidente perigo, afinal, eles não estão imunes ao erro. É nítida a preocupação de Dworkin com os “riscos de tirania”¹⁶ envolvidos nessa opção. Por tal razão, engendra em sua teoria conceitos que visam restringir a liberdade de ação dos juízes, cujo resultado é um arcabouço teórico avesso, em vários sentidos, a posturas ativistas¹⁷.

É o caso, decerto, do seu conhecido conceito de integridade constitucional. Dworkin insiste que os juízes não são livres para impor suas próprias convicções, mas que devem encontrar um juízo coerente com o desenho estrutural da Constituição: tal é a exigência de integridade constitucional. A teoria de Dworkin só pode ser bem compreendida no contexto do

rechaçando ambas. A teoria cética rejeita a ideia de que os cidadãos tenham certos direitos morais contra o Estado, reconhecendo, apenas, os direitos *jurídicos* que a Constituição lhes assegura expressamente por meio das *normas*. Uma vez que as pessoas não têm direitos contra a maioria e a política se resume a descobrir a preferência dominante, cabe à maioria e não às minorias, a decisão. A teoria da deferência, por sua vez, aceita que existam direitos morais, rejeitando apenas que as controvérsias sejam decididas pelos juízes.

¹⁵ DWORKIN, 2007, pp. 426-427.

¹⁶ DWORKIN, 2014, p. 225.

¹⁷ Nos parece acertada a observação de Alan Hunt em “Reading Dworkin critically”, segundo a qual o projeto teórico de Dworkin é motivado por um conjunto de três receios ou aversões: o medo do subjetivismo e das preferências pessoais; o medo do relativismo e niilismo; e o medo do pragmatismo e utilitarismo.

direito como integridade: operadores do direito estão inseridos em uma prática interpretativa que deve obediência à integridade – o princípio de responsabilidade política pelo qual decisões políticas ou judiciais do passado, como leis, precedentes e constituição, devem resultar em um conjunto coerente de princípios¹⁸.

Surge daí sua metáfora do “romance em cadeia” (*chain novel*): os juízes devem se portar como escritores que criam juntos um romance, no qual cada um escreve um capítulo, que deve harmonizar-se com os demais para que a história faça sentido¹⁹.

Importa-nos aqui, também, a distinção que Dworkin opera entre “argumentos de princípio” e “argumentos de política”.²⁰ Argumentos de princípio, conforme ele entendia, buscam garantir direitos, são exigências “de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²¹, enquanto argumentos de política são aqueles que estabelecem “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”²².

Para Dworkin, na decisão judicial só há lugar para “argumentos de princípio”, excluindo os “argumentos de política”.²³ A jurisdição constitucional é o fórum dos princípios e não da política. Essa distinção traça um limite à atuação dos juízes: a função de escolher os melhores caminhos ou diretrizes para a coletividade pertence ao Legislativo e ao Executivo, enquanto os juízes estão adstritos aos argumentos de princípio, isto é, a garantir direitos, a defender direitos individuais²⁴.

¹⁸ Resumimos grosseiramente o conceito de integridade. Para uma exposição mais completa, ver “Law's Empire” [O Império do Direito, tradução utilizada: DWORKIN, 2007].

¹⁹ Para citar um exemplo do próprio Dworkin: um juiz que depreendesse do sistema constitucional norte-americano a socialização dos meios de produção estaria a violar a exigência de integridade constitucional, “*pois essa interpretação simplesmente não se harmoniza com a história dos Estados Unidos, com a prática norte-americana e com o restante da Constituição*” (DWORKIN, 2006, p. 16).

²⁰ É bem verdade, cumpre registrar, que, para alguns, Dworkin reviu sua distinção entre argumentos de princípio (*principle*) e argumentos de política (*policy*), flexibilizando-a (ver, p. ex., Larry Alexander e Kenneth Kress, “Contra os princípios jurídicos” in: Direito e Interpretação, org. por Andrei Marmor) ou mesmo abandonando-a (nesse sentido, particularmente, Brian Leiter, “The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century”). Entendemos, contudo, que, grosso modo, a distinção persiste, mesmo nos trabalhos posteriores de Dworkin, pelo que, para nossos propósitos, vale sua menção.

²¹ DWORKIN, 2014, p. 36.

²² DWORKIN, *ibidem*.

²³ C.f. nota 20.

²⁴ Isso diferencia a teoria de Dworkin, por exemplo, da escola do Realismo Jurídico e dos Estudos Jurídicos Críticos. À diferença desses, a leitura moral, não obstante inserir “a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”(DWORKIN, 2006, p. 02), restringe a jurisdição constitucional ao fórum dos princípios, excluindo os argumentos de política em sentido estrito (Ressalvada a

Decorre daí, por certo, a aversão de Dworkin ao pragmatismo jurídico. Este, de modo geral, enxerga o direito como um instrumento para fins sociais e acredita que a decisão judicial deva ser guiada pela comparação de suas possíveis consequências²⁵. Esse consequencialismo, para Dworkin, é inaceitavelmente ativista.

Na verdade, segundo ele, trata-se de uma boa definição de ativismo: “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige²⁶.”

Importa mencionar, também, a conhecida crítica de Dworkin, inserta já em seus primeiros trabalhos, à tese positivista da discricionariedade judicial. Tomada a perspectiva de Herbert Hart, com quem travou longo debate, ou mesmo Kelsen (no famoso capítulo 8 da Teoria Pura do Direito), o juiz possui um “poder discricionário” no silêncio das regras do direito positivo (tão mais presente, na medida em que as normas são gerais -Kelsen- ou são regras de textura aberta -Hart).

Dworkin rechaça essa possibilidade. A tarefa do juiz, em Dworkin, será declarar um direito de alguma forma preexistente, não inventar um novo, ao seu bel prazer.

Na lição de Dworkin, o juiz não é um inventor de direitos e deveres. A adjudicação não é um exercício de discricionariedade, mas a tentativa de descobrir respostas genuínas sobre direitos, que deve partir de princípios - que fazem parte do sistema jurídico - e dentro desse limite.

O que Dworkin tem em mente é que, mesmo nos casos difíceis (*hard cases*), em que o direito positivo parece não fornecer uma resposta clara ao caso concreto, persiste a pretensão de correção da decisão. Existe uma “única resposta correta”, ainda nesses casos.²⁷

observação da nota de rodapé acima). Aqueles, por sua vez, tomam a decisão judicial como *essencialmente* política, não havendo separação clara entre atividade legislativa e atividade judicial. É o que afirma, p. ex., Lloyd Weinreb em “A Razão Jurídica”, pp. XVII, XVIII.

²⁵ Na definição de Richard Posner, um destacado pragmatista: “Tudo o que uma teoria pragmática do direito realmente conota (...) é uma rejeição da ideia de que o direito é algo fundado em princípios permanentes e realizado através de manipulações lógicas desses princípios; bem como uma determinação de usar o direito como instrumento para fins sociais.” POSNER, Richard, “Para Além do Direito”, p. 428.

²⁶ DWORKIN, 2007, pp. 451/452.

²⁷ Alguns sustentam que Dworkin teria abandonado a tese da única resposta correta substituindo-a pela abordagem interpretativista. (p. ex. Brian Bix, “Questões na interpretação jurídica”, p. 221, in: Direito e

Conforme defendemos, Dworkin construiu uma teoria do direito que, embora intimamente vinculada à moral, se preocupava com a segurança jurídica e com a correção do direito. Para tal, formulou diversos conceitos, aqui mencionados em breves palavras, que funcionam como restrições ao exercício ilegítimo da jurisdição, a um ativismo descomedido, por assim dizer.

Essas restrições, contudo, como ele mesmo pondera, são mais de ordem intelectual do que política ou jurídica²⁸. Isso, pois, para ele, inexistia alternativa, não há como fugir da leitura moral. Muitas das controvérsias constitucionais são necessariamente questões de moralidade política, pelo que não faz sentido resumir a discussão em se os juízes devem ou não decidir “pela simples obediência ao ‘texto’ do documento”²⁹, ou qualquer proposta semelhante, como querem os partidários da autocontenção.

Em verdade, para Dworkin, tais propostas são elas próprias, ativistas, no sentido negativo do termo: *“a apresentação da Constituição como um simples conjunto de regras independentes e historicamente limitadas não passa de um disfarce para uma atitude judicial que não respeita princípio algum e se baseia tão-somente nas convicções políticas ou morais do juiz, o qual não se vê sujeito às restrições que necessariamente se impõem quando a Constituição é tratada com uma carta de princípios”*.³⁰

CONCLUSÃO

Todo o argumento de Dworkin gira em torno da ideia de que o indivíduo possui direitos morais contra o Estado. Quando esses direitos estão em jogo, estamos diante de questões de princípio, as quais os juízes não devem se furtar de enfrentar, pois esse é precisamente seu papel, ainda que contra a vontade da maioria. Aí reside, na avaliação de Dworkin, o verdadeiro desafio da jurisdição constitucional: levar os direitos a sério, sem, com isso, extrapolar seu legítimo papel.

Interpretação, org. por Andrei Marmor). Seja como for, nos interessa que, mais uma vez, Dworkin está nitidamente preocupado com subjetivismos e nihilismos, espécies de ativismo que Dworkin repudia com veemência. Persiste, mesmo nos casos difíceis, onde a abstração é maior e o raciocínio moral mais evidente, a pretensão de correção. E, se há uma resposta correta, ou mais correta que as concorrentes, cabe ao Judiciário encontrá-la.

²⁸ Ver: DWORKIN, 2009, p. 203.

²⁹ DWORKIN, 2006, p. 8.

³⁰ Dworkin refere-se expressamente, nessa passagem, ao originalismo de Antonin Scalia (c.f. nota 10), mas estendendo a crítica ao programa da autocontenção judicial de modo geral.

Por certo, os juízes podem abusar desse poder, e Dworkin sabia disso. Por esse motivo, grande parte de sua teorização tem como objetivo contornar o risco: é o caso do direito como integridade, da não discricionariedade do juiz e da única resposta correta, do fórum do princípio, entre outros. Porém, ele afirma, “não precisamos exagerar o perigo”, “o perigo das decisões erradas não repousa inteiramente do lado do excesso”³¹.

Bem entendida, a teoria de Dworkin é a um só tempo uma ode à jurisdição constitucional que resguarda direitos individuais, somada à preocupação em reduzir os riscos que daí advêm. Fundamental para isso, segundo ele, é a aproximação entre o direito constitucional e a filosofia moral. Isso porque, assim acredita, não há fórmulas mecânicas capazes de balizar a atuação judicial, tampouco existem estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. A boa interpretação jurídica consiste na melhor interpretação moral e, por isso, a restrição genuína está na boa argumentação.³² Afinal, a seu ver, “os juristas são sempre filósofos”³³, ou assim deveriam ser.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2009.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 3ª ed. 3ª tiragem, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 2006.

HUNT, Alan. **Reading Dworkin critically**. New York: Berg, 1992.

LEITER, Brian, The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century. U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 70. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=598265>>

MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**; Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed. 2ª tiragem, 2004.

³¹ DWORKIN, 2014, p.232.

³² DWORKIN, 2009, p. 202.

³³ DWORKIN, 2007, p.454.

POSNER, Richard. A., **Para além do direito**; Trad Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1ª ed., 2009.

SHERRY, Suzanna, **Why We Need More Judicial Activism** (February 6, 2013). Constitutionalism, Executive Power, and Popular Enlightenment, 2014. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 13-3. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2213372>>

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

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