

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA EM DWORKIN

Eduardo Appio *

Sumário: Introdução; 1. A Prática Judicial (um modelo principiológico); 2. Juízes Políticos X Democracia; Conclusão; Referências.

Resumo: Este artigo foi escrito durante as atividades do Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, ano de 2002, sob a supervisão do Prof. Doutor José Alcebíades de Oliveira Júnior. O livro *"O império do direito"* foi o ponto nuclear da pesquisa, porque Ronald Dworkin foi considerado um dos principais escritores na área do Direito do século XX e também porque o autor norte-americano tem uma visão sobre a atividade dos juízes hoje, tentando descobrir sua verdadeira natureza. Em nossos dias cresce a importância acerca da atividade judicial na medida em que muitas das questões políticas foram transferidas à seara jurídica. Quais são os reais argumentos para declarar a legalidade e constitucionalidade desses julgamentos envolvendo as questões centrais de uma Nação? Quem tem a última palavra sobre uma série de questões que são consideradas de índole moral? Os argumentos de Dworkin sobre a atividade judicial também podem ser considerados no Brasil, onde os juízes não são eleitos, porque a questão central do debate é qual meio garante os princípios da democracia. Dworkin entende que é possível manter a liberdade num sistema legal onde os juízes têm a última palavra, desde que considerem os aspectos morais e o respeito pela individualidade.

Palavras-chave: Política, Direito, Dworkin, juízes, democracia

Resume: This article has been written during the activities in Ph.D. Program of the Universidade Federal de Santa Catarina, 2002, under Prof. Doutor José Alcebíades de Oliveira Filho supervision. "Law Empire" was the nuclear point of this research, because Ronald Dworkin has been considered one of the most important law writers of XX century and also because this north-american author looks at modern judicial activities trying to discover its real nature. In nowadays grows up the importance of the studies about judicial activities because many of the political issues has been transferred to the law scene. Which are the real arguments to declare the legality and constitutionality of this judgments about the main issues in one Nation? Who has the last word about several matters which are considered moral issues? Dworkin's arguments about the judicial activities in United States can be considered also in Brazil, where the judges aren't elected, because the main thing in this kind of discussion is which way guarantee the principles of democracy. Dworkin think's that it's possible to keep the freedom in a legal system which the judges have the last word since they consider the Moral principles and the respect for the individuality.

Keywords: Politic, Law, Dworkin, judges, democracy

* Aluno do Programa de Doutorado em Direito da pós-graduação da UFSC.

Introdução

A discussão sobre a judicialização da política, ao contrário do que se imagina, não é recente, tendo suas raízes na colidência de formulações acerca do papel da Constituição em uma determinada Nação, entre os que afirmam que a Constituição é um documento estritamente político (refletindo os fatores reais de poder de uma nação¹) e os que a consideram um verdadeiro documento jurídico a impor valores que devem ser buscados ao longo da evolução do país.²

O presente texto, escrito por ocasião de seminário do programa de Doutorado em Direito da UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina), sob orientação do Prof. Doutor José Alcebíades de Oliveira Jr., não tem o propósito de abordar as grandes questões constitucionais, senão de forma indireta, como elemento de análise do contexto judicial brasileiro no qual o juiz pode (deve) declarar a inconstitucionalidade de lei que conflite com a Constituição Federal.

A ambição do texto está voltada para uma abordagem hermenêutica de um campo específico da filosofia do Direito, qual seja, a prática judicial sob a óptica de Ronald Dworkin.

Este artigo busca, num primeiro momento, definir de que forma a literatura de Ronald Dworkin – com especial ênfase em sua obra “*O império do direito*” – tem a virtualidade de conectar dois vetores atuais da discussão sobre o papel do Poder Judiciário no contexto brasileiro, quais sejam, democracia e judicialização da política.

Em um segundo momento, iremos abordar de que forma pode a obra de Dworkin ser aplicada no contexto jurídico brasileiro.

1 “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os **fatores reais** (grifei) e efetivos do poder que nela vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar”. LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: ed. Liber Juris, 1985, p. 53.

2 “A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo... A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*sein*) e deve ser (*sollen*).” HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991. p. 28.

1. A Prática Judicial (um modelo principiológico)

A preocupação central de Dworkin em sua obra *“O império do direito”* é a descrição do fenômeno jurídico nos Estados Unidos e na Inglaterra, no último século, bem como o papel que o Direito desempenha para a construção de uma Democracia que evolui *“pari passu”* com a preservação e respeito aos direitos individuais.

Poderia-se dizer que Dworkin é, sem dúvida alguma, um dos principais articuladores do meio acadêmico com a prática judicial norte-americana, um cronista judicial de seu tempo; senão o melhor, talvez aquele que melhor desenvolva seu capital argumentativo, através de objeções reflexivas que conduzem o leitor, de uma forma natural, às conclusões formuladas com argúcia e espirosidade incomuns neste tipo de literatura.

Ao antecipar as críticas de seus opositores, Dworkin não apenas dá consistência a um discurso nucleado nos princípios, dentro da concepção do Direito como unidade ou integridade, como também consegue criticar as principais escolas que se propuseram a descrever e analisar o fenômeno jurídico, dentre as quais o convencionalismo (e, por via de consequência, uma de suas maiores expressões, o positivismo) e o pragmatismo.

O que de fato nos interessa no presente artigo é a abordagem jurídico-política que Dworkin faz em relação à atividade judicial. Não apenas instigados pelo fato de que atuamos nesta área do campo jurídico, mas também pelo fato de que o autor desenvolve sua obra *“O império do direito”* buscando descrever a prática jurídica a partir da experiência judicial.

A primeira coisa que chama a atenção nesta obra de Dworkin é a profunda consideração pela democracia de tipo representativo, que muito embora o próprio autor não repute como sendo a mais perfeita forma de exercício do poder, é a melhor disponível no momento.

Deste modo, Dworkin enxerga a prática jurídica norte-americana na atualidade dentro de um contexto democrático, no qual os membros do Poder Legislativo desempenham um papel de grande relevância – mas não de hegemonia – na medida em que foram eleitos para concretizar políticas públicas ditadas pela comunidade.

O exercício deste atividade, portanto, seria substancialmente diverso da atividade desempenhada pelos juízes neste sistema, na medida em que os primeiros, sujeitos que estão à escolha através do voto a cada quatro anos, pautam suas atividades guiados por princípios de política. Os últimos, por princípios jurídicos que vão assumir, ao longo da obra do autor, um papel de unidade lógica de sua concepção/narração.

A prof^a. Vera Karam, em importante estudo do tema, recorda que

Os argumentos de política justificam, segundo Dworkin, uma decisão mostrando que esta avança ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo enquanto que os argumentos de princípio o fazem mostrando que a decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo. As decisões judiciais devem ser geradas por princípios e não por políticas.³

E por que a análise da prática judicial? Não estaria o autor deixando de fora do âmbito de sua análise importantes elementos de observação, como a prática dos advogados e promotores, por exemplo? O próprio autor responde que sua escolha é decorrência do fato de que a prática da atividade judicial, por ser a mais fundamentada, serve para captar o momento jurídico em sua essência da América do Norte. Ou seja, a imposição ao juiz de que fundamente e descreva o processo racional através do qual chegou às suas conclusões (e decisão no processo) permite uma análise mais detalhada da prática jurídica.

O problema de Dworkin não é a figura do operador jurídico (o qual assume grande relevo, no pragmatismo, por exemplo) mas sim o que os operadores consideram como Direito.

Outros autores também buscaram na justificação e racionalização do processo de decisão dos juízes um elemento de manutenção dos princípios da democracia.

Robert Alexy, inclusive, enuncia, no início de uma de suas obras, a importância da discussão acerca dos processos de racionalização na tomada de decisões pelos juízes:

3 CHUEIRI, Vera Karam de. Considerações em torno da coerência narrativa de Ronald Dworkin. Artigo publicado no site <www.buscalegis.ufsc.br>. p. 2.

A pergunta é, onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados.⁴

A análise de Dworkin de forma alguma pode ser desprezada – na medida em que a forma como os juízes decidem os casos que lhes são submetidos influencia o destino de uma determinada comunidade – ou subestimada – na medida em que consegue criticar as duas principais escolas que se digladiam sobre o tema.

O autor, recorda sobre o tema que

Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica.⁵

A crítica de Dworkin está centrada em duas espécies de ceticismo: o ceticismo do convencionalista (e, portanto, do positivista) que advoga a tese de que o Direito está em todos os lugares e o ceticismo do pragmático, segundo o qual o Direito não está em lugar algum.

No primeiro caso, os convencionalistas advogam a tese de que as divergências entre os juízes (operadores do Direito que recebem o foco da atenção do autor) são simples divergências quanto aos supostos de fato, sobre os quais se baseiam os direitos.

Estes, devem ser meramente declarados pelos juízes, que obterão êxito em sua tarefa, desde que compartilhem de um mesmo e eficiente sistema de comunicação através da linguagem e descubram como o fato ocorreu.

4 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 12.

5 DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 19.

Acrescem que a divergência existente entre os juízes é sempre aparente, porque em realidade divergem sobre a aplicação e alcance dos signos que informam a linguagem humana (e jurídica).

No segundo caso, os pragmáticos dizem que quando um juiz interpreta um determinado texto de lei, em realidade o resultado dessa interpretação é a norma que o juiz gostaria que existisse para aquele caso concreto e que, portanto, não existem direitos, mas somente aqueles que são diretamente outorgados pela decisão judicial.

O realismo norte-americano, reação mais aguda ao convencionalismo, vai ser sintetizado por uma frase de efeito: “o Direito depende muito mais do que o juiz tomou no café da manhã do que está previsto na lei ditada pelo legislador”. Ou seja, o Direito não está em lugar algum.

Dworkin rejeita essas duas proposições, na medida em que acredita na existência de divergências substantivas acerca do Direito entre dois juízes, a partir da análise de alguns casos da prática judiciária norte-americana e inglesa. Nestes casos, o autor chega à conclusão de que tanto o convencionalismo quanto o pragmatismo se mostram insuficientes enquanto descritores da realidade jurídica norte-americana.

Citaremos apenas dois dos casos aventados: o caso Elmer e o caso do *snail darter*.

O caso Elmer foi julgado pela Suprema Corte norte-americana e consistia na extensão a ser dada ao direito das sucessões em favor do neto que assassinara, em 1882, o avô, visando, com o homicídio, obter sua parte na herança, visto que havia sido contemplado em testamento.⁶ O crime de Elmer foi descoberto e as herdeiras necessárias buscaram a invalidação do testamento.

Neste caso, os juízes envolvidos na discussão – Juiz Earl e Juiz Gray – não tinham uma mera discordância semântica sobre qual seria a melhor solução para o litígio. Ambos concordavam que a Lei de Sucessões de Nova York – a qual regia a matéria na época – não havia tratado diretamente do assunto e que se tratava de um caso novo submetido à Corte.

⁶ Recordamos, neste ponto, que, no panorama brasileiro, a situação foi previamente aventada pelo legislador do Código Civil de 1916 como caso de indignidade e, portanto, de ineficácia das disposições testamentárias em favor do homicida (art. 1.595, I, do Código Civil brasileiro).

A divergência gravitava em torno de se descobrir qual o verdadeiro papel do legislador para a solução do caso. O voto do Juiz Gray foi favorável ao assassino, na medida em que insistia numa “interpretação literal”, assentada na concepção de que se nenhuma ressalva havia sido feita ao direito de Elmer pelo legislador, o assassino contemplado em testamento deveria receber seu quinhão.

Já o Juiz Earl (que votou com a maioria), muito embora concordasse que o legislador nada havia disposto sobre o tema, advogava a posição de que Elmer nada deveria receber, uma vez que “algo que esteja na intenção dos legisladores deveria fazer parte desta lei”. Ou seja, muito embora a Lei de Sucessões de Nova York não dispusesse de forma contrária e ostensiva em relação à pretensão do assassino, este nada receberia considerado que o espírito da lei era diverso, ou seja, assegurar a execução do ato de última vontade do “de cujus” sem que isto implicasse antecipação de sua morte por razões financeiras.

Num segundo caso, escolhido por Dworkin para demonstrar a existência de concordância semântica (e lingüística) entre juízes que davam solução diversa para um mesmo caso, temos o processo *Tennessee Valley authority versus Hill*, 437 U.S. Neste caso, submetido à Suprema Corte norte-americana, em 1973, sob o argumento de proteção de uma espécie ameaçada, o ministro do Interior dos Estados Unidos suspendeu as obras de uma grande barragem – já em fase final de conclusão – causando, com isto, um prejuízo de milhões de dólares para os cofres norte-americanos.

A lei de preservação das espécies ameaçadas de 1973 dava esse poder ao ministro do Interior e os juízes da Suprema Corte não divergiam sobre isto. A divergência estava situada na possibilidade de o Congresso editar uma nova lei, excepcionando de modo expresse a lei de preservação anterior.

O juiz Burger – que votou com a maioria – considerou que as obras deveriam ser interrompidas, porque não caberia à Corte especular sobre uma potencial vontade do legislador que editou a lei de espécies ameaçadas.

Já o juiz Powell apresentou voto dissidente, sob a consideração de que “não cabe ao Judiciário retificar políticas ou juízos emanados do Poder Legislativo”.

Em ambos os casos, os juízes concordavam sobre o teor da legislação que estavam aplicando, bem como sobre a linguagem utilizada. A discordância era substantiva, acerca de qual o melhor Direito para o caso concreto e o papel desempenhado pelo juiz em relação à vontade do legislador.

Com este tipo de argumento, Dworkin rejeita o convencionalismo – e, inclusive, a obra de H. L. Hart – ao considerar que as discordâncias são substanciais, bem como aponta o pragmatismo como insuficiente na medida em que o discurso judicial não é irracional, nem pode estar amparado em argumentações que visam encobrir opções políticas dos juízes.

Dworkin compreende que a democracia somente pode funcionar quando temos um sistema no qual os juízes interpretam o cenário jurídico de uma determinada comunidade, de modo a resguardar os princípios maiores que a regem, com especial ênfase na liberdade.

Neste ponto, temos de recordar que uma das principais críticas que se faz a Dworkin se assenta no fato de que, ao aplicar princípios da Moral para explicar a prática jurídica norte-americana, estaria se aproximando do jusnaturalismo.

A proximidade do jusnaturalismo com o pragmatismo afasta Dworkin desta concepção, na medida em que o autor defende a tese de que existe uma resposta correta para um determinado problema jurídico, que pode ser obtida a partir dos princípios jurídicos de uma determinada comunidade. Repudia, portanto, a concepção de que não existem respostas corretas, mas apenas respostas diferentes.

Vera Karam, em alentado estudo da obra de Dworkin recorda que, segundo o autor,

a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras jurídicas positivam agasalham, não havendo espaço para sua criação, para o ato discricionário do juiz.⁷

Em síntese, as decisões judiciais devem ser tomadas sob o signo da racionalidade, sob pena de serem ilegítimas, ao afrontarem o sistema re-

7 CHUEIRI, Vera Karam de. **A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin.** Dissertação apresentada no curso de Mestrado em Direito da UFSC. p. 2.

representativo sobre o qual se assenta a democracia norte-americana na atualidade. Existe uma resposta correta que pode (e deve) ser obtida a partir de uma prática interpretativa por parte dos juízes.

O apresentador de uma das mais importantes obras de Dworkin, na edição espanhola (*Los derechos en serio*), Prof. Calsamiglia, sintetiza, com perfeição, a forma como Dworkin repudia – dada sua insuficiência descritiva – o jusnaturalismo, ao referir que

Dworkin não é um autor jusnaturalista porque não crê na existência de um direito natural que está constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis. A teoria do autor americano não é uma caixa de torren-tes transcendental que permite solucionar todos os problemas e que fundamenta a validade e a justiça do direito. Dworkin recusa o modelo de argumentação típico do naturalismo – que se baseia na existência de uma moral objetiva que o homem pode e deve descobrir. O autor americano tenta construir uma terceira via – entre o jusnaturalismo e o positivismo – fundamentada no modelo reconstrutivo de Rawls.⁸

Enfim, a mesma busca da racionalidade das decisões judiciais que conduziu Alexy a construir um sistema de regras e princípios – estes últimos, de forma confessada, com uma ubicação com a Moral⁹ –, instigou Dworkin a buscar nos princípios a construção do Direito como unidade ou integridade, agregado à equidade, ao devido processo e à justiça.

2. Juízes Políticos x Democracia

A pergunta inicial a ser feita é: o modelo contratualista que prevê a existência de funções distintas e especializadas dentro da organização do Estado visando um exercício equilibrado e compartilhado do Poder resolve e explica os problemas da pós-modernidade?

8 CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Patrícia Sampaio. Barcelona: Ariel, 1984.

9 “La positivación de los derechos fundamentales que rigen para todos los poderes del Estado, constituye una apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales.” ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 23.

Entendemos que não, na medida em que inúmeras questões de índole estritamente política, as quais até recentemente eram discutidas e resolvidas dentro da esfera – ou sistema – político, agora são trazidas diariamente ao exame do Poder Judiciário, dada a complexidade das atividades desempenhadas pelo Estado e as colisões de tais atividades com os interesses de milhões de pessoas no Brasil.

O deslocamento das questões políticas para o espaço jurídico é, ainda, um sintoma de democratização na tomada de decisões.

A tradição brasileira de jurisdição constitucional se fortaleceu após 1988, na medida em que a Constituição Federal vigente teria canalizado demandas sociais reprimidas, refletindo, contudo, uma “Carta-compromisso” de transformação social do país, como lembra Lobato,¹⁰ de maneira a **judicializar** algumas das importantes questões políticas no Brasil.¹¹

Senão, vejamos o argumento de Dworkin:

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os confere... devemos levar em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais que outros apenas porque têm mais a perder...¹²

Ou seja, uma das forma através das quais as minorias (que no Brasil significam as maiorias politicamente desorganizadas) têm para interferir

10 LOBATO, Anderson Cavalcante. A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado Democrático de Direito. **Cadernos de Pesquisa**, São Leopoldo, RS, n. 4, 1997, p. 28.

11 “Num caso, temos o direito ilustrado de modo emblemático pelos recursos a um Poder Judiciário autônomo. Noutro, temos o direito encarnado pela sociedade e pelo Estado em instituições e concepções político-ideológicas, com suas respectivas compreensões a respeito da justiça social. A experiência jurídica revela-se, dessa maneira, como sendo concomitantemente uma forma de resolver conflitos entre indivíduos e um modo de se promover a sociabilidade no seio de uma comunidade.” ARRUDA JR., Edmundo de Lima; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o Direito. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002. p. 228.

12 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

no processo de tomada de decisão da classe política é, exatamente, a judicialização da questão política, seja através do Ministério Público, entidades de classe, associações, sindicatos ou autor popular. Tanto no Brasil, como nos Estados Unidos, os grupos empresariais exercem enorme influência no processo de definição das políticas públicas pelo Executivo e pelo Legislativo, alijando, na maioria dos casos, os diretamente prejudicados pelas decisões do processo democrático formal. Partindo do cenário atual brasileiro, o Prof. Leal constata que:

O modelo principiológico adotado pelo Welfare State, aliado ao vultoso número de funções conferidas ao Poder Judiciário, admitiu uma estrutura constitucional onde a decisão judicial passou a ter poderes nunca imaginados.¹³

A própria redemocratização do Brasil, após os “anos de chumbo”, passa a representar uma premissa importante na construção deste nosso sistema de revisão judicial e de juridicização das questões políticas, como lembra Alcebíades Jr.:

[...] a efetividade política dos direitos não pode se dar sem qualquer critério, descolada de princípios jurídicos. E aqui princípios fruto de uma construção histórica dos direitos, através da positivação da lei. A política e o direito são as duas faces de uma mesma moeda, que é o poder, e precisam andar juntas. Por isto, politização do direito sim, mas juridicização da política também, porque senão o absolutismo se impõe.¹⁴

Em artigo publicado em jornal de grande circulação no Brasil,¹⁵ Dworkin refere que o controle judicial sobre os atos do Legislativo não é um modelo perfeito de exercício democrático do poder, mas um instrumento viável e que tem-se mostrado eficiente na realidade norte-americana:

13 LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 7, n.º 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

14 OLIVEIRA Jr., José Alcebíades de. Politização do Direito e juridicização da política. Artigo publicado no site <www.buscalegis.ufsc.br>. p. 3.

15 DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. **O Estado de São Paulo**, 26 abr. 1997. Espaço Aberto.

Deste modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política no longo prazo.

Na realidade norte-americana há que se ressaltar que o impacto da revisão judicial das decisões tomadas pelos demais Poderes tende a ser menor, na medida em que os juízes também são eleitos nos Estados Unidos, o que não ocorre no Brasil. Daí o apelo/descrição que Dworkin constantemente faz em sua obra *“O império do direito”* para que os juízes (norte-americanos) julguem com base em princípios jurídicos e não políticos.

No caso brasileiro, a revisão de políticas públicas pelo Poder Judiciário sofre uma crítica mais intensa pela sociedade e pelos membros dos demais Poderes, os quais tendo sido eleitos, sentem-se traídos pelo fato de que a legislação brasileira permite – mais e mais – a revisão de seus atos através do sistema misto de controle de constitucionalidade.

A doutrina,¹⁶ no caso brasileiro, divide o sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade em duas espécies: o concentrado, modelo austríaco, atribui a um único órgão judiciário criado para esse fim a função de julgar a constitucionalidade das leis e atos normativos; o difuso, indiferentemente, permite a qualquer juiz conhecer da matéria e decidir sobre a constitucionalidade.

No caso brasileiro, as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis têm sido conservadoras e não raro privilegiaram e legitimam uma decisão tomada pelo Executivo, o qual, em muitos casos, apenas executa políticas econômicas ditadas por organizações empresariais estrangeiras.

Deste modo, muito embora a judicialização da política nas demais instâncias desempenhe um papel fundamental para a democracia no país,

16 LOBATO, Anderson C. Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: aceitação do controle preventivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 124, p. 169-178, 1994.

não raro tais decisões judiciais acabam sendo “atropeladas” por uma decisão do Supremo Tribunal Federal, defendendo, abertamente, a adoção de súmulas vinculantes como forma de racionalização das decisões judiciais no país.

São os dois lados do processo da judicialização das questões políticas, o qual, com suas virtudes e defeitos tem evoluído e sido legitimada como uma instância de resistência, em alguns casos, do processo de desmantelamento da organização estatal e redução de seus serviços sociais.

Dworkin traz, portanto, importantes subsídios em favor da tese da revisão dos atos políticos pelo Poder Judiciário, como elemento da democracia e redução da ingerência dos grupos estatais nas definições de políticas públicas do Estado.

Contudo, o prof. Arnaud,¹⁷ de forma arguta, quando analisa o fenômeno de “globalização” dos direitos humanos, critica a visão de Dworkin que repousa, segundo o autor, numa *visão regional* (norte-americana):

Ronald Dworkin procurou definir critérios para a comunidade: uma cidadania comum, obrigações partilhadas em relação a princípios determinados de justiça, a lealdade, a recusa de todo poder discricionário da parte de uma instituição estatal. Além disto, esses mesmos critérios de ‘uma audiência ideal’ se baseiam demais em valores comuns que, na realidade, têm sua raízes em uma cultura jurídica específica que não tem nada de universal e da qual poder-se-ia dizer que é por demais ‘regional’, para que possa se constituir em um fundamento universal para os direitos humanos.

Muito embora a crítica seja parcialmente procedente, não podemos deixar de reconhecer que:

1° – a construção teórica de Dworkin se presta, segundo o próprio autor, a descrever a prática jurídica norte-americana (e inglesa);

2° – a existência de princípios jurídicos, conectados com a Moral, pode ser uma descrição no contexto norte-americano, segundo o autor, mas pode muito bem servir de elemento prescritivo numa sociedade jurídica como a brasileira, como instrumento de resistência à globalização.

17 ARNAUD, André Jean. **O Direito entre modernidade e globalização**: Lições de filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 101

Conclusões

Muito embora reconheçamos em Dworkin um dos maiores teóricos da atualidade – porque voltado para a prática jurídica – não podemos olvidar que outros elementos interferem de forma intensa no processo de tomada de decisão pelos juízes. Talvez Dworkin não acredite, realmente, que seus juízes – de carne e osso – sejam hercúleos, mas apenas queira que o sejam (modelo ideal).

Será Dworkin, então, um sociólogo e cronista do Direito norte-americano ou um filósofo do Direito em busca de um mundo melhor?

O pragmatismo, neste quadrante, ganha reforço em algumas de suas argumentações, a partir das obras de Freud e de uma visão perspectiva do julgador.

Segundo Freud,¹⁸ o conceito do inconsciente era obtido a partir da definição de determinados processos de dinâmica mental muito poderosos e que produziam na vida mental todos os efeitos que as idéias comuns produzem, podendo, inclusive, se tornar idéias. A razão pela qual tais idéias não poderiam se tornar conscientes estava ligada a uma força que se opunha a sua consciência, sendo que o estado em que as idéias existiam após removida esta força opressora de resistência é chamado de repressão. Para Freud o reprimido é o “protótipo do inconsciente”.

Ainda segundo Freud,¹⁹ “[...] para o ego a percepção desempenha o papel que no id cabe ao instinto. O ego representa o que **pode ser chamado de razão** [grifei] e senso comum, em contraste com o id, que contém as paixões”.

Já o superego é o sucessor e representante dos pais (e educadores) que supervisionam as ações do indivíduo em seus primeiros anos de vida, perpetuando suas funções quase sem modificação. O ego atua sobre o id através do superego.

Poderia, portanto, o juiz de Dworkin conviver com o juiz de Freud, ou seriam apenas duas faces de uma mesma moeda? O juiz de Dworkin

18 FREUD, Sigmund. O ego e o id (1923). In: **Obras completas**. Rio de Janeiro: Imago, 1976. p. 25.

19 FREUD, Sigmund. *Op. cit.*, p. 39.

seria guiado pelo superego, enquanto o de Freud seria também influenciado por elementos inconfessáveis do inconsciente?

O Direito deitado no divã talvez respondesse as duas coisas, na medida em que o nível consciente pode refrear instintos no mais das vezes fundados em preconceitos, porque os juízes são – ou deveriam ser – treinados por sua experiência para evitar que sejam guiados pelo inconsciente. Todavia, o círculo se fecharia, considerando que ainda assim o inconsciente se faz presente de forma inexorável.

Se os princípios jurídicos para Dworkin são intuídos a partir de uma estrutura unitária que é a comunidade, poderíamos aceitar tal nível de abstração, desconsiderando o papel individual do julgador? Creio, portanto, que Dworkin é um filósofo do Direito, com enorme capacidade argumentativa e informado pela necessidade de construir uma prática jurídica que atenda aos princípios maiores da Moral.

Esses princípios são considerados pelo julgador no processo de tomada das decisões, mas não de forma consciente – antes inconsciente – tanto nos casos difíceis, quanto nos fáceis (e, neste ponto, permitimo-nos divergir do autor).

Todavia, o processo de seleção e escolha dos juízes no Brasil ainda é muito conservador, na medida em que “elege” uma padrão ideal de comportamento e conhecimento jurídico que só episodicamente representa todos os estratos da sociedade brasileira.

Esta, certamente, é contingenciada pelas decisões judiciais e por seus princípios, e não o inverso, como gostaria Dworkin.

A democracia no Brasil, portanto, pode ser construída através da recuperação dos espaços de participação da comunidade no processo da tomada das decisões judiciais, seja através da crítica, seja através de meios alternativos de resolução dos conflitos.

O Judiciário, pode, enfim, colaborar com esse processo evolutivo, seja através da criação de novos mecanismos de escolha e seleção de seus juízes, seja através da menor utilização do sistema concentrado de controle da constitucionalidade das leis.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARRUDA JR., Edmundo de Lima; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o Direito. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002.

ARNAUD, André Jean. **O Direito entre modernidade e globalização**: Lições de filosofia do Direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Patrícia Sampaio. Barcelona: Ariel, 1984.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Considerações em torno da coerência narrativa de Ronald Dworkin**. Artigo publicado no site <www.busca.legis.ufsc.br>.

_____. **A dimensão jurídico-ética da razão**: o liberalismo jurídico de Dworkin. Dissertação apresentada no curso de Mestrado em Direito da UFSC.

DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. **O Estado de São Paulo**, 26 abr. 1997. Espaço Aberto.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FREUD, Sigmund. **Obras completas**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 7, n. 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

LOBATO, Anderson Cavalcante. A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado Democrático de Direito. **Cadernos de Pesquisa**, São Leopoldo, RS, n. 4, 1997.

_____. Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: aceitação do controle preventivo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 124, p. 169-178, 1994.

OLIVEIRA Jr., José Alcebiades de. Politização do Direito e juridicização da política. *In*: <www.buscalegis.ufsc.br>.