

OS MEDOS DE DWORKIN E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: O DIREITO ENTRE A MORAL E A POLÍTICA NA PRÁTICA

*THE FEARS OF DWORKIN AND BRAZILIAN CONSTITUTIONAL JURISDICTION: THE
LAW BETWEEN THE MORAL AND POLITICAL IN PRACTICE*

*LOS MIEDOS DE DWORKIN Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL BRASILEÑA: EL
DERECHO ENTRE LA MORAL Y LA POLÍTICA EN LA PRÁCTICA*

Igor Suzano Machado¹

Resumo: Segundo Alan Hunt, o projeto de Ronald Dworkin é a construção de uma teoria jurídica motivada por um conjunto inter-relacionado de medos: o medo do subjetivismo e das preferências pessoais; o medo do relativismo e do niilismo; e o medo do pragmatismo e do utilitarismo. Segundo Hunt, esses três medos demonstram que o que Dworkin teme é nada mais que a própria política. A questão que se coloca é: seria realmente possível uma interferência do Direito na política – como, inegavelmente ocorre, dentre outros, em julgamentos

1 Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; professor adjunto do departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de Viçosa – MG. *E-mail:* igorsuzano@gmail.com.

de controle de constitucionalidade – de uma maneira na qual os medos de Dworkin persistam como dimensões alheias ao jurídico? O objetivo do presente trabalho é refletir sobre essa questão, tomando como base não apenas reflexões teóricas sobre o tema, mas também dados empíricos, relativos a importantes decisões recentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Palavras-chave: Dworkin. Política e Moral. Jurisdição Constitucional.

Abstract: According to Alan Hunt, Ronald Dworkin's main project is the construction of a legal theory motivated by an interrelated set of fears: fear of subjectivism and of personal preferences; fear of relativism and nihilism; and fear of pragmatism and utilitarianism. According to Hunt, these three fears demonstrate that what Dworkin fears is nothing more than politics itself. The question that arises is this: is it really possible to have an interference of law on politics - as undeniably occurs in judgments of control of constitutionality, among others, such that the Dworkin's fears remain as dimensions outside the legal sphere? This paper reflects on this issue, taking as the basis not only theoretical reflections on the theme, but also empirical data relating to important recent decisions of the Brazilian Supreme Court.

Key-words: Dworkin. Politics and Moral. Constitutional Jurisdiction.

Resumen: Según Alan Hunt, el proyecto de Ronald Dworkin es la construcción de una teoría jurídica motivada por un conjunto interrelacionado de miedos: el miedo al subjetivismo y a las preferencias personales; el miedo al relativismo y al nihilismo; y el miedo al pragmatismo y al utilitarismo. Según Hunt, esos tres miedos demuestran que a lo que Dworkin le teme es nada más que a la propia política. La cuestión que se plantea es: ¿sería realmente posible una interferencia del Derecho en la política – como innegablemente ocurre, por ejemplo, en juicios de control de constitucionalidad – de una manera en la cual los

miedos de Dworkin persistan como dimensiones ajenas a lo jurídico? El objetivo del presente trabajo es reflexionar sobre esa cuestión, tomando como base no solamente reflexiones teóricas sobre el tema, sino también datos empíricos relativos a importantes decisiones recientes del Supremo Tribunal Federal brasileño.

Palabras clave: Dworkin. Política y Moral. Jurisdicción Constitucional.

INTRODUÇÃO

Segundo Alan Hunt, o projeto do jusfilósofo Ronald Dworkin é a construção de uma teoria jurídica motivada por um conjunto inter-relacionado de medos ou aversões. Primeiro, o medo do subjetivismo e de preferências pessoais. Segundo, o medo do relativismo e niilismo. E terceiro, o medo do pragmatismo e utilitarismo. Segundo Hunt, esses três temores, quando tomados em conjunto, demonstram que o que Dworkin teme é nada mais que a própria política. O projeto intelectual de Dworkin, portanto, seria motivado pelo medo da política.²

A constatação de Alan Hunt é correta. Mas apenas em parte. Nesse sentido, vale lembrar que Dworkin sustenta que a prática judiciária é um exercício de interpretação de uma forma mais geral, que vai além do momento que os juristas interpretam documentos ou leis específicas, sendo o Direito, assim concebido, profundamente político e juristas e juízes não podendo, dessa maneira, evitar a política no sentido amplo da teoria política. Contudo, ele continua, o Direito também não seria uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreendesse essa diferença forneceria uma compreensão pobre do Direito e uma orientação para ele, mais pobre ainda.³

Ou seja, Dworkin entende que existe uma relação entre Direito e política, mas entende que se trata de uma relação muito específica, que não se confunde

2 HUNT, Alan. *Reading Dworkin critically*. New York: Berg, 1992. p. 39

3 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 217.

com as práticas políticas partidárias, por exemplo, e que, nesse sentido, de fato, precisaria se manter distante do subjetivismo, do relativismo e do pragmatismo. Isso seria possível porque o Direito operaria em uma chave hermenêutica moral, responsável por reconstruir o único significado correto possível para um conjunto de normas vinculadas a mesma heurística principiológica, baseada na defesa de direitos individuais. A questão que se coloca é: seria realmente possível uma interferência do Direito na política – como, inegavelmente ocorre, dentre outros, nos julgamentos de controle de constitucionalidade – de uma maneira na qual os temores de Dworkin persistam como dimensões alheias ao jurídico? O objetivo do presente trabalho é refletir sobre essa questão tomando como base não apenas reflexões teóricas sobre o tema, mas também dados empíricos do exercício do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF).

Na dimensão teórica, o texto se concentrará nas formulações de Dworkin e seus críticos. Já no que tange aos dados empíricos que serão trazidos à tona para aprofundamento da análise, a pesquisa fará uso de três importantes decisões recentes do STF. São elas:

- Decisão dos mandados de injunção (MI) nº 670, 708 e 712, em que o STF regulou o direito de greve do servidor público, caso de “ativismo” em que o Poder Judiciário cumpriu funções, em tese, do Legislativo e do Executivo;
- Decisão da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 3510, que decidiu sobre a possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, levando ao Judiciário questões de forte conotação moral, aproximando-o de uma espécie de pontificado laico;
- ADIs 3999 e 4086, nas quais o STF confirmou a fidelidade partidária exigida em resolução do TSE, interferindo diretamente na competição eleitoral.

Tais decisões foram colhidas junto ao endereço eletrônico do STF (www.stfjus.br) e não só representam três casos clássicos de intervenção do Direito na política democrática (BADINTER; BREYER, 2004),⁴ como também obrigam a suprema corte brasileira a refletir sobre a sua própria posição e a natureza de suas

⁴ BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Orgs.). *Judges in Contemporary Democracy*. New York/London: New York University Press. 2004.

funções, manifestando-se explicitamente sobre o tema e, assim, contribuindo para a compreensão do entendimento da corte sobre si mesma e as atividades que desenvolve.

O DIREITO E OS TEMORES DE DWORKIN: PARANÓIA OU PRECAUÇÃO?

Ao longo das últimas décadas, Dworkin desenvolveu um influente arcabouço teórico para tentar dar inteligibilidade conjunta às dimensões sociais do Direito, da Política, da Justiça e da Moral. Seu trabalho tem início com enfrentamentos teóricos dentro do campo da teoria jurídica. Mas, como suas próprias reflexões sobre o Direito levavam a desacreditar a possibilidade de uma fundamentação do Direito no próprio Direito, ao menos na forma como ele era compreendido na teoria jurídica tradicional (positivista), ele se vê obrigado a ir além, adentrando em discussões sobre política, justiça e moral.⁵

O ponto de partida de Dworkin é o enfrentamento, no campo do Direito, do chamado positivismo jurídico. Segundo tal concepção do Direito, este seria o conjunto de regras previstas na legislação estatal. Essas regras seriam juridicamente válidas por um teste de *'pedigree'*, isto é, pela avaliação de sua origem: se essas regras têm origem em procedimentos previstos em outras regras juridicamente válidas, elas são juridicamente válidas. No positivismo de Kelsen, essa regressão vai até uma regra pressuposta – a norma hipotética fundamental – que marca a distinção entre o jurídico e o não jurídico. No positivismo de Hart – que é o principal alvo da crítica de Dworkin –, até regras de organização do campo jurídico que são amplamente aceitas pela comunidade cujo ordenamento jurídico está em questão.

Necessariamente, tais regras que compõem o universo do direito positivista não são capazes de abranger a totalidade das situações com que os juízes se verão obrigados a lidar em seu dia a dia profissional. Nesse ponto, surge a necessidade de o juiz fazer uso de um poder discricionário e decidir o caso apelando a

⁵ A reconstrução da teoria de Dworkin que se segue é baseada em seus livros *Levando os direitos a sério* (2002); *O império do Direito* (2003); *Uma questão de princípio* (2005); *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana* (2006a); *Justice in robes* (2006b) e *Justice for Hedgehogs* (2011).

elementos extrajurídicos. É aí que começa a crítica de Dworkin, segundo o qual o Direito é, ao mesmo tempo, mais e menos do que isso. Mais do que isso porque não seria composto apenas pelas regras que esgotam o universo do propriamente jurídico dentro da concepção positivista: para além dessas regras, segundo Dworkin, o Direito também seria composto por princípios incapazes de se sujeitarem aos testes de *pedigree* positivistas. E menos do que isso porque, no momento de silêncio das regras do direito positivo, não caberia ao juiz fazer uso de poder discricionário e decidir com base em elementos extrajurídicos, mas sim se basear nos princípios jurídicos referidos anteriormente para declarar um direito de alguma forma preexistente e que não foi inventado pelo juiz.

Com base nessa crítica, Dworkin desenvolve sua própria teoria jurídica, batizada de “Direito como integridade”. Dentro dessa concepção, o Direito passa a ser entendido como uma prática interpretativa que busca dar à totalidade da cultura institucional de determinada comunidade política – cultura institucional esta que está representada em suas decisões políticas pretéritas, como suas leis, Constituição, precedentes judiciais, etc. – uma coerência baseada em princípios. Isto é, cabe aos operadores do Direito – advogados, promotores e, especialmente, juízes – proceder a uma leitura integrada das leis e jurisprudência locais capaz de apresentar o todo daí resultante como um conjunto coerente derivado do compromisso com princípios como o respeito à vida, à dignidade, à liberdade, etc.

Logo, no Direito como Integridade, os juristas desenvolvem uma argumentação baseada em princípios, que Dworkin diferencia de uma argumentação baseada em políticas. A primeira busca uma única resposta que garanta a defesa de direitos individuais. Já a segunda, tem como objetivo justificar melhorias para a coletividade. Na primeira, é exigida uma hermenêutica moral que só admite uma única resposta correta. Na segunda, distintos entendimentos a respeito do melhor futuro para a comunidade disputam supremacia no campo político. É essa distinção que permite a Dworkin reconhecer que os juízes tomam decisões políticas importantes sem que, com isso, possa-se confundir, por exemplo, o trabalho dos juízes de uma corte constitucional e o dos parlamentares no Poder Legislativo: enquanto os primeiros estão adstritos a argumentos de princípio, os segundos são livres para tentar fazer valer argumentos de política.

É por isso que Dworkin afirma que, no sentido amplo da teoria política, o Direito é profundamente político, pois efetiva os princípios de uma teoria política e moral específica (e daí o porquê de Dworkin também desenvolver, em seus escritos, as dimensões política e moral de sua teoria). Mas não sem complementar que isso não faz com que se possa confundir a política feita por juízes e a política feita pelos políticos no sentido estrito do termo. Com base nisso, pode-se afirmar que a crítica de Hunt, que diz que Dworkin tem “medo da política” é correta apenas em um sentido: de fato, Dworkin não admite que os juízes ajam como parlamentares não eleitos e sua teorização do Direito como Integridade tem entre seus objetivos evitar isso. Porém, por outro lado, Dworkin é um dos pensadores que mais explicitamente vincula a teoria jurídica e a teoria política, não admitindo que a primeira tenha fundamentação autônoma. Os princípios que o Direito como integridade deve efetivar correspondem a uma construção filosófica específica dentro do campo da teoria política: uma justiça liberal, baseada na igual consideração e respeito por todos.

Ainda assim, em Dworkin, a justiça liberal não se apresenta como uma escolha dentre outras – por exemplo, entre uma justiça liberal e uma justiça utilitarista –, mas sim como a única escolha capaz de permitir as escolhas subsequentes, dando à própria noção de direitos a sua inteligibilidade. Isto é, os princípios de justiça de Dworkin, assim como os de John Rawls – ao menos na primeira versão de sua Teoria da Justiça – e de Jürgen Habermas – nesse caso, os princípios U (universalização) e D (democracia) – atendem a um imperativo moral, que deve pautar a política e não por ela ser pautado.

Isso faz com que, em outro sentido, como dito anteriormente, a crítica de Hunt seja pertinente. De fato, Dworkin é avesso ao personalismo, ao niilismo e ao pragmatismo. Segundo ele, não cabe aos juízes fazerem escolhas sobre o melhor futuro para a comunidade baseadas em suas próprias convicções políticas e morais. Os juízes comprometidos com o Direito como Integridade devem buscar sempre a única resposta correta para os casos que julgam: a única resposta capaz de fazer as decisões políticas anteriores da comunidade parecerem um todo coerente, iluminado por princípios morais comuns, que permitem à comunidade se reconhecer como um conjunto de indivíduos ligados por laços de fraternidade.

Tal concepção pode causar certa perplexidade diante de uma sociedade marcada por divisões derivadas da diversidade de culturas, gêneros, classes sociais, etc. E, de fato, causa irritação a autores vinculados a correntes de pensamento pós-moderno, multiculturalista, feminista, marxista, etc. O cerne da crítica desses autores pode ser visto com clareza nas palavras dos pós-modernistas Warrington e Douzinas. Segundo Warrington e Douzinas, em texto escrito em conjunto com McVeigh (1991, p. 66-67),⁶ a Integridade, tal como proposta por Dworkin, é uma prosopopeia, que dá à sociedade uma característica humana – a própria integridade. Segundo eles, esse movimento retórico mascararia a fragmentação social com uma máscara humana, representativa de um todo íntegro. Essa costuma ser a consequência do pensamento de jusfilósofos não só pós-modernos, mas também feministas e marxistas. Se a sociedade é ontologicamente fragmentada entre culturas, gêneros e classes sociais, representá-la como uma totalidade não é mais do que, de forma incoerente, ou mesmo mal intencionada, mascarar essa sua fragmentação fazendo o jogo de um grupo específico e dominante.

Mas será que essa dimensão de totalidade que se sobrepõe às diversas divisões da sociedade é mesmo uma 'máscara'? Ou seria uma necessidade? As diferenças ressaltadas por Warrington e Douzinas não exigiriam uma dimensão de comunalidade, que permite que haja consenso ao menos sobre a respeito do que se diverge? A questão que surge daí é: estaria Dworkin sendo negligente com a dimensão social do dissenso, ou, pelo contrário, são dimensões pós-modernas, multiculturalistas, marxistas e feministas que, por sua vez, são negligentes com a questão do consenso? Se se reconhece que ambas as dimensões se fazem presentes em qualquer comunidade política, com qual das duas o Direito estaria mais diretamente relacionado? E qual das duas visões, a que vincula o direito à pluralidade política ou a que o vincula à unidade moral explica melhor a jurisdição constitucional brasileira? Os ministros do STF compartilham os medos de Dworkin? Ou assumem posições a favor de certos grupos e perspectivas de melhor futuro, apenas disfarçando-as sob uma linguagem de universalidade?

6 WARRINGTON, Ronnie; DOUZINAS, Costas; McVEIGH, Shaun. *Postmodern jurisprudence: the law of text in texts of law*. London: Routledge. 1991. p. 66-67.

As últimas perguntas do parágrafo anterior exigem uma incursão empírica, que será realizada no tópico seguinte, por meio das decisões dos Mis 670, 708 e 712, da ADI 3510 e das ADIs 3999 e 4086. Com base nesses dados se retornará às questões precedentes – relativas à maior proximidade entre as dimensões do jurídico e da convergência ou do jurídico e da divergência – para que se reflita sobre elas no último tópico, a ser seguido pela conclusão do estudo.

E O STF? TEM MEDO DE QUÊ?

O final do tópico anterior contrapôs dois entendimentos distintos a respeito do Direito. De um lado, Dworkin chama atenção para o fato de que, por mais diferentes que sejamos e por mais dividida que seja a sociedade, ainda assim almejamos viver juntos, compartilhando princípios comuns que integram uma comunidade política por meio de laços fraternos. O direito seria assim uma decorrência dessa dimensão de convergência moral e um instrumento capaz de protegê-la, garantindo os direitos individuais encampados pela justiça liberal. Do outro, visões que destacam as profundas fraturas existentes na sociedade, expressas nos interesses antagônicos de diferentes classes, gêneros, etnias, etc. Segundo tais visões, o Direito seria a manifestação dos interesses de um desses grupos travestida de vontade geral, contribuindo para garantir a supremacia da classe, do gênero e da cultura dominantes.

Considerando que ambas as dimensões da vivência social, tanto do consenso, quanto do dissenso, são inegáveis, qual das duas, afinal, pode e/ou deve guiar a prática dos operadores do Direito? E qual efetivamente guia essa prática no caso brasileiro? Concentremo-nos na segunda pergunta, para depois tentar responder a primeira. Para se ter uma noção de como tem se pautado o STF diante desse dilema, foram escolhidos nesse trabalho três casos emblemáticos de julgamentos recentes da corte, capazes de oferecer, pela sua complexidade, algumas nuances importantes a respeito de como a corte entende o Direito e sua própria função num regime democrático. Esses três casos são:

1. O julgamento dos MIs 680, 708 e 712, nos quais o STF fixou balizas para o exercício de greve dos servidores públicos. Trata-se de caso

típico do chamado “ativismo judicial”, em que juízes assumem papel normativo sujeito a críticas por se tratar de invasão de competência dos poderes Legislativo e Executivo, levando a corte a refletir sobre a distinção, cara a Dworkin, entre as funções legislativas e judiciárias.

2. Julgamento da ADI 3510, na qual o STF confirmou a possibilidade de realização de pesquisas científicas utilizando células-tronco embrionárias. Esse segundo caso, por sua vez, leva a corte a refletir sobre a distinção entre seus julgamentos e os de outras instâncias normativas como a ciência e a religião, colocando os juízes numa possível situação de representantes de um “pontificado laico”.

3. Por fim, o julgamento das ADIs 3999 e 4086 no qual o STF interveio diretamente na competição política, fixando critérios de elegibilidade. Ou seja: caso da chamada “judicialização da política” em sentido estrito, que leva à reflexão sobre o que justificaria e permitiria a intervenção do direito na política.

O que a análise das decisões demonstra é que, em certo sentido, os ministros do STF são bem dworkinianos. Em seus votos, buscam dar coerência ao conjunto do ordenamento jurídico, integrando a Constituição Federal, as leis infraconstitucionais, as decisões judiciais anteriores e mesmo o direito comparado, ou, nas palavras do ministro Leandro Lewandowski, a regulação jurídica dada ao tema pelo “mundo civilizado” (ADI 3510, p. 296). Por exemplo, na decisão dos MIs 680 708 e 712, um novo entendimento a respeito do mandado de injunção busca raízes em votos de decisões anteriores do STF e a própria regulação do direito de greve do servidor público é construída com base na Constituição e na regulação da greve dos trabalhadores da iniciativa privada (p. 2, 4, 17, 21, 74, 77, 78, 93, etc.). Igualmente, na decisão da ADI 3510, referências a valores constitucionais são complementadas com trechos do código civil, penal, Estatuto da Criança e do Adolescente e legislação de doação de órgãos (p. 28, 32, 37, 63, etc.). Por fim, no julgamento das ADIs 3999 e 4086, as leis eleitorais e precedentes do próprio STF são mobilizados como demonstração da vigência dos princípios constitucionais que os ministros buscam efetivar (p. 28, 29, 41, 56 e 59).

Esse projeto de integração normativa também obedece a uma lógica bastante cara a Dworkin: têm prevalência os princípios e uma “linguagem de direitos”, isto

é, os princípios jurídicos e os direitos das pessoas previstos pela Constituição norteiam os julgamentos. Uma postura explicitamente antiutilitarista, inclusive, é assumida por alguns ministros, como Menezes Direito, Leandro Lewandowski e Gilmar Mendes (ADI 3510, p. 132, 153, 307, 470).

Os ministros também mantêm um esforço constante para diferenciar a natureza de suas funções e das funções legislativas. Mesmo quando assumem uma postura mais ativa normativamente, propondo as famigeradas sentenças de perfil aditivo, fazem numerosas ressalvas para deixar claro que não estão simplesmente legislando em substituição dos parlamentares eleitos. Por exemplo, diferenciam funções normativas e legislativas (MI 712, p. 1, 20-22) afirmando que o STF exerce as primeiras, mas não as segundas, não prolatando normas de decisão nem extrapolando a vontade hipotética do legislador (MI 680, p. 26, 27, 36, 39, 40, 127, 176).

Igualmente, observa-se um esforço constante dos ministros para mostrar que, apesar de lidarem com argumentos científicos, religiosos, morais e filosóficos na ADI 3510, estão decidindo o caso sob o prisma jurídico, mesmo que não fique claro exatamente o que significa isso. Ainda que cada ministro encare a distinção de maneira diferente, a referência a essa distinção é generalizada (p. 33, 79, 104, 194, 267, 318, 407). Logo, o Direito como Integridade de Dworkin oferece uma descrição interessante para a atividade judiciária no STF, ao menos nas dimensões anteriormente aludidas. Assim, é de esperar que os ministros do STF compartilhem com Dworkin seus medos, encarando-os como uma precaução importante dentro de uma atividade propriamente jurídica. Pois vamos a eles.

Primeiramente, quanto ao medo do subjetivismo e das preferências pessoais, o que se observa é que, ao contrário do que se poderia supor, a linguagem utilizada pelos ministros nas decisões é predominantemente pessoal e subjetiva e não impessoal e objetiva. Em vez de se colocarem como porta-vozes de uma lei que leva necessariamente a uma direção no julgamento, os ministros usam expressões que expressam a personalidade de suas decisões, como "ao meu ver", "ao meu sentir", "não me parece", "o que proponho", além de vários verbos conjugados na primeira pessoa do singular como "creio", "entendo", etc. Mesmo assim, isso não é

um sinônimo do subjetivismo que Dworkin teme, pois essa linguagem pessoal faz referência apenas à interpretação pessoal de determinado conjunto de decisões políticas anteriores. A pessoalidade não é do tipo “eu acho que o melhor para o país seria isso”, mas sim do tipo “no meu entender a lei deve ser interpretada de tal forma”. Logo, os ministros do STF temem a pessoalidade no sentido que apavora Dworkin, mas a assumem num sentido que Dworkin também assume, quando diz, por exemplo, que suas opiniões constitucionais são influenciadas por suas próprias convicções políticas e que o mesmo acontece com as opiniões de juristas mais conservadores e mais radicais que ele (2006a, p. 56-57).⁷

O medo do relativismo e do nihilismo é menos explícito nas decisões, mas não deixa de se fazer presente, por exemplo, quando, no julgamento da ADI 3510, Celso de Mello destaca que, “independente do Estado e do momento histórico, a pessoa humana representa sempre o núcleo fundante e eticamente legitimador dos ordenamentos estatais” (p. 423-424). Por fim, no que tange ao medo do pragmatismo e do utilitarismo, observa-se que os ministros até fazem uso de argumentos utilitaristas, mas apenas de maneira acessória, aditando-os à fundamentação já consolidada sobre uma linguagem de respeito a direitos e princípios e buscando sempre a integração entre o conteúdo da Constituição, das leis infraconstitucionais e de suas próprias decisões. Há mesmo, conforme já salientado, casos de assunção de postura explicitamente antiutilitarista, como nos votos dos ministros Menezes Direito, Leandro Lewandowski e Gilmar Mendes na decisão da ADI 3510. Igualmente, se o pragmatismo é encarado como forma de evitar a inflação de filosofia na teoria de Dworkin, ele se mostra completamente inadequado como descrição da atividade jurisdicional da suprema corte brasileira, já que a referência à filosofia é amplamente utilizada (por exemplo: ADIs 3999 e 4086, p. 34 e ADI 3510 p. 65, 88,104, 122, 132, 133, 134, 136, 219, 237, 318, 321, 409, 469, etc.).

Ou seja: o que se observa nos julgamentos do STF aqui analisados é que os ministros da suprema corte brasileira têm uma autocompreensão de sua função num governo democrático muito próxima da sugerida por Dworkin. Eles entendem que devem refrear impulsos contrastantes com os direitos constitucionalmente

⁷ DWORKIN, Ronald. *Direito da Liberdade: a Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes. 2006a. p. 56-57.

previstos, sendo o tribunal uma arena de defesa de direitos com base em argumentos de princípios. Há diferenças de ministro para ministro, alguns mais adstritos à separação dogmática dos três poderes e outros menos; alguns de apego mais ferrenho à hierarquia de normas positivista, outros menos; alguns mais afetos a uma linguagem objetiva e hiperbólica, outros menos; e mesmo alguns nitidamente mais bem preparados para suas funções institucionais e outros menos. Mesmo assim, não há espaço para um subjetivismo que vai além do aceito por Dworkin, como consequência de não ser aceito, igualmente, alto grau de relativismo. Num mesmo sentido, uma visão pragmatista falha tanto quando sugere que os juízes não se envolvem em discussões filosóficas – argumento falso no que se refere aos ministros do STF – como quando sugere que os juízes devem decidir tendo como parâmetro o melhor futuro e não as decisões políticas do passado – o que as decisões analisadas demonstram é que os ministros do STF têm inclinações nitidamente antiutilitaristas e dão grande importância às leis e às decisões judiciais anteriores.

Por tudo isso, o Direito como Integridade de Dworkin aparece como construção teórica útil para a compreensão do atual funcionamento da suprema corte brasileira. Claro que, em certo sentido, Dworkin é uma influência de alguns ministros e a relação entre sua teoria e a prática no STF é na direção da influência de Dworkin sobre os ministros e não do entendimento de Dworkin sobre a prática dos juízes. Mas mesmo quando tomada como descrição das atividades de ministros que não parecem diretamente influenciados por seu pensamento, a teoria de Dworkin, ainda assim, oferece uma interessante compreensão para a atividade desenvolvida no tribunal.

Não obstante, isso é apenas uma parte do quadro geral. Existe uma dimensão na qual os ministros do STF, nitidamente, não são dworkinianos, pois o que se observa nas decisões analisadas é que ocorre uma espécie de uso de Dworkin contra o próprio Dworkin. Isso porque, ao buscarem a reconstrução íntegra da cultura institucional brasileira, os ministros se deparam com uma Constituição profundamente detalhista e que não estipula apenas direitos individuais, mas também direitos sociais e coletivos. Assim, ao contrário de Dworkin, para quem

uma concepção ampla de direitos, para além dos direitos individuais, mitigaria a própria noção de direitos,⁸ os ministros do STF assumem que sua função é de efetivar os direitos e os princípios constitucionais, mas esses direitos e princípios não se restringem aos direitos individuais da doutrina liberal. Isso faz com que os ministros do STF se sintam à vontade para assumir postura normativa mais ativa, inclusive, para efetivar direitos coletivos como o direito à greve.

Dessa forma, existe uma dimensão da teoria de Dworkin que não consegue dar à jurisdição constitucional brasileira a devida compreensão. De fato, os ministros do STF buscam proceder a uma leitura da cultura institucional brasileira, exposta nas leis e, especialmente, na Constituição de 1988, que apresenta o todo daí resultante como uma totalidade íntegra, cuja unidade se dá pela exposição a uma iluminação comum, baseada em critérios de justiça que residem em princípios e direitos a serem protegidos. Mas esses critérios de justiça não obedecem, como Dworkin dá a entender que precisariam obedecer, à moralidade pública liberal. Logo, o liberalismo não seria a única escolha que uma dimensão moral comum necessariamente exigiria, mas sim uma opção política, dentre várias.

COMO EXPLICAR O COMPORTAMENTO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA?

O que a análise das decisões do STF feita no tópico anterior demonstra, portanto, é que, entre um entendimento do Direito como vinculado à unidade moral, e um entendimento do Direito vinculado à diversidade político-partidária, os ministros do STF se comportam atendendo ao chamado do primeiro entendimento, tão bem representado pela teoria de Dworkin. Eles, de fato, temem o subjetivismo e personalismo, o relativismo e niilismo e o utilitarismo e pragmatismo. Isto é, compartilham com Dworkin seus medos, pois entendem que se trata de precauções importantes como forma de manter as funções judiciárias, legislativas, científicas, etc., distintas e, em certo sentido, complementares.

⁸ Porém, a unidade moral que os ministros do STF tentam representar em seus
 DWORIN, Ronald in BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Orgs.). *Judges in Contemporary Democracy*. p. 44-45.

juízes não reflete a justiça liberal preconizada por Dworkin. Não se trata de uma justiça meramente formal, nem ligada à concretização dos procedimentos habermasianos: ela visa, como em Dworkin, à efetivação de princípios substantivos, mas, diferentemente de em Dworkin, esses princípios não se esgotam nos cânones liberais. Por exemplo, o, em tese, individualista princípio da proteção da dignidade humana ganha contornos solidários que fazem alguns ministros reconhecerem dignidade no embrião humano, mas relativizarem essa dignidade em prol da dignidade de quem aguarda a cura de doenças que podem advir das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510, p. 209, 230 e 270-276).

Isso faz com que a própria divisão proposta por Dworkin entre argumentos de princípio e argumentos de política se dilua e a linguagem dos direitos, em certo sentido, possa servir à consecução de melhorias coletivas. Esse comportamento do STF mostraria, portanto, que, de fato, a dimensão de unidade moral para a regulação da atividade política não seria mais que uma máscara para uma escolha política possível dentre várias? As críticas dos autores que chamam mais atenção para a dimensão social do dissenso seria, assim, mais correta do que o entendimento proposto por Dworkin? Haveria outra maneira de compreender esse “desvio” do STF dentro da cartilha dworkiniana?

O problema é que, de um lado, o aspecto mais profundamente normativo da teoria de Dworkin, que exige uma única resposta correta para os casos jurídicos, corre o risco de lançar as decisões do STF, quando tomadas na esteira da efetivação de direitos sociais e coletivos, numa vala comum de decisões incorretas. E, do outro lado, uma visão do direito que não reconhece a possibilidade de fundamentação jurídica numa dimensão de consenso em torno de princípios leva a uma leitura da atuação dos ministros do STF – que, conforme visto, se esforçam por fundamentar suas decisões distanciando-se do subjetivismo, relativismo e pragmatismo – capaz de conduzir a um “denuncismo” arrogante, no qual cabe ao analista destacar que os ministros fazem o jogo de um grupo dominante, mesmo que não tenham consciência disso, como se apenas o analista externo fosse capaz de compreender tal fenômeno, enquanto os operadores do direito reproduziriam ilusões de integridade, inclusive, para si mesmos, ou então, seriam apenas mal intencionados. Existiria, portanto, uma compreensão alternativa da

atividade judiciária, capaz de entender a prática da jurisdição constitucional brasileira como algo mais que o erro ou o engano fantasioso ou intencional?

Tal questão aparece como um ponto difícil de ser desenvolvido mais a fundo aqui, mas de suma importância para as ciências sociais e a teoria jurídica brasileira para a compreensão das atuais transformações das instituições jurídicas do país, que, conforme destacam Vianna *et al.* (1997, p.11-12),⁹ assumiram novo papel que as lançou ao primeiro plano da vida pública nacional. Afinal, tanto Dworkin quanto seus críticos parecem negligenciar alguma dimensão fundamental da jurisdição constitucional do STF. Nesse ponto, portanto, tal questionamento apresenta-se como fundamental, mas aparece aqui mais como um desafio para ser proposto, do que como uma resposta a ser dada. Mesmo assim, na conclusão que se segue, não me furtarei de apresentar uma possibilidade a ser desenvolvida alhures.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, buscou-se, primeiro, chamar atenção para uma fissura teórica observada dentro do campo da compreensão do Direito: de um lado, Dworkin chamando atenção para diferença entre o Direito e a política e, de outro, pós-modernos, multiculturalistas, marxistas, feministas e pragmatistas que acusam Dworkin de fugir de uma política que é inevitável à jurisdição. No entanto, a análise de algumas decisões do STF demonstrou que, por mais que a visão de Dworkin ofereça descrição mais precisa da atividade dos ministros do STF, peca por, em seu aspecto mais radicalmente normativo, exigir a consecução de uma justiça liberal que não é compartilhada pelos juízes da suprema corte brasileira. Sendo assim, que forma alternativa de compreensão da justiça brasileira seria capaz de dar melhor conta da atividade atualmente desenvolvida na jurisdição constitucional do país?¹⁰

Conforme dito ao final do tópico anterior, tal questão é, no momento, mais um desafio teórico a ser enfrentado do que uma pergunta a ser prontamente

9 VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 11-12.

10 Isso, obviamente, em termos analíticos e descritivos, já que o afastamento dos dados empíricos em nada invalida a manutenção da proposta de Dworkin como diretriz normativa, inclusive, como fonte de crítica à prática judicial tal como ela é atualmente realizada no país.

respondida. Mesmo assim, gostaria de chamar atenção, como um possível caminho para responder satisfatoriamente a questão, para as críticas de Chantal Mouffe ao liberalismo, que, no entanto, não fazem com que a autora aceite as alternativas pragmatistas e pós-modernas que apostam numa hiperfragmentação social que não reconhece a dimensão de busca pela unidade necessariamente presente em qualquer comunidade política.

Segundo Mouffe, os liberais são negligentes com a dimensão 'do político', na qual concepções sobre a identidade da comunidade política disputam supremacia. Isto é, pensar a política nos termos de uma linguagem moral, como no liberalismo, segundo Mouffe, leva necessariamente a negligenciar o papel desempenhado pelo conflito e o poder. A política liberal, concebida como unicamente voltada à disputa de interesses privados, rebaixaria a política que, num sentido mais profundo, deveria estar voltada para a dimensão pública da ação que é diferente da dimensão privada por envolver a disputa entre possíveis identidades coletivas diferentes e a ordenação simbólica das relações sociais em torno de um, dentre muitos, "regimes", no sentido grego de *politeia*. Na questão moral "o que nós devemos fazer?", ela completa, o "nós" não é um dado, mas sim um problema, e, no que diz respeito à ação pública, um problema propriamente político que os liberais não conseguiriam resolver satisfatoriamente.¹¹

O problema, ela continua, é que, embora a democracia liberal vise criar um "nós", construindo assim uma comunidade política, nunca será possível alcançar seu sonho de uma comunidade política completamente abrangente, pois, como ela destaca citando Schmitt, construir um "nós" demanda distinguir um "eles" e isso significa estabelecer uma fronteira, definir um inimigo. Dessa forma, existirá sempre um "elemento externo constitutivo" permanente, como demonstrou Derrida, um elemento externo à sociedade que torna possível a sua existência. Assim, o desejo racionalista de uma comunicação sem distorções, amplamente inclusiva, como no ideal deliberativo de Habermas, e de uma unidade social baseada num consenso racional da comunidade política como um todo, como no liberalismo de Rawls, seriam profundamente antipolíticos.¹²

11 MOUFFE, Chantal. *O Regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996. p. 71-73.

12 MOUFFE, Chantal. *O Regresso do político*. p. 153-154.

A crítica pós-moderna ao racionalismo e universalismo liberais tampouco é aceita por Mouffe. Nesse caso, um pluralismo desenfreado, que enfatiza a heterogeneidade e a incomensurabilidade, valorizando todas as diferenças, se mostra incapaz de lidar com diferenças que são construídas como relações de subordinação. Esse pluralismo, segundo ela, também deixa escapar a dimensão do político, pois relações de poder e antagonismos são apagadas. Promovem, como no caso do liberalismo, a ilusão de um pluralismo sem antagonismos. Mesmo que constitua uma visão profundamente crítica do liberalismo, o pluralismo extremo do pós-modernismo, ao negar qualquer esforço na definição de um “nós”, uma identidade coletiva capaz de articular as demandas contra a subordinação, partilha com o liberalismo sua negligência para com a dimensão do político, como dimensão ontológica de conflito, tão cara à autora.¹³

Outra crítica ao racionalismo e universalismo provém do pragmatismo. Mas Mouffe faz questão de destacar que, nesse caso, há uma confusão quando a negação do racionalismo desemboca no rechaço à utilidade de qualquer tipo de reflexão filosófica. Qualquer concepção de democracia política, ela argumenta, mesmo uma tão antifilosófica quanto à de Richard Rorty e daqueles influenciados por seu pragmatismo, implicaria, necessariamente, uma compreensão da natureza da política e também privilegiar um dos vários sentidos de um conceito tão discutido como o de democracia, demandando, por conseguinte, questões à filosofia política. Afinal, na política não existiria um território neutro, que não foi contaminado pela filosofia, do qual seja possível falar contra ela.¹⁴

O que deve ser almejado numa democracia moderna, argumenta a autora, é “a criação política de uma unidade de identificação comum com uma determinada interpretação dos seus princípios políticos e uma compreensão específica da cidadania”. Para isso, a filosofia política desempenharia papel importante, não ao decidir o *verdadeiro* significado de noções como justiça, igualdade ou liberdade, mas ao propor diferentes *interpretações* dessas noções, criando, dessa forma, um conjunto de linguagens diversas e controversas que fundamentam uma gama de identidades políticas, com diferentes percepções do papel dos cidadãos e do

13 MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. London: Verso, 2009. p. 20.

14 MOUFFE, Chantal (Org.) *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 1998. p. 24.

tipo de comunidade que se deseja construir.¹⁵

Reconhecer o processo político nesses termos, a meu ver, poderia conduzir a um novo e frutífero entendimento a respeito da atividade política desenvolvida no STF. A jurisdição constitucional assim, como quer Dworkin, buscaria concretizar uma determinada filosofia política que dá à comunidade uma identidade baseada em princípios. Porém, ao contrário de Dworkin, essa filosofia não instauraria, necessariamente, princípios morais da tradição liberal, mas sim uma dentre as várias possíveis interpretações mais concretas dos metaprincípios da igualdade e da liberdade, seja numa versão mais individualista, como em Dworkin, seja reconhecendo direitos sociais e coletivos como tem buscado o STF. A diferença que decorre daí é que teríamos de abandonar a linguagem da integridade de princípios morais e compreender a jurisdição em termos de hegemonia de princípios ético-políticos. Liberais ou não, para o bem ou para o mal. Mesmo assim, a meu ver, trilhando um caminho mais promissor para a compreensão de um campo no qual a política brasileira tem sido cada vez mais intensamente construída: o campo da jurisdição.

REFERÊNCIAS

BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Orgs.). *Judges in Contemporary Democracy*. New York/London: New York University Press. 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

_____. *Direito da Liberdade: a Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes. 2006a.

_____. *Justice in robes*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press. 2006b.

_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University. 2011.

¹⁵ MOUFFE, Chantal. *O Regresso do político*. p. 154-155.

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

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia*. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2006.

MOUFFE, Chantal. *O Regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

_____. (Org.) *Desconstrucción y pragmatismo*. Buenos Aires: Paidós, 1998.

_____. *The democratic paradox*. London: Verso, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WARRINGTON, Ronnie; DOUZINAS, Costas; McVEIGH, Shaun. *Postmodern jurisprudence: the law of text in texts of law*. London: Routledge, 1991.