

"DIREITO COMO INTEGRIDADE" E "ATIVISMO JUDICIAL": ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DE UMA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *

"LAW AS INTEGRITY" AND "JUDICIAL ACTIVISM": SOME PROBLEMS ABOUT A DECISION OF THE FEDERAL SUPREME COURT OF BRAZIL

Cláudio Ladeira de Oliveira

RESUMO

No presente trabalho discorro sobre o paradigma jurídico do “Direito como Integridade”, desenvolvido pelo filósofo e jurista norte-americano Ronald Dworkin, relacionando-o ao “ativismo judicial” manifestado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do recente julgamento da ADI nº 3510. Pretendo demonstrar que, mesmo um autor tão identificado com a crítica ao positivismo jurídico e a defesa de uma jurisdição que recorre a argumentos controversos de moralidade, como é o caso de Ronald Dworkin, não respalda uma usurpação de competências legislativas como a que resulta do modelo da “representação judicial discursiva”, defendido por Robert Alexy e adotado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto na referida ação judicial. Enfim, podemos extrair do modelo “anti-positivista” do “direito como integridade” uma rejeição ao componente anti-democrático inerente ao “ativismo judicial” brevemente defendido pelo referido ministro.

PALAVRAS-CHAVES: RONALD DWORKIN, DIREITO COMO “INTEGRIDADE”, “ATIVISMO JUDICIAL”, “JURISTOCRACIA”, PRINCÍPIOS JURÍDICOS.

ABSTRACT

In the present paper we will look into the juridical paradigm of “Law as Integrity” developed by Ronald Dworkin, in an attempt to link him to the “activism judicial” manifested by the Supreme Federal Court of Law in the occasion of the ADI no 3510. We intend to demonstrate that, even an author who is compromised to a critic of the “juridical positivism” and to the defense of a jurisdiction that uses controversial arguments of morality, like Dworkin, does not support an usurpation of the legislatives competencies as the one that results from the model adopted by the minister Gilmar Mendes to justify his vote his in the Adi 3510. Finally, we can extract from the “anti-

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Positivist” model of “the law as Integrity” a rejection to the anti-democratic component of the “judicial activism” defended by Mendes.

KEYWORDS: RONALD DWORKIN, “LAW AS INTEGRITY”, ROBERT ALEXY, “JUDICIAL ACTIVISM”, JURISTOCRACY, JURIDICAL PRINCIPLES.

Introdução.

Em 25 de Maio de 2008 o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu os debates na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, movida em maio de 2005 pelo então procurador-geral da República Cláudio Fonteles e, por maioria, julgou-a improcedente. A ação sustentava a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei Federal 11.105, a chamada “Lei da Biossegurança”. Eis o dispositivo questionado:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Segundo a inicial da ADI, os dispositivos contrariavam os direitos, constitucionalmente assegurados, “à vida” (CF/88, art. 5º, *caput*) e à “dignidade da pessoa humana” (CF/88, art. 1º, III), e isso porque “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”, com o que seria inconstitucional uma lei que permitisse a pesquisa científica com embriões humanos.

À época em que foi proposta, em maio de 2005, a ação chamou a atenção de diversos setores da sociedade civil e recebeu certo destaque nos meios de comunicação, especialmente em virtude da concessão da liminar suspendendo os efeitos dos

dispositivos questionados. No entanto, toda a atenção pública dispensada à aprovação da Lei, à propositura da ação e à concessão da medida liminar não se comparam à visibilidade adquirida quando o Supremo Tribunal Federal iniciou sua primeira audiência pública para discutir o tema. Durante dois dias de Abril de 2007 os ministros do tribunal assistiram exposições de diversos “*amici curiae*” representando entidades e grupos com visões diferentes e mesmo antagônicas sobre a questão fundamental: as “células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos”, tratadas pela Lei, são “seres humanos”? De fato, além de tratar de um tema naturalmente controverso, a realização da audiência pública ampliou consideravelmente a repercussão sobre esta ADI que recebeu uma cobertura midiática verdadeiramente inédita.

Além do debate acadêmico sobre o tema principal, parte considerável dos comentários foi dedicada a enaltecer a prática das audiências públicas, que o relator da ação no STF, min. Carlos Aires Britto, denominou, sem maiores considerações, de “notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa.” Bem, é plausível reconhecer no instituto das audiências um componente democrático, mas seria assim tão “notável” seu caráter de democracia “direta” ou “participativa”? Ao menos à primeira vista, esta é uma imagem um tanto improvável. Mesmo supondo que tanto a qualidade do debate quanto a percepção que dele fizeram os ministros tenha sido elevada, ainda assim podemos levantar ao menos dois problemas: (1) os participantes dos debates, aqueles que contribuíram diretamente fornecendo opiniões fundamentadas cientificamente, não fazem parte do corpo de eleitores que ao final participou efetivamente da decisão, os 11 ministros do STF; (2) por sua vez, a legitimidade que os 11 ministros possuem para tomar tal decisão, se é que a possuem, não resulta de alguma capacidade para “representar” os debatedores, o que torna particularmente difícil explicar o atributo de “participativa”; por fim (3) coube ao próprio STF decidir quais representantes da sociedade civil poderiam participar do “notável mecanismo de democracia participativa”. Em igual sentido foi a interpretação do presidente da corte, ministro Gilmar Mendes, que não hesitou em afirmar que o STF “pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento”. Trata-se de uma afirmação que Mendes extraiu do filósofo e jurista alemão de Robert Alexy:

O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como

instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.

Mas é plausível esperar que um Tribunal composto por apenas 11 pessoas seja capaz, em virtude das regras que definem os debates no tribunal, da disposição pessoal de seus membros ou da exuberância argumentativa demonstrada nos debates, realmente representar “argumentativamente” o povo? Não seria tal afirmação, oriunda de um de seus membros, uma auto-atribuição de uma competência política sem o necessário respaldo dos representados? Foge ao tema do presente trabalho questionar a tese da “representação discursiva” de Alexy, não obstante possamos questionar se tal “representatividade discursiva” foi, em algum instante, pactuada com os “discursivamente representados”, ou se estes foram apenas “discursivamente informados”, de que a partir de agora estariam representados pelo STF de um modo mais elevado que poderiam ser pela “mera” representatividade de parlamentares eleitos. Mais que isso, como poderíamos ignorar que, por um lado, os procedimentos parlamentares incluem essencialmente procedimentos de debates e enfrentamentos discursivos, e, por outro lado, os debates judiciais, por melhor que seja sua qualidade, costumam não alcançar um consenso, o que obriga os tribunais a lançar mão do mesmo mecanismo adotado nos parlamentos, a votação majoritária?

Nenhuma dessas observações prova que a prática das audiências públicas é inevitavelmente anti-democrática (certamente ela não é) ou que é completamente irrelevante em termos de efetiva melhora da qualidade da decisão, destinando-se mais a conferir “visibilidade” e “respeitabilidade” política ao próprio tribunal, dotando tal instituição de um “capital político” que pode ser empregado para justificar outras decisões mais politicamente controversas (penso que é uma hipótese a ser seriamente considerada). O que tais observações provam é que não existem razões para adotar uma abordagem tão laudatória como a que prevalece nas opiniões acima mencionadas.

Talvez um dos resultados práticos da audiência pública tenha sido a transformação de uma discussão sobre (1) “a célula tronco embrionária é um ser humano vivo?” num debate sobre (2) “quando inicia a vida humana?”, uma questão consideravelmente mais ampla e controversa que a primeira, sobre a qual a rigor o Congresso Nacional não se pronunciara e cuja resposta não era necessária para fornecer uma decisão ao pedido apresentado na inicial da ADI 3510. Acredito que a própria realização da audiência, a visibilidade adquirida pelos “debates”, a ampla cobertura pelos meios de comunicação, contribuiu para isso. Neste processo o STF apresentou-se publicamente como uma

instância capaz de deliberar racionalmente sobre assuntos moralmente controversos de um modo que outras instituições não são capazes, e tal imagem um tanto auto-condescendente foi celebrada publicamente pela quase totalidade dos juristas e da grande mídia. A decisão final foi apresentada como a “conclusão” dos debates “científico-filosófico-jurídicos” travados na audiência entre especialistas e perante os ministros, uma imagem contraposta aos debates “meramente políticos” que antecederam a “decisão” parlamentar que aprovou a Lei. Esta longa introdução ilustra parte do problema de que trato neste trabalho: qual seria a correta postura adotada por tribunais ao decidir casos politicamente controversos?

1. O “ativismo judicial” é realmente um problema?

Antes no entanto caberia uma observação preliminar. Afinal, pode parecer um contrasenso ressaltar os riscos que o judiciário pode oferecer à soberania popular, especialmente se esta crítica é apoiada numa ideia normativa da política legislativa. A sensação de que esta crítica aos excessos do judiciário é equivocada resulta especialmente dos seguintes fatores. Em primeiro lugar, a referência à corrupção nas instituições abertamente políticas é, há muito, recorrente na imprensa e nos diálogos públicos, de um modo tal que parece pertencer à fauna e flora nacional, o que acaba por estimular um sentimento de rejeição da política que tende a abranger de modo difuso os partidos políticos as instâncias parlamentares e o poder executivo. Com isso a política “prática” ganha conotações não exatamente virtuosas o que confere ares de “extravagância de intelectual” à tentativa de usar a política legislativa como critério moralmente legítimo para qualquer coisa. Em segundo lugar, especialmente nas faculdades de direito mas também em grande parte na sociedade civil, as instituições “não-diretamente” políticas do judiciário e do ministério público são vistas como parcialmente responsáveis pela consolidação das instituições democráticas e pela atuação direta no combate à corrupção. Some-se a isso o fato do acesso do cidadão à justiça (por mais precário que seja) aparentemente ser mais efetivo que o acesso aos parlamentos. Com isso seria mera extravagância intelectual criticar o ativismo judicial. Mas, tal conclusão é mesmo correta?

Estas percepções generalizadas possuem certamente uma boa parcela de verdade e, em todo caso, não quero contestar verdades elementares como “o judiciário é importante para a democracia” e “há corrupção na política”. Minha intenção é outra e acho que um modo de começar a apresentá-la é chamando a atenção para dois fatos geralmente obscurecidos no debate. Em primeiro lugar, quanto ao tema “corrupção na política”, não há nenhuma razão minimamente séria para crer que ela seja hoje maior que em outros períodos de nossa história, não obstante a ênfase com que o tema tem sido tratado nos últimos 20 anos. Na verdade, é mesmo razoável supor que comparativamente com os anos 1970 a corrupção tenha diminuído consideravelmente, em parte em virtude do controle pela imprensa que *agora* é efetivamente livre, em parte das ações do MP –

especialmente na forma que assumiu após a CF/88 – e em parte também pelas ações de uma sociedade civil que pode atuar livremente, ainda que não o faça sempre, todas estas características inexistentes nos anos de chumbo. Em segundo lugar, e este ponto é mais importante, a independência do Ministério Público e do Judiciário, a possibilidade de uma sociedade civil atuante e uma imprensa livre foram conquistas eminentemente políticas, em grande parte resultantes da atividade política legislativa, cujo maior resultado foi a CF/88. Ou seja, algumas das características mais costumeiramente apontadas como “prova” da superioridade do poder judiciário face à “mundana” política prática são exatamente o resultado de procedimentos políticos, disputas partidárias e negociações parlamentares. Este é um problema bem expresso por Jeremy Waldron:

As pessoas se convenceram de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.

Waldron afirma que a teoria jurídica está demasiadamente acostumada a uma oposição entre (1) uma imagem de um judiciário bastante idealizado (ou melhor, de um *juiz* ideal, no singular, sem atentar para a pluralidade da composição das cortes superiores) versus (2) uma descrição “crua” da política realmente existente, atenta a seus aspectos mais negativos de um modo que a descrição do judiciário não o faz. Em poucas palavras: “construímos (...) um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar.” Colocados diante de uma opção assim elaborada, é quase inevitável aderir a teses como as sustentadas pelo presidente do STF. Acresça por fim, que esta oposição unilateral conta, entre nós, com o respaldo de um ambiente generalizado de criminalização midiática da política, o qual não é de todo desligado de motivações políticas. Mas este é um fenômeno cada vez mais percebido e criticado por vozes ainda isoladas na imprensa:

O ativismo judicial, defendido por parcela da opinião pública como uma garantia de que a "racionalidade" do STF conteria a "irracionalidade" da ação política do Legislativo, produziu outras crias. O Supremo ocupou cada vez mais espaços - hoje não apenas tem o instrumento constitucional da súmula vinculante, mas desfrutou (pelo menos até agora) de uma legitimidade autoconferida por um entendimento do que é o "clamor público", e com esse mandato promoveu a adequação das leis à sua própria racionalidade [do tribunal]. (...) A demonização da política foi o primeiro passo para a legitimação do ativismo judiciário. A apropriação do senso comum de que o político eleito é corrupto, até que se prove o contrário; de que os partidos são por princípio

venais; e de que a política sempre encerra interesses inconfessáveis, tem legitimado a atuação legislativa do STF.

Em suma, estamos acostumados à ideia de que o judiciário falha em promover as instituições democráticas quando se recusa a fiscalizar ações dos demais poderes (legislativo e executivo) permitindo que o poder administrativo atue com desrespeito para com os direitos dos indivíduos, ou que maiorias políticas possam subjugar com violência grupos minoritários. Estas idéias possuem, sem dúvida, imensa parcela de verdade e não pretendo rejeitá-las. Mas é importante investigar também o problema oposto: o risco de uma postura inversa por parte do judiciário, isto é, os obstáculos criados para o Estado Democrático de Direito por parte de um judiciário que assume uma postura ativa na interpretação de cláusulas abstratas de direitos fundamentais.

As questões até aqui apontadas chamam a atenção para o risco de uma “juristocracia”: um aristocrático governo de juízes exercido sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especificamente constitucional. Tal questão é muito antiga. Podemos, por exemplo, encontrá-la no debate sobre a ratificação da Constituição Norte-Americana ou, no âmbito da jurisprudência, a decisão proferida pela Corte Suprema estadunidense em “*Marbury versus Madison*”. Por ocasião dos debates sobre a ratificação da Constituição norte-americana os “Antifederalistas”, que se opunham ao texto proposto, já chamavam a atenção para o risco de “superioridade do judiciário sobre o poder legislativo” que poderia resultar da estrutura institucional estabelecida pela Constituição cuja ratificação era debatida, a qual estabelecia o seguinte: “Esta Constituição (...) é a Lei suprema da nação, e os juízes em cada Estado deverão estar vinculados a ela”. Atribuir competência ao judiciário para decidir, em última instância de apelação, sobre o significado do direito, e portanto para decidir sobre a validade das ações dos cidadãos, poderia representar um problema político grave pois devido à vitaliciedade os juízes estariam isentos de toda forma de controle democrático, mesmo se decidissem atuar politicamente. Em *O Federalista* James Madison tenta rebater este argumento, afirmando que tais riscos seriam afastados mediante uma correta compreensão do modo como tal poder deveria ser utilizado pelos juizes. Para ele caberia ao poder judiciário funcionar como “um intermediário entre o Povo e o legislativo”, mantendo este último nos limites estabelecidos pelo primeiro na Constituição. Nos casos em que o Tribunal invalidasse uma lei por inconstitucionalidade não haveria conflito entre a vontade do legislativo e do Judiciário, mas sim entre a vontade do Povo (expressa na constituição) e a vontade de seus representantes (legislativo). Ainda assim, Madison está alerta para o risco de que os juízes substituam o JUÍZO pela VONTADE.

Esta questão entrou na ordem do dia da política prática a partir do paradigmático caso *Marbury versus Madison*, que fixou jurisprudencialmente a possibilidade de que a Corte Suprema invalidasse leis e atos do legislativo e executivo. Interpretando a Constituição

os membros do tribunal decidiram – muito embora isso não esteja expresso em momento algum no próprio texto – que eles próprios, os membros do tribunal, possuíam tal poder. No Brasil não possuímos o mesmo problema técnico-jurídico que nos EUA, uma vez que aqui o controle de constitucionalidade e as “cláusulas pétreas” são previstas explicitamente pela própria Constituição. No entanto ainda podemos discutir o *modo* como estas competências devem ser exercidas, e isso não é pouca coisa. Poderia ser discutido, por exemplo, o fato de que a constituição – ao menos de suas cláusulas mais abertamente políticas – não é um mero artefato técnico cuja interpretação deva ser monopolizada pelo poder judiciário e em última instância pelos onze indivíduos membros do Supremo Tribunal Federal (STF). Por que os representantes do povo, e principalmente este próprio, não deveriam possuir em algum momento a palavra decisiva? Afinal, é certo que “compete ao STF, precipuamente, a guarda da constituição”, e que além disso o tribunal pode julgar inconstitucionais atos administrativos e leis aprovadas pelos representantes do povo. Porém isso não significa necessariamente que o poder judiciário tenha a competência exclusiva para definir o significado de princípios constitucionais abstratos como “dignidade da pessoa humana”. Por que deveríamos pensar que, na interpretação de mandamentos como “promover o bem de todos” a palavra de uma maioria de seis membros, dentre o colegiado de onze ministros, deveria possuir maior autoridade que a palavra de centenas de deputados ou senadores eleitos diretamente pelo voto popular?

Na filosofia jurídica contemporânea Ronald Dworkin é reconhecido, dentre os teóricos contemporâneos, como um dos principais defensores de mecanismos institucionais como o do controle judicial de constitucionalidade das leis, bem como de uma perspectiva de atuação que reconhece nos tribunais a competência para fundamentar suas decisões recorrendo a controvertidos juízos de moralidade. É o que resulta da tese que Dworkin denominou “leitura moral” (*moral reading*) da Constituição, segundo a qual as normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais controversos “devem ser compreendidas no modo que sua linguagem sugere mais naturalmente: eles referem-se a princípios morais abstratos e incorporam estes princípios por referência, como limites ao poder estatal.” Também esta idéia é capaz de comprometer Dworkin com a defesa preferencial de uma espécie de ativismo judicial: a constituição de um estado democrático de direito incorpora princípios morais abstratos e portanto tal constituição deve ser interpretada moralmente pelos tribunais. Esta tese da “leitura moral” é, inclusive, expressamente citada no voto do min. Gilmar Mendes como um argumento que justifica a seguinte afirmação:

(...) o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), *sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias*, e que assim teriam maior legitimidade democrática. (grifei)

Não é possível, nos limites deste trabalho, discutir a espantosa afirmação de que não podemos nem mesmo “cogitar” que uma questão como a “fidelidade partidária” possa, sim, ser decidida pelas instituições parlamentares representativas. Afinal, na totalidade das democracias, onde quer que exista alguma espécie de fidelidade partidária, ela foi o resultado exclusivo de uma decisão parlamentar, jamais uma imposição judicial. O problema que me interessa aqui é mais modesto, a saber: o modelo interpretativo proposto por Ronald Dworkin o compromete com o tipo de jurisdição “ativista” até aqui discutida?

2. Ronald Dworkin e o Ativismo Judicial.

Cass Sunstein é um dos críticos que corroboram esta imagem do “paradigma da integridade”, e tanto é assim que classifica Dworkin como um expoente do “perfeccionismo”, que segundo Sunstein significa o seguinte:

Os perfeccionistas concordam com a afirmação de que a constituição é vinculante; ela é, afinal de contas, exatamente o que eles pretendem aperfeiçoar. Mas eles acreditam que a questão judicial recorrente é tornar o documento o melhor que ele poderia ser através da interpretação de suas normas abstratas de um modo que capta seus ideais sob a melhor luz possível.

De fato algumas explicações fornecidas por Dworkin estimulam esta compreensão. Por exemplo, em “Levando os Direitos a Sério”, ao comentar o debate entre os defensores do “ativismo judicial” e da “moderação judicial”, Dworkin expõe tal disputa do modo seguinte. Em primeiro lugar, trata-se de uma opção excludente: a filosofia do direito ou recomenda uma postura “ativista” ou “moderada” (ainda que certas considerações possam flexibilizar tal oposição) e tais termos são definidos do seguinte modo.

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. (...) Ao contrário, o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das

decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

Em segundo lugar, o próprio Dworkin, não hesita em tomar partido na disputa:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis (...) como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais (...). Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas plenamente como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.

Para Dworkin devido à necessidade de fornecer fundamentos racionais para suas decisões judiciais, os juízes são constrangidos a tentar “apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática.” O modelo do direito como “integridade” afirma que a comunidade política está submetida não apenas às decisões políticas particulares explicitamente adotadas pelo legislativo e executivo, mas também pelo “sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam”. E como tais princípios “implícitos” devem ser utilizados pelos juízes e tribunais para fundamentar suas decisões em casos difíceis, deste modelo de integridade resulta uma jurisdição bastante ofensiva:

Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz.

Em temas moralmente sensíveis, como o tratamento igualitário de grupos politicamente minoritários, os legisladores podem estar sujeitos à pressão desproporcional de grupos privados politicamente poderosos, que subjagam minorias politicamente impotentes. Em face disso, nessas hipóteses “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juizes para decidir questões sobre direitos”. Desigualdades de poder efetivo podem justificar, por razões de equidade, que a democracia seja fortalecida com a entrega, aos tribunais, de algum poder sobre uma “classe pequena e especial de decisões políticas”.

Para muitos críticos de Dworkin tais teses carregam um grande risco de “juristocracia”. Em primeiro lugar, existem dúvidas de que a referência a “princípios” capazes de oferecer uma justificativa global para o sistema jurídico seja uma tarefa acessível aos magistrados “realmente existentes”. Isso porque para empreendê-la precisam recorrer inevitavelmente ao considerável arsenal de teorias já disponíveis. Ora, a persistência da discordância entre teorias sobre direitos, moralidade, justiça e política “é a característica mais proeminente não apenas da política moderna, mas das próprias interações dos filósofos políticos com colegas quando estão debatendo as questões de direitos e justiça, sobre as quais se supõe que sejamos todos [os filósofos políticos] especialistas?”. Acrescente-se que, nas palavras do professor Lawrence Tribe, a quantidade de “teorias” à disposição dos juristas constitucionais é tamanha que cria uma situação de “constrangedora riqueza” para todos os interessados em Direito Constitucional: “tem ocorrido uma verdadeira enchurrada de obras sobre questões constitucionais – ensinamentos que não podemos nos dar ao luxo de ignorar mas que é demasiadamente abundante para ser inteiramente assimilado”

Se a referência a princípios de moralidade é tema fortemente controverso, pois ainda que rejeitemos o ceticismo moral restarão divergências sobre quais princípios morais são os corretos, então o modelo perfeccionista depara-se com um problema considerável. Acrescente-se que, em casos controversos, em geral os tribunais decidem qual é a “melhor teoria” através da votação majoritária, ou seja, mediante o mesmo mecanismo utilizado por parlamentos para decidir questões similares. Sendo assim, não é possível aceitar argumentos como o de Samuel Freeman, para quem o controle judicial de constitucionalidade das leis deva ser considerado um “contra-peso” aos processos políticos de decisão mediante a regra da maioria: tribunais constitucionais também praticam cotidianamente a “regra da maioria”, ainda que com um número bastante restrito de eleitores. Além disso, se a interpretação judicial do direito positivo é guiada por princípios abstratos de moralidade e estes são definidos pelos próprios juizes, então é real o risco apontado por Ingeborg Maus:

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instancia moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado

e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

Em sentido similar, Brian Donohue afirma que o modelo da “leitura moral” permite que o poder judiciário assuma o papel de autoridade última no regime democrático.

3. Interpretando a “integridade”.

É um equívoco vincular o modelo interpretativo da “integridade” com a jurisprudência “ativista”, exemplificada especialmente com o voto do min. Mendes na ADI 3510. Se interpretado corretamente o modelo da “integridade” não apenas não se adapta a tal “ativismo” como, mais importante, trata de rechaçá-lo.

Para Dworkin a “integridade” é uma exigência do Estado de direito, uma virtude raramente reivindicada explicitamente nos livros teóricos porém efetivamente sentida na prática jurídica, e que está relacionada a outras virtudes mais conhecidas, especialmente a “justiça”, a “equidade” e o “devido processo”. A “justiça” é uma virtude política relacionada à correta distribuição dos recursos existentes entre os membros da sociedade, ou seja, está relacionada à decisão final tomada pelas instâncias políticas representativas da comunidade. Já a “equidade” trata dos procedimentos políticos mediante os quais a comunidade toma suas decisões, procedimentos igualitários que atribuem aos cidadãos a mesma medida de poder político: “Because people disagree about justice, societies need what Ronald Dworkin calls principles of fairness”. A importância desta segunda virtude é tanto maior por que numa comunidade complexa é razoável supor que seus membros divergem profunda e irremediavelmente sobre questões de justiça, como é visível na discussão sobre a “dignidade da pessoa humana” do embrião de células-tronco. Por fim o “devido processo” é uma virtude que diz respeito aos procedimentos para julgar corretamente os cidadãos quando acusados e afrontar as leis estabelecidas. Assim, as decisões políticas da comunidade podem ser criticadas segundo cada uma destas virtudes. Um decreto-lei que distribui de modo igualitário a propriedade rural pode ser “justo” mesmo quando promulgado por um governo ditatorial, ou seja, mesmo quando não é “equânime”. Por sua vez, uma lei que estabelece a segregação racial nas escolas públicas pode ser “eqüânime”, pois aprovada após deliberação por um congresso democraticamente eleito, e ao mesmo tempo ser “injusta” por ferir a igualdade entre seus cidadãos. E mesmo uma lei que estabeleça uma

obrigação “justa” e que resulte de um processo legislativo “equânime” pode ser aplicada de modo parcial. Estas seriam as virtudes tradicionalmente associadas ao Estado democrático de direito.

Mas e a “integridade”? Qual seria sua utilidade e como explicar sua existência? Essa virtude nasce do fato de que os membros da comunidade não apenas divergem sobre quais propostas legislativas são “justas” mas também, e principalmente, do fato de que os procedimentos equânimes pelos quais a comunidade toma suas decisões levam, invariavelmente, a uma progressiva adoção, no tempo, de decisões que resultam de concepções divergentes sobre a justiça. De fato, em nosso caso possuímos inúmeras instâncias legislativas (federal, estadual, municipal), que competem também com poderes mais limitados atribuídos ao executivo (edição de medida provisória) e mesmo ao judiciário (controle judicial de constitucionalidade, quando o STF pode atuar como “legislador negativo”. E os procedimentos políticos são tais que é praticamente impossível que uma única força política (portanto uma única concepção de “justiça”) possua, a um só tempo, uma clara maioria em todas essas instâncias. Além disso, a cada nova legislatura não há – o que seria impossível em termos práticos – uma revisão geral de toda a legislação anteriormente aprovada para uma total adequação das leis em vigor à concepção de justiça da maioria atualmente eleita. No entanto, mesmo diante desta inevitável divergência de concepções de justiça, estamos acostumados a exigir dos Estados de direito que tratem com igualdade perante a lei a todos seus cidadãos, mesmo nos casos em que as leis em vigor foram aprovadas por legislaturas às vezes tão radicalmente distintas. Dworkin ilustra a pertinência desta virtude a partir de uma analogia com uma situação individual:

No trato cotidiano conosco, queremos que nossos vizinhos se comportem do modo que consideramos correto. Mas sabemos que as pessoas até certo ponto divergem quanto aos princípios corretos de comportamento, e assim fazemos uma distinção entre essa exigência e a exigência distinta (e mais frágil) de que ajam com integridade nas questões importantes, isto é, segundo as suas convicções que permeiam e configuram suas vidas como um todo, e não de modo caprichoso ou excêntrico. É evidente que a importância prática desta última exigência entre as pessoas que sabem que divergem sobre a justiça. A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção. Essa capacidade é uma parte importante de nossa capacidade mais geral de tratar os outros com respeito, sendo portanto, um requisito prévio de civilização.

De acordo com o modelo do “Direito como integridade”, o Direito de uma comunidade deve ser visto pelos juízes que o interpretam nos casos concretos não como um conjunto esparso e incoerente de decisões políticas passadas. O ideal de integridade não fornece diretamente respostas aos casos concretos mas sim uma recomendação aos juízes para que concebam o Direito como um todo. Assim, as decisões judiciais estão limitadas pelo dever de justificar suas opções com uma teoria coerente, a qual também deve poder ser justificada. Decisões não podem ser o resultado de meras preferências pessoais arbitrárias: devem ser justificadas como a expressão de princípios gerais e duráveis.

Esta é a exigência de que o Estado atue, no tratamento de seus cidadãos, de acordo com um único e coerente conjunto de princípios e não de modo arbitrário. O Estado não pode tomar decisões que expressam princípios contraditórios. Vejamos algumas definições importantes da “integridade”:

“O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.”

“A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio como direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. (...) Insiste em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa”.

“Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. (...) Isto incluirá convicções sobre adequação e justificação. As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável. Qualquer teoria plausível desqualificaria uma interpretação de nosso próprio direito que negasse abertamente a competência ou a supremacia legislativa (...). Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos

brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral.”

É necessário perceber que a “coerência” exigida pela integridade é um tanto flexível. A “integridade” não afirma que a coerência do Direito positivo pode ser simplesmente “descrita”, que juízes podem passivamente descrever um conjunto de normas que já é coerente, como se houvesse já uma consistência lógica na legislação, a qual deveria simplesmente ser descrita pelos intérpretes. Os juízes não se limitam a uma adequação mecânica às decisões políticas do passado. Ao contrário, a “integridade” recomenda aos juízes que atuem, “na medida do possível, como se” o Direito fosse estruturado por um conjunto coerente de princípios de justiça e equidade. A adequação ao passado é “construída” ao invés de “encontrada” já previamente à nossa disposição. Para a integridade o passado institucional é muito importante mas as decisões judiciais não podem ser tomadas apenas “descrevendo” este passado. Interpretar o direito é “mostrá-lo a sua melhor luz”:

Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue (...) que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem (...). Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos (...). Um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica.

É necessário portanto compatibilizar o respeito às decisões políticas da comunidade com as necessárias inovações que os juízes terminam por inserir no conjunto do direito vigente. E para explicar este processo que conjuga criação e manutenção Dworkin utiliza o exemplo de uma obra literária redigida sucessivamente por diversos autores, a “chain novel”. O primeiro autor redige o primeiro capítulo da obra e, portanto, dispõe de imensa liberdade para impor seu estilo particular, criando as personagens principais e a trama inicial da obra. Cabe ao segundo autor dar sequência à obra, redigindo o capítulo seguinte. Também este autor necessariamente inovará a obra, acrescentará ao menos problemas novos, desenvolverá a trama num sentido até certo ponto não previsto pelo autor anterior e eventualmente criará novos personagens, efetuará correções de rumo na trama, impondo seu estilo – mais dramático ou sarcástico, por exemplo. O

mesmo ocorrerá com os diversos autores dos capítulos subsequentes: cada um inovará a obra num sentido até então imprevisto, impondo seu estilo particular. No entanto, a partir do segundo autor, a liberdade para criar não será absoluta, sob pena de que os vários capítulos percam o caráter de uma única obra redigida por vários autores e transforme-se num agregado incoerente de textos sem relação alguma entre si. Assim, o autor do 8º capítulo deve, antes de redigir seu texto, interpretar os sete capítulos já existentes supondo que se trata de uma obra escrita por um único autor, deve criar hipóteses interpretativas que apresentem a obra como dotada de coerência, mesmo quando ele sabe que esta coerência não foi o resultado cuidadosamente planejado coletivamente pelos sete autores que o antecederam. Mais que isso: ele pode imprimir à obra uma coerência que até mesmo seus parceiros na empreitada sequer haviam imaginado. Enfim, há liberdade para redigir cada capítulo mas há também o constrangimento da necessária coerência em relação aos capítulos já redigidos. Para construir sua decisão o intérprete deverá respeitar duas limitações, chamadas por Dworkin de “dimensão de ajuste” e “justificativa”. Para satisfazer a dimensão de ajuste ele deve prosseguir a história institucional e não recomeçá-la do zero, deve – de boa fé – articular uma interpretação que seja coerente com o restante das decisões políticas da comunidade e, para tanto, deve apresentar “princípios” capazes de justificar estas decisões, princípios que não necessariamente foram desejados pelos legisladores do passado mas que são capazes, atualmente, de apresentar as várias decisões com alguma coerência e valor. Por exemplo, nenhuma interpretação de nossa Constituição que ignore as competências legislativas explicitamente definidas em vários de seus artigos é uma interpretação adequada. No entanto, é natural supor que várias “construções” justificadas por princípios serão capazes de superar esta fase e então é necessário realizar alguma opção. Esta é a tarefa da “justificativa”. Nos casos difíceis sobra mais de uma interpretação aceitável. Mas se a escolha não pode ser arbitrária então intérprete deve escolher, entre as interpretações viáveis, qual delas mostra o direito da melhor forma do ponto de vista da moralidade política (ex. não é uma boa interpretação justificar o controle de constitucionalidade por seus efeitos profissionais e de status benéficos para os advogados, juízes etc.). E tal escolha precisa ser justificada segundo princípios.

Mesmo um crítico, como é o caso de Jeremy Waldron, pode reconhecer que de tal modelo não resulta uma atribuição desinibida de poderes legislativos aos tribunais, capaz de transformá-los em derradeiras instâncias de valoração moral da sociedade. Trata-se de uma teoria capaz de inspirar uma avaliação atenta do problema:

Os capítulos centrais de *O Império do Direito* não se limitam a apresentar uma teoria – o Direito como Integridade – de um modo tal que devemos adotá-la integralmente ou abandoná-la de todo. Eles iluminam uma característica importante da vida política numa sociedade plural: nós não apenas divergimos sobre a justiça mas também os procedimentos equânimes produzem visões divergentes sobre a justiça e que devem governar a sociedade durante um certo tempo. Os capítulos delineiam fundamentos para tratar a incoerência que poderia resultar disso. Eles propõem uma heurística particular para enfrentar esta possibilidade, nomeadamente, que ao utilizar as decisões do passado

como um fundamento para decisões contemporâneas, nos devemos proceder de um modo que constrói o passado como um corpo coerente de princípios.

O próprio Waldron destaca dois pontos que são importantes nesta discussão. Em primeiro lugar, o modelo da Integridade presta o devido respeito ao fato das divergências morais inerentes a uma sociedade complexa. O modelo de “comunidade de princípios”, que expressa o valor da integridade,

insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por acordo político. Para tais pessoas a política (...) é uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente (...) na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível. (grifamos)

E as responsabilidades de cidadania que esta “comunidade de princípios” exige “que ninguém seja excluído; que ninguém pode ser sacrificado (...), como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total”. Waldron interpreta tais afirmações como uma rejeição explícita de que os juízes, ao articular os princípios necessários às decisões nos casos difíceis, possam impor suas próprias convicções de justiça, realizando os valores que consideram os mais elevados moralmente, sem considerar devidamente as decisões políticas adotadas pela comunidade. Tribunais não podem valer-se do poder jurisdicional que lhes foi atribuído para “fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível”, pois isso seria algo como levar adiante uma “cruzada pela justiça total”, uma indevida imposição de visões particulares de justiça em nome de toda a comunidade, ignorando os princípios de “equidade”.

Estas considerações captam corretamente o ponto fundamental do paradigma da integridade, o qual rejeita uma coerência de princípios “a partir do ponto de vista da justiça apenas”, isto é, sem considerar os procedimentos de equidade, mediante os quais uma comunidade dividida quanto às opções de justiça decide de maneira vinculante para todos. Considerar os princípios, capazes de apresentar as decisões da comunidade à sua melhor luz, exclusivamente a partir do ponto de vista da justiça seria praticar uma espécie de integridade que Dworkin denomina de “pura”, já que seu objeto seria conferir coerência exclusivamente às decisões de “justiça” fixadas pela comunidade, ignorando os procedimentos “equânimes”. Tal modelo é explicitamente rejeitado em benefício de uma integridade “inclusiva”, a qual leva em conta os princípios de

“equidade”. A consequência prática é extremamente relevante para nossa discussão: uma integridade “inclusiva” pode obrigar os juizes a deixar de lado mesmo aqueles princípios que, a seu ver, forneceriam uma justificativa coerente para as decisões de “justiça” adotadas pela comunidade. Tal ocorre se é necessário para respeitar princípios de “equidade” também aceitos, como por exemplo o princípio da “supremacia legislativa”.

Estas são as razões pelas quais Ronald Dworkin, não obstante sua afirmação acima citada em “Levando os Direitos a Sério”, termina por rejeitar explicitamente o que em “O Império do Direito” ele denomina “ativismo judicial”. É certo que o “passivismo judicial” permanece rejeitado mas isso não impede que também o “ativismo” deva ser rejeitado:

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. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juizes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política (...). Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade e virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.

4. “Direito como Integridade” versus “Tribunal parlamentar”.

Se interpretado corretamente, o paradigma da integridade leva à rejeição da ideia do “Tribunal representante do povo” (TRP) e a referência à ADI 3.510 pode ilustrar tal fato. Recordemos o início de nossa discussão. De acordo com as considerações laudatórias de Mendes, a audiência pública “provou” que:

- O tribunal é capaz de fundamentar suas decisões racionalmente, dada a elevada qualidade dos debates.

- O tribunal pode representar o povo do mesmo modo que o parlamento, com a peculiaridade de que sua representação é “argumentativa” e não “política”.

Porém, de acordo com o modelo da integridade:

- Nos casos difíceis o juiz deve construir princípios capazes de justificar aspectos importantes de nossas instituições e deve aplicar tais princípios nos casos difíceis que se lhe apresentam. Tais princípios não podem simplesmente corresponder às suas convicções particulares de justiça.

- Os juízes devem rejeitar uma espécie de “cruzada moral”, devem levar em conta decisões de justiça do passado ao invés de simplesmente “fincar sua própria bandeira”, estabelecer suas próprias convicções, em detrimento das decisões políticas da comunidade.

- A integridade defendida é a “inclusiva”, e não a “pura”. Os procedimentos políticos (“equidade”) devem contar, até mesmo para afastar aquela que seria a interpretação mais coerente (exclusivamente) dos princípios de justiça adotados no passado, se tal interpretação menos coerente se ajusta também aos princípios de “equidade”. Tal é compatível com a ideia de que se constituição não é clara, alguma precedência deve ser atribuída ao trabalho legislativo.

- Se os princípios necessários para justificar alguma alternativa de decisão contrariam os princípios necessários para justificar o restante de nossa prática, então tal opção deve ser rejeitada.

A tese do “tribunal representante do povo” (TRP) autoriza o STF a realizar o mesmo tipo de juízo político que o poder legislativo, permite que ao tribunal rever as decisões do parlamento como o senado revê as decisões da câmara. Afinal, já que ambos

representam o povo, porque motivo apenas um deles poderia realizar tais juízos? Acrescente-se o agravante de que TRP reivindica para o STF uma autoridade política que nega ao parlamento: ambos são “representativos”, mas só o STF é “representativo” e “argumentativo”, e poderíamos dizer, “a-político”. Implícita neste argumento está a imagem tecnocrática da política como atividade inevitavelmente criminosa e das atividades “técnicas” como *per se* virtuosas, a que nos referimos na citação em epígrafe. O que não deixa de ser uma contradição em termos, já que o Tribunal, ao celebrar publicamente tal imagem, que outra coisa está fazendo senão “política”? Mas acima de tudo, a criminalização da política não se coaduna com o espírito de uma Constituição que é reconhecida como “Constituição cidadã”, isto é, resultado da atividade política.

Já para o modelo da integridade, o Tribunal é um parceiro na construção do direito, mas que deve respeitar as decisões políticas da comunidade. Isso autoriza, em algumas situações, a declará-las inconstitucionais, mas jamais a exercitar juízos políticos como um representante em iguais condições.

A justificativa necessária para aceitar a tese do tribunal discursivo não é compatível com o restante da carta. Se aceita a tese TRP o tribunal se torna não apenas uma “terceira casa”, mas uma casa originária auto-suficiente, um governo tipicamente aristocrático. Afinal, se o tribunal é um representante em condições idênticas às do parlamento, mas se seus membros não são eleitos diretamente entre o povo, se os mandatos dos membros terminam apenas com a aposentadoria compulsória aos 70 anos ou com sua própria renúncia, se é o próprio tribunal que decide quem participa (como “palestrante”) das audiências públicas (o mecanismo supostamente responsável pelo controle discursivo das decisões), e – especialmente – se não há instituição superior ao tribunal com capacidade para controle, então disso resulta uma juristocracia. Esta imagem leva à supremacia de um dos poderes por sobre toda a sociedade, já que nenhuma outra instituição seria capaz de controlar seus atos, o que é incompatível com uma constituição que estabelece harmonia entre poderes, e também com a atribuição explícita de competências legislativas a outros poderes.

Os princípios necessários para justificar TRP não se coadunam com nossa história constitucional nem com seu texto. Os defensores de tal tese precisariam explicar por que motivo misterioso um parlamento eleito pelo voto popular, a Assembleia Nacional constituinte, delegaria tamanho poder ao STF, um grupo de pessoas não eleitas cuja legitimidade seria técnica e contra cujas decisões não existe recurso! Afinal, a Assembleia Constituinte estava imbuída do propósito de estabelecer um governo que, ao contrário da ditadura que fundava, não seria o governo de técnicos supostamente mais sábios que os cidadãos comuns mas sim o governo de pessoas eleitas pelos voto popular.

Ora, qualquer princípio que compreenda a constituição como fruto de uma ciência acessível apenas a um grupo de sábios e não como o fruto das decisões políticas da comunidade é um princípio incompatível com nossa história institucional inaugurada em 1988 bem como com os aspectos mais elementares do texto em vigor.

Da justificativa para TRP que ao tribunal basta convocar uma audiência pública e, por maioria de votos, adotar qualquer espécie de decisão, justificando seus votos com base em princípios abstratos e na sua representatividade igual. Se a justificativa apresentada por Mendes é válida então não é possível criticar o tribunal, seja qual for a matéria política controversa da qual trate. Daí resulta que o tribunal é supremo em relação à totalidade da sociedade, e não apenas “igual” ao parlamento. Ele não é igual ao parlamento pois definiria o que é a constituição, sem possibilidade de recurso. E desconsiderar os debates parlamentares travados no congresso nacional, não lhes atribuir força vinculante alguma, implica fincar sua bandeira numa espécie de cruzada da justiça.

Assim, do modelo TRP e da integridade resultam procedimentos diferentes, que poderíamos ilustrar do modo seguinte:

· TRP: (1) o STF é representante do povo em igualdade de condições com o parlamento; (2) o STF escutou palestras e debates de alguns conselheiros tecnicamente respeitados; (3) portanto, cada ministro deve agora, expressar sua opinião particular, decidir, sobre o que é “dignidade humana”? A resposta a esta questão vale como norma constitucional.

· Integridade: (4) o STF possui competência para controlar e invalidar atos legislativos quando estes contrariam a Constituição; (5) a Constituição não atribui ao Tribunal a condição de representante do povo em iguais termos do parlamento; [qualquer interpretação do direito que negue (4) ou (5) é uma rejeição de nossa prática constitucional e não uma interpretação dela; (6) dos princípios necessários à justificativa das decisões políticas da comunidade não resulta que a pesquisa é proibida; (7) de parte da constituição resulta explicitamente que o parlamento possui a competência para legislar sobre esta matéria.

É importante recordar que a Dworkin rejeita a possibilidade de que juízes exerçam suas competências constitucionais como se fossem guerreiros numa “cruzada moral”, impondo sua própria visão sobre o que é a justiça, negando a “integridade” que é devida aos cidadãos. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que apela com impressionante ligeireza a “valores”, “princípios” ou “direitos fundamentais” e de tais expressões extrai diretamente um significado extremamente particular, que corresponde integralmente às

convicções do “intérprete”. E tal pode ser apresentado, retoricamente, como “interpretação” da constituição. A estrutura do argumento é simples. Imagine um membro do STF (ministro “W”) que, como cidadão, crê que a proposta legislativa apresentada pelo deputado federal “X” produziria, se aprovada, bons frutos para toda a comunidade. No entanto, a maioria dos deputados da legislatura pensa diferente e rechaça a proposta: “não X” é que prevalece como decisão política da comunidade. Ou ainda, suponha que, diante de uma esperada derrota, o deputado sequer apresente sua proposta de Lei, aguardando uma legislatura mais favorável. Ora, se a corte constitucional também “representa” o povo, ainda que “discursivamente”, e se de acordo com nosso arranjo institucional ela possui competências para revisar os atos legislativos, então “basta” argumentar do modo seguinte:

1. A proposta “X” é algo que “decorre” ou pode ser “extraída” de algum princípio constitucional abstrato, por exemplo da “dignidade da pessoa humana” (CF/88, art. 1º)

2. O legislador “meramente político”, quando rejeita a proposta “X” ou decide manter uma situação de “não X”, incorre em “inércia legislativa”. Ele se recusa a atuar de um modo “exigido” pela constituição, “concretizando” a “dignidade humana” com a proposta “X”.

3. O legislador não pode, com sua “inércia”, “sonegar” algum direito expresso constitucionalmente.

4. Cabe ao “representante discursivo” do povo, o tribunal constitucional do qual faz parte o cidadão e ministro “W”, preencher esta “lacuna” gerada pela “inércia legislativa”.

5. Como quem controla a qualidade argumentativa do tribunal é o próprio tribunal, basta que mais cinco ministros estejam de acordo com nosso personagem imaginário, que compartilhem de seu ideal particular de justiça, e a derrota legislativa está revertida.

6. A conclusão deste raciocínio, tão em voga atualmente, é que se um tribunal constitucional é compreendido como “representante do povo” em iguais condições dos representantes “meramente” políticos, então é natural que tal tribunal se comporte como uma casa legislativa mais elevada, a instancia legislativa decisiva, contra cujas decisões políticas não haverá recurso algum, exceto é claro atos de desobediência civil ou revolução.

Neste caso, tal tribunal sequer atua de acordo com o rechaçado modelo da “integridade pura”, que desconsidera a necessidade de adequar suas interpretações aos princípios de equidade, isto é, aos mecanismos legislativos adotados pela comunidade. Trata-se já de uma aberta juristocracia, que nega aos cidadãos precisamente o tratamento igualitário que a “integridade” pretende assegurar.

Enfim, se a sociedade juristocrática que resulta da “tese do tribunal representante do povo” seria uma melhor sociedade, esta é outra questão. Acredito que não. Mas o que importa é que tal modelo não foi fixado pela carta de 1988 e que perante ela tal modelo é inconstitucional.

Conclusão.

Não pretendi, no presente trabalho, oferecer uma defesa do modelo jurídico da “integridade”. Minha intenção foi bem modesta: apenas demonstrar que, mesmo um autor tão identificado com a crítica ao positivismo jurídico e a defesa de uma jurisdição que recorre a argumentos controversos de moralidade, como é o caso de Ronald Dworkin, não poderia respaldar uma usurpação de competências legislativas como a que resulta do modelo da “representação judicial discursiva”, defendido pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto já citado. Assim, não foi minha intenção afirmar que as teses de Dworkin sobrevivem às críticas lançadas por autores como Jeremy Waldron e Cass Sunstein. Em todo caso, acredito que tal esclarecimento possui sua utilidade.

Como foi possível perceber, o modelo da integridade “inclusiva”, defendido por Dworkin, os controversos princípios de moralidade que os juízes devem usar para justificar suas decisões nos casos difíceis, possuem uma dupla limitação. Em primeiro lugar, eles não podem ser uma mera expressão do desejo contingente de justiça de alguns magistrados. Na atividade de construção destes princípios o passo inicial é dado pelos demais membros da comunidade: os juízes devem apresentar princípios de justiça capazes de apresentar de um modo coerente as decisões políticas adotadas pela comunidade, articulando de modo coerente as convicções de “justiça” fixadas, de tempos em tempos, por exemplo, por representantes eleitos. Em segundo lugar, a coerência pretendida pela integridade não se resume a oferecer a melhor concepção (a mais coerente) do conjunto de decisões sobre “justiça” adotadas pela comunidade. Faz parte da atividade do juiz respeitar também os princípios de “equidade” e “devido processo”. Especialmente no caso da “equidade”, que define os procedimentos democráticos de legislação, respeitar tais princípios pode fazer com que juízes se deparem com princípios de “justiça” que, não obstante não seja perfeitamente coerente

em relação às demais decisões sobre “justiça”, ainda assim deva prevalecer em virtude dos princípios de “equidade” que também prevalecem. Enfim, a explícita previsão constitucional das competências legislativas deve ser levada em conta de modo mais enfático do que ocorre quando é aceita a tese da “representação judicial discursiva”.

Seria possível supor que uma das razões que justifica a popularidade, entre juristas, de teses como a da “representação judicial discursiva” é que uma de suas consequências é a atribuição de maior poder político não apenas a juízes mas aos advogados e professores em geral? De fato, se o direito é o resultado de “princípios” e “valores” esotéricos então os “especialistas” neste assunto intrincado adquirem uma relevância que de outro modo jamais possuiriam. Como afirmam Cláudio Michelin, Conrado Mendes e Marcos Veríssimo, no ambiente acadêmico brasileiro contemporâneo é bastante difícil advogar uma espécie de raciocínio e argumentação judicial que preze a coerência sistemática e o cuidado argumentativo:

Poder-se-ia objetar que um tal projeto de inserção da argumentação jurídica em uma estrutura que, senão é rígida, é ao menos coerente e sistemática vai de encontro aos “costumes argumentativos brasileiros”. No país em que o bacharelismo ainda é um importante componente da vida social, onde o argumento de autoridade é um dos mais persuasivos e efetivos cânones argumentativos, defender uma forma de argumentação [não rígida porém coerente e sistemática] (...) poderia ser considerado algo inadequado ou, ao menos, fútil. A cultura jurídica no Brasil parece ser um ambiente particularmente inóspito para formas não personalistas de argumentação em razão da predominância da autoridade e da erudição (em decisões judiciais, em pareceres etc) como indicadores da qualidade de um argumento. A já referida estrutura fragmentária da argumentação jurídica, resultante da multifacetada crítica ao formalismo, foi terreno fértil para o crescimento desse personalismo. A certeza que não se podia mais encontrar nas razões do Direito passou a ser encontrada em pessoas. O governo dos homens (no caso, dos professores, dos juriconsultos, dos grandes juízes etc.) subordina, em alguma medida, o governo das leis.

Se uma tal concepção prevalece, o ideal do “Estado Democrático de Direito” termina por ser substituído pela realidade de um Estado que é “judicial”, ao invés de democrático, e de convicções particulares e contingentes, ao invés de “direito”. Afinal, se é verdade que sobram razões para rejeitar o ideal já tão combatido de um juiz “boca da lei” (que de resto não é viável), por outro lado tal constatação não autoriza sem mais o salto em direção à imagem de tribunais e juízes como “oráculos dos princípios e valores”. Se podemos extrair algo do modelo “anti-positivista” do “direito como integridade” é que ele, definitivamente, rejeita o componente politicamente obscurantista inerente ao ideal juristocrático.

Bibliografia.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução Luís Afonso Heck. *In: Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes, in VIANNA, Luiz Werneck (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, pp. 17 – 42.

DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin's Freedom's Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**. Ratio Juris, vol. 15, nº 3, 2002, p.267-282.

DUTRA, Delamar Volpato. *Controle de Constitucionalidade e Separação de Poderes em Habermas*. In PINZANI, Alessandro; DUTRA, Delamar Volpato. **Habermas em Discussão**. Florianópolis: NEFIPO, 2005, pp. 80-93.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. Cambridge: Harvard Universtiy Press, 1997

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

E.U.A. Constituição. Artigo VI, 3.

E.U.A. Suprem Court. (1 Cranch) 137 (1803)

FREEMAN, Samuel. *Democracia e Controle Jurídico da Constitucionalidade*, in **Lua Nova**. Nº 32, 1994, p. 181-199.

HERSHOVITZ, Scott (org). **Exporing Law's Empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

LEO, Sérgio. “*Aneel, uma agência sem loteamento político*”. Valor Econômico. Segunda-feira, 22 de Setembro de 2008, A2.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008

MADISON, James. The Federalist Papers, nº 78. in <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>, acesso em 10/03/2006.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Novos Estudos CEBRAP, nº 58, Novembro 2000 (183-202), pp. 186-7.

MICHELON, Cláudio. MENDES, Conrado Hübner; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Retórica e o Estado de Direito no Brasil*, apresentação de MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. XV – XXIII.

NASSIF, Maria Inês. “*Os Perigos da Demonização da PF*”. Valor Econômico, 17 de Julho de 2008.

SOARES, Guilherme. **Os Direitos, Os Juízes, O povo**: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988. Tese de doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Março de 2006, disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Os%20direitos,%20os%20juizes.pdf>

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa**, New York: Basic Books, 2005

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3ª ed. Vol. 1. New York: Foudations Press, 2000,

VIANNA, Luiz Werneck (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Did Dworkin Ever Answer the Critics?* in HERSHOVITZ, Scott (org). **Exporing Law's Empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**, pp. 155 – 181.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

Artigo inédito, apresentado ao XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, 2008.

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor dos cursos de graduação em Direito e Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

FONTELES, Cláudio. Inicial da ADI 3510, p. 2.

Instituto previsto pela lei nº 9.868/99, Art. 9º, § 1º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Como observou uma das ministras da Corte após as audiências, a ADI 3510, “pela delicadeza do tema nela trazido, gerou, como há muito não se via, um leque *sui generis* de expectativas quanto à provável atuação deste Supremo Tribunal Federal no caso ora posto”. GRACIE, Ellen. Voto na ADI 3510.

BRITTO, Carlos A., voto na ADI 3510.

MENDES, Gilmar. Voto na ADI 3510, página 3. O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

Cf. WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement, caps. 2 – 6

“primeiro porque o parlamento é um e fica, para a maioria, a quilômetros de distância. De fato, o cidadão dificilmente vê seu congressista e se o vê, as ações do mesmo terão pouca eficácia sobre as demandas daquele cidadão (...) Em sentido oposto a isso, o juiz mora nas mais remotas cidades do Brasil e o judiciário é acessível a todos, seja diretamente, seja por advogado e, gratuitamente, quando necessário for.” DUTRA, Delamar Volpato. *Controle de Constitucionalidade e Separação de Poderes em Habermas*. In PINZANI, Alessandro; DUTRA, Delamar Volpato. **Habermas em Discussão**. Florianópolis: NEFIPO, 2005, pp. 80-93.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, p. 2.

NASSIF, Maria Inês. “*Os Perigos da Demonização da PF*”. Valor Econômico, 17 de Julho de 2008. E, num contexto similar: “O uso da palavra «político» como pejorativo vem agarrado a fiapos do entulho ideológico que, no regime autoritário, sempre viu a representação popular como uma escolha inferior às determinações da tecnocracia. Não é por ser apartidário que um técnico ganha diploma de honestidade ou de eficiência.” LEO, Sérgio. “*Aneel, uma agência sem loteamento político*”. Valor Econômico. Segunda-feira, 22 de Setembro de 2008, A2.

Para a expressão “juristocracia” cf. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. “The expansion of the province of courts in determining political outcomes at the expense of politicians, civil servants, and/or the populace has not only become globally widespread than ever before; it has also expanded to become a manifold, multifaceted phenomenon, extending well beyond the now-standard concept of judge-made police-making through constitutional rights jurisprudence and judicial

redrawing of legislative boundaries. The judicialization of politics now includes the wholesale transfer to the courts of some the most pertinent and polemical political controversies a democratic polity can contemplate. What has been loosely termed “judicial activism” has evolved beyond the existing conventions found in normative constitutional theory literature. A new political order – juristocracy – has been rapidly establishing throughout world.” HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**, p. 222. Para um tratamento do ativismo judicial no Brasil, cf.: CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes, in VIANNA, Luiz Werneck (org). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, pp. 17 – 42. SOARES, Guilherme. **Os Direitos, Os Juízes, O povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988**. Tese de doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Março de 2006, disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Os%20direitos,%20os%20juizes.pdf>

5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

This Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”. EUA. Constituição. Artigo VI, 3.

Cf. “The Anti-Federalist Papers”, “Brutus”, nº 12, in <http://www.constitution.org/afp/brutus12.htm>, acesso em março de 2008

MADISON, James. The Federalist Papers, nº 78. in <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>, acesso em 10/03/2008

CR/88, art. 102, *caput*.

CR/88, art. 3º, III.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**, p. 7.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**, p. 9

MENDES, Gilmar. Voto na ADI 3510, p. 3.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa**, New York: Basic Books, 2005, p. 32

Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 215.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 231.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 112.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 255

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 263. Em formulação similar: “Um juiz (...) tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.” DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 15.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 27

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 30

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, p. 188.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3^a ed. Vol. 1. New York: Foudations Press, 2000, p. 2. “An embarrassment of riches confronts anyone interested in Constitutional law; there has been a veritable cascade of writing on constitutional issues – scholarship that one cannot afford to ignore, but that is too abundant fully to assimilate.”

Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Clarendon Press: Oxford, 1999, pp. 149-208

Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, pp. 88-118

Cf. FREEMAN, Samuel. *Democracia e Controle Jurídico da Constitucionalidade*, in **Lua Nova**. Nº 32, 1994, p. 181-199.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Novos Estudos CEBRAP, nº 58, Novembro 2000 (183-202), pp. 186-7.

DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin’s Freedom’s Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**. Ratio Juris, vol. 15, nº 3, 2002 (267-282): “suppose a constitution makes no provision for a final authority and the judiciary declares itself to be the final authority for the moral reading. This declaration is reaffirmed in subsequent decisions. Suppose further that tere are no competitors on the political landscape that make a countervailing claim. The esoteric nature of law has left the general populace in a state of ignorance and/or confusion as the court moves inexorably towards assuming its status s ultimate authority.” DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin’s Freedom’s Law and the Spectrum of Constitutional Democracies**, p. 273.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, pp. 188.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 200 e ss

Cf. WALDRON, Jeremy. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, p. 189.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 202

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 294 e ss.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 271-272

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 273-274

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 305

DWORKIN, R. ID 63-64. E ainda: “conceitos interpretativos também exigem que as pessoas compartilhem uma prática: eles devem convergir atualmente tratando o conceito como interpretativo. Mas isso não significa convergir na aplicação do conceito. As pessoas podem compartilhar um tal conceito mesmo quando elas divergem dramaticamente sobre suas instancias. Assim uma teoria útil de um conceito interpretativo – uma teoria sobre a “justiça” o sobre “vencer um round” – não pode simplesmente descrever o critério que algumas pessoas utilizam as instancias ou simplesmente escavar a estrutura profunda do que as pessoas crêem que seria uma interpretação, o que é muito provavelmente controverso, da prática na qual o conceito figura. Para mim, [o conceito de Direito] funciona como um conceito interpretativo, ao menos em comunidade políticas complexas. Nos compartilhamos tal conceito como atores numa prática politica complexa que nos exige que interpretemos estas práticas de modo a decidir como podemos continuá-las melhor.” “Interpretive concepts also require that people share a practice: they must converge in actually treating the concept as

interpretive. But that does not mean converging in the application of the concept. People can share such a concept even when they disagree dramatically about its instances. So a useful theory of an interpretive concept – a theory of justice or of winning a round – cannot simply report the criteria people use to identify instances or simply excavate the deep structure of what people mainly be an interpretation, which is very likely to be controversial, of the practice in which the concept figures. In my view [o conceito de Direito] functions as an interpretive concept, at least in complex political communities. We share that concept as actors in complex political practices that require us to interpret these practices in order to decide how best to continue them.” DWORKIN, Ronald **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. 11

DWORKIN, **O Império do Direito**, pp. 275 – 279 e **Uma Questão de Princípio**, pp. 217 – 249.

Para a crítica de Waldron cf. Especialmente WALDRON, J. **Law and Disagreement**, caps. 9 – 13, e WALDRON, Jeremy. *Did Dworkin Ever Answer the Critics*, in HERSHOVITZ, Scott. **Exporing Law’s Empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**, 155 – 181.

“The central chapters of *Law’s Empire* do not simply present a theory – law as integrity – in a “take it or leave it” fashion. They highlight an important feature of political life in a pluralistic society: not only do we disagree about justice, but fair procedural principles allow disparate views about justice to hold force in society at a given time. The chapters outline grounds for concern about the incoherence that may result from this. They propose a particular heuristic for dealing with that possibility: namely, that in using past decisions as a ground for present ones, we should do so in a way that constructs the past as a coherent body of principle.” WALDRON, J. **Law and Disagreement**, p. 191.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**, p. 254

DWORKIN, R. **O Império do Direito**, p. 257.

Cf. WALDRON, J. **Law and Disagreement**, p. 206

DWORKIN, R. **O Império do Direito**, p. 483

DWORKIN, R. **O Império do Direito**, p. 483 e ss.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**, p. 483

“A equidade exige deferência para com as características estáveis e abstratas da cultura política nacional, isto é, não aos pontos de vista de uma maioria política local ou passageira apenas por haverem triunfado em uma ocasião política específica. Se a segregação racial ofende os princípios de igualdade aceitos pela maioria da nação, a equidade não é violada quando as maiorias de alguns estados vêm negado seu direito de segregar. (...) O passivismo parece, à primeira vista, uma teoria atraente sobre a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas. Mas, quando tomamos o cuidado de desemaranhar os diferentes problemas que mistura, seus fundamentos intelectuais tornam-se invariavelmente mais frágeis. Dever ser ou conter uma teoria sobre o que a Constituição já é enquanto direito fundamental, o que significa que deve ser uma interpretação da prática constitucional entendida em sentido amplo. O passivismo apenas precariamente se ajusta a essa prática, e só a mostra em sua melhor perspectiva se admitirmos que, como questão de justiça, os indivíduos não tem direitos contra as maiorias políticas – o que é estranho à nossa cultura constitucional – ou que a equidade, definida de um modo especial que zomba da própria ideia de direitos constitucionais, é a virtude constitucional mais importante. Se rejeitarmos essas ideias nada atraentes, rejeitaremos o passivismo. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 451.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 452

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

MICHELON, Cláudio. MENDES, Conrado Hübner; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Retórica e o Estado de Direito no Brasil*, apresentação de MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. XXII-XXIII.