

A Interpretação e a Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Teorias de Alexy, Sunstein e Dworkin

Interpretation and Application of Fundamental Rights in the Theories of Alexy, Sunstein, and Dworkin

Isabele Batista de Lemos*

Resumo: Partindo-se da premissa de que o paradigma positivista não responde satisfatoriamente no que diz respeito à interpretação e à aplicação dos direitos fundamentais, o artigo faz comparações entre as categorias desenvolvidas por Robert Alexy, Cass Sunstein e Ronald Dworkin em suas respectivas teorias dos direitos fundamentais, identificando pontos de contato e de divergências entre os autores. Busca-se, desse modo, refletir a respeito do processo discursivo de justificação das decisões judiciais e de sua racionalidade em uma democracia constitucional que tem por finalidade assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos e, ao mesmo tempo, garantir a soberania popular e o governo da maioria. O artigo opta, ao final, por um ponto de vista substancialista.

Palavras-chave: Pós-positivismo. Direitos Fundamentais. Constitucionalismo. Democracia.

Abstract: Starting from the premise that the positivist paradigm does not respond adequately regarding the interpretation and application of the fundamental rights, the article makes comparisons between

* Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará (2015) e graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (2013).

the categories developed by Robert Alexy, Cass Sunstein, and Ronald Dworkin in their respective theories of fundamental rights, identifying points of contact and divergences between the authors. Therefore, this approach seeks to reflect on the discursive process of judicial decisions justification and its rationality in a constitutional democracy that is intended to guarantee the fundamental rights of citizens, and, at the same time, ensure popular sovereignty, and majority rule. In the end, the article opts for a substantialist view.

Keywords: Post-positivism. Fundamental Rights. Constitutionalism. Democracy.

Introdução

178

Tornou-se conhecida e muito propagada entre os juristas a afirmação de Norberto Bobbio, segundo a qual o problema fundamental dos direitos humanos, hoje em dia, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los, por tratar-se de um problema não filosófico, mas político. (BOBBIO, 2004, p. 23). O problema do fundamento dos direitos humanos, de acordo com o filósofo italiano, apresenta-se de modo diferente, conforme se trate de buscar o fundamento de um direito que se tem, isto é, de um direito reconhecido por uma norma válida do ordenamento jurídico positivo, ou de um direito que se gostaria de ter. (BOBBIO, 2004, p. 15).

Na verdade, esse ponto de vista revela uma abordagem dos direitos humanos/fundamentais¹ como uma questão de

¹ Utilizamos as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais* como sinônimas, por entendermos que não existe nenhuma diferença substantiva entre ambas. Tendo-se em vista uma concepção pós-positivista de direito, que reconhece as cláusulas de abertura constantes tanto na Constituição Federal (artigo 5º, § 2º) quanto nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (a exemplo do artigo 29º, “c”, da Convenção Americana de Direitos Humanos), as fronteiras das categorias *direitos humanos* e *direitos fundamentais* estão sendo esmaecidas, na medida em que se

direito positivo. A separação entre o direito e a moral característica da abordagem positivista mostra-se incompatível com o conteúdo dos direitos humanos, os quais trazem um forte conteúdo de moralidade para o campo jurídico. Lidar com os direitos fundamentais unicamente na perspectiva do direito positivo abre espaço para a discricionariedade do intérprete na aplicação desses direitos, tornando insegura, imprecisa e indeterminada sua proteção nos casos particulares.

Nesse sentido, as teorias sobre direitos fundamentais apresentadas por Robert Alexy, Cass Sunstein e Ronald Dworkin partem de um pressuposto comum: a insuficiência do paradigma positivista na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Os três autores enfatizam a necessidade de uma justificação racional das decisões judiciais que vá além de uma visão estática e avaliativa do Direito e de uma pretensa neutralidade do intérprete. A fundamentação racional leva em conta determinados critérios que se apoiam nos princípios e nos valores do ordenamento jurídico, buscando impedir que os julgadores decidam arbitrariamente.

Mas qual é a visão de cada um desses autores em relação ao significado e à aplicação de tais valores e princípios como fundamentos das decisões judiciais? Em que medida suas correspondentes teorias explicam a efetivação dos direitos fundamentais por meio da atuação do Poder Judiciário como intérprete da Constituição? As respostas a essas questões, embora apresentem pontos de contato, divergem em aspectos significativos em cada uma das teorias, conforme será exposto a seguir. Inicialmente, serão apresentados tópicos relevantes de cada corrente teórica para, em seguida, proceder-se a algumas comparações entre elas, com apoio na literatura nacional sobre o tema.

verifica cada vez mais um diálogo entre jurisprudência nacional e jurisprudência internacional, que ultrapassa o critério positivista pautado na fonte e na vontade expressa da autoridade.

1 Principais Aspectos de cada Teoria

1.1 Princípios como Mandamentos de Otimização: *Alexy e o Procedimento da Ponderação*

Na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy (2008, p. 90) diz que princípios são mandamentos de otimização, isto é, “[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Nesse sentido, podem ser satisfeitos em graus variados, ao contrário das regras, que são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, por conterem determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Essa distinção qualitativa entre regras e princípios reflete-se na forma de solução adotada nos casos de colisões e de conflitos. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso. Os juízes devem, portanto, proceder a um processo de ponderação quando determinados princípios colidirem em um caso concreto, com o objetivo de definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso naquela situação. (ALEXY, 2008, p. 93-95). A teoria alexiana afirma, desse modo, que o peso dos princípios não é determinado de forma absoluta, mas, ao contrário, que só podemos falar em pesos relativos.

Na ponderação de princípios, inicialmente são identificadas as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro tendo em vista o caso concreto, formulando-se, a partir daí, um enunciado de preferência condicionada. Mas somente isso não basta. É necessário ainda fundamentar o enunciado de preferência, de forma a tornar a decisão racional, e é nesta etapa que ocorre propriamente a ponderação.

Segundo Alexy (2008, p. 165), “[...] uma ponderação é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ela conduz, pode ser fundamentado de forma racional”.

Essa racionalidade seria proporcionada pela lei da ponderação, elaborada por Alexy (2008, p. 167) nos seguintes termos: “[...] a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”. Em outras palavras, o custo do sacrifício de um princípio justifica-se pelo benefício obtido com o outro princípio (proporcionalidade em sentido estrito). É a partir do processo de ponderação, pois, que passamos a entender o conceito de princípios como mandamentos de otimização, uma vez que o referido procedimento consiste exatamente em uma tarefa de otimização, isto é, de avaliar uma relação de custo-benefício.

Nota-se que a teoria de Alexy apresenta uma visão abstrata e formal dos princípios, não os concebendo com um conteúdo substantivo predeterminado. Todos os princípios podem ser ponderados, pois não existem princípios absolutos, tanto que o autor afirma que princípios absolutos não são compatíveis com um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 111).

O autor rejeita a objeção de que, por não haver um parâmetro com base no qual a ponderação pudesse ser decidida, a lei da ponderação corresponderia a uma “fórmula vazia”. Alexy acredita que sua proposta como um todo oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional: “A lei de colisão diz o que deve ser fundamentado de forma racional. Nesse sentido, não se pode dizer que ela nada diz”. (ALEXY, 2008, p. 173-174).

1.2 Princípios Interpretativos Comprometidos com a Democracia Deliberativa: Sunstein e os Limites Institucionais das Cortes

Diversamente do pensamento de Alexy, Sunstein dá um enfoque bem mais contextualizado ao apresentar suas ideias a respeito da interpretação da Constituição, voltando-se à tradição democrática norte-americana. Na obra *A Constituição Parcial*, Sunstein (2008, p. 127) afirma que nenhum texto possui significado à margem dos princípios defendidos por quem os interpreta, e eles não podem ser encontrados no próprio texto. A exegese constitucional inevitavelmente obriga-nos a usar princípios externos à Constituição, princípios interpretativos que possuem natureza substantiva.

182

De acordo com Sunstein (2008, p. 127), a principal característica dos princípios substantivos é que a sua escolha deve se justificar em termos morais e políticos e, nesse sentido, podemos dizer que a Constituição não é neutra, é antes parcial. O autor critica os métodos de interpretação que inclui na categoria do formalismo (originalismo, convencionalismo e indeterminismo), exatamente porque esses métodos não reconhecem a necessidade de princípios interpretativos externos na exegese de qualquer texto legal, inclusive e principalmente o da Constituição.

Sunstein (2008, p. 150-153) destaca o papel do texto, da estrutura e da história da Constituição na interpretação dos dispositivos constitucionais, afirmando que essas fontes devem ser utilizadas à luz dos princípios interpretativos substantivos, os quais implicam uma dimensão valorativa capaz de solucionar as divergências que inevitavelmente surgem na hermenêutica dos direitos fundamentais. Mas quais seriam esses princípios interpretativos e qual a sua base?

Para Sunstein (2008, p. 155), os princípios interpretativos encontram sua substância no conceito de democracia

deliberativa, de tal modo que decisões racionais são aquelas que fortalecem os mecanismos democráticos ínsitos nesse conceito.

Nessa perspectiva, os princípios interpretativos são desenvolvidos a partir do objetivo de garantir o funcionamento com sucesso de uma democracia deliberativa e são extraídos da própria história constitucional norte-americana, devendo os intérpretes da Constituição estar atentos à maneira como esses princípios fundamentais têm sido compreendidos no decorrer do tempo. (SUNSTEIN, 2008, p. 169).

Um dos compromissos da democracia deliberativa consiste na deliberação política, a qual significa que os desfechos políticos devem ser resultado de um amplo processo de discussão, consulta e persuasão, marcado pelo pluralismo de perspectivas e pela participação. Em uma democracia deliberativa, não se pode justificar uma preferência somente por meio da regra de maioria; é necessária uma razão substantiva e não apenas procedimental para justificar os desfechos sociais. O reconhecimento de direitos fundamentais implica muitas vezes a modificação de opiniões para atender às minorias, pois, nas palavras de Sunstein (2008, p. 171):

Um objetivo da política então é refletir a respeito e às vezes modificar as preferências atuais, não simplesmente implementá-las. As preferências não são estáticas; elas são um assunto de conversas e debates. As pessoas devem justificar os desfechos sociais por meio de uma referência aos motivos.

Os outros compromissos da democracia deliberativa correspondem à cidadania, entendida como uma esfera de autonomia das pessoas em relação ao Estado; à visão de acordo como ideal regulatório para a política; e à igualdade política. Esta última exclui as grandes disparidades na influência política detidas por diferentes grupos sociais, pressupondo a garantia de direitos que asseguram um mínimo existencial para que as pessoas desempenhem seu papel de cidadãs. A igualdade

política também proíbe a discriminação negativa e busca promover uma igualdade aproximada de oportunidades nas perspectivas básicas de vida dos diferentes indivíduos. (SUNSTEIN, 2008, p. 172-180).

Nesse aspecto, o conteúdo e a substância pré-definidos dos princípios interpretativos na lógica de Sunstein (2008) explica o reduzido papel que este autor atribui ao judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. Defende ele que a atuação das cortes deve se dirigir à proteção daqueles direitos indispensáveis à democracia deliberativa assegurados na Constituição, desempenhando um papel mais agressivo apenas em duas classes de litígios.

A primeira envolve direitos que são centrais para o processo democrático e cuja violação tem poucas probabilidades de vir a ser remediada por meio da política. A interferência governamental no direito ao voto ou à liberdade de expressão, por exemplo, autorizaria os tribunais a não adotarem a atitude normal de deferência aos processos legislativos. (SUNSTEIN, 2008, p. 183).

A segunda categoria envolve grupos de interesses que possuem pouca probabilidade de obterem uma audiência justa da parte do processo legislativo, por enfrentarem obstáculos para a sua organização ou preconceito ou hostilidade disseminados, a exemplo dos homossexuais. Nessas hipóteses, uma atuação das cortes próxima às decisões governamentais se justifica no interesse da própria democracia. (SUNSTEIN, 2008, p. 184).

Ocorre que essas duas situações nas quais os tribunais possuem um papel mais agressivo são excepcionais, pois, na maioria dos litígios, a atuação judicial deve ser mais limitada, em decorrência dos próprios compromissos democráticos que impõem limites institucionais às cortes. Nesse sentido, Sunstein (2008, p. 190-191) afirma que, nas questões referentes a reformas sociais e justiça distributiva, as quais envolvem a alocação de

recursos escassos, não há razão para a interferência do judiciário, porque este poder não possui as ferramentas e informações necessárias para lidar com esses tipos de demandas sociais, que devem ficar a cargo do legislativo e do executivo.

Além desta dificuldade empírica, também por razões normativas, a intervenção judicial deve ser mínima, uma vez que uma excessiva interferência deturparia o processo político ao enfraquecer os canais democráticos utilizados na busca de mudanças. Segundo a visão do autor, os canais políticos são frequentemente muito melhores para realizar reformas sensíveis e eficientes. (SUNSTEIN, 2008, p. 186-187).

Tomando por exemplo as controvérsias suscitadas pela implementação de programas de ação afirmativa nos Estados Unidos, Sunstein (2008, p. 193) argumenta que tais questões deveriam ser resolvidas por meio do processo político e não perante as cortes. Para o autor, uma legislação que institui um programa de ação afirmativa não deveria ser tida como se levantasse uma questão constitucional séria, pois, de modo geral, os tribunais deveriam ser mais inclinados a “[...] manter medidas legais que não afetem as distribuições atuais, da mesma forma que deveriam estar inclinados a validar a legislação que tenta transformá-las”. (SUNSTEIN, 2008, p. 192). Uma saudável deferência ao governo representativo seria um argumento a favor dessa abordagem, segundo o autor.

1.3 Princípios como Exigências de Moralidade Política: Dworkin e o Judiciário como Fórum de Princípios

Dworkin, diferentemente de Sunstein, pretende reforçar o papel do Judiciário, sustentando ser este poder o mais adequado para debater questões de princípios. No Capítulo X da obra *O Império do Direito*, Dworkin (2003, p. 425-428) acentua

inicialmente que a construção do controle judicial de constitucionalidade faz parte da tradição constitucional norte-americana desde os seus primórdios e que a questão crucial agora não é saber que poder tem a Corte Suprema, mas como deve ser exercido seu vasto poder.

O caráter interpretativo do direito rechaça divisões simplistas como aquela que distingue entre juízes conservadores e liberais, conforme a qual aqueles obedecem à Constituição, enquanto estes tentam reformá-la segundo suas próprias convicções. Na verdade, quando os juízes discordam sobre o que diz a Constituição, eles estão divergindo sobre seu julgamento interpretativo do que é a Constituição como direito, isto é, divergem sobre qual seja a melhor interpretação da estrutura e da prática constitucionais. (DWORKIN, 2003, p. 428-430).

Dworkin (2003, p. 430-437) apresenta argumentos contrários ao historicismo, ao passivismo e ao ativismo como métodos de interpretação gerais da prática constitucional norte-americana. A corrente historicista, que limita as interpretações aceitáveis da Constituição aos princípios que exprimem as intenções históricas dos fundadores, além de trazer sérias dificuldades práticas na tarefa de encontrar a vontade do legislador (seu estado mental consciente no momento da votação), não resolve casos complexos, os quais não foram pensados por governantes eleitos há muito tempo atrás, quando a moral popular, as circunstâncias econômicas e quase tudo o mais era muito diferente.

O argumento mais forte a favor do historicismo é o da estabilidade, no sentido de que o direito serve melhor sua comunidade quando é tão preciso, previsível e estável quanto possível, subordinando a correta interpretação da Constituição às opiniões concretas de seus autores, não importando quão obsoletas possam ser. (DWORKIN, 2003, p. 437-441). O jusfilósofo afirma, no entanto, que nem sempre a certeza do direito é mais

importante do que aquilo que o direito é, e isso é particularmente importante quando se trata de direitos fundamentais:

A estabilidade na interpretação dos direitos fundamentais, considerados um por um, tem alguma importância prática. Mas, por se tratar de questões de princípio, a substância é mais importante do que esse tipo de estabilidade. Em qualquer caso, a estabilidade crucial é a da integridade: na medida do possível, o sistema de direitos deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente de justiça. (DWORKIN, 2003, p. 441).

Nessa perspectiva, Dworkin (2003) defende que os direitos fundamentais devem ser abordados à luz de princípios extraídos da Constituição, princípios que consistem em exigências de moralidade política na relação entre o Estado e os cidadãos. Os direitos fundamentais são intrinsecamente questões de moralidade política, pois estabelecem limites, padrões morais, à ação do Estado, impondo a este tanto deveres negativos quanto positivos, de acordo com parâmetros de justiça. Segundo essa visão, os direitos fundamentais estão sujeitos a constante renovação e evolução, e o conjunto de decisões que os vão reconhecendo formam um todo coerente de princípios, numa ligação em cadeia que caracteriza a concepção dworkiniana do direito como integridade.

O ideal político da integridade significa coerência de princípios e está situado ao lado da justiça e da equidade. Dworkin (2003, p. 213-231) propõe que a integridade seja reconhecida como um ideal político independente, distinto tanto da equidade, que lida com os critérios de organização do processo político, quanto da justiça, que trata dos resultados do processo político. Embora não haja relação hierárquica entre essas virtudes políticas, a integridade auxilia na resolução dos conflitos que surgem entre a equidade e a justiça, visto que instituições equitativas podem produzir decisões injustas e instituições não equitativas podem produzir decisões justas.

Por exemplo, no conflito entre o procedimento da regra da maioria no processo legislativo e o conteúdo de uma decisão constitucional sobre questão de princípio que tenha um caráter contramajoritário, podemos vislumbrar o conflito entre equidade e justiça.

Em relação à corrente interpretativa do passivismo – na qual Sunstein poderia ser incluído – Dworkin (2003, p. 441-451) observa que, de modo geral, os partidários do passivismo mostram grande deferência para com as decisões de outros poderes do Estado, atribuindo ao processo político a última palavra sobre o significado das grandes cláusulas constitucionais. Não obstante, o jusfilósofo sustenta que o cerne do debate envolvendo o passivismo refere-se à questão jurídica de saber o que a Constituição, devidamente interpretada, realmente exige, e o passivismo parece não responder satisfatoriamente a essa indagação.

188

O passivismo pressupõe que todas as cláusulas abstratas que garantem os direitos individuais contra decisões majoritárias são corretamente interpretadas de modo extremamente rigoroso e estrito, segundo a ideia de que as restrições ao governo da maioria devem ser mínimas e que inovações de direitos somente podem ocorrer por meio de mudanças legislativas. (DWORKIN, 2003, p. 446-447).

Dworkin (2003, p. 448-451) opõe-se a essa visão, reconhecendo, primeiramente, que virtudes políticas diferentes, como a justiça e a equidade, podem competir entre si na decisão sobre qual interpretação poderia aperfeiçoar uma cláusula constitucional em termos de moral política. Seja como for, a melhor interpretação é sempre aquela que se volta aos princípios como exigências de moralidade política (justiça, equidade) e, nesse entendimento, muitas vezes, os direitos fundamentais surgem como trunfos, isto é, como argumentos decisivos contra decisões majoritárias.

Nem mesmo o passivismo nos moldes da teoria de Sunstein, o qual não nega que os indivíduos tenham direitos, como uma questão de justiça, contra a maioria, é aceito por Dworkin. O argumento segundo o qual, a longo prazo, os legislativos são mais propensos a desenvolver uma teoria melhor fundada de quais direitos a justiça exige, em vez de os tribunais tentarem interpretar a linguagem nebulosa das disposições constitucionais abstratas, sofre de uma óbvia objeção:

Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido. (DWORKIN, 2003, p. 448-449).

Dworkin (2003, p. 449), dessa forma, situa o judiciário como verdadeiro fórum de princípios, por ser este poder o mais inclinado a reconhecer que alguns direitos constitucionais se destinam exatamente a impedir que as maiorias sigam suas próprias convicções quanto ao que a justiça requer. O autor não nega que os juízes têm seus próprios interesses ideológicos e pessoais no resultado dos casos, e também podem ser tirânicos, isto é, podem ignorar a prática constitucional como um todo, para impor sua concepção pessoal de justiça. No entanto, *a priori*, não há motivo para considerá-los teóricos políticos menos competentes que os legisladores.

De outro lado, o direito como integridade condena o ativismo enquanto prática de jurisdição constitucional segundo a qual o juiz ignora o texto e a história da Constituição, bem como as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura

política, para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. (DWORKIN, 2003, p. 451-452).

Dworkin (2003, p. 452) insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio de um julgamento interpretativo que dá lugar a muitas virtudes políticas, devendo suas decisões ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. 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 e, ao contrário, tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.

O juiz Hércules, personagem criado por Dworkin para representar o paladino do direito como integridade, é guiado por um senso de integridade constitucional; acredita que a Constituição consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacentes a essa questão. (DWORKIN, 2003, p. 474).

190

2 Convergências e Divergências entre as Teorias

No que diz respeito à concepção dos princípios, percebem-se claras distinções entre os três autores. O sistema de princípios interpretativos contido na teoria de Sunstein, ao contrário da teoria de Alexy, não parte da ideia de colisão, mas de complementaridade e harmonia entre os princípios constitutivos da democracia deliberativa. Além disso, quanto ao significado atribuído aos princípios que balizam as decisões judiciais, em Sunstein, verificamos o conteúdo pré-determinados dos princípios, ao passo que a teoria alexiana se caracteriza pela ausência de considerações substantivas diretas dos princípios.

Em outros termos, enquanto Sunstein já confere certo peso e concretude aos princípios, mediante sua associação aos preceitos democráticos, Alexy parte de uma visão abstrata e formal dos princípios, os quais somente adquirem significação e peso diante das circunstâncias do caso concreto.

Essa distinção vai refletir-se no alcance da atuação do juiz no processo de ponderação, posto que, quanto mais abstrata for a concepção dos princípios, maior será a margem de “liberdade” na valoração de um princípio em detrimento de outro perante determinadas circunstâncias, ao passo que uma visão mais concreta dos princípios irá trazer limites à ponderação.

A ideia de princípios em Dworkin aproxima-se da de Sunstein no tocante ao seu conteúdo substantivo moral e político, divergindo também de Alexy. Dworkin e Sunstein afastam-se do positivismo ao concordarem acerca da necessidade de o direito se valer de argumentos de cunho substancial para justificar os princípios adotados na interpretação de casos mais complexos.

Sob outro ângulo, Dworkin e Sunstein não propõem uma ponderação de princípios no sentido alexiano, exatamente porque possuem uma concepção mais concreta, substantiva, histórica e contextualizada dos princípios. Seja identificando-os com a noção de democracia deliberativa, seja com virtudes políticas, os princípios em Sunstein e Dworkin resultam da cultura político-jurídica da nação e, nesse sentido, são concebidos em uma perspectiva mais ampla e geral quando comparados à visão de Alexy dos princípios como mandamentos de otimização.

A grande divergência entre Sunstein e Dworkin reside no papel atribuído por cada um deles ao judiciário na efetivação dos direitos fundamentais; aquele defendendo uma atuação mais restrita, apenas em situações excepcionais imprescindíveis para a manutenção do sistema democrático; este propondo uma ação mais agressiva das cortes, pautada por princípios de moralidade política como justiça e equidade e na correta

relação entre essas virtudes, por ser o judiciário o poder mais adequado para debater questões de princípios e o mais inclinado a reconhecer os direitos fundamentais como trunfos contra decisões majoritárias.

Deve-se esclarecer que a concepção minimalista de judiciário defendida por Sunstein perpassa ainda um modelo de decisão baseado em “acordos teóricos incompletos”. Conforme explica Maués (2012, p. 598), Sunstein propõe que, em virtude da existência de profundos desacordos morais nas sociedades democráticas contemporâneas, os juízes devem trabalhar mais com resultados concretos do que com abstrações, pois assim podem concordar mais facilmente com o resultado, mesmo sem concordar com a teoria mais geral que pode justificá-lo.

Nessa perspectiva, Sunstein desenvolve o aspecto positivo da possibilidade de deixar em aberto questões constitucionais mais fundamentais como forma de promover a deliberação democrática. Assim, uma das principais características do minimalismo constitui o fato de que os juízes devem decidir os casos de forma estreita, estabelecendo resultados sem invocar teorias amplas. (BUNCHAFT, 2011, p. 156).

De acordo com os ensinamentos de Maués (2012, p. 600-601), a teoria de Sunstein destaca as analogias como uma das principais ferramentas do raciocínio jurídico que favorecem a obtenção de acordos teóricos incompletos, pois os princípios que os juízes utilizam para decidir se um caso é igual a outro geralmente operam em nível inferior, o que lhes permite chegar a um acordo sem recorrer a teorias gerais.

Embora a teoria de Sunstein reconheça que níveis mais altos de abstração podem ser necessários, e até desejáveis, para a solução de alguns casos, ela não nos fornece elementos para decidir qual teoria deveria ser aplicada nessas situações, tal como observa Maués (2012) ao confrontar a teoria de Sunstein com a teoria de Dworkin:

A teoria de Sunstein não nos fornece elementos suficientes para justificar as decisões nos casos em que diferentes analogias podem ser feitas com base nos precedentes, o que indica a necessidade de aprofundar os argumentos substantivos em seu favor. Essa preocupação caracteriza a teoria do direito como integridade; ao admitir que um princípio moral pode justificar a não aplicação de um precedente, Dworkin nos leva a examinar não apenas os fundamentos dos precedentes, mas também outros princípios do ordenamento jurídico que possam ser relevantes para a decisão. Essa análise se torna ainda mais necessária diante de situações em que há precedentes divergentes envolvidos na questão. (MAUÉS, 2012, p. 617-618).

Por outro lado, na medida em que Alexy se preocupa com uma aplicação racional dos princípios pelos tribunais por meio da ponderação naqueles casos mais complexos que envolvem o reconhecimento de direitos fundamentais, pode-se inferir a partir daí que esse teórico, apesar de não abordar diretamente esse viés, defende uma atuação mais firme do judiciário no reconhecimento desses direitos, porém, por meio de um método formal de aplicação das normas principiológicas, qual seja, o processo de ponderação, não enfrentando argumentos substantivos nessa defesa do papel das cortes, como o faz Dworkin.

Nesse sentido, entende Ress (1985, p. 30 apud BONAVIDES, 2008, p. 426) que a proporcionalidade em sentido estrito não representa nenhum critério material, substantivo, de decisão, mas serve apenas para “[...] estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicado obviamente à solução de justiça do caso concreto e específico”. Bonavides (2008, p. 426) observa que a proporcionalidade em sentido estrito é um critério tópico, isto é, volta-se para a justiça do caso concreto ou particular, o que pode resultar no grave risco de um considerável reforço dos poderes do julgador.

Como avalia Streck (2013, p. 346), Dworkin propôs-se a elaborar uma teoria jurídica que não abrisse espaço para a discricionariedade e, em sentido diverso, o procedimento da

ponderação desenvolvido por Alexy traria em si uma discricionariedade inexorável, apesar de sua pretensão em conferir maior racionalidade às decisões judiciais. Isso porque, segundo o autor brasileiro, a única possibilidade de “controle” existente na técnica da ponderação se dá no âmbito do próprio procedimento, e não no conteúdo vinculado por ele: “[...] quem decide, quem valora, ao fim e ao cabo, é o sujeito”. (STRECK, 2013, p. 349).

Como foi dito, Dworkin e Sunstein buscam justificativas morais, de natureza política, para os princípios. É esse conteúdo material já estabelecido que orienta as decisões judiciais e, conseqüentemente, diminui o espaço de discricionariedade do julgador.

A concepção do direito como integridade, especificamente, insiste em que os juristas, diante de um caso difícil, interpretem o direito do passado para descobrir quais princípios melhor o justificam e, em seguida, decidam o que tais princípios exigem no novo caso. Dworkin (2003) reconhece que, em muitas situações, quando os ideais políticos da justiça e da equidade conflitam entre si, poderá haver uma grande divergência entre as decisões judiciais sobre a melhor solução para esse conflito nos diferentes tipos de casos. A objeção à integridade que ele chama de “ceticismo interior” afirma isso: “[...] que a prática jurídica é por demais contraditória para oferecer qualquer interpretação coerente”. (DWORKIN, 2003, p. 320).

Em resposta a essa objeção, Dworkin (2003, p. 320-322) considera a distinção fundamental entre “concorrência” e “contradição” de princípios. O filósofo defende que o conflito entre princípios nos casos difíceis deve ser analisado não a partir da lógica da contradição, mas sob a perspectiva da concorrência. Na lógica da concorrência, ambos os princípios contribuem para a solução do caso e ajudam a perceber os limites um do outro: a compreensão de um dos princípios depende da compreensão do outro e vice-versa.

É interessante notar que Bobbio (2004, p. 42-43), em uma perspectiva positivista, enxerga uma antinomia irresolúvel entre os direitos individuais (liberdades) e os direitos sociais (poderes), oposição que pode ser compreendida em termos de conflito entre liberdade e igualdade. O filósofo acredita que tais direitos são antinômicos, porque a realização integral de uns impediria a realização integral dos outros e, portanto, não haveria uma resposta certa para esse conflito. Diversamente, Dworkin (2003) vê conciliação entre tais direitos, pois vê coerência numa rede de princípios que se sustentam mutuamente. Liberdade e igualdade são valores políticos que devem ser compreendidos de uma forma holística: a interpretação de cada um dos valores deve fortalecer a interpretação dos outros, integrando-os numa estrutura de valor ainda mais inclusiva, que ligue a estrutura política à ética. (DWORKIN, 2010, p. 228).

Perfilhando da concepção de direito desenvolvida por Dworkin, Streck (2013, p. 358) defende que os princípios não abrem a interpretação, e sim fecham-na, limitam-na:

Os princípios (re)inserem a faticidade ao direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular com todo o ordenamento. Deste modo, proporcionam que a atividade jurisdicional, por intermédio da fundamentação, que é condição de possibilidade, publicize o sentido que será intersubjetivamente controlado, e que tenderá a manter a coerência e integridade do direito. (STRECK, 2013, p. 358)

Bobbio (2004) tem razão quando afirma que os juristas devem se preocupar com a questão da garantia dos direitos humanos. Mas o que Dworkin, especialmente, nos mostra é que a questão da garantia não é uma questão independente e autônoma da questão da fundamentação. É precisamente a fundamentação dos direitos humanos que permitirá a compreensão do seu conteúdo e das suas exigências num determinado contexto histórico e social. E o tipo de argumento

jurídico que uma justificação comprometida com a efetividade dos direitos humanos envolve é um argumento substantivo, político e moral.

Considerações Finais

A par das concordâncias e divergências existentes nos pensamentos de Alexy, Sunstein e Dworkin, suas ideias e reflexões fornecem importantes subsídios para melhor compreendermos a atual prática constitucional brasileira, identificando-se a influência teórica que esta recebeu e que põe (ou não) em prática na consagração dos direitos fundamentais.

Daí a relevância de se analisar a fundamentação, os argumentos, a *ratio decidendi* das decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira, especialmente naqueles casos difíceis, em que estão em jogo interesses de diversos segmentos sociais, e a Corte é chamada a exercer sua função institucional de intérprete maior e guardião da Constituição.

O paradigma positivista não respondeu satisfatoriamente à aplicação dos direitos fundamentais, conferindo ampla margem de discricionariedade ao intérprete. Em variadas situações, o julgador participa do processo de criação do direito quando decide qual interpretação aplicar, ao fazer valorações de sentido e escolher dentre as alternativas possíveis. Desse modo, as teorias pós-positivistas analisadas no artigo buscam estabelecer critérios para que essa escolha seja racional.

Verifica-se que a teoria de Alexy mostra-se ainda muito permeável à discricionariedade do intérprete, na medida em que a técnica da ponderação não é controlável por razões substantivas externas ao procedimento em si, que abre margem a amplas possibilidades interpretativas. O minimalismo judicial de Sunstein, por sua vez, pode suscitar dificuldades quanto

à utilização dos “acordos morais incompletos” pelos juízes, pois inevitavelmente existirão casos em que uma justificação mais aprofundada se fará necessária para fundamentar uma decisão. E sua teoria não fornece parâmetros para a escolha dessa teoria mais geral.

No marco de uma democracia constitucional que deve, sobretudo, assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, a proposta de Dworkin mostra-se especialmente atraente por conceber os direitos fundamentais como princípios morais que visam a assegurar o ideal político e jurídico segundo o qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e consideração.

Nessa linha, Dworkin reforça o papel das Supremas Cortes por viabilizarem um debate político orientado por princípios e não apenas pela ideia de democracia majoritária. Os direitos fundamentais muitas vezes surgem como trunfos contra decisões de maiorias eventuais, o que confere às Cortes Constitucionais um relevante papel contramajoritário em questões que envolvam princípios.

197

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/189>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 8, n. 2, p. 587-623, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n2/v8n2a09.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*. v. 4, n. 7, p. 343-367, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Martins e Rafael Triginelli. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.