

A VEDAÇÃO AOS ARGUMENTOS POLÍTICOS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Rodrigo Luís Kanayama*

RESUMO

Desde a escolha das normas jurídicas que ordenarão uma sociedade até sua efetiva aplicação pelos juízes é preciso que haja coerência. Não é possível permitir que, em prejuízo da segurança jurídica e da democracia, seja possível o julgamento de casos concretos pelo Poder Judiciário pela equidade ou pelo bom senso dos magistrados. Portanto, como limite à atuação jurisdicional tem-se a fundamentação, que obrigatoriamente deverá existir em todas as decisões judiciais, baseando-se em normas jurídicas pré-existentes. Somente assim será possível chegar mais próximo da Justiça.

Palavras-chave: Teoria do Direito; Atuação jurisdicional; Coerência do ordenamento; Justiça; Decisões políticas.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 PROCESSO DE ELABORAÇÃO DO DIREITO; 3 DEVER DE OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS JURÍDICAS; 4 A APLICAÇÃO DO DIREITO; 4.1 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO DIREITO; 4.2 CASOS DIFÍCEIS E ARGUMENTOS POLÍTICOS; 5 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

O maior problema das normas provenientes da atividade legiferante é a impossibilidade de prever todas as situações concretas por meio de dispositivos formais. Ao Poder Judiciário, intérprete e aplicador do Direito caberá também integrar lacunas, ou seja, suprimir os espaços vazios, situações não previstas.

O objetivo será [procurar] demonstrar como esse impasse pode ser superado. Mais simples compreender o problema com um exemplo concreto: no editorial do

* Advogado e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Email: rodrigo@kanayama.adv.br

jornal O Estado de S. Paulo, de 20 de junho de 2006¹, criticou-se a declaração da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha, que anunciou aos jornalistas a escolha de dois objetivos principais para balizar sua atuação jurisdicional. O primeiro é acabar com o que chamou de “exclusão social da maior parte da população” no acesso ao Poder Judiciário. O segundo objetivo é “tornar efetivos” os direitos garantidos pela Constituição.

Para o jornal, essa declaração causou apreensão, pois, de acordo com ele, a Ministra, ao atuar dessa forma, estaria deixando de lado a isenção e a objetividade em seus julgamentos para atuar como “ministra do social”, disseminando “incerteza jurídica”. Ainda, de acordo com o editorial, a principal função do magistrado do STF é garantir a segurança do Direito e a coerência e racionalidade do sistema jurídico.

Continuando, o “Estado” afirma que a Constituição Federal trouxe incerteza por conter em seu bojo princípios jurídicos vagos, como a “função social da propriedade”, ampliando a discricionariedade da magistratura e favorecendo a tolerância de condutas ilegais (como o desrespeito contratual).

Por fim, o Jornal pugna por uma interpretação rigorosa das leis, sem que os Ministros possam “defender” as partes mais fracas. Ainda, diz que a função do magistrado é puramente técnica, jamais política, e que a isenção e a neutralidade do juiz é essencial ao Estado de Direito.

Levantam-se as dúvidas: é um problema verdadeiro a discricionariedade judicial? Há muitos termos indeterminados na Constituição Federal? Como solucionar o problema? Deverá o juiz defender a parte mais fraca ao invés de aplicar a lei objetivamente? Essas indagações serão analisadas a seguir.

2 PROCESSO DE ELABORAÇÃO DO DIREITO

¹ A TOGA e a política. *O Estado de S. Paulo*, 20 jun. 2006, p. A3. Notas e Informações.

Na contemporaneidade, o Direito é a manifestação da vontade dos membros de uma determinada sociedade (mesmo que formalmente). Não é um fenômeno natural, mas é voluntariamente criado para proporcionar a estabilidade e coesão social.

A criação do ordenamento jurídico é de importância ímpar. Após a passagem de um estado natural para um estado social, em que os indivíduos unem seus interesses comuns para a constituição de uma sociedade, é necessário que se elejam normas que regulem a convivência de todos os seus membros, com vistas à estabilidade social.

Para tanto, existem algumas condições: que o povo possa, por si só, decidir o caminho pelo qual irá trilhar; que todos possam participar das discussões para escolher livremente qual caminho tomarão. O povo detém a soberania², ou seja, a capacidade de que os próprios membros determinem como deve ser regulada a sociedade em que viverão.

É a necessidade de auto-regulação, ou seja: "um povo, entendido como uma comunidade de indivíduos livres e autônomos, tem o direito e o dever de se instituir *ex novo* uma constituição capaz de traduzir em elementos institucionais e positivos uma fé racional em princípios fundamentais de convivência".³

Os interesses são, assim, refletidos nesta carta normativa⁴ e nas normas subsequentes.

O ponto fundamental que legitima todo o ordenamento normativo, desde essa

² Carl Schmitt traz o conceito de soberania do contexto teológico para o político. Segundo o prefácio de Hans Georg Flickinger (SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Rio de Janeiro: Vozes, 1992, p. 21), Schmitt critica o conceito moderno de soberania, "que é esvaziado de seu sentido verdadeiramente político: o caráter do logos divino enquanto decisão originária, por sua vez não mais fundamentável e enquanto princípio criador da ordem objetiva aparecerá, de novo, no contexto de sua interpretação da essência da soberania política".

³ PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberania*. Granada: Comares, 2000, p. 24.

⁴ Conforme Cláudio Pereira de Souza Neto, a Constituição não pode ser entendida como um mero "reflexo da realidade", mas deve alentar também a pretensão de conformá-la, contribuindo para o estabelecimento de termos justos para a cooperação social (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. *Revista de Direito do Estado*, a. 1, n. 1, p. 104).

escolha normativa, é a soberania, o poder do povo, uma concreta referência à estrutura organizativa no nível sociológico, político, econômico e da vontade constituinte⁵. Somente assim uma Constituição será válida e legítima. Essa é a idéia que predominou no constitucionalismo pós-guerra e foi determinante para a limitação do poder estatal.

3 DEVER DE OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS JURÍDICAS

O dever de obedecer ao Direito surge com a própria escolha democrática normativa, decorrente da soberania. É neste ponto, então, que o ordenamento jurídico ganha legitimidade. Existem vários argumentos diferentes para justificá-la. Uma delas é o contrato social, que já havia sido exposto por Rousseau e foi revisto por John Rawls, em sua Teoria da Justiça.

Para Rawls, a sociedade deve estar regida por um conceito público de justiça. Os homens, pois, podem propor demandas reciprocamente, no entanto concordam com um ponto de vista comum a partir do qual elas serão julgadas: "poder-se-ia pensar no conceito público de justiça, como sendo a carta fundamental de uma sociedade humana em boa ordem"⁶.

A posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria clássica do contrato social. É uma situação hipotética (aliás, isso é reconhecido pelo próprio Rawls). Ninguém conhece sua posição na sociedade, ninguém conhece sua classe, nem o *status* social, nem a capacidade natural. Ainda, as partes não conhecem seus diferentes conceitos de bem, ou suas propensões psicológicas particulares.

"Os princípios de justiça são, desta forma, estabelecidos em total ignorância da posição específica de cada um. Isto garantirá que não se possa tirar vantagens ou sofrer desvantagens durante o processo de escolha dos princípios através de decorrências de

⁵ PALOMBELLA, *op. cit.*, p. 27.

⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: UnB, 1981, p. 28.

chances naturais, ou da contingência de circunstâncias sociais".⁷

Os acordos serão eqüitativos. E esse é o motivo do nome "Teoria da Justiça". Os princípios da Justiça são escolhidos em conjunto (com alguns já previamente escolhidos). Após, determinado seu conceito de Justiça, aprovar-se-ão uma Carta de princípios e leis.

Tudo terá pretensão de ser justo, sendo que "uma característica da justiça como eqüidade é considerar as partes iniciais como encontrando-se numa situação racional e de desinteresse mútuo"⁸. Os princípios fundantes deverão ser escolhidos racionalmente e sem nenhum interesse, exceto o bem comum. Para deixar claro, os princípios da justiça deverão obedecer a certas condições e ninguém poderá tirar vantagem na escolha dos deles.

Para os contratualistas, um acordo tácito, tal como a visão de Rawls, é aquilo que fundamentaria uma sociedade e o respeito às instituições e ao Direito. No entanto, esse entendimento é alvo de críticas de Dworkin, que afirma que ninguém poderá defender esse argumento por muito tempo, pois o consentimento não pode ser obrigatório para as pessoas.

Além dessa vertente, Rawls afirma que as pessoas reconheceriam o dever natural de apoiar as instituições que passem nos testes de justiça abstrata (devem ser justas ou quase justas). É o dever de ser justo. Isso, no entanto, não explica muito bem a legitimidade.

Um argumento mais forte é o dever moral (dever deontológico), e não a simples coação⁹, que leva os membros da sociedade a obedecer às leis. Como houve uma decisão democrática acerca dos princípios que agora regem as pessoas, presume-

⁷ RAWLS, *op. cit.*, p. 33-34.

⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁹ Conforme Bobbio (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 147), a coação possui duas concepções: clássica e moderna. "Para a teoria clássica, a coerção é o meio mediante o qual se fazem valer as normas jurídicas, ou, em outras palavras, o direito é um conjunto de normas que se fazem valer coativamente; para a teoria moderna, a coerção é o objeto das normas jurídicas ou, em outros termos, o direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa".

se que elas aceitam o ordenamento (ou, ao menos, a maioria).

Sobre o assunto, Hart¹⁰ entendia que para a existência do ordenamento jurídico é necessário que as normas sejam obedecidas pelas pessoas (é um critério de eficácia), mas também que as regras de reconhecimento que estabelecem as condições de validade das demais normas sejam efetivamente aceitas pelos membros da sociedade como modelos públicos de conduta oficial.

Para o autor era nessa norma de reconhecimento (que era norma secundária fundamental para Hart) que estava o fundamento da obediência, não no monopólio do poder¹¹. Sendo assim, uma norma pode ser obrigatória porque é aceita ou porque é válida. Apesar da existência de uma norma de reconhecimento¹², de Hart, e da coercibilidade, é acima de tudo necessário que haja a obrigatoriedade moral ou correção material¹³, pois é preciso distinguir o Direito da mera força (ou seja, apenas sanções não são suficientes para legitimá-lo).

Por esse entendimento, a obrigação moral e a norma de reconhecimento garantiriam a validade e a efetividade (obediência) do Direito e a coação (ou o medo de sanção), o cumprimento “forçado”, ou seja, permite que o ordenamento continue vigendo mesmo que nem todos concordem ou obedeçam a ele¹⁴.

¹⁰ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1961, p. 145.

¹¹ Para Austin (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 29), a regra jurídica é uma ordem proveniente de uma pessoa dotada de força. Típico pensamento positivista, tal como Kelsen, que atribuía a obediência à sanção. Além disso, defendia em sua teoria a possibilidade do juiz criar um novo direito para o caso de não haver previsão ou jurisprudência, cuja discussão virá adiante.

¹² Dworkin explica a “norma de reconhecimento” de Hart. Para ele, essa norma é a regra secundária, que fundamenta o ordenamento jurídico. A autoridade está nela, e não no monopólio do poder, como afirmava Austin (*ibidem*, p. 33).

¹³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1999, p. 59.

¹⁴ É preciso ressaltar que para manter um sistema jurídico não é suficiente apenas a força, mas também legitimidade. A adesão ao direito não pode ser forçada, mas voluntária. (SANCHÍS, *op. cit.*, p. 72). Conforme Rousseau, “convenhamos que a força não faz o direito e que só devemos obedecer aos legítimos poderes”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato social*. Lisboa: Presença, [s.d.], p. 14).

Ainda, essa teoria positivista admite a existência de uma “textura aberta”¹⁵, que permitiria a inovação por parte do juiz, ao julgar uma lide. É esse o alvo das críticas de Dworkin, pois o juiz deverá fundamentar sua decisão num direito já posto, não inventando um novo direito para o caso concreto. Para essa finalidade é que, segundo o autor, servem os princípios, que fazem parte do ordenamento e são obrigatórios.

O autor ensina que um positivista

poderia argumentar que os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios. Tal argumento seria um erro. Sem dúvida, é sempre questionável se algum princípio particular obriga, de fato, alguma autoridade jurídica. Mas não há nada no caráter lógico de um princípio que o torne incapaz de obrigá-la.¹⁶

Os princípios também são capazes de obrigar, porém de maneira diferente às regras. Conforme Dworkin¹⁷:

somente regras ditam resultados [particulares]. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E permanecem intactos quando não prevalecem¹⁸.

Vedam-se as decisões conciliatórias, que são aquelas que garantem os direitos proporcionalmente à vontade de cada grupo dentro de uma sociedade, pois elas impedem a coerência do ordenamento, ou seja, desrespeitam sua integridade. Para Dworkin, decisões conciliatórias existem quando uma comunidade estabelece e aplica direitos diferentes (para cada grupo que assim decidiu), coerentes em si mesmo, mas

¹⁵ DWORKIN. *Levando ...*, p. 35. Conforme Dworkin, “os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação” (*ibidem*, p. 50).

¹⁶ *Ibidem*, p. 56.

¹⁷ *Ibidem*, p. 57.

¹⁸ Ao contrário das regras que, em caso de conflito, um deixará de ser válida.

que não podem ser defendidos em conjunto como a expressão de uma série coerente de princípios da justiça, equidade ou devido processo legal.

As decisões conciliatórias são obtidas com muito mais facilidade, pois a cada grupo de uma comunidade pode-se aplicar o Direito que mais lhes aprouver. Não há conflito de opiniões e isso dispensa discussões. Mas os reverses são, por exemplo, a ausência da “igualdade formal”, a existência da parcialidade, impossibilidade da união da vida moral e política do cidadão.

Tem-se como certo que a integridade do sistema é necessária, ou seja, é preciso que todas as normas sejam coerentes entre si, com aplicação a todos os integrantes de uma sociedade indistintamente. Aí está, pois, um problema com o qual é preciso lidar, ou seja: deve-se obedecer a uma determinada lei se não se concorda com ela? A resposta é positiva, devido ao princípio da integridade. E consciente de que uma Constituição não é simplesmente um conjunto de normas que apenas serve de parâmetro, mas possui força normativa concreta, sendo lícito afirmar que, após sua promulgação, o respeito a ela torna-se obrigatório a todos os membros da sociedade.¹⁹

O dever de obediência ao Direito é decorrente de obrigações morais, além do respeito às decisões democráticas da maioria e do ideal de integridade, não simplesmente de um contrato social ou apenas devido às sanções, que podem ser impostas em caso de descumprimento da norma.

Nesta toada, quanto à integridade na aplicação do Direito pelos juízes aos casos concretos, Dworkin²⁰ refere-se aos casos fáceis e difíceis. Aos casos fáceis é simples afirmar que as normas já vigentes é que devem ser aplicadas. Mas em relação aos casos difíceis – que são aqueles em que não há nenhuma regra aplicável imediatamente ao caso concreto, ou seja, há lacunas no ordenamento – como deve proceder o juiz?

¹⁹ “Um Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 232).

4 A APLICAÇÃO DO DIREITO

4.1. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO DIREITO

As lacunas no ordenamento jurídico são comuns, propositalmente deixadas pelo legislador ou não, haja vista não ser possível prever abstratamente todas as situações concretas e futuras.

A interpretação do Direito é o primeiro passo para sua aplicação, em que se procura o “espírito da norma”. Caso constatada a existência de lacunas na lei, caberá ao juiz integrá-las de acordo com as normas (outras regras ou princípios) já existentes no próprio ordenamento. A ele é vedada a criação de um direito que inove a ordem jurídica, não podendo, jamais, decidir discricionariamente ao criar um direito retroativo, tal como era a defesa dos positivistas, tal como Austin ou Kelsen²¹, que defendia a possibilidade da integração de lacunas através da ampla discricionariedade do juiz.

Antes de continuar, é importante a explanação da diferença entre normas-regras e normas-princípios. Conforme Alexy²², a base do argumento dos princípios está constituída pela própria distinção entre regras e princípios. O autor diz serem as regras mandamentos definitivos²³ e os princípios são mandamentos de otimização²⁴.

²⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 9.

²¹ Os positivistas reconhecem a existência de lacunas no ordenamento jurídico e indicam a solução: o intérprete, conforme Kelsen, deverá criar o direito para preencher a “moldura” da lei e se alcançar a sentença correta. Para o jurista, juiz e legislador produzem o direito, mas este o faz muito mais livremente. Apesar disso, a atividade do juiz envolve sua vontade, criando uma regra individual para o caso concreto. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 469)

²² ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 75.

²³ “Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando de cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo”. (ALEXY, *op. cit.*, p. 75)

²⁴ Os princípios “son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por la reglas, por los principios opuestos”. (ALEXY, *op. cit.*, *loc. cit.*)

Isso porque as regras agem de forma definitiva, ou seja, simplesmente ordenam ou proíbem, por exemplo. Já os princípios são totalmente contrários a essa concepção, dando maior liberdade à interpretação.

As regras dizem com exatidão o que se pode fazer, o que não se pode etc. Mas a aplicação dos princípios só pode ser vislumbrada perante o caso concreto, como afirma Zagrebelsky²⁵, o que, segundo Kelsen, daria abertura para o decisionismo judicial (ou “discricionarietà forte”, para Dworkin²⁶), já que são indeterminados.

Os princípios, para Carl Schmitt, são “abusivamente designados como normas”. Por esse ponto de vista é muito visível que os princípios são incompatíveis com o juspositivismo. O advento do constitucionalismo, portanto, vem alterar este quadro, abrindo possibilidades para a utilização de princípios, contudo acarretando problemas inerentes a uma interpretação mais ampla e que permite mais liberdade judicial (o que não significa dizer “decisionismo”).

Expõe Dworkin:

a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão²⁷.

Além disso, para o autor, os princípios:

²⁵ SANCHÍS, *op. cit.*, p. 31.

²⁶ A discricionarietà do juiz, neste trabalho, é utilizada no sentido forte (de arbitrariedade) (DWORKIN. *Levando ...*, p. 49). No direito anglo-saxão, o juiz poderá decidir discricionariamente dentro dos limites impostos pelas normas jurídicas. Dworkin explica o termo. Para ele, existem duas acepções: no sentido fraco e no sentido forte. Quanto ao sentido fraco, aplica o termo para a capacidade de julgamento, ou para dizer que um determinado funcionário tem o poder da “última palavra”. Já em relação ao sentido forte, utiliza o termo para mostrar que aquele funcionário “não está limitado pelos padrões de autoridade em questão” (p. 52). Neste caso, o funcionário não precisaria recorrer ao padrão de autoridade (poderá, até mesmo, utilizar-se do bom senso ou equidade, o que não descaracteriza o sentido forte).

²⁷ *Ibidem*, p. 39.

entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como 'válido'.²⁸

Habermas afirma que os princípios têm conteúdo deontológico (reconhecidos pelo caráter normativo). Não são valores. Eles servem para cimentar as decisões jurisdicionais. Os princípios, assim, não têm estrutura teleológica, mas deontológica²⁹.

Nos Estados Unidos, de tradição do *common law*, onde se valorizam os costumes e as decisões judiciais pretéritas, é necessário preencher lacunas deixadas pelos casos julgados e pela própria regra politicamente criada. No Brasil, de forma similar, caberá ao juiz a decisão também se utilizando de normas já postas, sejam regras ou princípios³⁰.

O juiz não pode substituir a vontade política, legislando, criando um direito *ex post facto*, que acarretaria não apenas falta de legitimidade de sua decisão, mas também incerteza e incoerência perante o ordenamento. Ao proferir uma decisão que substitui essa vontade, estará restringindo a livre manifestação dos membros da sociedade.

Um modelo de regras, positivista, fechado, no qual os juízes tenham que decidir discricionariamente (forte), não tem lugar nos atuais sistemas. O que se vê na contemporaneidade é que a segurança jurídica tornou-se ela própria um princípio, sendo que a decisão judicial discricionária (autoritária) é uma decisão que desrespeita

²⁸ *Ibidem*, p. 114.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 258.

³⁰ No direito pátrio a determinação decorre da Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. E no Código de Processo Civil, art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

o sistema jurídico³¹.

Os princípios de direito têm como função suprir essas lacunas no ordenamento. Pode não ser considerado extremamente justo, mas mais injusto seria a não adoção desse critério de julgamento³². Ao juiz caberá a análise do litígio baseado em princípios já colocados, para o caso em que encontre lacuna na legislação. Não existe a possibilidade de o juiz julgar uma demanda discricionariamente. Para tanto, deverá utilizar-se das normas (princípios e regras) para chegar à decisão correta (Dworkin). Essa decisão é a única correta, segundo o autor.

4.2 CASOS DIFÍCEIS E ARGUMENTOS POLÍTICOS

Para procurar resolver casos difíceis, Dworkin idealiza a tese dos direitos. Por meio dela, separa, inicialmente, as decisões baseadas em argumento de política e argumentos de princípio.

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo (...). Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um

³¹ “Se um juiz tem o poder discricionário, então não existe nenhum direito legal (right) ou obrigação jurídica – nenhuma prerrogativa – que ele [juiz] deva reconhecer” (DWORKIN. *Levando ...*, p. 71).

³² Dworkin cita o famoso caso Riggs contra Palmer: “um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: ‘é bem verdade que as leis que regem a futura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino’. Mas o tribunal prosseguiu, observando que ‘todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime’. O assassino não recebeu sua herança”. (*ibidem*, p. 37).

direito de um indivíduo ou de um grupo.³³

Os argumentos de política são utilizados pelo Poder Legislativo e visam a estabelecer um direito coletivo³⁴. Já os argumentos de princípio são utilizados pelo juiz e visam a estabelecer um direito individual. O Poder Judiciário não poderá se utilizar do outro argumento por não ser “legislador segundo”, devendo se utilizar da lei, que foi construída politicamente.³⁵ Um argumento de política é transformado em lei, tornando-se questão de princípio³⁶ e a solução para os casos difíceis.³⁷

Ao Poder Judiciário, portanto, não cabe decidir senão aplicando a norma jurídica com o intuito de melhor atender àquela deliberação política. O juiz deverá respeitar a integridade do Direito. Dworkin entende que eventual decisão política-judicial tem o intuito de agradar o povo, e não é essa a tarefa do magistrado, que não foi eleito por ele.

Não existe nada que faça obedecer a um direito que não é proveniente da decisão política. Essa é primeira das objeções à originalidade judicial de Dworkin.³⁸ A segunda objeção tem o seguinte significado: "se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo

³³ Como exemplo, o autor diz que "o argumento de política é aquele o em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Já o argumento de princípio é aquele em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito". (DWORKIN. *Levando ...*, p. 129).

³⁴ *Ibidem*, p. 141.

³⁵ O entendimento de Dworkin para decisões políticas é uma decisão que tenha como objetivo agradar o povo. No entanto, essa decisão usurpa a atribuição da função legislativa, que é representante da vontade popular. Decisões políticas diminuiriam o respeito pela lei (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 28). Importante ressaltar que a decisão política para o caso em tela é aquela que substitui a decisão majoritária do povo (por isso também chamada decisão contramajoritária).

³⁶ DWORKIN. *Levando ...*, p. 131.

³⁷ “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. (*Ibidem*, p. 127).

³⁸ *Ibidem*, p. 132.

juiz após o fato".³⁹

Uma decisão fundamentada em argumentos de política resultaria injustiça⁴⁰ para a parte que perdeu, não sendo justificável nem mesmo que fosse mais favorável à sociedade, como um melhor desenvolvimento econômico ou em respeito à reserva do possível⁴¹. Além disso, a decisão política não tem como obrigação o igual tratamento de todos, diferentemente das decisões baseadas em direitos. Isso acontece porque a decisão política poderá ser benéfica se aplicada para alguns e não benéfica para outros.

Nada obstante, a vedação a decisões políticas acarreta uma vantagem para o juiz: o julgador, que não é eleito, possui, devido à tese dos direitos, não-sujeição às pressões sociais de qualquer natureza, ao contrário dos representantes eleitos. Poderá julgar prolatando decisões impopulares sem que sofra qualquer reprimenda por parte do povo.

Essa é, inclusive, a finalidade da separação das funções do Estado. A proibição de prolação de decisões políticas pelo Poder Judiciário tem como [um] objetivo manter a integridade dos atos políticos. Por isso que ao Judiciário cabe a declaração de inconstitucionalidade, pois poderá declarar a invalidade de uma lei criada política-democraticamente se acreditar, com base em argumentos de princípios, que ela não deve pertencer ao ordenamento jurídico por estar desrespeitando o ideal de integridade [e não apenas].

No caso da ação direta de inconstitucionalidade⁴², em que o juiz decide, a

³⁹ DWORKIN. *Levando ...*, p. 132.

⁴⁰ Ou, ao menos, mais injustiça se decidido o caso com argumentos de princípio. Como se vê em Derrida, Justiça é um *avenir*, ou seja, sempre se está em busca dela. “La justice reste à venir, elle a, elle est à-venir, la dimension même d’événements irréductiblement à venir (...). Il y a un avenir pour la justice et il n’y a de justice que dans la mesure ou de l’événement est possible qui, em tant q’événement, excède le calcul, les règles, les programmes, les anticipacions, etc. La justice comme expérience de l’altérité absolue, est imprésentable, mais c’est la chance de l’événement et la condition de l’histoire. (DERRIDA, Jacques. Force de loi: le “fondament mystique de l’autorité”. *Cardozo Law Review*, v. 11, p. 970, 1990).

⁴¹ A reserva do possível: a aplicação de um direito poderá ser contida devido à ausência de recursos do Estado. O juiz será omissor nesse caso e também estará tomando uma decisão não baseada no direito, mas numa situação de conveniência política.

⁴² Como afirma Dworkin, “(...) parece que esses juízes exercem um poder de veto sobre a política da nação, proibindo as pessoas de chegar a decisões que eles, um número ínfimo de nomeados

priori, contramajoritariamente (declara que uma lei, decidida pela maioria, não está de acordo com a Constituição), é legítimo, sim, esse poder de declarar que uma regra definida discursivamente está em desacordo com a Carta Constitucional, haja vista que nela já existem princípios superiores que também foram discursivamente decididos originalmente e que sempre deverão ser respeitados. Nesse caso, a necessidade da integridade do ordenamento se impõe.

Além disso, o juiz está declarando inválida uma lei discursivamente criada com fundamento em princípios também discursivamente criados e que possuem um *status superior*, já que são os princípios originais e que também são discursivamente criados com a finalidade de serem superiores.

Indaga-se se a decisão que declara a inconstitucionalidade é verdadeiramente contramajoritária, haja vista estar-se aplicando princípios que também foram criados discursivamente pela maioria. A decisão, neste caso, respeita a integridade do ordenamento e os princípios originais (presentes na Constituição). Na elaboração da lei, os membros da sociedade devem ter consciência que uma das condições do discurso é o respeito aos princípios superiores que sempre deverão ser respeitados (“objeção contramajoritária”): a Carta de princípios.

Contudo, não se estudará a fundo esse tema neste trabalho, ficando demonstrado que, em qualquer caso, deverá o juiz decidir mediante princípios, jamais podendo existir o decisionismo judicial, que, em *ultima ratio*, seria uma decisão injusta.

Portanto, a tese dos direitos tem como finalidade precípua demonstrar que o juiz poderá tornar efetivos os direitos políticos – que foram exercidos no passado com a escolha das normas – com base na lei e princípios, ressaltando que esses direitos, conforme Dworkin, “são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da

vitalícios, acham erradas. Como isso pode ser conciliado com a democracia? Qual é a alternativa, porém, exceto abdicar do poder que Marshall declarou? (...)”.(DWORKIN. *Império ...*, p. 41)

justiça de suas instituições políticas”.⁴³

Somente pela teoria dos direitos de Dworkin é que se faz possível uma sociedade com um sistema seguro de direitos e, acima de tudo, com vistas à Justiça.

5 CONCLUSÃO

A análise acima permite fazer retornar às primeiras linhas desse trabalho. Duas questões devem ser levantadas: está de acordo com o que foi exposto acima a declaração da Ministra do Supremo Tribunal Federal? Está correto o editorial do Estado de S. Paulo, quando protestou contra princípios “vagos” no sistema constitucional?

Primeiramente, não procede a crítica do jornal, pois para ser possível preencher as lacunas do sistema são necessários os princípios. Nada obstante, são eles normas jurídicas, aplicáveis imediatamente, e permitem que o juiz possa proferir um julgamento justo quando não há regra que preveja a situação. Deve o julgador promover, nesse caso, uma ponderação de princípios, com objetivo no atingimento da Justiça.

Se o julgamento será justo, é outra dúvida que surgirá. Entretanto, mais injusto é julgar sem qualquer fundamento, já que é impossível haver um ordenamento jurídico que não contenha lacunas e que preveja a pluralidade de situações materiais.

Em segundo lugar, não é possível que o Supremo Tribunal Federal possa julgar baseado em argumentos políticos, à procura de suprir a falta de políticas públicas, que devem ser materializadas pelo Poder Executivo, não pelo Poder Judiciário. Nesses termos, julgar com vistas ao fim da exclusão social pode violar a ordem jurídica, pois será afastado o Direito em prol da realização desse intento, que nada mais é que usurpação de funções. Portanto, ao Poder Judiciário cabe, na atividade

⁴³ DWORKIN. *Levando ...*, p. 136.

jurisdicional, a aplicação do Direito. E só!

REFERÊNCIAS

A TOGA e a política. *O Estado de S. Paulo*, 20 jun. 2006, p. A3. Notas e Informações.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

DERRIDA, Jacques. Force de loi: le “fondament mystique de l’authorité”. *Cardozo Law Review*, v. 11, 1990.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito*. São Paulo: Landy, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1961.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: UnB, 1981.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato social*. Lisboa: Presença, [s.d.].

PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberania*. Granada: Comares, 2000.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. *Revista de Direito do Estado*, a. 1, n. 1, p. 89-104.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.