

# DEMOCRACIA, MORAL E DECISÃO

## DEMOCRACY, MORAL, AND DECISION

Matheus Henrique dos Santos da Escossia<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca investigar a legitimidade de decisões judiciais sobre temas moralmente controversos. Para tanto, será demonstrada que a democracia possui conteúdo moralmente intrínseco, o qual deve reger as deliberações públicas. Nesse sentido, serão estudadas as principais categorias do “direito como integridade” de Ronald Dworkin e da proposta jurisprudencialista de António Castanheira Neves, a fim de oferecer parâmetros para que se compreenda as decisões judiciais sobre tais temas, sem que isso implique em furtrar o regime democrático. O trabalho está baseado no estudo bibliográfico, bem como calcado no método dialético entre os marcos teóricos utilizados.

**Palavras-Chave:** Decisão judicial. Moralidade. Ética. Democracia. Legitimidade.

**ABSTRACT:** The following paper aims to investigate the judicial decisions’ legitimacy about morally controversial themes. Therefore, we will demonstrate the inherent morally content under democracy, which must rein the public deliberation. In this way, we will analyze the main categories about “Law as integrity”, by Ronald Dworkin, and the *jurisprudencialista* proposal, by António Castanheira Neves, in order to offer parameters to understand the judicial decisions over these themes, without disturb the democratic regime. The paper is based on bibliographical study, as well in the dialectical method along the theoretical frameworks used.

**Keywords:** Judicial Decision. Morality. Ethics. Democracy. Legitimacy.

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ativismo judicial, politização da justiça, judicialização da política, supremacia judicial... Todos esses conceitos (BRANDÃO, 2012, p. 14-21; CAMPOS, 2014, p. 149 e ss) têm se tornados habituais no universo jurídico. E essa habitualidade é fruto da ascensão do Poder Judiciário, fenômeno que é observado para além das fronteiras brasileiras. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2015, p. 28),

1 Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado no Rodrigo Brandão Advogados. Editor da Revista Publicum. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). matheushsescossia@gmail.com.



Por fim, simultaneamente a esses novos desenvolvimentos teóricos, verificou-se, também, vertiginosa ascensão do Poder Judiciário. O fenômeno é universal e também está conectado ao final da Segunda Grande Guerra. A partir daí, o mundo deu-se conta de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político.

Dentre os fatores de destaque que justificam o protagonismo do Judiciário (especialmente das Cortes Constitucionais) estão:

- a) aproximação entre direito e ética (BARROSO, 2013, p. 121), com o retorno da justiça como elemento constitutivo do direito;
- b) a filosofia pós-positivista do direito, que visa romper com a percepção de que o direito se esgota na norma (posta) (STRECK, 2009, p. 7);
- c) a verificação de que as normas não se reduziriam às regras, tendo em vista que os princípios também possuem normatividade (ÁVILA, 2010, p. 30 e ss; DWORKIN, 2002, p. 39; ALEXY, 2008, p. 85 e ss);
- d) a centralidade da Constituição no sistema jurídico, que posteriormente viria a traçar os contornos do neoconstitucionalismo (BARROSO, 2013, p. 190; SARMENTO, SOUZA NETO, 2012, p. 200 e ss);
- e) o princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a constituir o vértice do ordenamento, seja como norma, seja como valor (BARROSO, 2010).

Consequência principal desse cenário está a judicialização de questões de profundo “desacordo moral” (WALDRON, 1999, pp. 11-12), em que supostamente haveria uma crença de que se alcançariam respostas consensuais a elas (BELLAMY, 2010, p. 36). Nas palavras de Michael Sandel (2013, p. 36), “a vida em sociedades democráticas é cheia de divergências entre o certo e o errado, entre a justiça e a injustiça.”

Nesse contexto, o tema que se mostra intransponível para avaliar o comportamento do Judiciário é debater exatamente o seguinte pressuposto: como acomodar Judiciário e democracia? De maneira mais específica, qual a legitimidade de decisões judiciais que avancem em temas de profundo “desacordo moral”?

Essa questão ganha ainda mais relevo quando se parte da crença comum de que a legitimidade democrática só se operacionaliza a partir do voto popular (SCHMITT, 1982, p. 230; TAVARES, 1998, p. 72). Ou seja, os juízes, por serem representantes não eleitos, supostamente não teriam legitimidade para deliberar sobre temas reservados às instâncias tradicionais.

Os casos a seguir demonstram a atuação do Judiciário em temas que extravasam o âmbito jurídico.

No Carnaval de 1989, meses depois da Constituição de 88 ter sido promulgada, a Beija-Flor de Nilópolis trouxe o samba-enredo *Ratos e Urubus, larguem minha fantasia!*, idealizado pelo carnavalesco Joãozinho Trinta (LIMA, 2013, pp. 3-4; SILVA, 2014, pp. 14-36). A primeira alegoria, chamada de *Cristo Mendigo*, trazia um carro abre-alas contendo a imagem do Cristo Redentor reproduzido tal como mendigo fosse.

No entanto, dias antes do desfile, a Cúria Metropolitana do Rio de Janeiro entrou com uma ação judicial requerendo a proibição do uso de um ícone religioso no Carnaval. A liminar dessa ação foi acolhida e a solução encontrada pelo carnavalesco foi cobrir o Cristo Mendigo com um saco plástico preto e colocar um cartaz com os dizeres “mesmo proibido olhai por nós”.<sup>2</sup>

Ainda sobre a “censura judicial da moralidade pública”, em 2005 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se deparou com um Agravo de Instrumento em uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, versando sobre a música “E por que não?” da banda Bidê ou Balde.<sup>3</sup> O recurso se destinava à obtenção de tutela antecipada recursal, de modo que fossem admitidos os seguintes pedidos:

- a) a proibição de divulgação do CD “Acústico MTV Bandas Gaúchas”, bem como a execução do CD “Se Sexo é o Que Importa, só o Rock é sobre Amor” e DVD, na faixa “E por que não?”, da Banda Bidê ou Balde, através dos veículos de comunicação, falados ou televisionados, do Rio Grande do Sul, sob pena de multa diária, no valor correspondente a cem salários mínimos, por dia de descumprimento, depositado no Fundo Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente;
- b) a notificação das gravadoras e da Banda de Rock para publicarem nota, na imprensa local, cientificando os meios de comunicação da determinação judicial ora pleiteada, bem como recolher todos os CDs e DVDs, visando impedir a comercialização, sob pena de multa, abstendo-se de produzir nova edição, cominando-se, igualmente, a aplicação de multa diária pelo descumprimento.

Havia a alegação de que a letra da música violava direitos das crianças, uma vez que a estimulava o incesto e a pedofilia, em frases como “Eu estou cantando pra minha menina, Pra ver se eu convenço ela a entrar na minha” e “E por que não? Teu sangue é igual ao meu, igual ao meu” (CARDIN, MOCHI, 2012, pp. 1325-1328).

O voto vencedor não foi no sentido de “censurar” a música e retirá-la de circulação, tal como pretendido pelo Ministério Público, mas sim aplicar uma multa ao faturamento dos CDs e DVDs que contivessem a música, bem como em shows que ela fosse executada. Partiu-se do pressuposto de que esse seria o meio mais adequado a proteger a criança e o adolescente.

Todavia, há de se frisar o voto divergente, do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Ele concordou que a música seria “chocante” e de “péssimo gosto”. No entanto, optou pela “autorrestrrição judicial” (SUNSTEIN, 2001, p. 3) ao negar a tutela recursal, pois se caso fizesse traria luzes e valorizaria a música.

Um terceiro caso, mais recente e que também conta com a participação do Judiciário em questões “moralmente controversas”, repousa sobre a figura dos “MCs Mirins”. O funkeiro MC Pedrinho, de 12 anos, tem sido proibido de fazer shows pelo

2 **Campeões da memória – Beija-Flor 1989: Ratos e Urubus, larguem minha fantasia.** Luís Carlos Magalhães e Fábio Fabato. 20'27". Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=4T0-ROEpM2M>>. Acesso em 08 jul 2015.

3 TJRS, Agravo de Instrumento n. 70013141262, Desembargador Relator Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 07 de dezembro de 2005.

país, uma vez que suas letras incentivam a pornografia e o consumo de álcool.<sup>4</sup> Esse caso se junta a tantos outros, em que há o questionamento da participação de crianças nesse gênero musical.<sup>5</sup>

Obviamente, inúmeros outros casos poderiam ser catalogados como de “elevado desacordo moral”. A agenda do Supremo Tribunal Federal é repleta de julgamentos que vão além das questões estritamente jurídicas, tais como a interrupção da gestação de feto anencefálico,<sup>6</sup> o reconhecimento da união homoafetiva,<sup>7</sup> violência doméstica,<sup>8</sup> cotas raciais,<sup>9</sup> dentre tantas outros.

Retomando os três casos supracitados, o que eles têm em comum? A ideia de que o Judiciário opera como um verdadeiro “censor da moralidade pública”, decidindo sobre quais os valores morais devem ser predominantes. Na expressão de Ingeborg Maus (2000, pp. 183-202), o Judiciário se torna verdadeiramente um “superego” da sociedade, em que essa perde sua autonomia para deliberar sobre temas atinentes à pauta pública.

Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas “livres” e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral. A usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. Elas não conduzem a uma socialização da Justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual as estruturas jurídicas formais outrora compunham uma barreira. [...] (MAUS, 2000, p. 202)

É insofismável que a atuação do Judiciário em tais casos é cercada de riscos. Risco de se impor uma norma moral travestida de norma jurídica à sociedade. Risco de arrefecer potenciais debates públicos. E principalmente, o risco de subestimar o alcance de outros canais institucionais, tais como o terceiro setor, a imprensa e a própria legislatura. Em linhas gerais, há um risco de que o certo, o justo e o correto passem a ser sinônimos, apenas, de decisão judicial.

Independente dos (des)acertos das decisões dos três casos mencionados, a proposta do presente artigo é avaliar a dimensão representativa democrática do Judiciário

4 “Justiça comum é quem deve avaliar trabalho artístico de crianças, diz entidade”. CONJUR. 28 mai 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/justica-comum-avaliar-trabalho-artistico-crianca-abert2>>. Acesso em 08 jul 2015. “Justiça proíbe realização de show de funkeiro mirim em casa noturna”. G1. 09 jan 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2015/01/justica-proibe-realizacao-show-de-funkeiro-mirim-em-casa-noturna.html>>. Acesso em 08 jul 2015. “Justiça paulista proíbe shows de funkeiro mirim “MC Pedrinho” em todo país”. O Globo. 26 mai 2015. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/sociedade/justica-paulista-proibe-shows-de-funkeiro-mirim-mc-pedrinho-em-todo-pais-16267606>>. Acesso em 08 jul 2015.

5 “Ministério Público abre inquérito sobre ‘sexualização’ de MC Melody”. G1. 24 abr 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/musica/noticia/2015/04/ministerio-publico-abre-inquerito-sobre-sexualizacao-de-mc-melody.html>>. Acesso em 28 jul 2015.

6 ADPF 54, Ministro Relator Marco Aurélio. Julgada em 12 de abril de 2012. DJe em 29 de abril de 2013.

7 ADPF 132, Ministro Relator Ayres Britto. Julgada em 05 de maio de 2011. DJe 13 de outubro de 2011.

8 ADC 19, Ministro Relator Marco Aurélio. Julgada em 09 de fevereiro de 2012. DJe em 28 de abril de 2014.

9 ADPF 186, Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Julgada em 26 de abril de 2012. DJe em 17 de outubro de 2014.

(REIS, 2014, pp. 343-359) e como essas decisões sobre temas moralmente controversos podem fazer sentido em uma democracia.

Para tanto, no item seguinte será avaliada a proposta de democracia substancial a partir de Ronald Dworkin e como o “direito como integridade” pode oferecer balizas para perceber que decisões de elevado indeterminismo moral podem ser legítimas, ainda que se questione se é ou não a mais acertada.

No item 3, será apresentada a metódica jurisprudencialista de Castanheira Neves, que em conjunto com as lições de Ronald Dworkin, é capaz de pavimentar um caminho em que democracia, moral e decisão judicial sejam elementos compatíveis.

## **2. DEMOCRACIA E INTEGRIDADE EM DWORWIN: É POSSÍVEL FALAR EM DECISÃO JUDICIAL DEMOCRÁTICA?**

Conforme tratado no item anterior, é desafiador compreender as decisões judiciais em temas moralmente controversos. Especialmente quando se percebe a dificuldade salientada pelo Ministro Cezar Peluso, exteriorizada no julgamento da interrupção antecipada da gravidez de feto anencéfalo: “Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem”.<sup>10-11</sup>

Será que apenas com o voto popular os magistrados estariam aptos a interferir em questões que se situam nos limites entre o direito e a moral? Será que a vontade popular representa a decisão mais acertada sobre esses temas? Como o juiz deve(ria) se portar diante desses casos?

As principais lições de Ronald Dworkin, tratadas nos dois tópicos a seguir, serão cruciais para a superação desses questionamentos.

### **2.1 A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL E O CONTEÚDO MORAL INTRÍNSECO**

As teorias constitucionais contemporâneas têm se ocupado em equacionar as seguintes variáveis: a) a modalidade de democracia (SARTORI, 1993, pp. 3-14); b) qual o sentido de Constituição. Nesse sentido, Constituição e democracia são indissociáveis.

Aprendemos dolorosamente que a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria ideia de democracia. [...] Do mesmo modo, não menos dolorosamente, aprendemos que o constitucionalismo só é constitucional se for democrático.(CARVALHO NETTO, 2003, p. 15)

10 ADPF 54, Ministro Relator Marco Aurélio. Julgada em 12 de abril de 2012. DJe em 29 de abril de 2013. p. 245.

11 Esse trecho do voto do Ministro Peluso é capaz de desatar outro debate profícuo na Teoria Constitucional, qual seja a figura do “Legislador Negativo” kelseniano no controle de constitucionalidade. Frise-se a necessidade de contextualizar essa figura com o paradigma de Constituição predominante no início do Século XX. A figura do “Legislador Negativo” talvez não tivesse sido pensada em um contexto de Constituição Compromissória... Cf. (KELSEN, 2013, pp. 237-298.;(BRANDÃO. 2012. p. 59)

É possível catalogar duas correntes distintas que vislumbram a superação dessa equação. De um lado estão os procedimentalistas, cujo enfoque se encontra na formação da vontade democrática. De outro, estão os substancialistas, que enxergam a Constituição como pauta de valores e, conseqüentemente, esses valores seriam inerentes ao conteúdo da democracia.

O propósito do presente texto não é esgotar as discussões acerca dessas correntes, até porque elas englobam matrizes divergentes. Além disso, essa categorização sonega peculiaridades e contornos que questionam classificações usuais e que têm sido amplamente divulgadas como teses substancialistas ou procedimentalistas.

Sobre o procedimentalismo, o ponto relevante é que o pêndulo das duas variáveis acima se inclina mais para a democracia. Por consequência, o papel da Constituição é se fazer presente nos direitos básicos para a formação da vontade democrática, tais como os direitos de liberdade (liberdade de expressão, associação, reunião...) e direitos políticos (SARMENTO, SOUZA NETO, 2012, p. 221; CRUZ, 2014, p. 200; CATTONI, 2006, p. 110).

Um dos principais expoentes do procedimentalismo é Jürgen Habermas. Elemento essencial em sua teoria é a ideia de "autolegislação", segundo a qual os destinatários das normas seriam ao mesmo seus autores (HABERMAS, 2010, p. 186). Para tanto, esse sentimento seria alcançado por meio do "princípio do discurso" e do "princípio democrático". Em linhas gerais, o primeiro estaria alinhado à razão comunicativa, em que os sujeitos agiriam com o fim de alcançar o entendimento. O segundo, por sua vez, consiste na institucionalização do primeiro.

A teoria do discurso acolhe elementos de ambos os lados e os integra no conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões. Esse *procedimento democrático* cria uma coesão interna entre *negociações*, *discursos de auto-entendimento* e *discursos sobre a justiça*, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação linguística. (HABERMAS, 2002, p. 278)

Essas categorias acima já denotam que Habermas se filia a uma visão procedimentalista de enxergar a democracia (deliberativa) (NINO, 1996, pp. 1-14; ALEXYS, 2015, pp. 41-68) e a Constituição. Outro aspecto que reforça essa classificação está presente nos direitos básicos que devem compor o sistema de direitos, o qual será o meio que operacionalizaria os princípios supracitados (HABERMAS, 2010, p. 194).

- i) Direitos fundamentais de liberdades subjetivas de agir.
- ii) Direitos fundamentais de associação voluntária à comunidade jurídica.
- iii) Direitos fundamentais de proteção dos direitos individuais.
- iv) Direitos fundamentais de participar do processo político.
- v) Direitos fundamentais sociais para o exercício dos quatro primeiros. (HABERMAS, 2010, pp. 188-189)

Outro autor que igualmente pode ser referenciado como procedimentalista é Robert Dahl. Para o autor, o Judiciário deveria intervir para assegurar as precondições

do processo democrático, quais sejam: *i*) participação efetiva (a possibilidade de o cidadão expressar suas preferências); *ii*) igualdade de voto no estágio decisivo (independente da forma de sufrágio); *iii*) compreensão esclarecida (por meio da educação e discussão pública); *iv*) controle da agenda (a possibilidade de os cidadãos influírem na pauta pública) (DAHL, 2012, pp. 170-181).

Mais uma vez, em que pese às peculiaridades de cada autor, o fio condutor comum da corrente procedimentalista repousa no “meio” em que será consubstanciada a vontade democrática. Em outras palavras, a principal preocupação repousa sobre os canais institucionais de deliberação pública ou como ela irá ocorrer. A decisão ocupa foco secundário em teorias que se filiam a essa corrente.

De maneira oposta está a corrente substancialista. Essa corrente se preocupa com o “que” é decidido pela comunidade. O pêndulo, por consequência, se inclina mais pelos direitos fundamentais, uma vez que a deliberação pública tomada pelos canais majoritários nem sempre se sobressairá. Cite-se, por exemplo, o “direito das minorias” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 294) e as cláusulas pétreas. Conforme síntese de Lenio Luiz Streck (2004, pp. 162-163):

em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.

No entanto, não se está a afirmar que por essa concepção a democracia cede perante a supremacia constitucional. Pelo contrário, a ideia de democracia passa a pressupor decisões substantivas. Assim, o que é democrático não é necessariamente o que a maioria deseja (MENDES, 2008, p. 4). Os valores e fins constitucionais constituem novos parâmetros que devem ser alcançados pelos meios de deliberação da comunidade. Consequentemente, a jurisdição constitucional *substancialista* deve ser mais abrangente (SARMENTO, SOUZA NETO, 2012, pp. 219-220; CAMPOS, 2014, p. 164) que a jurisdição constitucional *procedimentalista*.

E é nessa visão que se acomoda o pensamento de Ronald Dworkin.

A obra *O Direito da Liberdade* traz a análise de uma série de artigos em que o autor avalia a atuação da Suprema Corte americana em casos paradigmáticos (por exemplo, aborto, eutanásia e pornografia). O principal objetivo da análise é traçar os contornos do Judiciário em uma democracia.

E a premissa fundamental está na “leitura moral da Constituição”, a qual legitima a supremacia judicial. A Constituição norte-americana encarta diversos valores morais que devem ser concretizados por meio da interpretação judicial.

A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa; por isso, todo o sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte. (DWORKIN, 2006, pp. 2-3)

A Constituição encarna dois princípios principais que devem reger a comunidade: o da igualdade (*equal concern*) e o da liberdade (DWORKIN, 2006, p. 11). Além disso, a integridade (que no direito será tratada no item seguinte) é outro elemento central, que traçará as balizas para a concretização desses valores/princípios.

A dificuldade consiste em enxergar como se dará a atuação do Judiciário sobre os valores morais em um contexto democrático. Para tanto, Dworkin aduz que não há consenso sobre o que seja democracia e que a premissa majoritária é apenas mais uma forma de deliberação política (DWORKIN, 2006, p. 24).

Nesse sentido, ele propõe a concepção constitucional de democracia, a qual se caracteriza pelo conteúdo das decisões coletivas. Essas devem concretizar o princípio da igualdade, independente do procedimento adotado (observe a faceta substancialista), que pode ou não ser o majoritarianismo.

Em suma, a concepção constitucional de democracia assume em relação ao governo majoritário a atitude descrita a seguir. A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições “democráticas” – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos

A tomada das decisões coletivas poderia ser de dois modos: i) a ação coletiva estatística; ii) a ação coletiva comunitária. Essa repartição será crucial para se perceber o modelo de democracia proposto por Dworkin.

O primeiro modo (ação estatística) se caracterizaria pela soma atomizada dos interesses individuais dos membros da coletividade. Logo, o princípio majoritário seria retrato desse modo de atuação da coletividade, já que o sentido de “grupo” não representaria um ente distinto dotado de conteúdo moral próprio. Grupo seria uma questão meramente numérica (DWORKIN, 2006, p. 30).

Por outro lado, o segundo (ação comunitária) pressupõe uma coesão do grupo para além da soma dos interesses individuais. Nas palavras de Dworkin (2006, p. 30)

Mas a ação coletiva é comunitária quando não pode ser reduzida a mera função estatística das ações individuais, quando pressupõe um *agente* coletivo especial e distinto. Ela acontece quando os indivíduos agem juntos de forma que fundam suas ações separadas num ato ulterior unificado que, encarado em seu conjunto, é um ato *deles*.

Pelo modo de ação comunal, ainda que a comunidade tenha interesses políticos divergentes, a decisão predominante passa a ser a decisão do grupo (ente coletivo) e não da maioria vencedora nos palcos de decisão.

Para Dworkin, essa modalidade de ação é que deve prevalecer na concepção constitucional da democracia. Além do modelo de ação, outros três requisitos são indissociáveis dessa concepção: i) condição estrutural, ou formação histórica da coletividade; ii) igualdade de consideração dos indivíduos que compõem o grupo (inclusive entre os grupos minoritários componentes da coletividade); iii) independência moral (DWORKIN, 2006, p. 37).

Em razão disso, limitar a democracia apenas aos procedimentos de consolidação da vontade democrática seria insuficiente, pois

a dificuldade verdadeira e profunda da democracia, posta a nu pelas discussões constitucionais, é que ela é um esquema de governo *incompleto* do ponto de vista de seus processos. Não pode prescrever os processos pelos quais se poderia saber se as condições que ela exige para os processos que de fato prescreve estão sendo atendidas. (DWORKIN, 2006, p. 51)

Em razão desse conteúdo moral intransponível, a atuação do Judiciário passa a extravasar a postura de assunção das precondições democráticas, tal como proposto pela abordagem procedimentalista. A atuação das Cortes deve se voltar para a concretização dos valores constitucionais, bem como afirmar os valores morais transcritos na Constituição. Ou nas palavras de Dworkin, exercer a “leitura moral da Constituição”.

Antes de se aprofundar na abordagem de Castanheira Neves, que também se inclina a esse modelo substancial de democracia, cumpre tecer algumas ponderações acerca do “modo” em que o Judiciário deve se portar nesse regime. Por esse motivo, na seção seguinte serão tratados os principais pontos do “direito como integridade” segundo Ronald Dworkin. Esses marcos teóricos serão imprescindíveis para se compreender as decisões judiciais em temas moralmente controversos.

## 2.2 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E O CAMINHO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Conforme observado, Dworkin propõe um modelo substancial de democracia, em que a atuação judicial faz parte da concretização de seu conteúdo, especialmente o princípio da igualdade entre os membros. Em síntese,

Pensemos, porém, em uma definição diferente de democracia: democracia significa autogoverno com a participação de todas as pessoas, que atuam conjuntamente como membros de um empreendimento comum, em posição de igualdade. Em minha opinião, trata-se de um modo muito mais atraente de entender a força da democracia do que aquele representado pela regra da maioria. A regra da maioria só é democrática quando certas condições prévias – as condições democráticas de igualdade dos membros – são atendidas e mantidas.

[...] Portanto, caso se adote essa concepção coparticipativa de democracia, o argumento de que o controle de constitucionalidade é, por natureza, incompatível com a democracia, cai por terra. (DWORKIN, 2010)

Tendo por base que a atuação judicial sobre questões moralmente controversas faz parte do próprio contexto democrático, como deve ser essa atuação?

Essa pergunta conduz a algumas reflexões a partir de categorias centrais na filosofia do direito de Ronald Dworkin.

Dworkin busca formular uma teoria alternativa ao positivismo jurídico (esse também será um dos motes tratados por Castanheira Neves), em especial ao positivismo de Herbert Hart (DWORKIN, 2002, p. 35). Dois são os pontos principais combatidos: i) a separação entre direito e moral (ou ao menos a conexão não necessária que a corrente sustenta) (ALEXY, 2009, pp. 3-28); ii) a discricionariedade do julgador no momento de decisão judicial.

A primeira premissa passa pela conexão entre o direito e a moral. Nesse sentido, Dworkin vislumbra um sistema baseado em regras e princípios, com essas duas

modalidades se enquadrando na condição de norma (princípios também trariam uma lógica deôntica).

A diferença entre esses tipos de norma seria de natureza lógica. Regras são aplicadas no “tudo-ou-nada”, ao passo que os princípios possuem uma dimensão de peso, podendo se inter cruzarem no momento de aplicação (DWORKIN, 2002, pp. 39-42).

A segunda premissa é o ponto nevrálgico de sua teoria, já que busca romper com uma das principais características das teorias positivistas – a discricionariedade no momento de aplicação das normas.

A “moldura normativa” na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen (2009, p. 390) e a “textura aberta da linguagem” no *Conceito de Direito* de Hart, ainda que com suas peculiaridades, desembocam no problema da discricionariedade judicial. Para Hart, diante de casos não regulamentados (espaço jurídico vazio) (BOBBIO, 1995, p. 127) ou diante da indeterminação da linguagem, o juiz estaria autorizado a “criar” o direito (HART, 2009, p. 351).

E a margem de discricionariedade do julgador inevitavelmente conduziria a um contexto de “decisionismo” ou como alerta Lenio Streck, a um “juiz solipsista”.

portanto, há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (Sinnggebung) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de autorizá-lo a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). (STRECK, 2009, p. 213)

É justamente contra esse campo de atuação irrestrito que Ronald Dworkin estabelece suas principais categorias.

A tese “criacionista do direito” de Hart é desde logo rechaçada. Para Dworkin (2002, p. 127), “em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa.” Essa construção fica ainda mais evidente com a perspectiva do “direito como Integridade”.

Na obra, *O Império do Direito*, o autor discorre sobre dois modelos de se compreender o direito, quais sejam: i) Convencionalismo; ii) Pragmatismo.

O traço característico da primeira corrente está na tradição. O fator determinante no momento de decisão é saber como os Tribunais decidiram em casos pretéritos, pois seriam o retrato das convenções sociais difusamente aceitas (DWORKIN, 2007, p. 144). É possível afirmar que as decisões estariam inclinadas ao passado, caso se adote o modelo convencionalista de direito.

De outro modo, a concepção pragmatista está fincada no futuro. O juiz pragmatista estaria autorizado a decidir de maneira mais conveniente a justiça, equidade ou alguma outra virtude (DWORKIN, 2007, p. 197). A jurisprudência de um Tribunal, por exemplo, seria facilmente superada, se assim o fosse melhor para a comunidade.

Dworkin reconhece que o Pragmatismo é um meio muito sedutor de se pensar o direito. No entanto, a coerência das decisões é sonogada e isso seria exigência da própria personificação da comunidade como agente moral distinto da soma atomística dos cidadãos, conforme tratado no item anterior.

E a coerência decorre da incorporação da *integridade política* pela comunidade, que nas palavras do autor (DWORKIN, 2007, p. 204):

a integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado. Pressupõe que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou projetos, o que a muitos vai parecer uma metafísica ruim.

A integridade na aplicação judicial é o elemento distintivo que Dworkin insere entre o Convencionalismo e o Pragmatismo. Surge então o “direito como integridade” justamente com o propósito de concatenar aspectos desses modelos. O magistrado, ao decidir, deve buscar determinadas virtudes para a comunidade, sem descurar do que fora decidido no passado (DWORKIN, 2007, p. 271).

A responsabilidade por concretizar o princípio da integridade é compartilhada tanto pelos legisladores quanto pelos juízes, uma vez que a integridade se faz presente tanto na legislação quanto no julgamento.

E a integridade no julgamento é a razão pela qual o modelo pragmatista deve ser descartado. Os direitos não podem ser percebidos como instrumentos pelo julgador, com os quais ele poderia fazer “o que é melhor para a comunidade”. Pelo contrário, a integridade exige a coerência nas decisões, articulando os princípios comunitários juntamente com as tradições desenvolvidas ao longo das épocas.

A metáfora do “Romance em Cadeia” cumpre o papel de dimensionar como o juiz deve decidir com integridade (DWORKIN, 2007, p. 276). Nas palavras de Vera Karam de Chueiri (1995, p. 99),

Ainda que literariamente inviável, este exemplo de construção do texto se aproxima à tomada de decisão num caso difícil, a partir da consideração do direito como *integridade*. Há, entre os escritores, o objetivo de criar, coletivamente, um romance único que será o melhor possível. Ou seja, uma mediação entre o romance que é (o já escrito) e o que deve ser (a possibilidade do melhor).

A metáfora literária reproduz de maneira didática como o magistrado deve se portar diante do caso. Ele deve levar em conta os julgamentos análogos pretéritos, tal como se os capítulos de uma obra fossem. O principal desafio seria manter a coerência da obra além de conferir a sua influência nos capítulos que se sucederão (DWORKIN, 2005, p. 238).

Além do “Romance em Cadeia”, Dworkin lança mão de outra metáfora literária para descrever como deve ser a atuação judicial. Trata-se do “Juiz Hércules”, “[...] um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade.” (DWORKIN, 2005, p. 287)

Esse “tipo ideal de magistrado” seria capaz de alcançar todos os princípios subjacentes ao caso concreto, bem como levar em consideração a jurisprudência consolidada, a integridade da legislação e a relevância da decisão no “fórum de princípios” (na comunidade).

Neste estágio interpretativo cabe a Hércules buscar e construir teorias interpretativas da prática em questão, as quais ele submeterá a sucessivos testes, até que se chegue à melhor possível: a que responda as exigências de ajuste e justificação. (CHUEIRI, 1995, p. 132)

Essa metáfora representa um “tipo ideal”, até porque o magistrado sofre condicionamentos dos limites da racionalidade humana. No entanto, a proposta consiste em uma interpretação construtivista “hercúlea”, com base no “direito como integridade”, a fim de alcançar a “resposta correta”.

Daí surge outro tipo ideal. Ronald Dworkin não propõe uma “resposta” que se saia vencedora e imbatível em cada caso (ALEXY, 1998, p. 15), mas sim que a atuação do magistrado se pautar na busca por esse marco.

Tal como um horizonte, inesgotavelmente inalcançável, a importância repousa no esforço empreendido em alcançá-lo. Mais uma vez recorrendo à literatura, Dworkin (2005, p. 209) assim explicita

no exercício literário, os participantes são instruídos a responder a certas questões altamente específicas que, como a máquina supostamente provou, não podem ser consideradas questões sobre o mundo exterior. São instruídos a submeter suas respostas às disciplinas da reflexão e da coerência e, depois, a fazer certas afirmações que a instrução que receberam os autoriza a fazer com base na autoridade dessas respostas assim disciplinadas.

Surge então a postura do magistrado em buscar a “resposta mais adequada” (STRECK, 2010, pp. 15-45), tomando por base a integridade, a coerência e a dimensão política de sua decisão, tanto com relação ao passado, quanto ao futuro.

As principais categorias na teoria de Dworkin – democracia substancial; conexão entre direito e moral; “direito como integridade”; “romance em cadeia”; “Juiz Hércules” e tese da “resposta correta” – já seriam capazes de fornecer subsídios para se compreender as decisões judiciais em uma democracia.

No entanto, mais uma categoria se afigura como essencial para análise. Trata-se da distinção entre *policies* e *principles*. Em linhas gerais, cada termo representaria a argumentação que deveria ser predominante no Poder Legislativo ou no Poder Judiciário.

Os argumentos de política (*policies*) se traduzem na argumentação destinada ao “bem-estar” da coletividade, tipicamente prevalente nas esferas de representação tradicional (Parlamentos).

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. (DWORKIN, 2002, p. 36)

Por outro lado, os argumentos de princípio (*principles*) buscam a prevalência dos direitos individuais, argumentação típica das arenas judiciais.

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36)

A atuação jurisdicional é restrita pelas circunstâncias do caso e pelas partes envolvidas, o que já impediria de tomar decisões mais abrangentes. Além disso, o compromisso com os direitos de uma minoria podem operar como “trunfos” diante dos procedimentos políticos majoritários, conforme observado na seção anterior.

Aproximando esses ensinamentos às situações enunciadas na introdução, nota-se que a decisão judicial diante de um “desacordo moral razoável” só há de fazer sentido em uma democracia se se adotar a postura proposta por Ronald Dworkin. As preferências pessoais do julgador acerca de religião e moralidade pública não podem prevalecer sobre a coerência com os casos pretéritos decididos e sobre os princípios que envolvem os casos submetidos à apreciação.

A “censura judicial” sobre ícones religiosos no Carnaval, sobre músicas que veiculem relações incestuosas (e também contendo suposta apologia à pedofilia) e sobre a atuação dos “MC Mirins”, todas verdadeiramente retratam um *caso difícil*, em que não há uma regra *a priori* incidente sobre o caso. Com isso, torna-se imperioso perfilar as categorias propostas por Dworkin no sentido de obter a “resposta mais adequada”. Além disso, pode-se indagar se não seria o caso de adotar uma postura autorrestritiva,<sup>12</sup> de modo que a própria comunidade buscasse a deliberação “fora” das arenas judiciais, a fim de criar uma consciência coletiva se esses casos serão judicializados.

No tópico seguinte, serão explorados os principais aportes do Jurisprudencialismo de Castanheira Neves, o qual poderá oferecer novas reflexões sobre como enxergar decisões judiciais sobre temas moralmente controversos.

### 3. O JURISPRUDENCIALISMO DE CASTANHEIRA NEVES: UMA PROPOSTA VIÁVEL?

No tópico anterior, buscou-se avaliar as categorias centrais na obra de Ronald Dworkin, com o intuito de fornecer balizas para a melhor compreensão de como é possível as decisões judiciais em temas moralmente controversos sem que isso fira o regime democrático.

A busca pela legitimidade desse espaço das decisões judiciais segue no presente tópico. Nesse momento, serão investigados os elementos centrais acerca da proposta *jurisprudencialista* de Castanheira Neves. Essa teoria está em plena sintonia com as proposições de Dworkin e sua interação é capaz de fornecer importantes aportes para se compreender o objeto desse estudo.

Castanheira Neves (2008a, pp. 43-72) indaga a autonomia do direito nos dias de hoje. Para tanto, ele realiza uma profunda incursão ao longo de categorias filosóficas a fim de expor essa problemática, com especial preocupação no sentido que o termo “direito” traz, pois

[...] ao falar de ‘autonomia’ (autonomia do direito) pretendo naturalmente referir-me a uma sua auto-subsistência de sentido e não menos à sua auto-afirmada especificidade já intencional nos fundamentos, já teleológica nos critérios, já de material determinação nos conteúdos – sem excluir decerto a possível, a necessária integração no global universos prático humano [...] (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 48)

12 Conforme salientado, essa postura autorrestritiva é mais comum em jurisdições *procedimentalistas*. Mas ser ativista ou autorrestritivo é condicionado por múltiplos fatores.

Duas correntes que buscavam trazer a definição do sentido do direito são combatidas pelo autor: o normativismo (ou positivismo jurídico, assim como Ronald Dworkin fez) e o funcionalismo jurídico. A primeira deveria ser afastada em razão de propor uma definição abstrata, pautada apenas na normatividade (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 51). E a segunda deve ser descartada pela crença de que o direito seria carente de autonomia, servindo apenas como instrumento de outros segmentos (social, político, econômico...) (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, pp. 56-57).

Em meio a essas duas concepções, Castanheira Neves traça o seu sentido de direito em que a autonomia se veja resgatada. Algumas exigências são feitas nesse percurso, tais como a releitura da teoria das fontes, com a jurisprudência a ser uma fonte do direito (diferente do que propunha a concepção normativista), e a abertura principiológica do direito, com a necessária ruptura entre *ius* e *lex* (em outras palavras, o direito não se esgota no texto legal) (Castanheira Neves, 2008a, p. 65).

Mas a ruptura maior passa pela inserção da ética no direito. Conforme visto na introdução, uma das razões que conferem o protagonismo ao Judiciário passa pela aproximação entre direito e ética. Além disso, um dos pontos centrais da teoria de Dworkin é o combate ao abismo típico do positivismo entre moral e direito.

Em consonância com esse cenário, Castanheira Neves vê na ética um elemento constitutivo de sentido do direito, além de ser esse o caminho para que lhe seja conferida autonomia (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 70). Esse elemento constitutivo se fragmentaria em outros três:

- i) condição mundano-social – perceber o homem em sua individualidade, porém que só se situa a partir de um contexto intersubjetivo em que há interação com outras pessoas;
- ii) condição humana-existencial – que evidencia a finitude e os limites da racionalidade humana;
- iii) condição ética – em que o direito só há de fazer sentido como instituição que paira sobre os homens enquanto tais, reconhecendo-o como sujeito ético e digno (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 70).

Vale transcrever a síntese de como o direito é autônomo e qual o sentido proposto pelo autor:

[...] Que o homem não se compreenda apenas como destinatário do direito e titular de direitos, mas autenticamente como sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele, mas comprometido com ele – o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência, e então não como uma externalidade apenas referida pelos seus efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido. (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 72).

Além de indagar “o que é direito”, Castanheira Neves também questiona o papel do jurista diante do sentido do direito proposto. Mais uma vez o enfoque recai sobre aspectos éticos em que o sujeito deve se ver envolto (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, pp. 09-50) e o autor passeia por diversos marcos filosóficos a fim de esclarecer qual o papel, com especial destaque para o existencialismo.

Ou estamos condenados a uma existencial incomunicabilidade comunitária e o direito deixa de ter sentido para a Existência como tal, ou a comunicação e integração comunitárias se revelam existencialmente autênticas e o direito encontra na própria existência o seu fundamento. No primeiro caso o direito será contra o homem – uma das formas de sua alienação; no segundo caso ele será expressão da sua própria humanidade essencial. (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 20)

Além dos marcos filosóficos que têm como objeto principal de reflexão o “homem no mundo”, mais uma vez Castanheira Neves (2008b, p. 39) retoma a perspectiva ético-comunitária como elemento central do direito. Em suas palavras, “neste sentido, creio poder afirmar-se que o direito é tão essencial à comunicação ética como a língua o é à comunicação espiritual em geral.” (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 41)

Pode-se afirmar que o direito e o jurista só fazem sentido em uma “comunidade ética”, que se materializa por meio do respeito à dignidade da pessoa humana e aos princípios axiológicos normativos (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 40). Por isso a importância do jurista na construção do próprio direito, pois ele acaba por refletir as relações travadas no seio dessa comunidade.

Nota-se que a ênfase dada por Castanheira Neves em situar o jurista nessa “comunidade ética” de certa forma remete à interpretação construtivista de Ronald Dworkin. Os dois demonstram que o jurista necessariamente deve ter sua atuação contextualizada pelos princípios partilhados pela comunidade, uma vez que ele é um membro da comunidade decidindo sobre situações envolvendo a própria comunidade.

O Poder Judiciário também faz parte das reflexões de Castanheira Neves (2008c, pp. 161-198). E a premissa que norteia essa investigação está no protagonismo alcançado pela instituição nos últimos anos, que se dá de maneira paradoxal: ao mesmo tempo em que há a expansão da atuação jurisdicional, aumenta-se o ceticismo acerca de sua capacidade de resolver os conflitos.

E comecemos por reconhecer que a situação se nos oferece, como já geralmente se observa, em termos paradoxais, na sua aparente contradição. Por um lado, alarga-se o domínio e sobe a importância da intervenção institucionalizada, ou pretendida, das instâncias judiciais na sua função interpretativo-integradora [...] por outro lado, dá-se conta de uma inegável, e de gravidade não minimizável, insatisfação, inclusive de uma crítica generalizada (há quem fale mesmo de “ressentimento”) de que a função judicial se tornou objecto. Nem é difícil dizer porquê: revelar-se-ia ela normativamente inadequada [...] e não menos institucionalmente ineficaz [...] (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 162)

Ele retoma o debate sobre a crise no direito, inserindo o estudo da função judicial em meio às concepções normativistas e funcionalistas (como o fez na análise do sentido do direito). Além disso, há uma verdadeira preocupação com o método de aplicação judicial, cujas críticas sedimentarão as bases da proposta *jurisprudencialista*.

A racionalidade abstrata típica da concepção normativista se escorava em um método lógico-dedutivo, em que havia nítida a dualidade entre norma e fatos (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, pp. 178-179). Por essa corrente, o sistema jurídico já previa todas as situações reguladas, razão pela qual determinado caso já estaria

“enquadrado” em alguma das normas. Por isso o raciocínio jurídico seria premissa maior (norma) – premissa menor (situação jurídica) – conclusão (decisão), que até hoje é predominante no modo de se pensar o direito.

Por outro lado, o funcionalismo não apresenta um método tão claro quanto o proposto pelo normativismo. Firme na razão instrumental (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 181), o foco não está mais na aplicação, mas sim na decisão (no que foi decidido). Tendo em vista que o direito, nessa visão, serviria como instrumento para outros segmentos, a decisão deve corresponder ao que for melhor para a comunidade (veja o juiz pragmatista, tão combatido por Dworkin):

A sua “nova missão” imporia ao juiz que actuasse “para além do campo fechado dos direitos subjectivos determinados pela lei – ele é responsável pela conservação e a promoção dos interesses finalizados por objectivos sócio-econômicos e regulados por sistemas de normas técnicas correspondentes” [...] (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 186)

Castanheira Neves, na contramão desses dois modelos e *modus* de aplicar o direito, passa a propor o *jurisprudencialismo*. E sua proposta se escora em duas premissas fundamentais: i) a “antropologia axiológica”, em que o homem aparece simultaneamente como sujeito de direito e sujeito de deveres (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 189); ii) o reconhecimento de uma validade normativa autônoma (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 189-190). Essas duas premissas reafirmam as considerações do autor quando das reflexões sobre o sentido do direito e o papel do jurista. E a função jurisdicional, diante desse contexto, será melhor realizada se seguir a dinâmica jurisprudencialista.

Aqui repousa a principal contribuição do autor para o presente trabalho. O jurisprudencialismo, mais do que uma justificativa ao protagonismo judicial, sinaliza como deve ser a interpretação judicial, preocupação que também foi explorada por Dworkin, conforme item anterior.

Diferente da *fattispecie* (método lógico-dedutivo) típica do normativismo, o foco do jurisprudencialismo passa pela argumentação a partir do caso concreto.

E daqui se tira uma primeira conclusão: se nesta dialéctica tem o direito realizando a sua dinâmica de emergência, pela solução dos problemas jurídicos concretos que se vão desse modo suscitando, então o direito nunca será um dado, ou sequer um objecto, e sim verdadeiramente um *problema* – será ele, como já atrás tínhamos aludido, um contínuo problematicamente constituindo. (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 193)

A solução não se basearia em esquemas lógicos acabados, mas sim em uma solução construída por meio de interações comunicativas (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 196). Ademais, a interpretação seguiria o método concretizante proposto por Friedrich Müller, em que a o texto normativo se situa no mesmo nível de relevância que os recortes da realidade (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 168; MULLER, 2009, p. 249).

O foco do jurisprudencialismo, por conseguinte, repousa no caso concreto (problema jurídico), que será mediado pela normatividade (em seu sentido autônomo) a partir da atuação judicial. A decisão, por conseguinte, deve necessariamente valorizar tanto as fontes normativas (legislação, jurisprudência, princípios e doutrina) quanto à situação que é posta em análise.

O juízo, por último, é chamado a assumir a normatividade jurídica oferecida *prima facie* pelo sistema e a projetá-la como solução na decisão jurídico-normativa do caso, obedecendo para tanto – ponto capital – a duas exigências diferenciáveis, mas e a integrar dialeticamente na decisão judicativa, pois haverá de ser tanto normativo-juridicamente fundado (em referência ao sistema) como problemático-concretamente adequado (em referência ao caso decidenço), e operará segundo um esquema metódico complexo em que se reconhecerá a sua também irredutível constitutividade normativo-jurídica [...] (CASTANHEIRA NEVES, 2012, pp. 71-72)

Existe uma verdadeira proximidade entre o jurisprudencialismo e a “resposta correta” de Dworkin. As duas concepções buscam referendar a preocupação com a atuação judicial, a qual deve enxergar atentamente todas as peculiaridades evidenciadas pelo caso concreto. Consequentemente, o esforço do magistrado deve ser “hercúleo” no sentido de produzir uma decisão que não sonegue nenhum dos fatores supramencionados.

Castanheira Neves insere esse método de decidir como corolário de uma postura ética que deve ser inerente ao direito e ao jurista. E esse é uma das poucas formas (se não a única) de se compreender como uma decisão judicial faz sentido em uma democracia. O regime contém valores indissociáveis. Cumpre ao direito e seus atores concretizarem tais valores. A postura ética, por conseguinte, não só baliza o jurisprudencialismo, como também confere sentido e legitimidade a decisões sobre temas moralmente controversos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dimensionar a atuação do Poder Judiciário em uma democracia é, por si só, tarefa difícil. Compreender as decisões judiciais sobre temas de elevado desacordo moral em um contexto democrático é ainda mais desafiador.

O risco de que essa instituição se transmude em um “censor da moralidade pública” é um risco evidente, especialmente quando se toma por base os casos indicados na introdução: veto de ícones religiosos no Carnaval, proibição de músicas que denotem uma relação incestuosa e a figura dos “MC Mirins” (crianças e adolescentes atuando no segmento do funk). Conforme visto nos itens anteriores, essas situações, além do indeterminismo moral subjacente, se caracterizam como *casos difíceis*, em que não se possui uma norma incidente explícitas para o caso.

Daí a importância das categorias propostas por Ronald Dworkin e Castanheira Neves. Não bastassem as balizas de como decidir, os autores demonstram a preocupação em demonstrar como o direito (e obviamente a decisão judicial) pressupõe uma contextualização ética. Assim, os valores partilhados pela comunidade são efetivamente parâmetros que não podem ser descuidados pelo julgador.

Essas razões levam a crer que é possível sim falar em decisão judicial democrática, especialmente em virtude de a democracia possuir um conteúdo moral intrínseco (consubstanciado nos princípios e valores constitucionais).

E quais as “respostas” que devem ser dadas aos casos moralmente controversos, tais como os narrados na introdução?

A proposta basilar é de inexistir uma proposta prévia e idêntica para todos os casos. As situações, com suas peculiaridades e contextualizações, darão as diretrizes de como o magistrado deve se portar em cada caso. E outra premissa fundante repousa no ceticismo se ele (órgão do Judiciário) seria a instância mais adequada a canalizar aquele conflito. Em outras linhas, se a sua interpretação sobre aquele caso é que deverá prevalecer.

Democracia, direito e ética caminham juntos. Por isso o zelo sobre o que cada decisão judicial pode significar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Derecho y Razón Práctica**. 2. ed. México: Fontanamara, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v. 5, número especial, 2015. pp. 24-50.

\_\_\_\_\_. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político: Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia**. Trad. Jorge Urdanóz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora UNB, 1995.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARDIN, Valéria Silva Galdino ; MOCHI, T. F. G. . Dos limites da liberdade de expressão nos meios de comunicação em massa diante dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. In: **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI**. (Org.). Sistema Jurídico e Direitos fundamentais individuais e Coletivos. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, pp. 13259-1328.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 88. Belo Horizonte: UFMG, Pós-graduação da Faculdade de Direito, 2003. pp. 13-38.

CASTANHEIRA NEVES, António. Direito hoje e com que sentido?. In: \_\_\_\_\_. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, v. III, 2008a, pp. 43-72.

\_\_\_\_. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos atualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: \_\_\_\_\_. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, v. III, 2008c, pp. 161-198.

\_\_\_\_. O “jurisprudencialismo” – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito. In. COELHO, Nuno M. M. Santos. SILVA, Antonio Sá da (Org.). **Teoria do Direito**: Direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012. pp. 9-79.

\_\_\_\_. O papel do jurista no nosso tempo. In: \_\_\_\_\_. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, v. III, 2008b, p. 09-50.

CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**. 2. ed. Mandamentos: Belo Horizonte: 2006.

CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_. **O Direito da Liberdade**: A Leitura Moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In. \_\_\_\_\_. **A inclusão do outro**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. pp. 269-284.

\_\_\_\_. **Facticidad y Validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

- LIMA, Fátima Costa de. Quando o *homo sacer* se representa – A estranha ala de mendigos da escola de samba Beija-Flor, Rio de Janeiro, 1989. In: **Anais do Simpósio da International Brecht Society**, v. 1, 2013.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**. n. 58. nov/2000. pp. 183-202.
- MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. **Juris Poiesis**. n. 17, 2014. pp. 343-359.
- SANDEL, Michael. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SARTORI, Giovanni. Nem presidencialismo, nem parlamentarismo. **Novos Estudos CEBRAP**. n. 35, mar 1993. pp. 3-14.
- SILVA, Cristina de Assis da. Entre a arte e a censura: as imagens do sagrado cristão na arte contemporânea brasileira. **Arte Revista**. v. 4, 2014.
- SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. n. 7, jan/jun 2010. pp. 15-45.
- \_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

RECEBIDO EM: 27/01/2018 APROVADO EM: 17/04/2018
--