

# **COMENTÁRIOS À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AO PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DO IGUALITARISMO LIBERAL DE RONALD DWORKIN**

Bruno de Lima Acioli<sup>1</sup>  
Vagner Paes Cavalcanti Filho<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo aborda as relações entre ativismo judicial, direitos fundamentais e política e apresenta uma distinção entre democracia e liberalismo sob a perspectiva do pensamento de Ronald Dworkin. Conclui que as teorias e formulações jurídicas do filósofo político e jurista Ronald Dworkin, aproximaram a filosofia da moralidade política liberal do proceduralismo jurídico constitucional.

**PALAVRAS CHAVES:** Ativismo judicial. Liberalismo. Democracia. Ronald Dworkin.

**ABSTRACT:** The article addresses the relationships between activism, judicial activism, fundamental rights and politics, and presents a distinction between democracy and liberalism from the perspective of Ronald Dworkin's thinking. He concludes that the theories and legal formulations of the political philosopher and jurist Ronald Dworkin approximated the philosophy of liberal political morality to constitutional legal proceduralism.

**KEY WORDS:** Judicial activism. Liberalism. Democracy. Ronald Dworkin.

## **INTRODUÇÃO**

O jurista americano Ronald Dworkin (1931-2013) foi um dos maiores filósofos da política e do Direito contemporâneo, influenciando vários dos mais renomados juristas do nosso tempo. Suas obras impactaram não só o mundo jurídico, como também as ciências políticas e a filosofia liberal moderna americana.

Entre as contribuições de Dworkin estão sua teoria de Direito como integridade, a tese da única resposta correta, a leitura moral da Constituição americana, a alegoria do juiz Hércules, a importância da equidade como fundamento do liberalismo (liberalismo igualitário), as distinções entre normas regra e normas princípio, entre outras construções doutrinárias e filosóficas. O autor também trabalha com os interessantes contornos sobre a atividade decisória dos juízes quando estes se deparam com o fenômeno crescente, no mundo inteiro, a judicialização da política.

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Graduado em Direito pelo Centro Universitário CESMAC. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Universidade Integrada Tiradentes (UNIT). E-mail: bruno.acioli@uol.com.br.

<sup>2</sup> Advogado. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: vagnerpaa@gmail.com.

No caso brasileiro, as grandes questões morais que estariam normalmente a cuidados da deliberação do Poder Legislativo, instância máxima de representatividade política nas democracias liberais, por razões várias, têm sido levadas à sua solução final no Poder Judiciário.

Neste contexto, portanto, acreditamos que a leitura das obras de Dworkin se mostra bastante atual neste momento em que juristas brasileiros têm se dedicado a pensar o ativismo judicial no nosso país, segundo uma certa visão aberta e moral da melhor interpretação possível dos direitos fundamentais.

## **1 ATIVISMO JUDICIAL, DIREITO E POLÍTICA**

O ativismo judicial é produto de uma maior participação do Poder Judiciário na defesa da Constituição Federal, inclusive adentrando assuntos cuja última decisão seria exarada pelos Poderes Executivo e Legislativo.

A expressão *judicial activism* (ativismo judicial) teve origem nos Estados Unidos, sendo cunhada pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., que observou uma postura pró ativa da Suprema Corte Americana em termos de jurisdição constitucional desde o caso *Marbury v. Madison* no início do século XIX. Os EUA têm uma longa tradição de debates sobre o papel do Poder Judiciário frente aos fenômenos de judicialização de questões de natureza política, com uma antítese de decisões e composições de corte que transitaram por períodos de ideologia mais liberal-progressista ou mais conservadora (CAMPOS, 2014, p. 44-46).

Se a questão do ativismo judicial nos Estados Unidos é histórica e influenciou os estudos constitucionalistas em todo o mundo, o debate acerca dos limites da atuação do Poder Judiciário brasileiro apenas passou a ser realmente relevante no período recente pós Constituição Federal de 1988, após 25 anos de ditadura militar, que limitou sensivelmente a atuação dos tribunais na defesa dos direitos humanos.

Ao seu revés, uma das críticas constantemente levantadas ao ativismo judicial é de que o Poder Judiciário não poderia adentrar em assuntos que deveriam reservadas somente aos poderes eleitos democraticamente. A separação entre o campo de atuação do direito e do campo político tem sido, pois, um modelo rígido ideal constantemente levantado pelos juristas tradicionais.

Ronald Dworkin (2001, p. 5-6) admite que os juízes americanos tomam, em certo ponto, decisões políticas. Ele não considera errado que o juiz adentre o terreno político, desde que julgue com base em princípio morais resguardado pelo ordenamento jurídico. Para ele, os juízes podem e devem basear suas decisões em argumentos de princípio (aqueles amparados nos princípios constitucionais e que dão fundamento às liberdades individuais), mas não em argumentos de *policies* (políticas públicas), aqueles que fazem progredir os interesses de bem comum.

É claro, o raciocínio de Dworkin é bem mais complexo do que o que foi exposto nestas poucas linhas, de forma que os maiores detalhes sobre suas construções teóricas serão desenvolvidos nos próximos tópicos. O importante é que as noções aqui levantadas tenham trazido algumas ideias gerais sobre o ativismo judicial e, por meio delas, seja possível compreender melhor o pensamento do jurista americano quanto ao ato de jurisdição constitucional.

Ativismo judicial não é uma expressão recente, a atuação dos juízes frente à judicialização de questões políticas já vem sendo debatida há mais de um século nos EUA, e a maior entrada desta discussão histórica na academia jurídica brasileira foi resultado de um conjunto de fatores jurídicos, políticos e históricos que se complementaram para justificar a nova postura ativa do Supremo Tribunal Federal na defesa da Constituição Federal.

## **2 LIBERALISMO, POLÍTICA, NEUTRALIDADE E IGUALDADE**

Como se sabe, o liberalismo clássico foi muito importante para a construção e consolidação de princípios democráticos que até hoje estão presentes no mundo jurídico e político ocidentais.

Foi a partir da filosofia política liberal que se desenvolveram, entre outros, os conceitos de Estado moderno de Direito, a necessidade de separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário e a retomada do regime de governo democrático.

O princípio da separação dos poderes, por promover a descentralização, é muito caro aos liberais que o defenderam como forma de combater o absolutismo e o totalitarismo (BOBBIO, 2000, p. 18). Numa visão liberal tradicionalista, portanto, o ativismo do Poder Judiciário, ao adentrar esferas normalmente reservadas ao Executivo e ao Legislativo, estaria

maculando o princípio da separação dos poderes e colocando em perigo a própria democracia e o Estado liberal.

Contudo, durante boa parte do século XX, o modelo democrático de Estado liberal passou a ser duramente questionado frente às mudanças sociais e políticas ocorridas por força do capitalismo industrial, sobretudo após a crise capitalista de 1929. Com isto, o liberalismo perdeu seu apelo frente outras correntes de pensamento político, principalmente o socialismo e sua variante socialdemocrata, que se tornaram preponderantes no imaginário progressista por sua lógica igualitária posta acima da lógica libertária liberal. Foi um período em que grandes nomes da *esquerda* do pensamento liberal-democrático como Kelsen e Keynes abandonaram alguns pressupostos políticos e, principalmente, econômicos do liberalismo clássico para passarem a defender o Estado providência do modelo socialdemocrata (MERQUIOR, 1991, p. 167-170; 174-178).

Sobre este enfraquecimento ideológico do liberalismo enquanto doutrina progressista, Dworkin (2001, p. 270-271) declara que, já algum tempo, intelectuais acusam não existir nenhuma diferença genuína entre liberalismo e conservadorismo, pois ambos se baseariam nos mesmos conceitos econômicos de defesa do sistema capitalista e da economia de mercado. Raymond Boudon (2005, p. 11) explica que este tipo de objeção deriva, especialmente, da dificuldade dos críticos em dissociar o liberalismo político do liberalismo econômico, o que se deve, poderíamos dizer, em parte, à falha de algumas correntes do pensamento sociológico em realizar a distinção adequada entre poder político e poder econômico.

Em verdade, algum tipo de liberalismo econômico, geralmente associado à expressão quase pejorativa de “neoliberalismo”<sup>3</sup>, esteve em alta desde a década de 1980 no argumento político de lideranças conservadoras como Thatcher e Reagan. Foi justamente nesta época em que essa lógica confirmacionista da inexistência de fronteiras reais entre liberalismo e conservadorismo mais prosperou nos meios intelectuais iliberais.

---

3 Fazemos aqui uma observação de que os defensores do capitalismo ou do liberalismo econômico raramente se autodeclararam “neoliberais”. A origem ideológica do “neoliberalismo” remonta aos trabalhos de economistas alemães que propunham uma terceira via entre economia *laissez-faire* e economia planificada, embora estes ideais, hoje, sejam muito mais conhecidos pelos nomes de ordoliberalismo ou de economia social de mercado. Mais atualmente, a etiqueta “neoliberal” tem sido atribuída a economistas liberais como Hayek e Milton Friedman. Ademais, a maior parte da biografia existente sobre neoliberalismo foi escrita por seus opositores, por vezes, sem maior rigor técnico-científico, de forma que a própria definição desta corrente do liberalismo perdeu-se com o tempo, fazendo com que seu uso terminológico tenha se tornado, recentemente, metodologicamente impreciso e, por muitas vezes, simplesmente incorreto ou vulgar.

Aliás, podemos dizer que o forte movimento antiliberal que acomete o Ocidente no cenário geopolítico atual, tanto no eixo sociopolítico – antiprogressismo – quanto no eixo econômico – antiglobalização –, personificado em políticos conservadores de direita, como o presidente americano Donald Trump, é bastante ilustrativo de que os pressupostos do liberalismo são independentes do pensamento conservador.

Esta associação identitária liberal-conservadora já era rechaçada por Dworkin (2001, p. 276), o qual afirmava que os liberais, ao contrário dos conservadores, são aqueles a favor da interferência estatal na economia para promover alguma redistribuição de riquezas para fins de *justiça social*, mas que, também, diferentemente dos socialistas, são contrários que governo substituía ou sufoque a livre iniciativa.

A questão da justiça social na redistribuição de bens econômicos por ação do governo é, digamos, o ponto central de ruptura no pensamento liberal moderno e, talvez, o ponto de aproximação do liberalismo econômico com o conservadorismo político. Neste sentido, Miguel Reale (2010, p. 33-36) identifica três correntes liberais contemporâneas, sendo, segundo classificação dele: o anarco-liberalismo, de David Friedman, que se caracteriza pelo argumento de que os arranjos de livre mercado sempre serão mais eficientes em oferecer serviços essenciais à população do que o Estado, que não deveria intervir na economia ou, mesmo, sequer existir; o “neoliberalismo”, de Nozick e Hayek<sup>4</sup>, que defende um Estado que realize intervenções mínimas na economia, tese que influenciaria a ação econômica de partidos conservadores nas décadas de 1980 e 1990; e o liberalismo social, ao qual o próprio Reale se filia, assim como Rawls e Dworkin, que mescla a defesa de princípios políticos liberais clássicos com a crença na promoção de algum grau de justiça social por meio de um governo de intervenção moderada na economia capitalista, sobretudo para fins de redistribuição de renda e de bens de valor socioeconômico.

De outro modo, nas grandes questões morais, liberais de concepções razoavelmente distintas como, por exemplo, o igualitário Rawls e o libertário Nozick, convergem. Rawls (2000, p. 446-447) sustenta que um Estado liberal deve ser neutro quanto às escolhas

---

<sup>4</sup> A despeito de Miguel Reale colocar ambos Hayek e Nozick dentro de um mesmo espectro político, há diferenças bem significativas entre os dois. Enquanto Nozick é considerado o maior expoente da filosofia do *libertarianism* nos Estados Unidos, tendo argumentado por uma defesa muito mais intransigente das liberdades individuais e do gozo dos direitos de propriedade privada, os argumentos de Hayek justificando a necessidade da coerção estatal, desde que por meio de normas gerais e previsíveis, como forma de limitar os abusos das liberdades individuais e, por consequência, gerar igualdade de tratamento e segurança jurídica aos cidadãos, evidenciam que o economista e jurista austríaco é um remanescente da tradição liberal clássica, sendo incabível a designação de “neoliberal” que comumente lhe imputam.

individuais sobre as concepções de bem e da vida boa. Em sentido aproximado, Nozick (1991) entende que nenhuma outra ideia de Estado que vá além da ideia de neutralidade liberal é compatível com uma sociedade livre.

Segundo Charles Larmore (1987, p. 44), esta neutralidade política almejada pelos liberais “[...] consiste em uma limitação em quais fatores podem ser invocados para justificar uma decisão política. Uma decisão pode ser considerada neutra apenas quando puder ser justificada sem apelar para a superioridade intrínseca de qualquer concepção particular da vida boa”<sup>5</sup>.

Os liberais, portanto, valorizam a autonomia individual na escolha dos projetos de vida, mesmo aqueles que sejam contrários à ideia de moralidade de uma maioria. Como diria Dworkin (2001, p. 305), todos os liberais “[...] condenam as opiniões da maioria moral a respeito da homossexualidade e do aborto, por exemplo, e [...] defendem maior igualdade sexual, política e econômica”.

Esta neutralidade defendida por Rawls e por Dworkin (2001, p. 285), indica que, para que um governo realmente trate seus cidadãos como iguais em liberdade e dignidade, este deve refletir a ideia de que “cada pessoa segue uma concepção mais ou menos articulada do que dá valor à [própria] vida”.

Imaginamos que, por este motivo, Dworkin tenha formulado um conceito em que os direitos fundamentais individuais possuem um caráter contramajoritário, sendo oponíveis sempre que um governo representar uma ameaça a esta ideia de igualdade liberal, ou seja, sempre que uma minoria possa ter seus direitos ameaçados ou, até mesmo, não reconhecidos. É o que trabalharemos no tópico a seguir.

### **3 DEMOCRACIA, LIBERALISMO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Apesar da associação entre democracia moderna e liberalismo parecer quase natural, Bobbio esclarece que estas duas filosofias políticas não devem ser confundidas como se fossem uma coisa só. A preferência dos liberais pelo regime democrático se dá porque suas características favorecem a participação popular nas decisões políticas e concedem maior grau

---

<sup>5</sup> No original: “Political neutrality consists in a constraint on what factors can be invoked to justify a political decision. Such a decision can count as neutral only if it can be justified without appealing to the presumed intrinsic superiority of any particular concept of the good life”.

de liberdade civil aos cidadãos. Contudo, mesmo liberais do século XIX, como Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill já alertavam para os perigos de uma possível “tirania da maioria” nas democracias modernas (BOBBIO, p. 55).

Existe entre os liberais, portanto, a preocupação de que a tirania da maioria dentro de um regime democrático, que classicamente se baseia em princípio majoritário para a formação da vontade política, possa resultar em um cerceamento ou, mesmo, desaparecimento de liberdades individuais, sobretudo de grupos dissidentes ou minoritários.

O princípio de neutralidade, muito debatido por liberais modernos, tem sido uma das mais constantes teses de defesa da individualidade e das mais variadas concepções possíveis sobre a “vida boa” que possam coexistir dentro de uma sociedade aberta.

A grande questão é que o ideal de neutralidade carrega em si um certo viés de liberdade negativa, de uma não intervenção estatal ou coletiva nos planos e escolhas individuais. Por muitas vezes, porém, estes mesmos planos de vida minoritários, por ofenderem uma moral coletiva tradicionalista, restam irreconhecidos frente o próprio regime democrático de Direito. Como resolver este problema sem macular os pressupostos políticos das democracias liberais?

A concepção formulada por Dworkin (2001, p. 534-544) de que as liberdades fundamentais servem como trunfos parece ser o instrumento apto a solucionar esta tensão existente entre democracia e liberalismo.

Tal formulação *dworkiniana*, afirma Jorge Novais (2006, p. 17-18), significa que:

[...] ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, a final, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos. A imagem dos direitos fundamentais como trunfos remete, nesse sentido, para a hipótese de uma tensão ou, até, uma oposição – dir-se-ia insuperável – entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre o Estado de Direito e a democracia.

Devemos ter cuidado, porém, com qualquer interpretação expansiva da ideia originária de Dworkin. A construção do pensamento de Dworkin é todo baseada na ideia de neutralidade liberal, e é dela que decorre esta defesa do papel contramajoritário dos direitos fundamentais. É importante dizer, os trunfos são apresentados contra a maioria moral que forma a vontade do governo, e não contra os direitos da maioria.

Ou seja, trata-se de uma teoria liberal. Portanto, é uma defesa das liberdades individuais constitucionalmente protegidas, e somente nela se justificaria, ao menos no

sentido original pelo qual Dworkin a concebeu: temos direitos fundamentais frente ao Estado para que possamos ser tratados com igual consideração e respeito (2001, p. 285) e, este tratamento, dentro de uma concepção liberal, indica que a comunidade estatal deve ser neutra quanto ao julgamento dos planos de vida.

Tentar expandir a ideia de contramajoritarismo de Dworkin para os direitos sociais ou coletivos para defender sua efetivação pela via judicial, por exemplo, seria uma deturpação da teoria original. O ativismo judicial, para Dworkin, só é justificável pela defesa dos direitos fundamentais individuais ante às questões de judicialização da moralidade política, nunca das questões relativas às políticas públicas, as quais lidam com o interesse público e do bem comum (DWORKIN, 2001, p. 37-40).

A importância que Dworkin confere à questão da moralidade política na jurisdição constitucional, rompendo com o velho paradigma formalista jurídico, é um dos pontos pelos quais seu “ataque geral ao positivismo” (ÁVILA, 2010, p. 36) resgata a moral dentro das ciências jurídicas.

A resolução de problemas políticos baseados na maioria moral, com o reconhecimento de direitos fundamentais individuais pela via do ativismo judicial se alicerça no entendimento de Dworkin (2001, p. 38-39) de que o Poder Judiciário, dentro de um Estado Democrático de Direito, é um fórum de princípios, pelo qual se confirma que “[...] a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público”.

No que diz respeito ao bem comum, geralmente avançado através de políticas públicas, deve restar sua decisão última aos poderes democraticamente eleitos. As questões morais ligadas às liberdades individuais fundamentais, em contrapartida, são questões de princípio e, portanto, adentram no campo de ativismo legítimo do Poder Judiciário.

Na teoria dworkiniana, princípio é “[...] 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 da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36-37).

Simioni (2001, p. 208) explica que, na teoria de Dworkin, os princípios jurídicos abrangem princípios morais (relativos às liberdades individuais) e objetivos políticos de bem comum do governo (relativos às liberdades políticas e efetivados por meio de políticas públicas).

O que é de nosso interesse, e aqui debatemos, é a judicialização das questões que demandam do juiz a justificativa de sua decisão em argumentos de princípios morais, ou seja, argumentos de moralidade política, visto que o argumento relativo aos objetivos políticos de bem comum são objeto das políticas públicas, estas, como afirmamos em parágrafos anteriores, não sendo alcançadas pelo escopo da teoria contramajoritária de Dworkin.

Enquanto que a concepção restrita de Dworkin sobre o ativismo judicial possa parecer insuficiente aos juristas neoconstitucionalistas brasileiros, os quais geralmente se apoiam em um construtivismo democrata-social, assumir que decisões fundamentais sobre a moralidade política possam ser tomadas por via judicial é considerada inaceitável ou, pelo menos, altamente questionável pelos juristas democratas tradicionalistas.

Dworkin (2001, p. 17) se posiciona de forma crítica ao argumento democrático de que os juízes não deveriam adentrar o espaço de decisão política, que deve ser sempre reservado ao Poder Legislativo, composto pelos representantes escolhidos democraticamente pela vontade popular através do voto.

O jurista americano pretende fazer um contraponto a este argumento, explicitando a sua própria visão sobre a democracia. Este é um ponto importante da teoria *dworkiniana* e que o afasta dos conceitos tradicionais de democracia que se mostraram incapazes de proteger direitos individuais dos grupos minoritários que não conseguem ter voz nas instâncias democráticas representativas majoritárias.

O neozelandês Jeremy Waldron (2006, p. 1359), notável crítico do ativismo judicial, questiona a crença de que a escolha de retirar questões de natureza política de sua discussão legislativa – de políticos eleitos pelo povo – para levá-las à decisão do Poder Judiciário é uma alternativa melhor para a defesa dos direitos.

De fato, há um certo entusiasmo exagerado de muitos juristas quanto às possibilidades do ativismo judicial. Porém, podemos dizer que os democratas também tendem a superestimar a capacidade do Poder Legislativo em resolver (todos) os problemas de direitos fundamentais.

Neste sentido, Dworkin (2001, p. 27) entende que os legisladores não estão, simplesmente por terem sido eleitos, em melhores condições institucionais de decidir questões sobre as liberdades fundamentais do que os juízes. Ele suscita, por exemplo, que os legisladores podem deixar de legislar sobre determinada questão porque ela não é de interesse – ou é contrária ao interesse – da maioria da população que os elegeu, especialmente quando os direitos em debate atentam contra a moralidade majoritária.

É, no caso brasileiro, por exemplo, a questão das uniões homoafetivas. Com uma forte bancada conservadora no Congresso Nacional e a rejeição de parte considerável – provavelmente, a maioria – da população brasileira em aceitar as relações afetivas entre homossexuais como aptas a formar uma entidade familiar, o reconhecimento jurídico destas relações sociais acabou sendo declarado pelo Poder Judiciário.

O reconhecimento derradeiro das uniões homoafetivas como instituto jurídico familiar se deu pela via judicial, no julgamento da ADPF nº 132/RJ, no início de 2011. Os parlamentares, por sua vez, quase sempre evitaram levar esta discussão para o Congresso Nacional. Mesmo durante a Constituinte, a maioria parlamentar, baseada em seus próprios conceitos morais ou receosa em desagravar a base eleitoral religiosa, decidiu por silenciar sobre qualquer proteção – ou, noutro ponto, condenação – constitucional de direitos ou do reconhecimento de efeitos jurídicos das relações homossexuais (MARMELSTEIN, 2011).

Dos fundamentos utilizados na decisão do STF, dois, particularmente, são de extrema relevância para a justificação da atuação jurisdicional de forma excepcional como a aqui defendida: a) “o processo jurisdicional é, por excelência, o *locus* de proteção dos direitos fundamentais”; b) a atuação do judiciário como instância contramajoritária na proteção de direitos fundamentais (BRASIL, 2011).

Tais argumentos são complementares na medida em que a defesa dos princípios fundamentais como núcleos essenciais é a própria justificativa de atuação do Judiciário contra as posições da maioria moral, de forma que, quando uma comunidade se une segundo princípios constitucionais de igualdade de tratamento perante à lei, “é preciso que esta maioria se submeta a tais princípios”, ou de outra forma, “o ideal democrático, originariamente concebido para coibir todo poder arbitrário, passaria a justificar uma nova forma de poder arbitrário” (HAYEK, 1983, p. 115).

Fica claro, se o Poder Judiciário esperasse que o Poder Legislativo, com suas conhecidas bancadas religiosas que travam qualquer debate sobre questões de moral sexual e homossexualidade, milhares de casais homossexuais permaneceriam tendo suas relações afetivas e familiares desprovida de direitos de família, sucessórios, previdenciários, entre outros.

Para mais além, no comentário de Luís Roberto Barroso, “negar o direito de casais homossexuais se casarem seria uma restrição injustificada sobre sua autonomia, em nome de um moralismo impróprio ou da tirania da maioria” (2014, p. 105), sendo legítima a atuação

jurisdicional como salvaguarda ao direito fundamental à igualdade de tratamento pelo poder estatal.

E outra não foi a argumentação tecida no voto condutor do Min. Luiz Fux ao afirmar com base na doutrina de Dworkin que “não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que ao revés, é indispensável: todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito” (BRASIL, STF, ADPF nº. 132/RJ, 2011).

Sobre este caso, Streck, Barreto e Oliveira (2009, p. 79-81) vinham fazendo críticas ao reconhecimento jurídico das uniões estáveis de homossexuais como entidade familiar pela via judicial, utilizando-se, justamente, de palavras de Dworkin para sustentarem suas posições.

De acordo com os autores, fortemente amparados no mesmo argumento democrático ao qual Dworkin apresenta ressalvas, o Supremo Tribunal Federal não poderia pretender suprir lacuna deixada pelo constituinte. Se o constituinte apenas tratou da unidade familiar formada pelo casamento entre homem e mulher, dever-se-ia aguardar a disposição do Poder Legislativo, enquanto instância da democracia representativa encarregado de legislar, para decidir sobre a questão das uniões homoafetivas.

Cabe a nós aqui discordar, pois enfatizamos que Ronald Dworkin tinha uma grande preocupação que os direitos individuais e as questões da moralidade social não ficassem à mercê da vontade coletiva de grupos majoritários. Direitos individuais de grupos minoritários são uma questão de princípio, sendo o Poder Judiciário apto para resolver esse tipo de problema.

A crítica dos referidos juristas evoca, especialmente, o papel típico do Poder Legislativo em deliberar e legislar sobre as grandes questões de natureza moral, visto suas qualidades de representatividade democrática indireta e, em tese, de palco da equidade de poder político. Adentrar em questões políticas, dizem eles, estas que dizem respeito a questões de preferência pessoal de seus concidadãos não é dever do juiz. Contudo, o argumento, embora verdadeiro, carrega uma grande exceção, e esta é uma questão das uniões homoafetivas não é de preferência, mas de princípio: o de que a todos deve ser garantido um tratamento de igual consideração e respeito pelo Direito. Ou seja, se os heterossexuais podem constituir família, os homossexuais também devem poder, por um simples motivo de que, em uma concepção liberal da legislação, as leis devem ter característica de maior generalidade possível, a fim de garantir a igualdade dos indivíduos frente ao Estado.

Dworkin (2001, p. 31-32) jamais negou a importância do Legislativo como principal palco da representatividade política e instância de poder indispensável para o avanço das pautas democráticas. Porém, ele simplesmente reconhece um problema óbvio dos regimes democráticos: nenhuma democracia representativa proporciona a igual distribuição de poder político, de forma que algum grupo minoritário de cidadãos sempre acabará ficando subrepresentado.

O que Streck, Barreto e Oliveira parecem ter ignorado é que, antes de ser um democrata, Dworkin é um liberal. Afastando-nos da lógica formalista da representatividade democrática, é de se reconhecer que alguns indivíduos pertencentes a grupos minoritários simplesmente não têm suas vozes ouvidas pelos órgãos representativos, muitas vezes por pura falta de interesse.

E esta falta de interesse do governo constituído em reconhecer a todas as pessoas o direito à igual consideração e respeito, por vezes em razão da escolha de projetos de vida julgados inadmissíveis ou desimportantes pela moralidade da maioria, fere a defesa dos direitos individuais que os próprios liberais intentaram proteger quando endossaram a democracia representativa como a forma mais equitativa de exercício do poder político em sociedade.

Desta forma, a transferência das decisões sobre o reconhecimento de direitos individuais do Legislativo ao Judiciário concede voz política às minorias que normalmente não as tem. Este caminho apresenta-se como um dos meios mais aptos a possibilitar que a ordem jurídica posta se aproxime da almejada igualdade de tratamento dispensável a todos os indivíduos a que faz jus a síntese liberal-democrática.

## **CONCLUSÃO**

Há tempos, a questão da “tirania da maioria” dentro de um ordenamento democrático tem sido uma preocupação do pensamento liberal, razão pela qual os liberais modernos defenderem o princípio da neutralidade como uma forma de impedimento moral de que governo ou Estado venha a optar por determinadas leis ou políticas que excluam os direitos fundamentais de determinada faixa da população por razão de suas escolhas minoritárias.

Porém, ante o próprio apreço que os liberais concebem aos procedimentos do Estado Democrático de Direito e a maior higidez na tripartição e equilíbrio dos Poderes, a defesa da

neutralidade liberal, restrita ao campo filosófico-político, por muito tempo restou incapaz de solucionar este impasse entre o avanço de pautas liberais e a sustentação institucional da democracia.

Através das teorias e formulações jurídicas do filósofo político e jurista Ronald Dworkin, há um vislumbre de reaproximação do liberalismo político com o proceduralismo jurídico constitucional, especialmente quando da afirmação, na obra *dworkiniana*, do caráter contramajoritário dos direitos fundamentais individuais, sendo estes reconhecidos como oponíveis à maioria moral e promotores da igualdade liberal.

O princípio da igual consideração e respeito é a base do entendimento de Dworkin da democracia constitucional. A supremacia dos direitos fundamentais confere à Suprema Corte a legitimidade do ativismo judicial para proteger, sobretudo, as liberdades individuais, tornando-se verdadeiro fórum de princípios.

O sistema jurídico segundo Dworkin justifica plenamente que, frente à judicialização da política, quando esta diga respeito a questões de princípio, o Poder Judiciário atue de forma ativista e contrária à moralidade da maioria para assegurar o reconhecimento de direitos fundamentais individuais, em um processo jurídico-político construtivista da liberdade, mas, ao mesmo tempo, não disruptivo, mantendo o equilíbrio institucional dos poderes, tão fundamental ao liberalismo.

Esta, portanto, seria uma das poucas exceções para a aceitação de considerações de ordem moral por parte do judiciário, posto representar o único meio de se assegurar a efetividade dos direitos, dos quais, um dos mais importantes é justamente aquele a prescrever o dever do Estado em dispensar a todos os indivíduos o mesmo respeito e consideração, livre de preconceitos de origem, raça, credo, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, de onde a inafastabilidade de lesão ou ameaça de lesão do poder judiciário seria a única garantia de sua efetividade.

Negar a atuação do Poder Judiciário em defesa de direitos fundamentais em situações como esta representaria a própria falência de todo o sistema de proteção constitucional dos direitos individuais, pois, uma vez sujeitos ao arbítrio da maioria, para aqueles indivíduos que não se encontrem abarcados pelas pautas morais predominantes, não seria possível desfrutar de igual consideração e respeito perante à ordem jurídica vigente.

## **REFERÊNCIAS**

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

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOUDON, Raymond. **Os Intelectuais e o Liberalismo**. Lisboa: Gradiva, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, Data de julgamento: 5 mai. 2011. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

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

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, 2001.

HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983.

LARMORE, Charles. **Patterns of Moral Complexity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

MARMELSTEIN, George. Jurisprudência Arco-íris: comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas. **Revista Brasileira de Direito**

**Constitucional.** São Paulo, v. 17, 2011. Disponível em:  
<<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/248>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais:** Trunfos Contra a Maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Regras, Princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A Questão da Legitimidade Democrática das Decisões Judiciais. **Revista Direito Mackenzie.** São Paulo, v. 5, n. 1, 2011. Disponível em:  
<<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4756>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vincente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.** São Leopoldo, v. 1, n. 2, 2009. Disponível em:  
<<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, 2006. Disponível em:  
<[https://cddrl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron\\_core\\_of\\_the\\_case\\_against\\_judicial\\_review.pdf](https://cddrl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2017.