

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas
Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil
Mestrado em Processo Civil

Angela Baptista Balliana Kock

A FUNÇÃO JURISDICIONAL NA ÓTICA DE RONALD DWORKIN

Vitória
2012

Angela Baptista Balliana Kock

A FUNÇÃO JURISDICIONAL NA ÓTICA DE RONALD DWORKIN

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo.

Área de concentração: Direito Processual.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Pedro Luchi (Orientador)

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux (UFES)

Prof. Dr. Nelson Camatta Moreira (FDV)

Vitória

2012

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)

(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

Balliana Kock, Angela Baptista, 1963-

B187a A função jurisdicional na ótica de Ronald Dworkin / Angela Baptista Balliana
Kock. – 2012.
112 f.

Orientador: José Pedro Luchi.

Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal do
Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Atividade jurisdicional. 2. Interpretação. 3. Ronald Dworkin. I. Luchi, José
Pedro. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas
e Econômicas. III. Título.

CDU: 3

Angela Baptista Balliana Kock

A FUNÇÃO JURISDICIONAL NA ÓTICA DE RONALD DWORKIN

Dissertação defendida e aprovada em 18 de maio de 2012

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Pedro Luchi (Orientador)

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux (UFES)

Prof. Dr. Nelson Camatta Moreira (FDV)

CCJE/UFES

Vitória

2012

A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se veem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo.

Os processos judiciais são importantes em outro aspecto que não pode ser avaliado em termos de dinheiro, nem mesmo de liberdade. Há, inevitavelmente, uma dimensão moral associada a um processo judicial legal e, portanto, um risco permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública. Um juiz deve decidir não simplesmente quem vai ter o quê, mas quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão, e quem, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros, ou exagerou as responsabilidades dos outros para consigo mesmo.¹

Ronald Dworkin

¹ DWORKIN, Ronald. O império do direito, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 03/04.

RESUMO

Esta dissertação apresenta a teoria jurídica construída por Ronald Dworkin, filósofo norte-americano frequentemente citado na fundamentação do modelo de atuação jurisdicional intitulado ativismo jurídico e das vertentes similares. Expõe a tese dos direitos, o papel dos precedentes, a influência da moralidade política, considerações relativas à possibilidade de obter uma resposta certa para os casos difíceis e, com especial atenção, os conceitos formulados por Dworkin para regras, princípios e políticas, vistos como essenciais para fixação dos parâmetros de exercício do poder criativo na esfera judicial.

Palavras-chave: Ronald Dworkin, tese dos direitos, direito e moral, integridade na interpretação, resposta certa para os casos difíceis e poder criativo dos juízes.

ABSTRACT

This dissertation presents the legal theory built by Ronald Dworkin, American philosopher often cited as grounds for the court performance model called legal activism and similar slopes. Exposes the thesis rights, the role of precedent, the influence of political morality, considerations concerning the possibility of obtaining a correct answer for difficult cases and with special attention, the concepts formulated by Dworkin to rules, principles and policies, seen as essential for setting the parameters for the exercise of the creative power in the judicial sphere.

Keywords: Ronald Dworkin, thesis rights, law and morality, integrity, interpretation, right answer for difficult cases and creative power of the judges.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. RONALD DWORKIN	10
1.1. Na filosofia jurídica	14
2. A TEORIA JURÍDICA	19
2.1. Regras e princípios	20
2.1.1. <u>A ótica de Dworkin</u>	21
2.1.2. <u>Reflexões</u>	23
2.2. A tese dos direitos	25
2.2.1. <u>Direitos e objetivos</u>	28
2.2.2. <u>O papel do precedente e da história institucional</u>	33
2.2.3. <u>Moralidade política</u>	34
2. 2.4. <u>Intenções e princípios</u>	46
2.3. Interpretação do Direito	47
2.3.1 <u>Uma nova ótica</u>	48
2.3.2. <u>Hércules</u>	57
2. 3.3. <u>A teia inconsútil</u>	63
2.3.4. <u>O romance em cadeia</u>	64
2.3.5. <u>A resposta certa</u>	66
2.3.6. <u>Teoria dos erros</u>	69
2.3.7. <u>Herbert</u>	70
2.3.8. <u>Hermes</u>	71

2.4. Concepções do Direito	73
2.4.1. <u>O Convencionalismo</u>	73
2.4.2. <u>O Pragmatismo</u>	75
2.4.3. <u>A integridade</u>	78
2.4.4. <u>Integridade no direito</u>	84
3. O PODER CRIATIVO	91
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
REFERÊNCIAS	109

INTRODUÇÃO

Esta dissertação adota dois objetivos.

O primeiro é a sistematização e a apresentação da teoria jurídica de Ronald Dworkin, um dos filósofos mais citados em artigos e livros jurídicos nos últimos anos, especialmente pelos adeptos das concepções interpretativas menos convencionais.

Neste contexto, surge o segundo propósito, qual seja, a identificação e a avaliação dos critérios de exercício do poder criativo pelos juízes, tal como proposto por Ronald Dworkin, eis que, formalmente, Dworkin repele a corrente de aplicação do direito intitulada ativismo judicial, mas sua obra é corriqueiramente louvada pelos adeptos desta e de outras vertentes que defendem amplo poder criativo para os julgadores.

O texto da dissertação foi dividido em três partes.

A primeira destina-se à apresentação de Ronald Dworkin e ao enquadramento do seu trabalho no pensamento filosófico.

Norte-americano, Dworkin não fala como a maioria em seu país. Atualmente, na filosofia jurídica dos Estados Unidos dominam as correntes céticas, associadas ao Grupo de “Estudos Jurídicos Críticos”, e as concepções pluralistas, capitaneadas por nomes como o de Isaiah Berlin.

Mesmo assim, Dworkin mantém sua face libertária: introjeta com eficácia a concepção de que todos devem ser tratados como iguais, apoia o aborto, a eutanásia, o mecanismo da ação afirmativa e união formal de homossexuais, desenha leve crítica a invasão do Iraque, opõe-se aos republicanos e formula uma audaz teoria do direito. Demonstra notável capacidade de comunicação. Escreve de forma didática e afável, usa inúmeras figuras de linguagem, recorre à mitologia, cria personagens. É flexível, leve, acessível...

Na segunda parte, o texto expõe as principais características da teoria jurídica de Dworkin. Busca assim demonstrar que o filósofo defende uma estratégia interpretativa, questiona se o exercício da interpretação conduz a uma única resposta certa e desenvolve

nova forma de aplicação do direito. Também apregoa a insolubilidade de direito e moral, eis que vê esses campos como faces da “mesma moeda”.

Finalmente, na terceira parte, a dissertação aborda o poder criativo dos juízes. Ronald Dworkin o admite, é certo, mas o restringe ao campo dos princípios, vez que compreende que os juízes não podem criar políticas.

Neste passo, é importante examinar os conceitos de princípios e de políticas, conforme abordagem utilizada por Dworkin, e indagar se verdadeiramente o autor contribui para as correntes da filosofia do direito que atribuem ampla liberdade criativa aos julgadores.

1. RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin nasceu em 1931, em Worcester, Massachusetts, EUA.²

Bacharelou-se em Filosofia no Harvard College. Depois, estudou Direito na Universidade Oxford – Reino Unido - e novamente na Universidade Harvard – EUA.³

Trabalhou um ano, entre 1957 e 1958, como escrevente do renomado juiz norte-americano Learned Hand, a quem dedicou tributo no último capítulo de “O direito da liberdade”.⁴ Ingressou na ordem dos advogados de Nova York e foi associado do escritório de Sullivan e Cromwell entre 1958 e 1962. Em 1962, começou a atuar como professor de direito na Universidade de Yale – EUA, na Cátedra de Teoria do Direito. Em 1969, assumiu a Cátedra de Teoria do Direito em Oxford, como sucessor de H. L. A. Hart. Aposentado em Oxford, passou a atuar na University College London, ensinando filosofia e teoria do direito, até a última informação. Também, desde 1975, nos outonos, ensina direito e filosofia na Universidade de Nova York. Seu primeiro artigo foi publicado em 1963, no *Journal of Philosophy*. Segue-lhe extensa produção de artigos e livros.

Stephen Guest aponta indícios de que Dworkin tenha recebido influência de Lon Fuller⁵ e de John Dickinson. Fuller traçou considerações sobre moralidade interna e integridade similares às adotadas por Dworkin e Dickinson elaborou distinções semelhantes para regras e princípios.

Contudo, Guest assegura que os principais “contribuintes, além de Rawls e Hart, para o meio do qual Dworkin deriva apoio intelectual foram filósofos que escrevem na corrente

² GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Neozelandês, Stephen Guest é professor de Filosofia do Direito na University College of London (UCL), onde foi aluno e colega de Ronald Dworkin. Com Wolf e Dworkin, coordenou o Colóquio sobre Filosofia Social e Jurídica da UCL entre 1999 e 2006 (informações extraídas da apresentação da referida obra).

³ RIPSTEIN, Arthur, *Introduction: Anti-Archimedeanism*, em Ronald Dworkin, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Sugestão de leitura.)

⁵ Lon Fuller foi um famoso jurista norte-americano, professor nas Universidades de Oregon, Illinois, Duke e Harvard. Autor do ensaio “O caso dos exploradores das cavernas”.

dominante da filosofia (e, talvez, da economia) em vez de juristas”.⁶ Neste quadro, destaca a importância de Quine e de Bernard Williams. Quine pregava que a filosofia decorre da lógica e da racionalidade e Williams pode ser considerado como a origem das concepções de Dworkin sobre igualdade e utilitarismo.

Guest resalta ainda a influência de outro filósofo: Gareth Evans.⁷ Evans adotava abordagem empírica das questões e assim fez-se importante nas construções de Dworkin relacionadas à interpretação e às concepções rivais, entre outras. Evans “obrigou Dworkin a ser mais claro. Ele tinha um estilo irreverente, que se ajustava exatamente a esta etapa do desenvolvimento do pensamento de Dworkin”.⁸

Wayne Morrison afirma que Ronald Dworkin luta contra o desencanto da filosofia liberal e é o seu principal expoente contemporâneo nos Estados Unidos.⁹ Dworkin estimula a continuidade do movimento liberal, atacado pelas tendências conservadoras que prevaleceram nos Estados Unidos a partir de 1970, em contraponto ao descrédito decorrente da Guerra do Vietnã e do Caso Watergate.

Dworkin repele o radicalismo e busca estabelecer um padrão de moralidade. Sua obra adota uma visão progressista e se ocupa, prioritariamente, da interpretação judicial do direito e do papel do judiciário, pois o sistema jurídico é uma estrutura ampla e plúrima: é a expressão dos valores políticos dominantes em uma sociedade.

⁶ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 12-15.

⁷ “Gareth Evans foi um filósofo muito talentoso que morreu tragicamente em 1980, com 31 anos. Era capacitado em muitos campos diferentes da filosofia, inclusive a epistemologia e a ética. No período 1973-5, ele e Dworkin ofereceram uma série de seminários em Oxford sobre o tópico da objetividade no direito e na moralidade, que eu frequentei. Aqueles seminários foram a bigorna em que muitas ideias foram forjadas”. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 13.

⁸ “Muito do que foi dito naquele período por Dworkin eu reconheci em forma publicada ao longo dos dez anos seguintes. Uma lembrança específica que tenho é de quando Evans obrigou Dworkin a dizer qual era a conexão entre a justificação das decisões dos casos difíceis e as regras comuns que constituem o núcleo substantivo do direito (the bulk of the law). Um súbito assomo de entendimento, visível em todos, ocorreu quando Dworkin nos informou que a justificação era a mesma das regras estabelecidas”. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 14.

⁹ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Morrison sustenta ainda que Dworkin é kantiano e nietzschiano. Kantiano, porque sua metodologia tem por base a aceitação de que nossas práticas têm uma racionalidade evidenciada pela interpretação. Nietzschiano, porque, mesmo que não se dê conta, Dworkin acredita que a argumentação jurídico/política é algo diferente da demonstração de suas teses.

A identificação com Kant é inconteste. Mesmo em um universo social cada vez mais plural, Dworkin é mais influenciado por Kant do que por Nietzsche, eis que Kant vê a racionalidade como coesa e subjacente e classifica a diversidade como falha ou exceção. A estrutura da sociedade será encontrada nas estruturas operativas. A consciência dos agentes dotados de integridade e convicção é alcançada através do reconhecimento mútuo e do valor racional de cada prática.

Em “Justice for hedgehogs”,¹⁰ Dworkin destaca que Kant defende um tipo diferente de universalismo, associado aos valores éticos intrínsecos do indivíduo: devemos agir de forma que nossas ações sejam universalmente aprovadas. Essa regra se traduz em tratar as pessoas com o respeito que reivindicamos para nós mesmos e em não atribuir aos outros deveres que nós mesmos não aceitamos cumprir.

Na mesma obra, Dworkin pondera que as teorias filosóficas demonstram seu poder de persuasão através do impacto imaginativo que suas conclusões provocam. Daí, a força de Kant quando afirma que não devemos agir nos moldes do que repudiamos nos outros. Sua recomendação de que devemos tratar as pessoas como fins, e não como meios, permanece atualíssima.

Dworkin sugere que a leitura de Kant deve começar pela ética e afirma que o filósofo prussiano oferece a melhor interpretação para a dignidade, situando-a entre duas demandas: na valorização de nós mesmos e dos nossos objetivos e na escolha da maneira correta de viver e resistir à coerção ilegítima.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, pp. 264/267.

Acrescenta que Kant não atribui relevância moderna à liberdade, mas sua concepção de autonomia está relacionada ao conceito de responsabilidade moral e, neste passo, ele oferece um tipo de universalismo bem próximo da reciprocidade.

No que se refere a Nietzsche, Dworkin se ressentia da rejeição ao ponto de vista universal, pois Nietzsche considera que o homem comum não é capaz de interpretar suas ideias de forma integral e consistente.¹¹

Em “Justice for hedgehogs”,¹² Dworkin acrescenta que Nietzsche rejeita a visão subjetiva de viver bem, vez que viver bem pode incluir um grande sofrimento, e associa a condição humana ao esforço de “ser grande”, no sentido de acumular força e poder. Dworkin questiona se esse imperativo é válido para todos ou apenas para os “capazes” de Nietzsche.

Na ótica de Dworkin, Nietzsche demonstra desprezo pela igualdade, pela democracia e pelo que chamou de “moralidade servil”, considerada uma forma desprezível de como todos devem viver, e atribui muita importância à plenitude da vida dos “grandes”, mesmo que isso deteriore a qualidade de vida da maioria das pessoas.

Em síntese, Nietzsche rejeita a importância de viver bem, concepção muito valorizada na teoria de Dworkin, e ridiculariza a ideia de que viver bem significa ser feliz: para ele prazer e felicidade são próximos da inutilidade. Também ridiculariza os adeptos de Kant, pois compreende que a importância da vida humana deve ser dissociada da moralidade.

No que se refere à obra propriamente dita, Wayne Morrison¹³ adiciona que Dworkin recebe críticas de diversas feições, tanto favoráveis, quanto desfavoráveis, e que foi definido por Hart como “nobre sonhador” e por Fitzpatrick como “criador de mitos”.

O próprio Morrison afirma que a criação de uma teoria jurídica baseada em princípios é meritória, mas o projeto de Dworkin se afasta do diálogo e da interação

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, pp. 258/260.

¹² DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, pp. 258/260.

¹³ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

interdisciplinar. Este isolamento metodológico, associado à tendência de efetuar análises simplistas dos outros autores, debilitaria o projeto de Dworkin, levando-o ao limiar da banalidade: a comparação que Dworkin estabelece entre teoria jurídica e sociologia o aproxima da irresponsabilidade e da ingenuidade política. Também questiona se a teoria de Dworkin não é simplesmente prescritiva e se seu projeto não se resume a impor sua versão do liberalismo.

Calsamiglia¹⁴ registra que a obra de Dworkin é pouco conhecida na Europa continental e é ignorada por grandes nomes como Bobbio ou Ross. Entre os autores que o citam, vários o classificam como apologista do sistema norte americano ou como “neojusnaturalista”, possivelmente como estratégia destinada a enfrentar o incômodo produzido pelas suas teses, eis que, nos moldes do que será lançado no próximo título, Dworkin repele o positivismo e o utilitarismo e nega a separação absoluta entre direito e moral.

Calsamiglia apõe que os positivistas reagem a Dworkin de formas diversas, mas, essencialmente, se dispõem a enquadrá-lo no “time”. Alguns avaliam que seu ataque é mais aparente do que real e que, de qualquer forma, sua proposta não sai da esfera do positivismo. Outros chegam a afirmar que bastaria uma alteração na regra de reconhecimento para albergar a teoria dworkiana.

1.1. Na filosofia jurídica

No campo da filosofia do direito, Dworkin pode ser classificado como antiutilitarista, já que não concebe a ideia de que os direitos individuais devem ser subordinados aos fins coletivos: compreende que os objetivos sociais só podem ser considerados legítimos quando respeitam aos direitos individuais (em tese, nas teorias utilitaristas são encontrados os fins coletivos que subordinam aos direitos individuais).

¹⁴ CALSAMIGLIA, A. *Ensayo sobre Dworkin*, em *Los derechos em serio*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1984.

Calsamiglia vê similaridade entre o pensamento de Dworkin e o de Stuart Hampshire, autor que em recente obra argumentou que o utilitarismo promoveu o bem-estar social, mas tornou-se um obstáculo ao progresso moral¹⁵.

Dworkin rejeita o pensamento utilitarista, porque leva “os direitos a sério”. Os individuais, por certo. É nesse enfoque que Calsamiglia afirma que Dworkin é um individualista.¹⁶

Com efeito, Dworkin assevera que os objetivos sociais só são legítimos se também respeitam aos direitos dos indivíduos. Sua teoria prioriza os direitos individuais, inclusive em contraponto aos fins sociais.

Calsamiglia afirma ainda que Dworkin não é um jusnaturalista, pois não apregoa a existência de uma moral objetiva que o homem pode descobrir. Na prática, compreende que Dworkin busca construir uma terceira via, entre o direito natural e positivismo.

Morrison começa sua análise registrando que os precursores da modernidade, Hegel, Marx, Bentham e John Austin acreditavam que o conhecimento revelaria ao homem a verdade sobre a sua condição.¹⁷ Mas o impulso para o conhecimento descortinou uma multiplicidade de perspectivas: perdemos parte do sentido de realidade. O positivismo jurídico afastou-se da análise social realista, como estratégia para manter sua coerência.

A partir da década de 1960, ficou claro que a ciência social não é apenas uma questão de descrição e sim, essencialmente, de interpretação. Nesse campo do saber, o mundo não nos revela sua essência, não tem um sentido objetivo. É o chamado niilismo: a consciência de que não há um objetivo, tal como concebido por Nietzsche. A essência é obtida pela interação entre nossa capacidade de interpretação e as particularidades inerentes à pertença àquele grupo social. Assim, a interpretação tornou-se a metodologia da modernidade.

¹⁵ CALSAMIGLIA, A. *Ensayo sobre Dworkin*, em *Los derechos em serio*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1984.

¹⁶ CALSAMIGLIA, A. *Ensayo sobre Dworkin*, em *Los derechos em serio*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1984.

¹⁷ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

O desencanto decorrente da inexistência de um sentido objetivo (Weber) descortina dois caminhos distintos: ou abrimos mão da ciência e admitimos que a vida seja absurda (nihilismo negativo), ou passamos a encarar a ciência social como um projeto humano.

Morrison demonstra que Dworkin optou pelo segundo caminho: definir um novo sentido para a prática jurídica, na ética do liberalismo.¹⁸ Vislumbra, na “força que ativa essa força”, influências da racionalidade kantiana e da retórica nietzschiana.

Na primeira vertente kantiana, Morrison destaca dois pressupostos: há racionalidade inerente às nossas crenças e aceitamos as concepções dos nossos egos racionais. Acreditamos “que nossa subjetividade pode ser controlada por nossa natureza racional” e que a universalidade da racionalidade nos permite confiar na possibilidade de criar instituições universais.

Na nietzschiana, Morrison questiona se Dworkin teria adotado interpretação capaz de reenergizar o sistema liberal: ler “O império do direito” é “aliar-se a alguém que escreve como um nietzschiano - um nietzschiano liberal sincero, decidido a combater o nihilismo e derrotar o desencanto jurídico ao criar, com grande poder de sedução, uma concepção interpretativa de legalidade jurídica”.¹⁹

Não obstante, Dworkin se recusa a ser um neonietzschiano. Acredita que consegue revelar a verdadeira natureza do direito.

Então, Morrison aventura se Dworkin não é um positivista: muitos críticos “acreditam que Dworkin quer ter o melhor tanto do positivismo quanto da interpretação; ele quer a certeza que o positivismo procurava ao mesmo tempo em que desfruta da liberdade construtiva que a interpretação parece oferecer”.²⁰

Não é exatamente assim! Dworkin desfez a verve amoral do positivismo para defender uma teoria na qual a prática jurídica é expressão de moralidade pública subjacente. Afirma

¹⁸ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁹ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²⁰ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

que a teoria jurídica deve ajustar-se à sociedade que interpreta: “uma teoria jurídica que tentasse harmonizar (todas) as sociedades teria um nível tal de generalidade que perderia todo e qualquer sentido”.²¹

Contra sua vocação liberal, Dworkin acomoda e defende quaisquer valores que informem uma tradição, de forma que até mesmo as leis nazistas são reconhecidas como válidas e dotadas de força moral.

Dworkin destaca que o raciocínio moral é produzido por um conjunto coerente de princípios que dão sentido às nossas intuições e busca restaurar o relacionamento entre o raciocínio moral e o raciocínio jurídico (radicalmente separados pela doutrina positivista). Descreve o sistema Constitucional dos Estados Unidos, indicando a fusão dos princípios morais e legais e demonstrando que o modelo positivista é incapaz de descrever o direito corretamente.

Na realidade, ao criticar a separação absoluta entre direito e moral, Dworkin elabora uma teoria do direito na qual moral e política ocupam lugar relevante. Sua proposta fornece um modelo de reconstrução racional aplicado à crítica do conhecimento e do direito.²²

Geovany Cardoso Jevaux assevera que Dworkin não adere ao positivismo, não aceita uma releitura da regra de reconhecimento e nem se converte ao jusnaturalismo.²³ Assim, até que alguém crie outra melhor, a qualificação de neopositivista lhe parece mais adequada.

Mas, em “Levando os direitos a sério”, Dworkin admite que sua teoria passe perto do jusnaturalismo. Tenta explicar-se evocando “outro modo de colocar a questão, que até agora tenho evitado. Deve haver uma teoria baseada em conceitos de direitos que são naturais, no sentido de que não são produtos de nenhuma legislação, convenção ou contrato hipotético”.²⁴

²¹ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²² CALSAMIGLIA, A. *Ensayo sobre Dworkin*, em *Los derechos em serio*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1984.

²³ JEVEAUX, Geovany Cardoso, *A Constituição e os direitos adquiridos na teoria dos direitos: entre positivismo e o pós-positivismo*, em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 7, Vol. 01, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 273 e 274.

Tenho evitado essa expressão porque ela tem, para muitas pessoas, associações metafísicas que a desqualificam. Pensam que direitos naturais são atributos ancestrais que o homem primitivo usava como amuletos, e que introduziram na civilização para afastar a tirania (...)

Mas no modelo construtivo, pelo menos, o pressuposto dos direitos naturais não é metafisicamente ambicioso. Exige apenas a hipótese de que o melhor programa político, no sentido desse modelo, é o que considera a proteção de certas escolhas individuais como fundamental, e não propriamente subordinada a qualquer meta ou dever, ou alguma combinação destes. Isso não exige nenhuma antologia mais duvidosa ou controversa do que alternativa de conceitos fundamentais e, em particular, não mais do que exigiria a hipótese de uma meta fundamental que subjaz a diferentes teorias utilitaristas populares. Tampouco é perturbador que uma teoria rawlsiana profunda faça esses direitos naturais, e não jurídicos ou convencionais. Evidentemente, qualquer teoria baseada em direitos deve presumir direitos que não sejam simplesmente produto de uma legislação deliberada, ou de um costume social explícito, mas que sejam bases independentes para se julgar a legislação e o costume. No modelo construtivo, o pressuposto de que os direitos são naturais nesse sentido é simplesmente um pressuposto a ser feito e examinado por sua capacidade de unificar e explicar nossas convicções políticas, uma decisão programática básica a ser submetida a esse teste de coerência e experiência.²⁵

Então, aparentemente, Stephen Guest formulou a melhor avaliação: “Dworkin não se encaixa em uma categoria ortodoxa. Sua teoria do direito é radical por ver o argumento jurídico como um argumento primariamente sobre direitos, mas conservadora por ver tal argumento como limitado pela história”.²⁶

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 273 e 274.

²⁶ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 25.

2. A TEORIA JURÍDICA

No Brasil e nos Estados Unidos, a teoria jurídica dominante é liberal e exibe duas faces, teoricamente independentes.

A primeira é uma teoria sobre o que é o direito: “sustenta que a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais que isso”.²⁷ É o positivismo jurídico.²⁸

A segunda face está inserida no campo da filosofia e discute o que o direito deve ser e como as instituições jurídicas devem se comportar. A teoria dominante adota a ótica utilitarista, essencialmente apoiada na concepção de que o direito deve estar a serviço do bem-estar geral.

Ronald Dworkin defende uma versão liberal da teoria do direito, mas é um crítico feroz da teoria dominante.

No campo filosófico, como exposto, é um antiutilitarista.

Na teoria do direito, repele o modelo positivista, especialmente porque compreende que os conceitos de direitos e obrigações jurídicas dependem de “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”.²⁹

Também assegura que o positivismo jurídico atribui muita relevância aos fatos, ao ponto de eliminar questões ligadas aos princípios morais. Transforma-se assim no que Roscoe

²⁷DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. VII/VIII.

²⁸MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006: Eslarece que o positivismo é a vertente jurídica dominante da modernidade. A modernidade foi fundada pelo Iluminismo, que tinha como um dos seus principais objetivos permitir que os homens compreendessem as coisas como elas realmente são. A plena consciência acrescentaria confiança às relações sociais. Por isso, o positivismo se propõe a efetuar análises dissociadas dos valores. É um modelo de transparência e pacificação social.

²⁹DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

Pound chama de teoria sociológica do direito,³⁰ ou melhor, a compreensão que vislumbra as instituições jurídicas como processos sociais.

Na opinião de Dworkin, a tendência de eliminar o enfoque moral “é mais uma evasiva do que uma teoria”.³¹ Os positivistas ignoram que os problemas da teoria do direito são “relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrentá-los como problemas de teoria moral”.³²

2.1. Regras e princípios

Na compreensão positivista, tal como formulado por Austin,³³ o direito de uma comunidade é o grupo das regras que identificam os comportamentos que devem ser reprimidos ou punidos pelo poder público. Mais do que o conteúdo, importa o *pedigree* das regras, ou melhor, como elas foram adotadas ou formuladas.

Os casos não expressamente disciplinados por uma regra devem ser decididos por uma autoridade pública, através de outro padrão ou da criação de nova regra. As obrigações jurídicas decorrem das regras válidas.

Posterior, a versão positivista de Hart afirma que as regras podem pertencer a tipos lógicos diferentes, no caso, as regras primárias e as regras secundárias. As primárias conferem direitos ou impõem obrigações. As secundárias definem como e “por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas”.³⁴

³⁰ POUND e ROSCOE *apud* DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 07.

³¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 15.

³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 12.

³³ AUSTIN *apud* DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 28/29.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 31.

Hart elaborou a Teoria das Regras³⁵ para destacar que uma regra não é obrigatória apenas porque imposta por alguém de maior força física. Quem a impõe “deve ter autoridade para promulgar essa regra ou não se tratará de uma regra; tal autoridade somente pode derivar de outra regra que já é obrigatória para aqueles aos quais ele se dirige. Essa é a diferença entre uma lei válida e as ordens de um pistoleiro”.³⁶

Assim, para Hart, as regras são obrigatórias porque são aceitas ou porque são válidas. As válidas são as formuladas segundo as regras secundárias fundamentais, que Hart chama de regras de reconhecimento.

2.1.1. A ótica de Dworkin

Inicialmente, cumpre esclarecer que Dworkin utiliza o termo “princípio” em dois sentidos distintos, por vezes, simultaneamente.

No sentido amplo, indica todos os padrões que não são regras: os princípios propriamente ditos e as políticas. Para Dworkin, política é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.³⁷

No sentido estrito,³⁸ o termo princípio retorna à concepção mais corriqueira: “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 32.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 32.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

³⁸ Em alguns ordenamentos, a doutrina e a jurisprudência também são fontes de produção do direito. Doutrina é construção teórica do direito elaborada pelos juristas, valorizada na proporção da força dos argumentos apresentados. Jurisprudência é conjunto de julgamentos análogos. É tradicional fonte de direito nos países anglo-saxões. Esta espécie de fonte foi recepcionada pelo Direito Brasileiro, nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal, instituído pela Emenda Constitucional 45/2004.

econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.³⁹

Na apreciação de questões jurídicas, os juristas devem considerar as regras, mas também proposições com forma e força dos princípios (no sentido estrito, adiantado). E detalha: “meu ponto não é que o direito contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que o direito é um conjunto fixo de padrões de algum tipo”.⁴⁰

Esclarecidas estas particularidades, Dworkin adiciona que regras e princípios se distinguem na orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do “tudo ou nada”. Dados os fatos, a regra é válida e fornece a resposta que deve ser aceita ou não é válida e não contribui para a decisão. Quando duas regras conflitam, uma delas não é válida.

Os princípios possuem dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam, quem for aplicá-los “tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia”.⁴¹ Dworkin destaca que os princípios atuam de forma mais vigorosa nas questões judiciais difíceis, os *hard cases*, assim definidos em razão da inexistência de regra inequivocamente aplicável à espécie.

Comparando sua teoria com a positivista, Dworkin conjectura se os princípios jurídicos são ou não obrigatórios. Se obrigatórios, os juízes erram quando não os aplicam. Se não obrigatórios, fica cunhado contexto similar ao entrevisto pelo positivismo: os juízes devem recorrer aos princípios apenas quando precisam ir além das regras, como se os princípios não fizessem parte do direito.

Dworkin acrescenta que é impossível adaptar a versão positivista de Hart para incluir os princípios. Hart apresenta o direito como um sistema de regras e este modelo “tem

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 119.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 42.

exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas”.⁴²

2.1.2. Reflexões

Scott Shapiro analisa a atividade política, afirmando que a função fundamental dos sistemas jurídicos é a realização dos objetivos políticos da respectiva sociedade, concepção que inclui a manutenção da ordem, justiça distributiva, proteção dos direitos e solução dos conflitos. Destaca que a escolha dos parâmetros para exercício destas tarefas provoca sérias dúvidas e desacordos.⁴³

A escolha destes parâmetros é função dos “designers legais”, aos quais cabe efetuar o “desenho institucional”, ou melhor, efetuar a distribuição de direitos e responsabilidades de forma a assegurar o arranjo social adotado. Assim, o comportamento dos membros da comunidade será direcionado para os objetivos selecionados.

Para Shapiro, importa ainda analisar a confiabilidade dos “designers” e sua capacidade de traduzir os objetivos fundamentais do sistema. Os “designers” não ficam voltados apenas os fins, eles também serão os meios, pois exercem a tarefa de determinar como alocar direitos e responsabilidades com base em suas avaliações sobre a competência e o caráter dos vários membros do grupo.

Gustavo Rabay Guerra publicou detalhado artigo, especialmente para discutir a distinção entre regras e princípios.⁴⁴ Para ele, a adoção de princípios na formulação das

⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 72.

⁴³ SHAPIRO, Scott, *Hart-Dworkin Debate: A short guide for the perplexed*, em Ronald Dworkin, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

⁴⁴ GUERRA, Gustavo Rabay. *Estrutura lógica dos princípios constitucionais – Pós-positivismo jurídico e racionalidade argumentativa na reformulação conceitual da normatividade do direito*, em Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 7, Vol. 02, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006, pp. 233/234.

decisões permite convergência entre o discurso prático geral e o discurso jurídico. A aplicação dos princípios permite associação do direito com a moralidade.

A aplicação dos princípios jurídicos exige um “estatuto epistemológico confiável”, mas o autor compreende que esse estatuto está em construção, inclusive para definir o que vem a ser um princípio jurídico e sua extensão.

Dentro do que já foi construído, Gustavo Guerra ressalta que os princípios indicam razões substanciais e finalísticas, apontam para um determinado propósito, um estado ideal a ser alcançado. Princípios são normas finalísticas, enquanto as regras são descritivas. E prossegue:

Explorada em demasia pela teoria jurídica das últimas três décadas, a identificação da aplicabilidade normativa dos princípios proposta com base na sua apodíctica distinção face às regras cede espaço para reformulações conceituais acerca de seu caráter argumentativo. Com efeito, a maneira como é implicado em um determinado contexto normativo consistiria em uma ponderação (Atienza, 2002: 267), por meio de um exame da proporcionalidade ou razoabilidade dos comportamentos exigidos (componente deontológico) e dos valores adotados (componente axiológico) com vista às finalidades buscadas (componente teleológico).

Por outro lado, é preciso considerar a existência dos postulados normativos aplicativos, entendidos como normas estruturantes da aplicação das regras e princípios. A sua inclusão metodológica é extremamente proveitosa, levando-se em conta a atual situação do pensamento jurídico, em que o viés crítico sinaliza, cada vez mais, a necessária reformulação da ideia de norma de direito e sua interface com o discurso moral.

Acertos e erros fazem parte da construção do conhecimento. Até aqui, parece que muito foi escrito sobre o tema. Com o aporte de novas concepções que redirecionam o presente debate, fica evidente que o assunto avulta incipiente. Os influxos de bases teóricas como as que foram singelamente apontadas no texto, ainda em proemial desenvolvimento, assinalarão grande propriedade para a teoria jurídica fundamental e para a dogmática hermenêutica, especialmente se conjugados com outros importantes marcos do pensamento jusfilosófico do atual quadrante evolutivo, como, a guisa de exemplo, o primado da argumentação jurídica.⁴⁵

⁴⁵ GUERRA, Gustavo Rabay. *Estrutura lógica dos princípios constitucionais – Pós-positivismo jurídico e racionalidade argumentativa na reformulação conceitual da normatividade do direito*, em Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 7, Vol. 02, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006, pp. 233/234.

Geovany Cardoso Jevaux enfrentou o mesmo desafio, a distinção entre regras e princípios.⁴⁶ Nos seus termos:

O positivismo jurídico afirma que as normas são a via exclusiva do direito e que ele se reduz a um comando condicionante de comportamentos. Mas, em verdade, na sua aplicação judicial, especialmente nos casos difíceis (*hard cases*), as normas funcionam como princípios ou diretrizes políticas, diante da necessária dimensão moral que se põe diante da interpretação jurídica, entre alternativas possíveis de decisão[...]

Para Dworkin, os princípios são standards de exigência de justiça, equidade ou qualquer outra dimensão moral, enquanto que as diretrizes são standards que propõem objetivos políticos, econômicos ou sociais de uma comunidade (ibidem, p. 72).

Princípios, portanto, são diferentes das normas, nos seguintes pontos: a) os princípios não se excepcionam mutuamente, como as normas podem ser umas com as outras; b) os princípios não estabelecem as condições de sua aplicação, como as normas; c) não definem deveres específicos, como as normas (ex.: recomenda a conformidade de um negócio ao justo ou não demasiadamente oneroso); d) princípios estão sujeitos a cálculo de importância, quando um colide com outro, ao contrário das normas, cujo conflito é resolvido pela hierarquia ou pela regra *later in time*.

2.2. A tese dos direitos

O positivismo propõe uma teoria para os *hard cases*: quando uma ação não pode ser submetida a uma regra de direito clara e preestabelecida, o juiz tem poder discricionário para decidir o caso de uma forma ou de outra.⁴⁷ Neste estrito contexto, o juiz “legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”.⁴⁸

⁴⁶ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *A Constituição e os direitos adquiridos na teoria dos direitos: entre positivismo e o pós-positivismo*, em Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 7, Vol. 01, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006, PP. 167/168.

⁴⁷ Dworkin afirma que poder discricionário é um conceito relativo, que alberga pelo menos três concepções. Na primeira, o poder discricionário está relacionado à utilização dos padrões que uma autoridade pública não pode aplicar mecanicamente, pois exigem capacidade de julgar/interpretar. Na segunda, poder discricionário refere-se às decisões da autoridade que não podem ser revistas e canceladas por outra autoridade. Por fim, a terceira concepção acolhe as anteriores e acrescenta que o aplicador não encontra limites definidos pelos padrões em questão, mas isto não equivale à licenciosidade, pois são indispensáveis referências à racionalidade, equidade, eficácia e bom senso. Dworkin adota a terceira concepção em sua obra.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

Dworkin acha que esta teoria é inadequada e se propõe a apresentar uma melhor: a tese dos direitos, que vislumbra elevado potencial criativo nas decisões judiciais. Contudo, este potencial fica restrito ao espaço dos princípios, no sentido estrito.

Na exposição da sua tese, Dworkin volta a distinguir princípios de políticas para esclarecer que, nos casos difíceis, quando nenhuma regra estabelecida dita uma decisão, pode parecer que os argumentos de princípios também não o fazem.⁴⁹

Mesmo nestes casos, as decisões judiciais sempre devem ser geradas por princípios no sentido estrito e não por políticas, já que os juízes não são legisladores supletivos: “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.⁵⁰

O legislativo pode utilizar os dois tipos de argumentos: há direitos gerados por políticas e outros por princípios, como também há direitos gerados por políticas e qualificados por princípios e direitos gerados por princípios e qualificados por políticas. Se os juízes fossem legisladores supletivos poderiam produzir decisões fundamentadas em argumentos de política e executar os programas gerados.

Mesmo assim, a percepção de Dworkin afronta à teoria jurídica dominante, visto que ainda assegura alguma margem de originalidade nas decisões judiciais.

Esta margem de liberdade é atacada por dois gêneros de críticas: 1) juízes não são eleitos e, como tal, não são responsáveis perante o eleitorado-sociedade; 2) a criação e aplicação retroativas de normas novas violam garantias dos litigantes.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 129. O autor inseriu a seguinte nota: “Discuti a distinção entre princípios e políticas no capítulo 2. A formulação mais elaborada neste capítulo é um desenvolvimento do que se encontra naquele: entre outras virtudes, impede o colapso dessa distinção em decorrência dos pressupostos (artificiais) apresentados no capítulo anterior”. Na nova abordagem, os argumentos de política justificam uma decisão política, “mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo da comunidade como um todo”, e os argumentos de princípios justificam uma decisão política, “mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

Dworkin as rebate. A primeira porque entende que a capacidade criativa dos juízes está vinculada às questões de princípios e não às questões de política. A segunda para destacar que o argumento de princípio não pode ser considerado dever novo, posto que previamente reconhecido pelo sistema jurídico.

Na avaliação de Morrison,⁵¹ Dworkin assegura que a proteção dos direitos arrimados em princípios é mais importante do que considerações políticas ou adesão literal às regras. Os princípios jurídicos exprimem e protegem direitos para assegurar aos indivíduos um espaço social. Não são meros joguetes de cálculos utilitaristas. Decidindo os casos, os juízes devem preservar a integridade moral e o senso de justiça.

Em síntese, para Dworkin, os princípios são mais importantes do que as regras e as políticas, porque as regras estão inseridas nos princípios e as políticas devem ser fomentadas pelo Legislativo. O direito deve ser tratado como uma rede inconsútil e são os princípios que lhe fornecem estrutura.

Concluindo, a tese dos direitos se traduz nas proposições que seguem:⁵²

- a) Todo sistema estável adota uma filosofia política, que lhe confere coerência e unidade e é utilizada na aplicação do direito. O sistema é delineado pelos princípios jurídicos, que traduzem os valores políticos dominantes.
- b) As regras diferem dos princípios, porque aquelas são criadas por lei e os princípios emergem lentamente do sistema. Os princípios podem ser ampliados, desenvolvidos ou reduzidos posteriormente. Princípios podem ser mais ou menos influentes, enquanto as regras são ou não são aplicadas.
- c) Regras não podem entrar em conflito, mas princípios sim: no caso, o juiz deve avaliar sua importância relativa e descobrir qual princípio é mais importante para a questão.

⁵¹ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵² MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Morrison prossegue para afirmar que Dworkin veda aos juízes exercício de poder discricionário descontrolado, mesmo na total ausência de regras jurídicas.⁵³ Nestas hipóteses, como foi dito, os juízes devem decidir o caso à luz dos valores morais e dos princípios adotados pelo sistema jurídico.

A tese dos direitos merece detalhamento em três faces: a distinção entre direitos individuais e objetivos sociais, o papel do precedente e da história institucional e ainda a influência da moralidade política.

2.2.1. Direitos e objetivos

Esclarecendo que os “argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo” e que os “princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”,⁵⁴ em “Levando os direitos a sério”, Dworkin propõe-se a apresentar um guia que permita descobrir os direitos que uma determinada teoria política pressupõe que as pessoas tenham.

Uma teoria política escolhe seus objetivos políticos. Um objetivo político pode se apresentar como direito político ou como meta política. Dworkin define direito político como objetivo político individuado e meta como objetivo político não-individuado, destacando que a diferenciação depende da função e da relevância de um direito ou uma meta na teoria política sob exame.

Um indivíduo tem direito a uma oportunidade, a um recurso ou a uma liberdade se esse direito conta a favor de uma decisão política que promove ou protege o estado de coisas no qual ele desfruta tal direito, mesmo que com isso nenhum outro objetivo político seja servido e algum objetivo político seja desservido, e se esse direito contar contra a decisão que retardar ou colocar em perigo esse estado de coisas, mesmo que com isso algum outro objetivo político possa ser atingido. Uma meta é um objetivo político não individuado, isto é, um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum

⁵³ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.141

recurso ou liberdade para indivíduos determinados. As metas coletivas estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma comunidade, tendo em vista a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo [...] Se uma autoridade pública utiliza, ainda que intuitivamente, alguma teoria política coerente para justificar decisões particulares que toma, sua teoria reconhecerá então uma vasta gama de diferentes tipos de direitos, ordenados de tal modo a atribuir a cada qual um peso relativo aproximado.⁵⁵

Direitos e metas podem ser absolutos para uma teoria política e fracos para outra. As metas não precisam ser absolutas, pois a comunidade pode adotar diversas metas simultaneamente e dosá-las conforme os interesses dominantes. Os direitos podem ser absolutos ou menos do que isso, conforme a importância que uma teoria política lhes atribua.

Uma teoria política adequada deverá distinguir direitos preferenciais de direitos institucionais. Os direitos preferenciais justificam as decisões políticas adotadas pela sociedade e os direitos institucionais as decisões adotadas por alguma instituição político/jurídica específica.

Também deverá distinguir direitos abstratos de direitos concretos (princípios abstratos e princípios concretos).

Um direito abstrato “é um objetivo político geral, cujo enunciado não indica como este objetivo geral deve ser pesado ou harmonizado, em circunstâncias particulares, com outros objetivos políticos”.⁵⁶ Os grandes direitos da retórica política são abstratos: direito à liberdade de expressão, à dignidade e à igualdade.

Os direitos concretos são objetivos políticos definidos “com maior precisão, de modo que expressam com mais clareza o peso que possuem, quando comparados a outros objetivos políticos em ocasiões específicas”.⁵⁷

A distinção entre direitos e metas reporta-se a uma vertente corrente na antropologia. Nesta linha, os princípios mais relevantes em uma comunidade são determinados pelas suas

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 142, 143 e 145.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 146.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 146.

metas coletivas, casualmente. Se a maioria dos membros da comunidade acredita em determinado direito, por exemplo, a uma consideração mínima, “este fato pode ser então explicado, nos termos da história cultural, pelo fato adicional de que o bem-estar coletivo deles é promovido por tal crença”.⁵⁸ Mas, se uma nova ordenação do direito “servir melhor ao bem-estar coletivo deles, devemos esperar, de acordo com essa tese, que a seu devido tempo convicções morais dos membros da comunidade passem por uma transformação que favoreça essa nova ordenação”.⁵⁹

Essa classificação pressupõe a distinção entre força de um direito em uma teoria política e a explicação de por que esta teoria o adota, mas este raciocínio só caberia no isolamento de uma teoria específica, pois perde nitidez quando inserido no contexto das diferentes concepções morais de uma comunidade. Assim, não podemos “estabelecer a distinção entre razões e força, que é analiticamente necessária para compreender os conceitos de princípio e política. Tornamo-nos, com isso, vítimas do argumento segundo o qual a tese antropológica destrói a distinção entre as duas”.⁶⁰ Dworkin acrescenta que poderíamos resolver o dilema identificando os princípios de moralidade de uma comunidade, ainda que de forma grosseira.

Dworkin acrescenta ainda que há teorias que unem direitos e metas de forma não casual. No caso, um direito ganha força quando pode promover uma meta coletiva. A vertente remete ao utilitarismo de regras. E reflete:

Uma modalidade conhecida dessa teoria, por exemplo, sustenta que um ato é correto se a aceitação geral de uma regra que exige esse ato puder melhorar o bem-estar médio dos membros da comunidade. Uma teoria política poderia estipular o direito à liberdade de expressão, por exemplo, com base na hipótese de que a aceitação geral desse direito pelos tribunais e por outras instituições políticas viesse a promover, no longo prazo, a mais alta utilidade média da comunidade.

Não obstante isso, tal teoria nos permite, pelo menos, estabelecer uma diferença entre direitos institucionais e metas coletivas. Essa teoria considera que a liberdade de expressão é um direito se um funcionário de uma determinada instituição tiver uma justificativa para tomar uma decisão política e não tiver uma justificativa para recusar-se a tomá-la. Isto, sempre que tal decisão for necessária para proteger a liberdade de expressão de qualquer indivíduo, desconsiderando-se o impacto que essa decisão possa ter sobre as metas coletivas. Não é importante o fato de que teoria

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 147/148

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 147/148.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 149.

estipule este direito a partir da hipótese de que, se todas as instituições políticas promoverem desse modo o cumprimento desse direito, uma meta coletiva importante será efetivamente fomentada. O importante é o compromisso com um sistema de governo que torna decisivo um apelo a tal direito em casos específicos.⁶¹

O autor compreende que nem a tese antropológica nem o utilitarismo de regras impõem óbices à distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política.

Reiterando sua compreensão de que as decisões judiciais são produzidas por princípios e não por políticas, Dworkin comenta que pesquisas recentes indicam o contrário: os juízes quase sempre decidem com base em políticas.

As pesquisas sustentam que as regras desenvolvidas pelos juízes visam tornar mais eficiente a distribuição de recursos e que os julgadores adotam fundamentos explicitamente vinculados à política econômica.

Dworkin insiste que nada disso subverte sua tese dos direitos. Primeiro, por que não acredita que os juízes que buscam eficiência na distribuição de recursos, de fato, visam este resultado ou estão conscientes da opção ou reconhecem este valor nas suas decisões. Mesmo “se admitirmos que a teoria dos direitos de um juiz é determinada por um senso instintivo do valor econômico e, não o contrário, ainda assim poderemos argumentar que ele se apoia nessa teoria, não na análise econômica, para justificar as decisões nos casos difíceis”.⁶²

No segundo caso, quando os julgadores exibem referências à política econômica na apreciação dos casos, por si, a estratégia não reforça a tese antropológica, pois não considera a distinção entre direitos abstratos e concretos.

Os direitos abstratos não consideram os direitos concorrentes, mas os direitos concretos refletem o impacto da concorrência. Na construção de Dworkin, deve ser considerado o princípio de que um tem o direito de ser tratado por todos com o respeito mínimo devido a um ser humano. Trata-se de um princípio muito abstrato, pois “exige um certo equilíbrio, em casos específicos, entre os interesses daqueles a serem protegidos e a

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 149/150.

⁶² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 153.

liberdade daqueles de quem o princípio exige um nível não especificado de consideração e respeito”.⁶³

Comparando a soma das utilidades, se alguém age de forma previsivelmente prejudicial a outrem, “então ele não demonstra a consideração e o interesse exigidos”. Mas, se ele puder precaver-se “contra o dano ou proteger-se contra ele, e assim proceder a um custo muito menor e com muito mais eficiência que o outro, ele não demonstrará nem cuidado nem interesse, a menos que tome essas precauções ou providencie essa proteção”.⁶⁴

Dworkin adverte que sua teoria dos direitos é integralmente válida nos casos civis comuns, “quando o pressuposto dominante é o de que uma das partes tem o direito de obter uma decisão favorável. Mas, quando esse pressuposto não puder ser mantido, ela será apenas assimetricamente válida”, por exemplo, como no processo penal, em que “o acusado tem direito a uma decisão em seu favor, caso for inocente, mas o Estado não tem nenhum direito paralelo de condená-lo se ele for culpado”.⁶⁵

A tese dos direitos sustenta que os juízes decidem os casos difíceis confirmando ou negando direitos concretos. Na análise dos casos difíceis, o julgador deve apresentar as razões que justificam o reconhecimento ou a negação de um direito. E deve incorporar à sua decisão uma teoria geral e demonstrar qual conclusão é exigida por essa teoria.

Os direitos concretos em questão devem ser institucionais e não preferenciais e, entre os institucionais, devem ser jurídicos e não de outro tipo. Dworkin assevera que essas regras geralmente não são suficientes para se especificar de alguém tem “um direito institucional a que uma determinada lei seja promulgada; elas não decidem, por exemplo, se ele tem direito a uma legislação sobre o salário mínimo. Espera-se que os cidadãos recorram a considerações gerais de moralidade política quando argumentam a favor de tais direitos”.⁶⁶

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 154/155

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 154/155.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 157.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 159 e 164.

2.2.2. O papel do precedente e da história institucional

A tese dos direitos condena a prática de adotar decisões isoladas, que não possam ser coordenadas com os princípios, políticas gerais e demais decisões consideradas certas. A doutrina requer consistência articulada. Consistência mais amena em relação às políticas, posto que suas estratégias não precisam tratar todos os indivíduos da mesma maneira. E consistência distributiva para os princípios, pois estes não admitem táticas que imponham distribuição desigual de benefícios.

Também exige diferenciação entre argumentos de princípio e argumentos de política, mesmo quando em jogo direitos individuais de feição abstrata, como o direito à liberdade ou à igualdade. A tese fornece uma teoria do precedente e da decisão nos casos difíceis, mas convém acrescentar que todos os precedentes devem ser considerados na apreciação do intérprete, que deve ser construída para viabilizar consistência articulada.

Mesmo os precedentes injustos devem ser apreciados e o intérprete deve permitir a influência destes nos seus argumentos. Precisamente por isto, na prolação de algumas decisões, não há como evitar emissão de julgamentos de moralidade política.

Guest ajuda a compreender a questão:

Joseph Raz e Neil MacCormick enfatizam ambos a importância de argumentos analógicos no direito. Raz, por exemplo, diz que a “teoria da adjudicação de Dworkin é o caso mais extremo de fé total em argumentos analógicos”. MacCormick, ao longo de todo o seu trabalho sobre o raciocínio jurídico, *Legal Reasoning and Legal Theory*, demonstra com paciente detalhamento a extensão em que os juízes se valem de tais argumentos. Ambos os juristas enfatizam o papel limitador da analogia, que permite que o juiz chegue apenas a uma conclusão que, nos termos de Raz, não introduza “novos fins ou valores discordantes e conflitantes no direito”. As análises de Raz e MacCormick são compatíveis com a visão de Dworkin. Mas a ênfase em Dworkin é colocada diretamente sobre o sentido moral de tais argumentos e é aqui que sua compreensão difere agudamente das visões deles. Colocando a questão simples e diretamente: por que devemos ser persuadidos por um argumento a partir da analogia? Devemos, na visão de Dworkin, extrair o melhor sentido moral dos argumentos. Se não há nenhum sentido moral em um argumento por analogia, que sentido resta? E, portanto, não é surpreendente que ele considere a força moral do precedente como uma força que gera argumentos de imparcialidade, a “força gravitacional” dos precedentes variando em conformidade com a força ou fraqueza da analogia.⁶⁷

⁶⁷ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 62/63.

2.2.3. Moralidade política

Morrison explica que os positivistas distinguem as tarefas de identificar a natureza do direito e de avaliá-lo moralmente. A avaliação moral é vista como a tarefa mais difícil, posto que predominantemente subjetiva e vinculada à escolha de um conceito de justiça consensual.

Dworkin considera que o direito é mediado pela teoria moral. A moralidade dworkiana é a vontade de tornar-se uma comunidade de princípios, é a integridade. A integridade é vista como uma virtude política, que busca atribuir coerência ao ordenamento e conciliar as aspirações individuais e comunitárias. Cabe lembrar que Dworkin parte do pressuposto de que o direito é produzido por único autor: a comunidade personificada.

Morrison também destaca que Dworkin exige a "interpretação construtiva", afirmando que não podemos ser observadores imparciais do que é o direito. Não podemos mais usar a máxima de que a lei é a lei, mas também não devemos adotar a concepção externa, donde se extrai o cinismo do realismo.

O projeto de Dworkin distingue entre os fundamentos das proposições e sua força, posto que as teorias jurídicas anteriores negligenciam a força moral e política envolvida nas proposições jurídicas.

Com efeito, Dworkin sustenta que os juristas vislumbram forte influência da moralidade inserida no direito costumeiro e também das convicções particulares do prolator nas decisões “criativas” produzidas pelos juízes e indaga como seria possível conciliar estas diferentes contribuições.⁶⁸

⁶⁸Nas sociedades complexas, o poder institucionaliza a reação aos comportamentos desviantes, ou melhor, aqueles que detêm o poder escolhem os comportamentos desviantes passíveis de reações institucionalizadas. A moral é campo das normas que o indivíduo aceita independente da possibilidade de sanção institucionalizada. Os filósofos, de Thomasius a Kant, destacaram a exterioridade do direito em relação à interioridade da moral, no sentido de que o direito visa as ações externas e moral a intenção do agente, “é que o direito comporta sanções externas à violação dos seus preceitos, enquanto a moral comporta sanções puramente internas, como a satisfação pelo dever cumprido e o remorso pelo preceito violado”. LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 31. As ponderações lançadas por Dworkin demonstram que o autor não dissocia completamente os referidos campos.

Uma das soluções demonstra que a valorização do direito costumeiro reduz o campo da moralidade pessoal do juiz, mesmo que não consiga eliminá-la. Dworkin entende que a alternativa é insatisfatória, porque desconsidera o efeito da moralidade pessoal inserida na massa das decisões pretéritas e porque fragmenta as etapas de decisão: a influência moral se impõe em cada etapa do feito e não apenas na sentença.

Dworkin afirma que a tese dos direitos apresenta uma explicação mais satisfatória: “a história institucional age, não como uma restrição do juízo político dos juízes, mas como um componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração”.⁶⁹

Assim, segundo Dworkin, é reduzida a tensão entre o ímpeto de originalidade e a valorização da história institucional. Os novos julgamentos mais refletem as decisões passadas do que as contrapõem: a tese dos direitos adota postura predominantemente conciliatória.

Os juízes, “como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política. Em sua forma mais geral, essa doutrina afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”.⁷⁰

Sanford Levinson pondera que Dworkin parece acreditar mais no dever moral de proporcionar direitos mínimos para os pobres do que na averiguação se estes direitos estão assegurados pela Constituição dos Estados Unidos.⁷¹

Esta particularidade decorre do fato que, mesmo entre os cidadãos considerados “razoáveis”, não há consenso sobre o que é exigível de um Estado justo. Então, possivelmente para evitar conflitos, Dworkin investe mais na feição moral da questão.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 136. “Os direitos políticos são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas”.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

⁷¹ LEVINSON, Sanford. *Hercules, Abraham Lincoln, the United States Constitution and the problem of slavery*, em Ronald Dworkin, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Também no campo das decisões judiciais, a doutrina defende aplicação da consistência distributiva para todos os casos, vez que não se admite distribuição desigual de direitos.

Arthur Ripstein acrescenta que as demandas de igualdade não são idênticas às exigências morais de imparcialidade. Se o fossem, a igualdade seria inimiga da liberdade, porque subordinaria qualquer escolha individual às demandas mais amplas da imparcialidade.⁷²

Uma versão desta acusação é imputada ao utilitarismo. A moral utilitária exige que os particulares não atribuam peso maior aos seus próprios interesses em detrimento dos outros.

A ideia fundamental de igualitarismo de Dworkin implica que o Estado deve tratar seus cidadãos como iguais, mas não que a vida de cada pessoa deve ser organizada em torno de alcançar a igualdade.

Em “Levando os direitos a sério”, Dworkin afirma que a Constituição funde questões jurídicas e morais, “fazendo como que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens”.⁷³

Um governo que preza os direitos individuais “deve abrir mão da ideia de que os cidadãos nunca têm o direito de violar a lei e não deve definir os direitos dos cidadãos de modo que possam ser anulados por supostas razões de bem-estar geral”.⁷⁴ Eis uma das bases do pensamento de Dworkin: os direitos individuais não podem ser restritos em nome do bem-estar do grupo social (utilitarismo) e o governo não pode tratar com rispidez a desobediência civil.

Em “Justice for hedgehogs”, Dworkin acrescenta que o raciocínio moral deve ser interpretativo. Também afirma que podemos considerar verdadeiros nossos julgamentos morais quando efetivamente fundamentados.

⁷² RIPSTEIN, Arthur. *Liberty and Equality*, em Ronald Dworkin, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 285.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 313.

Avaliando a relação entre direito e moral, Dworkin pondera que não conseguimos responder a essa questão sem uma teoria sobre como ler a lei (em sentido amplo). E essa teoria não pode ser formada sem especificação do papel da moralidade na leitura da lei. O autor conclui que a solução para o problema é manter ligação íntima e permanente entre direito e moral, “lendo” a lei como parte da moralidade política.

Afirma também que a teoria da responsabilidade moral é em si uma teoria moral. A responsabilidade moral é uma virtude. Se alguém é completamente dominado por eventos que não pode controlar, sua responsabilidade é uma ilusão. Ele pensa ou faz o que está fadado a pensar ou fazer.

A responsabilidade moral é uma obra em construção. Uma pessoa responsável se esforça para aplicar suas convicções e assim pode influenciar outras, que repetem o ciclo. A responsabilidade moral nunca está completa: as pessoas estão sempre revisando suas posições.

Em “Justice for hedgehogs”, Dworkin afirma que essas ideias fundamentam a fé do “porco espinho”, no sentido de que todos os valores formam uma rede interligada, que envolve cada uma de nossas convicções. Não podemos abraçar alguma convicção simplesmente porque ela se encaixa e unifica o resto de nossas convicções, mas também não podemos ficar satisfeitos com a falta de “encaixe” das concepções nas quais acreditamos. Temos que tentar fazer o ajuste.⁷⁵

Há várias maneiras de não ser responsável pelas próprias escolhas. A mais comum é a falta de sinceridade. A dita “esquizofrenia” moral faz com que a pessoa se sinta comprometida com princípios contraditórios e aceite qualquer dos padrões decorrentes.

O esquizofrênico moral acha que os ricos merecem manter seus bens e têm o dever de ajudar aos mais necessitados. Ele é moralmente irresponsável: seu comportamento não é equilibrado.

Poucas pessoas são significativamente esquizofrênicas, mas quase todas se contradizem de forma mais sutil: através de compartimentalização moral.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, pp. 120/121.

As pessoas adotam convicções sobre política do Oriente Médio, justificações para a guerra e atos nela perpetrados, a autodefesa nas ruas da cidade, o aborto, a pena de morte, julgamentos injustos, comportamento policial, natureza e limites da responsabilidade pessoal, distribuição da riqueza coletiva, patriotismo, lealdade aos amigos e seus limites, coragem pessoal, riqueza, conhecimento, experiência, família, conquistas, modelo de uma vida boa e bem sucedida... Temos convicções sobre todas estas coisas e elas podem ser sinceras e eficazes.

Entretanto, quando olhamos mais amiúde, podemos perceber que a coerência das nossas convicções é parcial e que os princípios e ideais que regem uma parte do pensamento pode estar em conflito com outras.⁷⁶

Na cultura norte-americana, quadra consignar, há ainda o curioso padrão de desobediência que se manifesta através do objetor de consciência, ou seja, aquele que deixa de cumprir as exigências legais contrárias às suas convicções pessoais. Este “será condenado pelos tribunais do Estado, mas, longe de sentir remorso, provará um sentimento de satisfação por ter obedecido com seu sacrifício pessoal uma norma que, na sua escala de valores pessoais, ocupa um posto mais elevado”.⁷⁷ Prossegue: o objetor “será olhado, não com reprovação, mas com respeito, por aquele setor da opinião pública que compartilha os seus ideais pacifistas ou que, mesmo aceitando como uma necessidade a defesa do país contra eventuais ataques, não é indiferente aos valores humanos nos quais o objetor de consciência se inspira”.⁷⁸

Analisando o tema, Calsamiglia destaca a existência dos chamados direitos morais, modalidade dos direitos fundamentais que não pode ser preterida, nem mesmo em benefício da “utilidade geral”:

Frente al positivismo Dworkin mantiene que junto a los derechos legales existen derechos morales. Los derechos jurídicos y los derechos morales no pertenecen a órdenes conceptuales distintos. En caso de conflicto entre derechos morales y jurídicos éstos no triunfan necesariamente sobre aquéllos. Si el juez decide que las

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, pp. 104/105.

⁷⁷ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 31

⁷⁸ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 31.

razones derivadas de los derechos morales son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que pueda por apoyar esos derechos, entonces es posible que deba mentir. Según Dworkin el problema de los derechos no se resuelve mediante el mero reconocimiento legal porque el umbral entre derechos morales y jurídicos es difuso.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que —como afirma Hart— «la decisión judicial, especialmente en temas de importancia constitucional, implica la elección entre valores morales y no meramente la aplicación de un solo principio moral; por tanto es una locura pensar que donde el sentido del derecho es dudoso la moralidad siempre puede dar respuesta.⁷⁹

Jeveaux também se reporta aos direitos morais para acrescentar que podem ser limitados, mas apenas em casos especiais, como no conflito de direitos da mesma estirpe ou nas questões de segurança nacional.⁸⁰

Dworkin considera que entre os direitos individuais e os interesses coletivos não existe equilíbrio propriamente dito. Entre a restrição de direitos e a sua ampliação, o Estado deve escolher a última alternativa, por gerar um custo social menor. Serve de exemplo o caso do processo criminal, em que se prefere libertar um suspeito a condenar um inocente.

Os direitos são levados a sério a partir de duas ideias mínimas: dignidade humana e igualdade política. Significa um dever do Estado de seguir uma teoria coerente sobre os direitos dos cidadãos e de ser congruente com as ações que professa nesse sentido. Em resumo, levar os direitos a sério representa: 1) o respeito do Estado ao direito de resistência dos cidadãos contra decisões que restrinjam direitos injustamente; 2) a impossibilidade de os direitos individuais serem anulados por razões de "bem geral"; 3) as normas básicas não devem ser a lei do conquistador, ou da "classe dominante" sobre a "classe dominada", como em MARX; 4) "la institución de los derechos...representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de estas serán respeadas".⁸¹

Em “Domínio da vida”, Dworkin reconhece as particularidades das suas raízes, afirmando que os Estados Unidos são um país de dimensões continentais, pluralista em quase

⁷⁹ CALSAMIGLIA, A. *Ensayo sobre Dworkin*, em *Los derechos en serio*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1984, pp. 17 e 18.

⁸⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *A Constituição e os direitos adquiridos na teoria dos direitos: entre positivismo e o pós-positivismo*, em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 7, Vol. 01, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006.

⁸¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *A Constituição e os direitos adquiridos na teoria dos direitos: entre positivismo e o pós-positivismo*, em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 7, Vol. 01, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006, pp. 132/156.

todos os sentidos. Assim, só podem constituir uma comunidade nacional quando os direitos fundamentais são nacionalmente reconhecidos e os princípios regionais respeitados.

Em “A Justiça de toga”, Dworkin questiona se as “as condições morais se encontram dentre as condições de veracidade das proposições de direito e, se assim for, de que modo isso ocorre”.⁸²

Por fim, detalhando o tema, Dworkin revela que a influência da moral na teoria geral do direito pode ser sistematizada em quatro estágios:

- a) O estágio semântico depende do conceito doutrinário. A questão fundamental consiste em identificar “quais pressupostos e práticas as pessoas devem compartilhar para que seja sensato dizer que elas compartilham o conceito doutrinário de modo a poderem, claramente, concordar e divergir acerca de sua aplicação”,⁸³
- b) O estágio teórico trabalha a resposta obtida no estágio anterior, “as reflexões sobre os conceitos doutrinário e aspiracional acontecem simultaneamente. Neste estágio, portanto, a moral está inevitavelmente presente, pois qualquer teoria sobre a melhor maneira de entender um valor explicitamente político como o valor aspiracional do direito deve ser um exercício de moralidade política”.⁸⁴
- c) O estágio doutrinário descreve as condições de veracidade das proposições conforme os valores do estágio anterior e assim “qualquer justificação geral da prática jurídica deve dar um lugar de destaque aos princípios da moralidade política que atribuem o poder de legislar a instituições específicas, bem como a outros princípios que limitam esses poderes de diferentes maneiras formais e informais”.⁸⁵ Mesmo assim, devemos defender “nossa escolha como a melhor justificação da complexa prática da legislação, e isso vai exigir que a defendamos no contexto de uma concepção específica de moralidade democrática, ou de qualquer forma de moralidade política – uma

⁸² DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 10.

⁸³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 15.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 20.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 25/26.

exposição específica do objetivo e da importância do governo representativo majoritário”.⁸⁶

- d) O estágio da atuação judicial se baseia nas proposições formuladas pelos juízes, no qual se discute se e quando a moral exige que os juízes atuem de forma independente ou até mesmo contra a lei. Para Dworkin, os juízes devem aplicar a lei e também ponderar se a lei é justa, sábia e eficiente.

Apesar da conveniência didática, os demais filósofos do direito não articulam suas teorias dessa forma. Então, na esteira de Dworkin, sintetizamos algumas ponderações referentes ao pragmatismo, ao pluralismo e ao positivismo.

O pragmatismo pode ser apresentado como uma teoria da decisão judicial. Sustenta que “para decidir os casos que se lhes apresentam, os juízes devem recorrer a um estilo consequencialista e voltado para o futuro. Eles devem tomar qualquer decisão que seja melhor para o futuro da comunidade sem levar em consideração as práticas do passado”.⁸⁷

Qualquer versão mais precisa de pragmatismo deve especificar uma versão particular de consequencialismo: deve especificar o modo de decidir quais seriam as melhores consequências de uma decisão. Ela pode ser uma concepção de utilitarismo dos atos, que sustenta que cada decisão política individual deve pretender maximizar a expectativa de bem-estar médio de uma população específica no contexto de alguma concepção específica de bem-estar: por exemplo, a felicidade ou a satisfação dos desejos. Ou pode ser uma concepção desvinculada do bem-estar, que defina as melhores consequências em termos de eficiência econômica ou maximização de riqueza, por exemplo.⁸⁸

Um juiz pragmatista deve obedecer ao que o legislativo aprovou e ao que os juízes decidiram no passado, como forma de assegurar eficiência. Na esteira de Dworkin, este juiz poderia aceitar os quatro estágios da teoria jurídica e talvez adotar as respostas apostas às questões lançadas nos primeiros estágios (semântico e teórico). Prossegue: “no estágio semântico, ele poderia sustentar que o conceito doutrinário do direito é um conceito

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 25/26.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 32/33

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 32/33.

interpretativo e, no nível teórico, que a melhor descrição do valor do direito inclui um ideal de integridade”.⁸⁹

Assim, no estágio doutrinário, o juiz pragmatista poderia apresentar a melhor interpretação da prática contemporânea ou apenas indicar os valores consequenciais vislumbrados.

Há uma vertente do pragmatismo, autodenominada realista, sustentando que as proposições jurídicas não são verdadeiras ou falsas: expressam as preferências dos juízes e demais autoridades. São seus expoentes Richard Rorty e Stanley Fish.⁹⁰

Na visão de Dworkin, o pluralismo moral impõe uma escolha discricionária e subjetiva entre valores, eis que pressupõe o conflito de valores de igual peso. Dworkin repele esta visão, tida como afronta ao seu ideal de integridade no direito. O expoente mais poderoso do pluralismo é Isaiah Berlin.

Finalmente, no positivismo, Dworkin distingue duas vertentes.

A primeira é o positivismo político-doutrinário para o qual os valores morais não podem figurar nas condições de veracidade das proposições. Seus expoentes: Oliver Holmes, Learned Hand e Liam Murphy.

Esta vertente alberga os originalistas para os quais mesmo as cláusulas abstratas e morais da Constituição “devem ser interpretadas de modo a só proibir a legislação ou outros atos que aqueles que redigiram ou promulgaram as cláusulas, ou os eleitores desses representantes do povo, que já morreram há tempos, teriam esperado que ela proibisse”.⁹¹ Nesta linha de pensamento, os juízes contemporâneos não devem recorrer às avaliações morais para interpretar a Constituição, porque os melhores argumentos morais são os originais.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 33.

⁹⁰ Dworkin afirma que os dois nem sequer são juristas, mas escreveram criticamente sobre suas obras. Dedicou-se a demonstrar que esta versão do pragmatismo é confuso e só pode ser enunciada por meio de metáforas que, uma vez desnudadas, levam os argumentos deles a uma autorrefutação.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 45.

A segunda vertente positivista é chamada por Dworkin de analítico doutrinária. Sustenta que a independência do “direito relativamente à moral não depende de nenhuma interpretação ou justificação política ou moral da prática jurídica, nem de qualquer doutrina política no estágio judicial da teoria jurídica, mas decorre diretamente da análise correta do próprio conceito ou ideia ou natureza do direito”.⁹²

Afirmo agora que essa concepção tradicional, que nos estimula a estabelecer relações entre duas esferas intelectuais distintas, é insatisfatória. Seria melhor trabalhar com uma topografia intelectual diferente: poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas. Poderíamos tratar a teoria jurídica como uma parte especial da moral política, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais.⁹³

Importa ainda, eis que constatada certa similaridade, apresentar rápido esboço da relação entre direito e moral, tal como procedido por Jürgén Habermas.

Para Habermas, o entrelaçamento entre moral e direito resulta da utilização do direito positivo como instrumento para “distribuir os pesos da argumentação e institucionalizar caminhos de fundamentação, abertos a argumentações morais”.⁹⁴

O filósofo alemão afirma que a moral se insere no direito positivo, sem perder sua identidade, e possui natureza procedimental, pois “ela se despojou de todos os conteúdos normativos determinados, sublimando-se num processo de fundamentação e aplicação de possíveis conteúdos normativos”.⁹⁵ Inserida no direito positivado, a moral é domesticada: fica restrita à ligação com o direito vigente, especialmente no que se refere às provas, aos papéis sociais e aos prazos de decisão.

Habermas também vislumbra a moral institucionalizada, pois o direito permite uma dinâmica de fundamentação que lhe transcende.

⁹² DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 45.

⁹³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 51.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito*, v. 2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 218/219

⁹⁵ Procedimento em oposição à substância.

Habermas conclui que a “justiça e o sistema jurídico reagem em relação à sociedade, pois não são independentes em relação a ela”.⁹⁶ Assim, para avaliar se devemos ou não aceitar os imperativos do sistema “mesmo quando ferem ou prejudicam princípios bem fundamentados, não basta apelar para os tribunais, nem para a esfera pública do direito: é necessário entrar também em disputas políticas sobre a linha que separa o sistema do mundo da vida”.⁹⁷

Expondo sobre a autonomia do direito, Habermas afirma que não é somente o texto legal que define a atuação judicial. Nas frestas das decisões dos juízes, “imiscuem-se argumentos; e, através de preconceitos sociais e opiniões ingênuas, que se cristalizam em ideologias profissionais, introduzem-se interesses não confessos, ao invés de bons argumentos”.⁹⁸ Neste enfoque, a autonomia do sistema jurídico não é expressiva, eis que argumentos de natureza não jurídica são anexados às leis.

A crítica imanente ao positivismo jurídico, desenvolvida por Fuller até Dworkin contra as posições de Austin, Kelsen e Hart, revela que aplicação do direito tem que contar, cada vez mais, com objetivos políticos, com fundamentações morais e com princípios. Em termos luhmannianos, isso significa que, no código jurídico, se introduzem conteúdos do código moral e do código do poder; neste sentido, o sistema jurídico não é “fechado” (...)

Max Weber tinha razão: somente se levarmos em conta a racionalidade que habita no próprio direito, poderemos assegurar a independência do sistema jurídico. No entanto, como o direito também se relaciona internamente com a política e com a moral, a racionalidade do direito não pode ser questão exclusiva do direito.⁹⁹

Seguidor de Habermas, José Pedro Luchi formula leitura da distinção entre questões morais e questões políticas no Estado de Direito: as “normas morais regulam as interações sociais em geral, de modo válido para todos os grupos sociais, regras jurídicas normatizam as relações de uma sociedade concreta, em determinadas condições históricas e, portanto, devem refletir conteúdos concretos e fins colocados pela sociedade”.¹⁰⁰

⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. Democracia e Direito, v. 2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 219.

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. Democracia e Direito, v. 2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 219.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. Democracia e Direito, v. 2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 228/229.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. Democracia e Direito, v. 2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 228/229.

¹⁰⁰ LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos fundamentais e dos Princípios do Estado, em Linguagem e Sociabilidade, Vitória: EDUFES, 2005, pp. 141/144.

A moral é universal, mas o direito também alberga a vontade dos setores da sociedade.

Quanto mais concreta a legislação, mais se fazem valer a auto-compreensão determinada da comunidade de parceiros jurídicos e a situação de interesses, bem como a escolha dos meios para realizá-los. Os pontos de vista teleológicos estão tanto mais presentes no Direito quanto mais o Estado é visto como mediador na consecução de fins sociais. Mesmo o modelo liberal - que limita o papel do Estado à garantia de liberdades subjetivas e desloca a consecução de fins para o mercado e outras associações da sociedade civil - não pode liberar o Direito das tarefas teleológicas de jurisdição tributária e militar. Quanto mais intenso fosse um modelo institucionalista, mais o Estado deveria se encarregar de implementar metas e estratégias até o ponto de se perder a distinção entre Política e Direito, entre Facticidade de ordenações concretas e sua Legitimidade.¹⁰¹

Luchi destaca que tanto as normas morais como as regras jurídicas são universais. A correção das regras morais está vinculada ao senso de justiça, ao que é considerado bom para todos. Já as regras jurídicas ficam submetidas a outros critérios, por exemplo, à resolução imparcial de conflitos. A razão no direito é também acionada pela chave ético/política e pragmática, pois “se uma formação racional da vontade deve resultar num Sistema de Direitos, ela vai necessariamente além do campo moral”.¹⁰²

As normas jurídicas se dirigem aos membros de uma coletividade determinada. A simetria no direito não coincide com a justiça, mas não deve afrontar à moral.

A validade de leis jurídicas é julgada também: 1) por razões ético-políticas, isto é, se as leis correspondem à auto-compreensão da coletividade, às suas valorações fortes e aos meios para realizá-las; 2) por razões pragmáticas, conforme sejam adequadas as estratégias às metas empíricas, e conforme expressem compromissos leais entre diversos interesses. Tais razões, à diferença de razões morais, são válidas apenas relativamente a uma Identidade cultural e histórica, a uma dada situação de interesses materiais. Enquanto a Moral privilegia o momento cognitivo da universalização de interesses, o Direito acolhe um momento volitivo de valorações e fins. Habermas designa a validade moral com o termo "correto": normas morais são "corretas" no sentido de "justas". Leis jurídicas são "legítimas", englobando um leque mais amplo de sentido de validade.¹⁰³

¹⁰¹ LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos fundamentais e dos Princípios do Estado, em Linguagem e Sociabilidade, Vitória: EDUFES, 2005, pp. 141/144.

¹⁰² LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos fundamentais e dos Princípios do Estado, em Linguagem e Sociabilidade, Vitória: EDUFES, 2005, pp. 141/144.

¹⁰³ LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos fundamentais e dos Princípios do Estado, em Linguagem e Sociabilidade, Vitória: EDUFES, 2005, pp. 141/144.

Concluindo a exposição deste ponto, é válido apresentar algumas das observações de Stephen Guest para destacar que agora estão apresentadas algumas concepções de Dworkin sobre “a natureza interpretativa de práticas sociais e seus pontos de vista sobre a objetividade de alguns tipos de proposições controvertidas. Estamos, portanto, em posição de nos voltarmos para seu tratamento das áreas controvertidas da prática social do direito, a saber, os casos difíceis”.¹⁰⁴

2.2.4. Intenções e princípios

Guest sustenta que Dworkin atribuiu à expressão “casos difíceis” (*hard cases*) um sentido novo. Um caso difícil “é uma situação no direito que dá origem a discussão genuína a respeito da verdade de uma proposição de direito que não pode ser solucionada por recurso a um conjunto de fatos evidentes determinantes da questão”.¹⁰⁵

Nos casos difíceis, há que enfrentar intenção ou propósito de uma determinada norma. É a intenção que garante a associação entre a justificação política dada às leis e a solução dos casos difíceis. Há ainda que identificar os princípios inseridos nas regras postas, relacionando a justificação política adotada para casos similares.

Intenções e princípios definem os direitos jurídicos como uma função dos direitos políticos. O julgador que aceita as práticas do seu sistema jurídico, aceita a teoria política geral que justifica essas práticas. Os conceitos “de intenção legislativa e os princípios do direito costumeiro são artifícios para a aplicação dessa teoria política geral às questões controversas sobre os direitos jurídicos”.¹⁰⁶

Em “Uma questão de princípio”, Dworkin discute a busca das intenções dos legisladores. Uns compreendem que a averiguação deve ser individual e outros que deve ser coletiva. Os dois lados vislumbram a intenção como fato histórico. Dworkin considera esta

¹⁰⁴GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 161.

¹⁰⁵GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 163.

¹⁰⁶DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 165.

leitura como erro “sério porque não há nada semelhante a uma intenção dos constituintes esperando para ser descoberta, mesmo que em princípio exista apenas alguma coisa esperando para ser criada”.¹⁰⁷

Morrison acrescenta que, na elaboração de um julgamento, devemos considerar a história política do sistema jurídico expressa nas regras e princípios e a utilizarmos na argumentação. Encontrá-la depende da interação entre regras/princípios e habilidade do julgador. A interação de regras e princípios deve certificar e proteger os valores fundamentais do sistema jurídico.

2.3. Interpretação do direito

O senso médio exige que juízes e advogados compartilhem critérios factuais sobre os fundamentos do direito para viabilizar o debate sobre o conceito de direito, ou melhor, o debate sobre a interpretação do conceito de direito.

Dworkin rejeita a necessidade desse prévio acordo interpretativo. Em “O império do Direito”, garante que o argumento é tipicamente filosófico e o chama de “agulhão semântico”.

Sua concepção mais moderna de agulhão semântico se reporta a “uma prática que demarca a extensão do conceito ou por meio de critérios comuns de aplicação ou pela vinculação do conceito a um tipo natural distinto”.¹⁰⁸

O efeito do agulhão semântico consiste no pressuposto de que todos os conceitos de direito, inclusive o doutrinário, dependem de uma prática convergente em uma dessas duas formas. Os juristas que forem agulhados vão supor que uma análise do conceito de direito deve ajustar-se – e não mais do que isso – àquilo que, para a quase totalidade dos juristas, constitui o direito.¹⁰⁹

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 51.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 318/319.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 318/319.

Os feridos pelo “agulhão semântico” adquirem a uma “moléstia”: condicionam a viabilidade do debate jurídico à adoção dos mesmos critérios de identificação das concepções, ainda que não seja possível agregar exatidão aos tais critérios. Dworkin denuncia a “estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som”.¹¹⁰

Dworkin sustenta que os juristas adotam critérios muito primários para definir divergência. Quando os objetos ou eventos a interpretar são os mesmos, a divergência deve ser considerada genuína, mesmo que as partes usem critérios distintos para descrevê-la.

2.3.1. Uma nova ótica

Valor e conteúdo se confundem. A interpretação repercute na prática e a nova forma impõe novel interpretação, “embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior”.¹¹¹

Interpretar é tentar entender algo de maneira particular, tentar descobrir motivos e intenções. Então, uma teoria interpretativa é “uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos”.¹¹²

A interpretação de uma prática social é similar à interpretação artística: ambas avaliam algo criado por pessoas como entidade distinta. Ambas são formas de interpretação criativa e enfrentam intenções e não causas, sendo que as intenções em jogo são as do intérprete e não as do autor. As intenções do autor são traduzidas através das convicções do intérprete.

Dworkin explica que a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva: decorre da interação entre propósito e objeto. A interpretação construtiva cuida de impor “um

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 56.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 59.

¹¹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 60.

propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”.¹¹³

Dworkin identifica três etapas na interpretação.

- a) Etapa pré-interpretativa, onde são identificados regras e os padrões; exige alto grau de consenso;¹¹⁴
- b) Etapa da justificação dos principais elementos identificados na etapa anterior;¹¹⁵
- c) Etapa pós-interpretativa ou reformuladora, na qual o intérprete ajusta suas concepções, alimentando e aperfeiçoando a segunda etapa.¹¹⁶

Neste passo, Dworkin destaca a importância de distinguir conceitos e concepções. Os conceitos são considerados o tronco de uma árvore e as concepções os seus galhos.

A interpretação do direito exige razoável nível de consenso no primeiro patamar – o nível dos conceitos: é o chamado acordo pré-interpretativo. Assim é que, no segundo nível, as concepções do direito “começam por uma ampla tese sobre se e porque as decisões políticas

¹¹³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 64.

¹¹⁴ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. Sustenta que na etapa pré-interpretativa se interpõe o paradoxo da interpretação, que remete a ser enunciado como proposições opostas: não se pode iniciar uma interpretação sem que sejam estabelecidos previamente os fatos; mas não há fatos sem interpretação. Na verdade, para ele, não existe uma fase pré-interpretativa. Não é o objeto que limita a interpretação, mas o consenso de uma comunidade interpretativa.

¹¹⁵ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. Na segunda etapa, a prática definida é integrada sob a ótica de teoria da finalidade. A etapa só pode ser bem-sucedida se o intérprete for membro da comunidade interpretativa: o intérprete seleciona os paradigmas da prática, mas a seleção é interpretativa e pressupõe uma teoria da finalidade que revigore a prática.

¹¹⁶ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006. Sustenta que não há distinção entre as etapas da interpretação que obrigue a encarar a realidade de forma que a inquietação contra a manipulação perca força. O padrão de adequação e a teoria da finalidade adotados relativizam o que confere valor à prática. Assim, não há distinção entre a interpretação correta e a falsa: existem apenas invenções. Neste passo, Dworkin substitui o objeto independente pelo consenso interpretativo anterior. Para preservar esse consenso, o cético deve ser mantido à distância.

do passado de fato fornecem tal justificativa, e essa tese oferece uma estrutura unificadora à concepção como um todo”.¹¹⁷

Prosseguindo, acrescenta que as teorias mais apropriadas para análise do direito não são as semânticas e sim as interpretativas. As teorias interpretativas “se voltam, por natureza, para uma cultura jurídica em particular, em geral para a cultura à qual pertencem seus autores. A menos que essas teorias sejam profundamente céticas, vão tratar esse sistema legal como um exemplo florescente do direito, que pede atitude interpretativa e a recompensa”.¹¹⁸

Deste modo, o conceito de direito é um conceito interpretativo. Os juízes desenvolvem suas teorias interpretativas seguindo suas próprias convicções e tendências. Não obstante, “um grande número de forças atenua essas diferenças e conspira a favor da convergência. Toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância”.¹¹⁹

Dworkin também distingue ceticismo interior, o que ocorre na atividade de interpretação, de ceticismo exterior, que surge no exterior e em torno da atividade.

Os céticos “identificam um grave erro na atitude interpretativa do modo como a descrevi; dizem que é um erro supor que uma interpretação de uma prática social, ou de qualquer outra coisa, possa ser certa ou errada, ou realmente melhor do que outra”.¹²⁰ Dworkin argumenta que a afirmação é confusa, se avaliada do ponto de vista do ceticismo exterior. Adotado o ponto de vista do ceticismo interior, a argumentação ainda está por ser feita.

Neste passo, Morrison adiciona diversas ponderações. Afirma que a hermenêutica é uma espécie de filosofia prática, mais inclinada para a ética. Em contraponto à vertente nihilista da modernidade (a consciência de que não há um objetivo), os critérios propostos por

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 134.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 127.

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 110.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 106/107.

Dworkin norteiam horizontes, pois para ele é essencial que o ato de interpretar pressuponha finalidade e objetivo da atividade a ser analisada.

Também destaca que Fuller já enfatizara a diferença entre as ciências sociais e as ciências naturais, vez que as ciências sociais são compreendidas através dos significados que representam para os participantes. Assim, a teoria interpretativa de Dworkin atribui um propósito à atividade jurídica, que se manifesta na atividade dos participantes.

Dworkin substitui o positivismo pela teoria interpretativa. Ainda afirma que o positivismo vislumbra o direito como simples questão de fato.¹²¹ Tentando adaptar o legado de Hart, Dworkin passa do positivismo para uma estrutura hermenêutica ou interpretativa. A atitude interpretativa pressupõe que as práticas interpretadas têm um valor. O significado da prática social deve ser continuamente interpretado, pois muda todo o tempo, à luz das novas interpretações.

A prática argumentativa envolve toda a comunidade jurídica: com esta assertiva, Dworkin busca manter a confiança em seu sistema interpretativo, argumentando que condiz com a prática americana.

Dworkin concebe a interpretação como meio de desvendar os objetivos da prática, atribuindo-lhe unificação teórica – holística. Para ele, a ideologia do estado de direito é muito poderosa: Dworkin trata o direito como escrito pela comunidade personificada e o direito encarna compromisso, convicção, integridade e busca da verdade. Não sem motivos surgiu o título de uma das principais obras: “O Império do Direito”.

Em “Justice for hedgehogs”, o autor adiciona que na interpretação conceitual desaparece a distinção entre autor e intérprete. O intérprete ajuda a criar o que interpreta.¹²² Compreender conceitos e fundamentá-los nos ajuda a construir visões de responsabilidade

¹²¹ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.. Assevera, contudo, que Dworkin conserva algo do legado positivista: em diversas passagens, afirma que o direito material define a verdade do direito.

¹²² DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, p. 157.

moral, direitos humanos, liberdade, igualdade, democracia e lei e nos permite explicar porque a melhor concepção de cada um destes elementos influi na construção dos outros.¹²³

Devemos reconhecer que compartilhamos alguns dos nossos conceitos, incluindo os políticos, de uma forma diferente, como conceitos interpretativos. Nós os compartilhamos porque partilhamos as práticas sociais e experiências em que estes conceitos representam.

Usamos os conceitos para descrever valores, mas discordamos sobre o que estes valores são e como devem ser expressos. Discordamos porque interpretamos as práticas referentes aos conceitos de forma diferente: adotamos diferentes teorias sobre os valores que melhor as justificam.

Os conceitos políticos devem ser integrados uns aos outros. Não podemos defender uma concepção de qualquer um deles sem mostrar como ela se encaixa na percepção dos outros. Esta circunstância fornece uma característica importante do processo de formação da unidade de valor.¹²⁴

Morrison adjetiva como surpreendente a ligação entre o projeto de Dworkin e a noção de modernidade. Para ele, Dworkin vislumbra o processo judicial como um trabalho de individuação, definição de direitos e criação de uma comunidade de princípios. Os cidadãos não são apenas sujeitos, mas portadores de direitos. O sistema jurídico atua como intermediário, mas a ideia de integridade é fundamental para a construção da modernidade.¹²⁵

Assim, destaca Morrison, Hércules¹²⁶ poderia interpretar qualquer obra: dos marxistas aos nazistas, ou mesmo dos proponentes dos Estudos Jurídicos Críticos, coordenando os preceitos aplicáveis às respectivas ideologias.

¹²³ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, pp. 163/164.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, pp. 06/07.

¹²⁵ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹²⁶ Conceito que será apresentado nos próximos tópicos.

O desenvolvimento do direito é compreendido através desta narrativa. Dworkin o compara à produção literária, porquanto o processo judicial lhe é semelhante à elaboração de um romance em cadeia,¹²⁷ na qual, vários autores escrevem um livro que nunca é concluído. O segundo autor deve escrever de acordo com o primeiro capítulo, acrescentar material novo e assim prossegue a obra, infinitamente. A produção judicial é semelhante. O ordenamento exige que os juízes atuais partam de onde pararam os anteriores. Preservada a continuidade, cabe ao julgador da vez equilibrar passado e inovação. É o avanço da sociedade no caminho da modernidade.

Morrison também insere críticas. Alega que Dworkin silencia sobre os enfoques não filosóficos, prendendo sua teoria jurídica à ideologia do sistema. Além disto, na “interpretação mais construtiva” adota função prescritiva e não descritiva, ou seja, uma teoria sobre o que o direito e as decisões judiciais devem ser e não sobre o que são.

Verdadeiramente, o critério para identificação da "interpretação mais construtiva" é vinculado à moralidade política do intérprete.

Morrison segue para afirmar que a interpretação envolve necessariamente uma perda da certeza. O positivismo enfatiza a certeza através da análise descritiva e tenta conceber a essência do direito. O consenso em relação à essência pode ser o critério para resolver divergências nos casos específicos, pois identifica um padrão comum que pode resolver as dissensões.

Dworkin acredita que tal essência não existe. As disputas sobre a natureza do direito parecem insolúveis. A natureza do objeto limita as interpretações disponíveis. Essa é a ética interpretativa: ajuste ao objeto. O objeto é o critério para a validade da teoria. O autor propõe que seja adotada a interpretação que torna o objeto o melhor possível e assim aviva sua “melhor luz”.

Ripstein enfrenta um dos pontos mais importantes da obra de Dworkin, que é a sua rejeição à ideia de tratar a filosofia da forma tradicional. Ele se recusa a tentar achar o "ponto

¹²⁷ Conceito que será apresentado nos próximos tópicos

de Arquimedes", ou seja, um ponto que serve de base para uma alavanca e resolve as questões filosóficas mais complexas.¹²⁸

No século XX, as abordagens arquimedianas foram alvo de muitas críticas. Qualquer que seja a força ou o mérito das críticas, todas têm focado os problemas de associação da metáfora com a filosofia teórica. O fracasso das tentativas de encontrar o ponto arquimediano leva as pessoas a questionar qual o erro inserido nesta ideia. Os antiarquimedianos na filosofia teórica negam a existência do pensamento moral comum e sua natureza conservadora.

Apesar disso, o arquimedianismo oferece a possibilidade de um porto seguro que permite ficar acima das disputas de argumentação normativa e resolver as contendas que a animam. A concepção foi bem acolhida pelo realismo, movimento que entrou em colapso na década de 1950, mas manteve adeptos e chegou aos dias de hoje, com ênfase em questões de política e outras formas de argumentação moral.

Habermas assevera que Dworkin pretende coordenar segurança jurídica com pretensão de legitimidade e o faz através de uma teoria pretensiosa, que permite decidir os casos difíceis pela aplicação do direito vigente racionalmente reconstruído.

No discurso jurídico, há argumentos normativos típicos, os quais, em caso de colisão de regras, justificam a escolha da norma adequada a cada caso, à luz de princípios. Dworkin também se interessa por esses princípios, uma vez que eles possuem um conteúdo deontológico reconhecível, que os subtrai da contingência de derrogações e colocações arbitrárias. Quando, por exemplo, direitos fundamentais e princípios do Estado de direito são interpretados e aprimorados, ou quando outros conteúdos morais imigram para o direito positivo, "obtendo assim apoio dos decretos oficiais de instituições jurídicas", uma modificação de tais prescrições jurídicas não pode tocar em seu conteúdo normativo. "Não faz sentido afirmar que princípios desse tipo são 'rejeitados' ou 'conservados'". E verdade que princípios não podem ser ontologizados em fatos morais; no entanto, eles têm, graças à sua força de justificação deontológica, um valor posicional na lógica da argumentação, o qual explica por que as fontes de fundamentação disponíveis no discurso jurídico são suficientes para ir além de justificativas internas e fundamentar as próprias premissas.¹²⁹

Para Habermas, Dworkin sabe que a tarefa de justificar uma ordem jurídica é grandiosa. Então, cria um juiz com capacidades intelectuais à altura da capacidade física de

¹²⁸ A metáfora de Arquimedes instiga aos filósofos. De Platão a Habermas, os pensadores têm procurado algum ponto que funcione como chave para suas indagações.

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 01, pp. 261/264.

Hércules e que dispõe de dois componentes de um saber ideal: “ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos”.¹³⁰

A capacidade argumentativa de Hércules permite alterar a hierarquia dos princípios e objetivos e, mesmo assim, permanece vinculada à “necessidade de classificar criticamente a massa do direito positivo e de corrigir 'erros'. Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos, do modo como é exigido pela equidade”.¹³¹

Saavedra realça que a tensão entre facticidade e validade é inerente ao direito e se expressa pelo conflito entre segurança jurídica e pretensão de correção. E questiona como equilibrar estas vertentes.

Habermas reconstrói a opinião de Dworkin como uma tentativa de solução deste problema. Em um primeiro momento, Habermas tenta precisar a tese que Dworkin sustenta acerca da relação do direito com a moral. Dworkin entende que o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais. Habermas aceita esta tese, mas a reconstrói segundo a teoria discursiva do direito, ou seja, o direito entra em contato com a moral através do processo de formação democrática da legislação. Para melhor compreensão do argumento do autor, deve-se lembrar que Habermas sustenta o argumento de que na sociedade moderna se atingiu o nível de fundamentação pós-tradicional, logo a separação total entre direito e moral deve estar sempre pressuposta (Habermas, 1998: 250 e 256) (...)

A partir desse prisma Habermas sustenta que Dworkin captou "o nível de fundamentação pós-tradicional do qual o direito positivo depende" (Habermas, 1997: 259). Essa concepção que Habermas utiliza para caracterizar a fundamentação do direito moderno por vezes parece retornar à ideia luhmanniana de que na sociedade moderna o sistema jurídico se diferenciou por completo dos outros sistemas. De fato, no nível de aplicação do direito, Habermas e Luhmann não têm diferenças substanciais. As suas diferenças aparece no âmbito da justificação dos critérios decisão. Luhmann sustenta que ambas tarefas foram subsumidas em um sistema autopoietico: o sistema jurídico. Habermas entende que o nível de justificação critérios não está disponível ao sistema jurídico. Ele está vinculado a um processo complexo de formação democrática da legislação que está situado "fora" do sistema jurídico.¹³²

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 01, p. 263.

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 01, p. 263.

¹³² SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Hermenêutica constitucional. Democracia e reconhecimento: desafios da teoria da constituição contemporânea*, em Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 7, Vol. 01, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006, pp. 264/288.

Didático, J. W. Harris afirma que a teoria de Dworkin evoluiu em três fases.¹³³

a) A primeira fase corresponde ao ataque ao Modelo de Regras, que tinha Hart como expoente. Dworkin denunciou a ideia de que a lei consiste em um sistema de regras cuja validade é indicada pelo “pedigree” e questionou a autorização dada aos juízes para livre exercício de poder discricionário em todos os não regulados. Sustentou que essa era uma imagem distorcida da lei, porque não considerava os princípios e nem as políticas.

Também defendeu que os princípios diferem das regras de tipo lógico. Considerando que as regras se aplicam de forma tudo ou nada, destacou que princípios têm uma dimensão de “peso”.

No posfácio à segunda edição de “O Conceito de Direito”, Hart admitiu que devesse mais atenção aos princípios. Mas insistiu na compreensão de que a pertença a um sistema jurídico pode ser testado por uma regra mestre, o “pedigree”. Hart também negou que os princípios diferem de regras de tipo lógico.

Nos escritos mais recentes, Dworkin fala em “argumentos de princípio” como proposições de moralidade política que afirmam a existência de direitos. Sua insistência de que os juízes não podem exercer poder discricionário para criar lei para as questões não reguladas é uma característica persistente do seu ataque ao positivismo.¹³⁴

b) Na segunda, Dworkin aborda os casos difíceis. Apresenta Hércules, seu juiz dotado de superpoderes, que constrói uma teoria política para justificar o direito, conforme a melhor luz, em abordagem holística.

Hércules produz suas respostas sopesando a Constituição, os estatutos e a jurisprudência (no sentido americano) e assim consegue o ajuste apropriado para resolver a

¹³³HARRIS, J. W., Dworkin's rights thesis, em *Legal Philosophies*, Second Edition, London/Edinburg/Dublin: Butterworths, 1997, pp. 188/190.

¹³⁴HARRIS, J. W., Dworkin's rights thesis, em *Legal Philosophies*, Second Edition, London/Edinburg/Dublin: Butterworths, 1997.

questão, especialmente nos *hard cases*. Ele observa os padrões derivados de moralidade substantiva, quando a ocasião o requer.

c) A terceira fase é representada pela edição de “O império do direito”. A atuação de Hércules é vinculada à interpretação construtiva. Partindo dos elementos da fase pré-interpretativa, o juiz-herói deve desenvolver a melhor teoria possível para a questão em exame.

A abordagem para os casos difíceis e a afirmação de que a lei exige atitude interpretativa não pretende equiparar os juízes verdadeiros a Hércules, mas destacar que todos podem adotar a atitude interpretativa que identifica a melhor luz para cada questão.

Hércules reaparece como o juiz exemplar que tem a habilidade super-humana necessária para conduzir este processo. Sua abordagem para casos difíceis é o suporte fundamental para definição da atitude interpretativa.¹³⁵

2.3.2. Hércules

Dworkin cria um personagem. Um juiz filósofo, capaz de desenvolver teorias sobre a intenção legislativa e os princípios jurídicos. Um jurista “de capacidade, sabedoria e paciência e sagacidade sobre-humanas”:¹³⁶ Hércules.

Ele aceita as regras não controversas da sua jurisdição. Aceita que as leis têm o poder de “criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”.¹³⁷

¹³⁵ HARRIS, J. W., Dworkin's rights thesis, em *Legal Philosophies*, Second Edition, London/Edinburg/Dublin: Butterworths, 1997.

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 165.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 165.

Na realização do seu trabalho, ele deve perquirir sobre a essência do sistema de princípios adotado na Constituição e elaborar sua própria teoria constitucional. Pressupõe-se que seja capaz de desenvolver uma teoria política completa, identificando os princípios e políticas que justificam o sistema.

Deve desenvolver sua teoria “referindo-se alternadamente à filosofia política e ao pormenor institucional. Deve gerar teorias possíveis que justifiquem diferentes aspectos do sistema, e testá-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla. Quando o poder de discriminação deste teste estiver exaurido, ele deverá elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza”.¹³⁸

Precisa avaliar as leis, buscando os princípios e políticas que motivaram o legislador, e utilizar esses parâmetros para dizer o direito, tanto nos casos claros quanto nos obscuros, sem abandonar os limites da norma - as referências formalizadas. Hércules não complementa a lei: constrói sua teoria política utilizando o que o poder legislativo fez naquela ocasião como argumento.

Também deve analisar os precedentes e usar suas técnicas de interpretação para verificar se estes albergam o caso novo, assim reconhecendo o que se convencionou chamar de força de promulgação do precedente.

As decisões anteriores o auxiliam na formulação de regras novas, mas de um modo diferente do obtido através da interpretação. Os precedentes têm força gravitacional para os juízes, que sempre tentam associar a justificação das suas decisões às que foram prolatadas no passado.

A força gravitacional de um precedente é um apelo “à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro”.¹³⁹

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 167/168.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 176/177.

Avaliando a questão, o juiz-herói concluirá que a equidade oferece “a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade” e ultimarà “que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”.¹⁴⁰

Portanto, a força gravitacional de um precedente é estabelecida pelos argumentos de princípio que o sustentam. Justificando essa prática, Hércules pressuporá que a tese dos direitos é válida na sua comunidade e que a extração de princípios dos precedentes é uma afirmação metafórica da tese dos direitos.

Dworkin enfrentou em edições posteriores algumas das objeções mais correntes. Em “Levando os direitos a sério”, cita que Hércules é acusado de adotar suas próprias convicções em assuntos de moralidade política e esclarece que “a acusação é ambígua, pois existem duas maneiras pelas quais uma autoridade poderia tomar por base suas próprias opiniões ao tomar uma decisão. Em se tratando de um juiz, uma delas é ofensiva, mas a outra é inevitável”.¹⁴¹ É inevitável porque um juiz nunca se exime completamente das suas convicções e é ofensiva, pois só poderia ser aplicada se o juiz argumentasse que seu ponto de vista particular é suficiente para sozinho justificar uma decisão, algo que passa a léguas do entendimento de Dworkin.

Em “O império do direito”, Dworkin enfrenta outras objeções. Seus opositores asseveram que Hércules faz o jogo político, é um impostor, arrogante e tirano.

Dworkin esclarece que os juízes não devem confiar nas suas convicções pessoais: devem extrair suas convicções do sistema. O crítico que questiona a integridade política do juiz-herói “não confia nas convicções interpretativas politicamente neutras”. Essa posição “pode ser plausível, mas é bastante polêmica e nada tem de neutra”.¹⁴²

No que se refere à lisura, diz que os fundamentos do direito “estão na integridade, na melhor interpretação construtiva das decisões jurídicas do passado, e que o direito é, portanto,

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 176/177.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 193.

¹⁴² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 309/310.

sensível à justiça no sentimento reconhecido por Hércules”.¹⁴³ Acrescenta que só os vitimados pelo agulhão semântico podem considerar que Hércules usa o direito de forma fraudulenta.

Contra a aventada arrogância, garante que esta “não poderia ser considerada uma objeção ao direito como integridade, pois se aplicaria, com plena força, ao pragmatismo ou ao convencionalismo, que se torna pragmatismo em qualquer caso difícil o bastante para ser levado diante de um tribunal de recursos”.¹⁴⁴

Por fim, quanto à aventada tirania, Dworkin explica que Hércules foge à classificação padrão dos juízes: não é um historicista, não é um passivista e também não é um ativista.

Mas já vimos o suficiente para saber que uma acusação que os certos juristas fazem a Hércules é injusta e, o que é ainda pior, obscurantista. Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o do seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço do seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer.¹⁴⁵

Nesta etapa, Morrison sobrepõe que julgar não é fácil e os juízes cometem erros. O único juiz que poderia “não cometê-los seria aquele dotado de sabedoria infinita, que conhecesse toda a História das decisões e tivesse um conhecimento onisciente dos valores políticos de um sistema”.¹⁴⁶ Porém, o juiz-herói é só um modelo, um ideal: “juízes reais cometem erros e Dworkin afirma categoricamente que Hércules é real no sentido de que constitui a melhor interpretação do verdadeiro raciocínio jurídico”.¹⁴⁷

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 311/312.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 315.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 476.

¹⁴⁶ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁴⁷ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Não obstante, Morrison acrescenta que os juízes reais devem imitar Hércules, que aceita a doutrina de responsabilidade política do seu sistema e aplica o direito já existente como expressão de uma teoria política dotada de coerência interna.

Ainda que somente Hércules possa sempre obter a resposta certa, todo juiz tem obrigação de pretender obtê-la - os advogados são parte desse mesmo problema. Portanto, os advogados podem criticar os juízes por entenderem mal os princípios, valores e tradições do sistema jurídico. Todavia, não apenas os juízes e advogados acham-se envolvidos: os cidadãos comuns também têm voz aqui, como fica particularmente claro na discussão que Dworkin faz do caso da desobediência civil (ver *Levando os direitos a sério*, capítulo 8) e do direito a desobediência.¹⁴⁸

Cada juiz tem suas concepções pessoais, mas algumas dessas teorias serão mais ajustadas ao desenvolvimento moral e político da sociedade. Os casos difíceis entram no campo da teoria política. O direito moderno é um projeto em construção, dedicado à interação social na forma de uma comunidade de princípios.

Gisele Mascarelli Salgado assevera que na visão dworkiana o juiz que cria normas exerce poder que não detém. Na sua leitura da obra de Dworkin, “o juiz não é um criador de norma. É uma pessoa que aplica o Direito com base em critérios pré-estipulados, garantindo ao Direito uma certa segurança e certeza”.¹⁴⁹

Os trabalhos a que o juiz está obrigado a realizar para bem aplicar o direito, tornam a tarefa hercúlea, porém o juiz de Dworkin está muito mais para Ulisses que para Hércules. Atado aos princípios para poder proferir sua decisão, o juiz como Ulisses não pode sucumbir ao canto das sereias, que o chama para uma decisão que leve em conta suas próprias concepções, que seja uma decisão política/ discricionária. Os positivistas sucumbiram às sereias por não tamparem seus ouvidos, nem se atarem ao mastro dos princípios, ao tentar atravessar o perigoso mar do Direito. O juiz como Ulisses também deve ter seus olhos vendados, para não criar visões de seres fantásticos, ou seja, para não criar direitos.¹⁵⁰

Segundo Habermas, Dworkin pressupõe um juiz altamente qualificado, técnica e moralmente, capaz de garantir a integridade da comunidade jurídica. Então, Habermas retruca que “a prática da jurisdição deve garantir a socialização autônoma de cidadãos que se

¹⁴⁸ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁴⁹ SALGADO, Gisele Mascarelli. *Uma visão do neoconstitucionalismo a partir de Dworkin*, em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 7, Vol. 01, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006, pp. 254/263.

¹⁵⁰ SALGADO, Gisele Mascarelli. *Uma visão do neoconstitucionalismo a partir de Dworkin*, em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 7, Vol. 01, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006, pp. 254/263.

orientam por princípios” e que a concepção de integridade no direito “teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente”.¹⁵¹

Mesmo assim, quando analisa as críticas do CLS – Critical Legal Studies Movement,¹⁵² que vê Hércules como reflexo do desejo de uma confirmação prática da decisão e sustenta que os juízes escolhem seus princípios e objetivos e com eles constroem suas teorias, racionalizando para disfarçar preconceitos, Habermas entende que Dworkin poderia rebater a crítica nos seguintes termos:

Na medida em que os críticos podem realmente provar, apoiando-se em estudos de caso convincentes, que as decisões judiciais podem ser explicadas melhor a partir de fatores extralegais do que a partir da situação jurídica, os fatos falam contra a prática existente. Entretanto, a indeterminação interna do direito não resulta da estrutura do próprio direito, como os críticos pensam, e sim da recusa dos juízes em desenvolver a melhor teoria possível, bem como da história institucional de uma ordem jurídica, a qual é avessa, em maior ou menor medida, a uma reconstrução racional. A interpretação reconstrutiva só será bem-sucedida se a história, da qual uma ordem jurídica concreta surgiu, sedimentar, de alguma maneira, algum fragmento de "razão existente". Por ser americano, Dworkin pôde apoiar-se num desenvolvimento constitucional contínuo que já dura mais de duzentos anos; por ser liberal, ele está inclinado a uma avaliação mais otimista, descobrindo processos de aprendizagem na maior parte do desenvolvimento jurídico americano. No entanto, mesmo quem não compartilha essa confiança ou se encontra noutros contextos políticos ou jurídicos, não precisa renegar a ideia reguladora incorporada no Hércules, uma vez que no direito vigente são encontráveis indícios históricos que permitem uma reconstrução racional.¹⁵³

Guest conclui esclarecendo que Hércules é um juiz idealizado, uma abstração utópica. A resistência dos críticos é mais próxima da dificuldade em aceitar a amplificação do que é direito válido para Dworkin.

Por meio de Hércules, Dworkin pode apenas fornecer um esquema de argumento que alguém usaria em um tribunal. Ele não é capaz de fornecer um conjunto de premissas das quais conclusões podem ser extraídas por meio da dedução, pela razão de que ele não pensa que o direito seja assim. Sua teoria é crítica desse tipo de compreensão positivista e formalista que seria, a seu ver, muito simples. A chave para entender Hércules repousa na seguinte ideia: Se um juiz aceita a prática estabelecida do seu sistema jurídico – isto é, se ele aceita a autonomia fornecida

¹⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003., v. 01, p. 277.

¹⁵² Estudos Jurídicos Críticos nas obras de Dworkin traduzidas. Na visão de Dworkin, os céticos. Dworkin opõe-se ao ceticismo externo. Dworkin gostaria de converter o cético externo em interno e transportar o discurso do ceticismo para a hermenêutica e não sobre a experiência do direito.

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003., v. 01, pp. 266/267.

pelas suas regras constitutivas e reguladoras distintas – ele deve, segundo a doutrina da responsabilidade política, aceitar alguma teoria política geral que justifique essas práticas (Taking Rights Seriously, p. 105).¹⁵⁴

2.3.3. A teia inconsútil

A força gravitacional de um precedente depende dos princípios que lhe dão sustentação. Portanto, Hércules é forçado a concluir que a tese dos direitos é válida na sua comunidade¹⁵⁵ e ele deve fundamentar suas decisões em princípios e não em políticas, utilizando os precedentes a partir dos princípios neles inseridos. É a teia inteiriça.

O leitor compreenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. Podemos apresentar a magnitude de tal empreendimento se distinguirmos, no âmbito do vasto material de decisões jurídicas que Hércules deve justificar, uma ordenação vertical e outra horizontal. A ordenação vertical é fornecida por diferentes estratos de autoridade, isto é, estratos nos quais as decisões oficiais podem ser consideradas como controles das decisões tomadas em níveis inferiores. Nos Estados Unidos, a natureza gradativa da ordem vertical é evidente. A estrutura constitucional ocupa o mais alto nível, as decisões da Suprema Corte e, talvez, de outros tribunais que interpretam essa estrutura, vêm a seguir. As leis promulgadas pelos diferentes órgãos legislativos ocupam o nível seguinte, e abaixo deste, em níveis diversos, vêm as decisões dos diferentes tribunais que desenvolvem o direito costumeiro. Hércules deve organizar a justificação de princípio em cada um desses níveis, de tal modo que a justificação seja consistente com os princípios que fornecem a justificação dos níveis mais elevados. A ordenação horizontal requer apenas que os princípios devem ser também consistentes com a justificação oferecida para outras decisões do mesmo nível.¹⁵⁶

Espelhadas as características do ordenamento jurídico, a teoria construída não pode ser atribuída às suas convicções independentes do julgador. Mesmo que as convicções de Hércules apareçam elas não têm força simplesmente porque são as suas convicções.

¹⁵⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 51/52.

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 180: “Caso se reconheça que um precedente específico se justifica por uma determinada razão; caso tal razão também recomende um determinado resultado no caso em juízo; caso a decisão anterior não tenha sido objeto de uma retratação ou, de algum outro modo, não tenha sido vista como uma questão de arrependimento institucional, então deve-se chegar a essa decisão no segundo caso”.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 182/183.

Hércules não é um positivista. Sua teoria respeita à lei e ao precedente, “embora ao tomar suas decisões o juiz evidentemente deixe transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas. Mas isso é muito diferente de supor que essas convicções têm alguma força independente no argumento, simplesmente pelo fato de serem suas convicções”.¹⁵⁷

2.3.4. O romance em cadeia

Dworkin recorre a mais uma metáfora. Sugere que o leitor imagine um grupo de escritores com a tarefa de escrever um só romance da melhor qualidade possível. Cada romancista deve escrever um capítulo, aproveitando os anteriores. O novo capítulo é incorporado à obra, que é entregue a outro escritor para a mesma tarefa e assim prossegue a cadeia.

Assim se constrói a integridade do direito. Ao jurista da vez cabe a tarefa de imprimir sua interpretação e ela deve ser adequada ao ordenamento como um todo. O intérprete deve buscar equilíbrio entre duas forças opostas: a liberdade de criação e a coerção do texto. Para Dworkin, nem a total liberdade criativa e nem a coerção mecânica do texto resolvem a questão interpretativa: cada uma dessas feições deve sofrer as restrições impostas pela outra.

A intervenção do “novo romancista” não pode ser desagregada do seu estilo de interpretação e das suas convicções. Então, premido pelas duas forças antagônicas acima referidas e suas próprias inclinações, talvez o romancista não consiga se adequar à cadeia e abandone o projeto. Mas não pode desistir antes de tentar.

Dworkin oferece um método para viabilizar o romance em cadeia e, para tal fim, traz de volta a figura de Hércules. Diante de um caso concreto, ele deve selecionar as melhores interpretações que puder extrair dos precedentes. Na sequência, deve verificar se estas interpretações são adequadas aos princípios aplicáveis à matéria e, neste contexto, descartar versões inadequadas. Deve levar em consideração “não apenas o número de decisões que são importantes para cada interpretação, mas se as decisões que exprimem um princípio parecem

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 184.

mais importantes, fundamentais ou de maior alcance que as decisões que exprimem o outro”.¹⁵⁸

A melhor interpretação de um caso pode estar associada a um princípio que nunca foi explicitamente declarado. A história política da comunidade será uma história melhor, imagina Hércules, “se mostrar os juízes indicando a seu público, através de suas opiniões, o caminho que tomarão os futuros juízes guiados pela integridade, e se mostrar os juízes tomando decisões que darão voz e efeito prático a convicções sobre moral amplamente difundidas na comunidade”.¹⁵⁹

O “direito como integridade”¹⁶⁰ condena a compartimentalização do direito, pois reverencia a coerência. O “direito como integridade” é interpretativo e a compartimentalização é uma característica da prática jurídica que não pode ser ignorada.

Hércules responde a esses impulsos buscando uma interpretação da compartimentalização e assim constrói sua doutrina da prioridade local. Compreende que sua doutrina ganha maior força “no momento em que os limites entre as áreas tradicionais do direito refletem princípios morais amplamente aceitos que diferenciam tipos diferentes de falta ou de responsabilidade, e o conteúdo de cada área reflete esses princípios morais. A distinção entre direito civil e direito penal passa bem por essa prova”.¹⁶¹

Hércules vai acatar a prioridade local e não afirmará que o direito penal ou o civil deve “ser tratado como um único ramo do direito; não afirmará que a culpa do indiciado precisa apenas ser estabelecida como provável, em vez de razoavelmente provada, porque a norma provável corresponde ao ramo consagrado tão bem quanto a qualquer outra”.¹⁶²

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. O império do direito, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 296.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. O império do direito, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 297.

¹⁶⁰ Conceito que será apresentado nos tópicos posteriores.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. O império do direito, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 302.

¹⁶² DWORKIN, Ronald. O império do direito, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 302.

Hércules não se mostrará tão “disposto a acatar a prioridade local quando o resultado de sua prova não for bem sucedido, quando os limites tradicionais entre as áreas do direito se tornarem mecânicos e arbitrários, ou porque a moral popular passou por uma modificação ou porque o conteúdo das divisões não mais reflete a opinião pública”.¹⁶³

Analisando a concepção do romance em cadeia, Guest elogia a possibilidade de manter alguns pensamentos estáveis e permitir que outros variem. Não há nada que impeça “o segundo escritor de decidir que o primeiro capítulo seja parte de um tratado político. Seria estranho, porque presumivelmente haveria algum tipo de acordo quanto ao gênero literário que teria levado os escritores a trabalhar. Mas não há nada que o impeça no trabalho, propriamente”.¹⁶⁴

2.3.5. A resposta certa

Neste aspecto, Dworkin não é taxativo. Não afirma que o modelo interpretativo que apregoa leva sempre à mesma decisão, nas mãos de diferentes juízes. Na verdade, nega essa possibilidade.¹⁶⁵ Contudo, considera a teoria de que não há resposta certa hostil à sua tese dos direitos.

Inicialmente, sustenta que, “mesmo nos casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização”.¹⁶⁶

Trabalhando o conceito de casos difíceis, Dworkin assevera que um juiz pode concluir que a solução encontra-se a direita, outro que se encontra a esquerda e um terceiro a vislumbra no centro. O centro não significa empate entre os litigantes, mas uma das alternativas de solução.

¹⁶³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 302.

¹⁶⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 52/53.

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 128, 430, 434.

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 430.

Mas o autor sustém que, em um sistema jurídico avançado, “pródigo em regras e práticas constitucionais e que contenha um grande número de precedentes e leis”,¹⁶⁷ a probabilidade de um verdadeiro empate é muito pequena, ao ponto de instruir que os juízes excluam o empate do seu campo de respostas.

Pesados os prós e contras do caso concreto, os juízes irão concluir que uma das partes retém a melhor argumentação. A nova orientação será razoável se “houver vantagens de finalidade ou outras vantagens políticas a serem obtidas mediante negação da possibilidade de casos de empate no direito. Certamente a instrução não será racional, mas tola, se o sistema jurídico não for suficientemente complexo para justificar o cálculo das probabilidades prévias”.¹⁶⁸

Em “A justiça de toga”, afirma que sua tese sobre as respostas certas nos casos difíceis “é, como afirmei, uma afirmação jurídica muito fraca e trivial. É uma afirmação feita no âmbito da prática jurídica, e não em algum nível filosófico supostamente infalível, externo”.¹⁶⁹ Acrescenta que a forma mais natural de defender uma “resposta certa” é a sua demonstração em um caso específico.

Os teóricos insistem que a tese da resposta certa deve significar algo mais do que é percebido pela opinião comum. Mas, para Dworkin, não há como atribuir sentido diferente à questão além do sentido que ela tem na vida comum.

A construção do direito também envolve as pessoas comuns. Nem sempre encontraremos a resposta jurídica certa, mas é fundamental argumentar, eis que implicitamente há um direito a ser descoberto. No estado de direito, a argumentação jurídica deve incluir outras pessoas (acadêmicos, público...) como membros de uma comunidade jurídica interpretativa (a opinião comum).

Morrison confirma que nada há que diferencie a tese da resposta certa da tese de que não existem respostas certas ou erradas. Dworkin exige a “interpretação construtiva”, adicionando que não podemos ser observadores imparciais do que é o direito. Não podemos

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 440.

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 440.

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp; 60/63.

usar a máxima de que a lei é a lei, mas também não podemos adotar a concepção externa, donde se extrai o cinismo do realismo.¹⁷⁰

Relaciona a tese da resposta certa às demais concepções e por isso assevera que Dworkin utiliza de outros argumentos, mas termina por sustentar a existência da resposta certa: podemos prever o resultado de casos difíceis; juízes não exercem poderes discricionários irrestritos, pois não são eleitos para criar direito e devem aplicar os padrões existentes; a criação de novas regras pelos juízes pode ser definida como fraude, pois os juízes estariam mudando as regras do jogo; o direito dispõe de recursos que lhe permitem responder a todos os problemas jurídicos.

Calsamiglia avalia a história do pensamento jurídico para listar diversas concepções: o modelo silogístico do formalismo jurídico (juiz atua de forma lógica e mecânica); o modelo realista das correntes antiformalistas (juiz decide conforme suas preferências pessoais); o modelo positivista (com discricionabilidade judicial para os casos difíceis) e, por fim, o modelo de Dworkin da resposta correta.

La línea de análisis de Dworkin sugiere la negación del poder político del juez sin reducir su actividad a una mera operación mecánica. En su modelo el juez es garantizador de derechos y no creador de ellos, y, en este sentido, es un fiel seguidor de Montesquieu para quien el poder judicial era nulo. Por otra parte el análisis de Dworkin no supone una quiebra del sistema de legitimación del estado democrático ni la creación de normas retroactivas. Por último el modelo de Dworkin concuerda con la idea de que el poder judicial no tiene el poder político supremo en los casos difíciles. El hombre de la calle sabe que el poder supremo no se encuentra en los jueces y sostener «en bruto» la teoría de la discreción judicial supone reconocer — en última instancia— que los jueces pueden desvirtuar mediante interpretación no solo las leyes sino incluso la Constitución. Para todos aquellos que crean que el poder judicial está subordinado a principios superiores (sean legales, constitucionales o morales) el modelo de Dworkin de la función judicial será atractivo.¹⁷¹

Vera Karam de Chueiri e Melina Girardi Fachin acrescentam que encontrar a resposta certa depende de um exercício de interpretação baseado em princípios. A resposta certa de Dworkin “pressupõe sua tese dos direitos e... sua teoria das decisões judiciais pressupõe sua

¹⁷⁰ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁷¹ CALSAMIGLIA, A. *Ensayo sobre Dworkin*, em *Los derechos em serio*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1984, pp. 20/22.

teoria do direito, a qual se funda sobre a pretensão política liberal de que os direitos fundamentais dos cidadãos devem ser protegidos da força coercitiva do Estado”.¹⁷²

É válida ainda a explanação de Guest:

No campo dos valores, Dworkin não diz que há sempre uma resposta correta. Ao contrário, tampouco é o caso que não haja nenhuma resposta correta. Então ele pensa que há respostas corretas em todo tipo de assunto (ele pensa, como você e eu, que é correto não torturar crianças), mas em outros não há, como, por exemplo, na questão de se o vinho tinto é mais nobre do que o vinho branco. Não obstante, do que acima se disse segue-se (e ele o diz) que ele pensa que a questão de se há uma resposta correta no campo avaliatório e, em si, uma questão avaliatória. Mas muitos filósofos assumem o ponto de vista de que em tais domínios, segue-se, por padrão, da indeterminação – da incapacidade de nocautear, como requer a tese arquimediana – que não pode haver uma resposta correta para essa matéria.

Considere a questão de saber se o aborto é ou não mau. Aqui, há controvérsia e as pessoas podem simplesmente não ter certeza da resposta em certas circunstâncias claramente definidas. Mas daí não segue, de nosso estado psicológico de incerteza de fato, de que não há certo ou errado a esse respeito. Isso é óbvio porque frequentemente nossos estados psicológicos surgem por causa de nossa crença de que há certo e errado a respeito e é muito difícil ter certeza do que é certo.¹⁷³

2.3.6. Teoria dos erros

O juiz-herói deve também desenvolver alguma teoria dos erros, mostrando as consequências de sopesar equivocadamente algum evento institucional.

A sua teoria dos erros exibirá dois conjuntos de distinções.

Inicialmente, Hércules separará as consequências dos eventos institucionais da respectiva força gravitacional. Classificado um evento como erro, ele não negará sua autoridade: negará sua força gravitacional.

Ele também distinguirá erros enraizados de erros passíveis de correção, eis que os erros enraizados são dotados de autoridade capaz de sobreviver à perda de sua força

¹⁷² CHUEIRI, Vera Karam, e FACHIN, Melina Girardi. *Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo apaziguado em Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 7, Vol. 02, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006., p. 328.

¹⁷³ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 159/160.

gravitacional. No erro passível de correção, a autoridade depende da força gravitacional e não sobrevive à perda dela.

Depois, Hércules deverá aplicar no mínimo duas máximas na sua teoria, apresentando argumentos históricos ou sociais capazes de demonstrar que um determinado princípio perdeu força e assim caiu por terra o argumento de equidade que o sustentava.

Se Hércules puder demonstrar, por meio de argumentos de moralidade política, que esse princípio é injusto, a despeito de sua popularidade, então o argumento de equidade que sustenta o princípio estará invalidado. Hércules ficará encantado ao descobrir que essas distinções são familiares à prática de outros juízes. A importância de sua carreira para a teoria do direito não está na novidade, mas justamente na familiaridade da teoria dos casos difíceis que acabou de criar.¹⁷⁴

2.3.7. Herbert

O positivismo pressupõe que os juízes decidam em duas etapas: encontram o limite que o direito explícito exige e, nas lacunas, exerçam poder discricionário para legislar. Para discutir o modelo, Dworkin apresenta um novo personagem: Herbert.

Herbert também é juiz, aceita a teoria clássica e se propõe a aplicá-la em suas decisões. Mesmo quando pensa diferente, ele deixa de lado sua moralidade particular em favor da moralidade da comunidade.

Dworkin esclarece que esta leitura é enganosa: é a moralidade de Herbert que o faz adotar a posição da maioria, as tradições morais da comunidade, mesmo com prejuízo da possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de norma que repele.

Em contraposição, Hércules não busca os limites do direito para depois aplicar suas próprias convicções políticas nas lacunas. Avalia a questão de forma global e quando seu juízo é emitido não há o que submeter a suas convicções particulares ou à opinião pública.

A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 191/192.

considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Ele deve, por certo, basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes, mas essa forma de apoio é a segunda daquelas que distinguimos, uma forma que é inevitável em algum nível.¹⁷⁵

2.3.8. Hermes

Em “O império do direito”, Dworkin apresenta mais um juiz: Hermes.

Hermes é um originalista. É quase tão arguto e paciente quanto Hércules, aceita o direito como integridade, mas também a teoria da intenção do locutor na legislação: defende que as leis sejam aplicadas conforme a vontade do legislador original.¹⁷⁶

Hermes conhece as dificuldades da teoria da intenção do locutor: como descobrir as intenções de estranhos, pessoas de outras épocas, que possivelmente estão mortas? Busca então as atitudes mentais subjacentes à legislação. Às vezes, “deve decidir por julgamentos de probabilidade especulativa, não de certeza política; e que em alguns casos deve admitir não possuir nenhum indício útil de qualquer estado de espírito pertinente e então estar preparado para decidir esse caso particular de algum outro modo”.¹⁷⁷

Contrário à estratégia, Dworkin questiona onde localizar a intenção de uma lei. Na vontade dos congressistas que a aprovaram, mesmo aqueles que votaram contra? Nos membros do congresso que falaram ou que falaram com mais frequência? Nos assessores que prepararam os projetos iniciais? No presidente que sancionou o projeto? Nos cidadãos que pressionam os congressistas? Nos lobistas e grupos organizados? Na decisão de outras pessoas que, posteriormente, podendo revogá-la ou emendá-la, não o fizeram? Qualquer visão realista “do processo legislativo inclui a influência desses grupos; se eles contribuíram para a

¹⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 196/198.

¹⁷⁶ O originalismo reporta-se à intenção dos legisladores que elaboraram a Constituição, o que não chega a ser assustador no Brasil. Porém, nos Estados Unidos, isto implica em voltar à Constituição da Filadélfia e suas Emendas.

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 382.

elaboração da lei, será que Hermes tem alguma boa razão para não levar em conta suas intenções ao determinar que leis eles criaram?” E ainda: “Essas não são questões acadêmicas. Hermes precisa respondê-las antes de poder colocar em prática a teoria da intenção do locutor.”¹⁷⁸

Hermes acabará por escolher um grupo para análise ou poderá optar por outro mito: a figura do legislador médio, que traduz opinião mais próxima da maioria, mesmo que não seja idêntica a de nenhum deles. Hermes perceberá que as intenções do legislador médio residem nas suas convicções, nas suas crenças filosóficas e políticas.

Dworkin lhe propõe que considere que as leis sejam interpretadas segundo “os objetivos de uma comunidade de princípios, ou seja, que devem ser interpretadas de modo a expressar um esquema coerente de convicção dominante dentro da legislatura que as aprovou”¹⁷⁹ e essa é regra deverá que ser usada na caracterização do legislador médio. Dworkin conclui que tomar as ideias “em conjunto, como um sistema estruturado de ideias”, irá conduzir Hermes “firmemente em direção aos métodos interpretativos de Hércules”.¹⁸⁰

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 383/384.

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 396

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 395/396.

2.4. CONCEPÇÕES DO DIREITO

2.4.1. O Convencionalismo

O convencionalismo afiança que os julgadores devem respeitar as convenções jurídicas vigentes, exceto em circunstâncias raras. Apresenta duas afirmações pós-interpretativas. A primeira é positiva: os julgadores “devem tratar como direito aquilo que a convenção estipula como tal... os juízes devem seguir o direito e não substituí-lo por um novo direito”.¹⁸¹

A segunda é negativa: sustenta que não existe direito decorrente de decisão passada, a “não ser aquele que é extraído de tais decisões por meio de técnicas que são, elas próprias, questões de convenção e que, portanto, em alguns casos não existe direito algum... os juízes devem exercitar o poder discricionário... usar padrões extrajurídicos para fazer o que o convencionalista considera ser um novo direito”.¹⁸²

Na criação de direito novo, o juiz deve escolher a regra mais parecida com a possivelmente produzida pela legislatura no poder ou a que melhor representa a vontade da sua comunidade.

Dworkin realça que a assertiva básica do convencionalismo, ou seja, o direito se restringe ao que foi proclamado pelas convenções jurídicas, pode parecer ambígua. As convenções são referências abstratas. A extensão das convenções pode ocorrer de forma explícita ou implícita. A explícita reporta-se às proposições que todos admitem inseridas na convenção. A implícita às proposições extraídas interpretativamente.

Esta diferenciação implica na conformação de dois modelos de convencionalismo: o convencionalismo estrito, que só admite a extensão explícita das convenções, e o convencionalismo moderado, que inclui a extensão implícita.

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 144/145.

¹⁸² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 144/145.

O convencionalismo repele o modelo estrito que “fracassa como interpretação da nossa prática jurídica mesmo quando – e sobretudo quando – enfatizamos seu aspecto negativo”.¹⁸³

Fracassa porque impõe que os juízes dediquem exclusiva atenção às chamadas fontes convencionais do direito, como as leis e os precedentes. Dworkin teme que o juiz que adota o convencionalismo estrito perca interesse pela legislação e pelos precedentes quando a abrangência óbvia dessas fontes aparentemente termina. “Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro”.¹⁸⁴

Um convencionalista consciente reflete sobre o passado, não em busca de aprovação, mas sim de coerência. Deve cuidar que a nova regra se ajuste ao sistema jurídico, de forma que o conjunto mantenha consistência de estratégia e de princípio.

O convencionalismo arrima-se na perspectiva de redução das surpresas, na segurança jurídica como importante objetivo da moral política. Mas, para Dworkin, não se deve pressupor “que a surpresa é injusta, mas que é indesejável por alguma outra razão: que é ineficaz, por exemplo, que impõe riscos desnecessários, que assusta as pessoas ou não é de interesse geral”.¹⁸⁵

Mesmo assim, o convencionalismo não é tão eficiente para prevenção das surpresas, posto que prevê a criação de direito novo para suprir as lacunas do ordenamento.

Além disso, “às vezes é melhor que certas questões permaneçam sem regulamentação por convenção, para permitir o jogo de opiniões independentes, por parte dos juízes e do público quanto àquilo que os juízes poderão vir a decidir. Esse equilíbrio entre confiança e flexibilidade é possibilitado pela estrutura bilateral do convencionalismo”.¹⁸⁶

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 159.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 159.

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 173.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 176.

No convencionalismo, os juízes não se consideram livres para alterar regras, mesmo quando percebam que a aplicação de uma regra diferente seria mais justa. No regime pragmático, “outro modelo corrente na tradição jurídica, nenhuma convenção deste tipo seria reconhecida, e ainda que os juízes normalmente ordenassem o cumprimento de decisões tomadas por outras instituições políticas no passado, eles não reconheceriam nenhum dever geral de fazê-lo”.¹⁸⁷

O convencionalismo rejeita a importância dos princípios como fonte do direito e, também neste aspecto, difere da concepção do “direito como integridade”, formulada por Dworkin. O ideário da “integridade” admite a extensão explícita das convenções, de forma coerente, com coerência e arrimada nos princípios e nos precedentes.

2.4.2. O Pragmatismo

O pragmatismo adota concepção cética em relação às decisões do passado. Sustém que, sozinhas, tais decisões não justificam o uso do poder coercitivo do Estado.

A justificativa necessária à coerção reside na justiça, na eficiência ou em outra virtude contemporânea. A coerência com as decisões anteriores não traduz, automaticamente, justiça ou virtude.

O pragmatismo é uma visão interpretativa do direito e não exatamente uma teoria semântica. Estimula o juiz a decidir e agir conforme seus pontos de vista, presumindo que, deste modo, ele servirá melhor à comunidade, em detrimento do programa que exige coerência com a lei ou os precedentes.

O pragmático nega que as pessoas tenham direitos, porque acredita que não se deve impor algo lesivo à comunidade, apenas porque a lei ou os precedentes o determinaram. Nestes moldes, por vezes, os juízes devem agir “como se” as pessoas tivessem direitos, “porque a longo prazo esse modo de agir servirá melhor à sociedade. O argumento em favor

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 181.

dessa estratégia do 'como se' é bastante direto: a civilização é impossível a menos que as decisões de uma pessoa ou de um grupo bem definido sejam aceitas por todos como instauradoras de normas públicas que, se necessário, serão aplicadas pelo poder de polícia”.¹⁸⁸

Dworkin afirma que um juiz pragmático e sofisticado “tentaria encontrar o exato equilíbrio entre a previsibilidade necessária para proteger as valiosas instituições da legislação e do precedente e a flexibilidade necessária a si mesmo, e a outros juízes, para aperfeiçoar o direito através do que fazem no tribunal”.¹⁸⁹

Desta forma, qualquer estratégia geral para “chegar a isso seria provisória: um juiz pragmático estaria pronto a rever sua prática ao ampliar ou reduzir o alcance daquilo que considera como direitos, à medida que a experiência aperfeiçoasse os cálculos complicados dos quais dependeria qualquer estratégia deste tipo”.¹⁹⁰

Pode ser mais complexo: um juiz pragmático poderia ser tentado a disfarçar suas convicções, simulando a aplicação de uma lei ou um precedente desconexo ou ultrapassado, quando na verdade os estaria ignorando. Como obter coerência se tudo é incerto e polêmico? O pragmatismo não exclui teorias que visem melhorias da comunidade e não leva muito a sério as pretensões juridicamente tuteladas.

Mesmo assim, Dworkin compreende que o pragmatismo é mais adequado às nossas práticas jurídicas do que o convencionalismo, porque o convencionalismo não foca na perspectiva do desenvolvimento da cultura jurídica como um todo.

O pragmatismo abre um leque maior de possibilidades. Deixa claro que as estratégias para identificação do interesse geral, consideradas óbvias em uma geração, serão questionadas em outra. Tal estratégia permite que as modificações ocorram no âmbito do processo judicial.

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 187.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 188.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 188.

Tecidas estas considerações, ora sinteticamente arroladas, Dworkin dedica-se à descrição de uma concepção mais elaborada, adequada à moralidade jurídica e seus principais valores: integridade, equidade e justiça concebidas como pretensões juridicamente tuteladas.

O princípio da integridade pressupõe a comunidade “como um todo para se engajar nos princípios da equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou projetos”.¹⁹¹

Na visão de Dworkin, a integridade política assume “a personificação com muito mais seriedade, como se uma comunidade política realmente fosse alguma forma especial de entidade, distinta dos seres reais que são seus cidadãos. Pior ainda, atribui influência e responsabilidade morais a essa entidade distinta”.¹⁹²

Este conceito produz influência na concepção da responsabilidade corporativa. A personificação se traduz em considerar a companhia como um agente moral. Mas será ainda uma personificação, pois o autor reconhece que a comunidade não tem uma existência independente: é uma criação das práticas nas quais se inscreve.

Esses diferentes exemplos de personificação da comunidade constituem um sistema geral de pensamento. Ao aceitarmos que “nossas autoridades agem em nome de uma comunidade da qual somos todos membros, tendo uma responsabilidade que portanto compartilhamos, isso reforça e sustenta o caráter de culpa coletiva, o sentimento de que devemos sentir vergonha e ultraje quando eles agem de modo injusto”.¹⁹³

Assim, os princípios práticos da “integridade que mencionei – integridade na legislação e na decisão judicial – têm seu lugar nesse sistema de ideias. O princípio da jurisdição é de particular interesse para nós porque oferece uma concepção do direito oposta ao pragmatismo. Se esse princípio puder ser mantido, o pragmatismo deve ser rejeitado”.¹⁹⁴

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 204.

¹⁹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 204.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 212.

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 212.

2.4.3. A integridade

O direito como integridade é a concepção propalada por Dworkin. Sua elaboração exhibe dois vértices: um legislativo e um judicial. O primeiro é direcionado aos legisladores, no sentido de estimulá-los a buscar o conjunto de leis mais coerente possível. O segundo, voltado para os juízes, partes e seus representantes, também no intuito de assegurar coerência para a lei, tanto quanto possível.

Apesar de atribuir-lhes a condição de derivadas do princípio da equidade, Dworkin se opõe à prática das soluções conciliatórias. Argumenta que o Estado que as adota o faz sem observar princípios, ainda que a prática não viole aos padrões correntes da moral pessoal ou não produza irregularidades formais.

O Estado carece de integridade porque deve endossar princípios que justifiquem uma parte dos seus atos, mas rejeitá-los para justificar o restante. Essa explicação distingue a integridade da coerência perversa de alguém que se recusa a resgatar alguns prisioneiros por não poder salvar todos. Mas um Estado age desse modo quando aceita uma solução conciliatória salomônica; o que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado.¹⁹⁵

As conciliações tratam as pessoas de forma diferente quando nenhum princípio justifica a distinção. Mas não podemos “explicar por que isso é sempre criticável, enquanto permanecermos no plano da justiça do modo como a defini. Nas circunstâncias da atividade política corrente, a estratégia conciliatória impedirá casos de injustiça que de outra forma não ocorreriam, e não podemos dizer que a justiça nos pede para não eliminar nenhuma injustiça a menos que possamos eliminar todas”.¹⁹⁶

Dworkin assevera que as conciliações internas burlam a chamada ‘igualdade perante a lei’ ou de ‘igualdade formal’. Esclarece que esse tipo de igualdade não encontra significativo amparo na doutrina, porque oferece pouca proteção contra a tirania.

Aplicar a igualdade formal é questão de aplicar as regras fixadas na legislação, no espírito do convencionalismo. A melhor aplicação da cláusula da igual proteção destaca a

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 223.

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 219.

importância da igualdade formal que se reveste de integridade e de coerência lógica, que confere importância não apenas às regras, mas às teorias de equidade e justiça que as justificam.

Uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma em uma comunidade especial “num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva, esta não é a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial”.¹⁹⁷

A integridade promove interseção entre as circunstâncias públicas e privadas, para benefício de ambas. Seu valor é confirmado quando pessoas de boa-fé tratam umas às outras de maneira apropriada à condição de membros de uma comunidade onde predomina a integridade política e percebem que as outras pessoas tentam fazer o mesmo, inclusive quando divergem.

A vinculação política passa a extrapolar o mecânico ato de obedecer às decisões políticas da comunidade. Impregna-se da “noção protestante de fidelidade” de uma comunidade gerida por princípios, na qual cada cidadão tem a responsabilidade de identificar seu sistema e sentir que faz parte do jogo, ainda que apenas para si mesmo.

Um estado é legítimo quando sua estrutura e suas práticas constitucionais semeiam no espírito dos seus cidadãos a obrigação geral de obedecer às decisões políticas que lhes impõem deveres. A legitimidade só precisa oferecer as razões. Não precisa “demonstrar que um governo, legítimo nesse sentido, tem autoridade moral para fazer o que bem entende com seus cidadãos. Ou que estes sejam obrigados a obedecer a toda e qualquer decisão que venha a ser tomada”.¹⁹⁸

Os filósofos apresentam vários tipos de argumentos para justificar a legitimidade. Um deles usa a ideia do ‘contrato social’, que não deve ser confundido com os argumentos que usam esta ideia para definir a justiça.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 228.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 232.

Rawls, por exemplo, “propõe um contrato social imaginário como meio de solucionar a melhor concepção de justiça no âmbito de uma teoria política utópica”.¹⁹⁹

No campo da legitimidade, se cada cidadão fosse parte de um acordo para aceitar e obedecer às decisões políticas, o acordo poderia ser um bom argumento para a coerção. Mas o consentimento não pode ser obrigatório e mesmo que o consentimento fosse genuíno, “o argumento não se sustentaria enquanto argumento pela legitimidade, pois uma pessoa deixa um soberano apenas para juntar-se a outro. Não lhe é dada a escolha de não ter soberano algum”.²⁰⁰

A defesa mais comum da legitimidade é o argumento do ‘jogo limpo’: “se alguém recebeu benefícios na esfera de uma organização política estabelecida, tem então a obrigação de arcar também com o ônus dessa organização, inclusive a obrigação de aceitar suas decisões políticas, tenha ou não solicitado esses benefícios ou consentido com o ônus de maneira mais ativa”.²⁰¹

Esse argumento evita a fantasia do “argumento do consentimento e a universalidade e outros defeitos do argumento de um dever natural de justiça, e poderia, portanto, parecer um rival mais forte de minha sugestão de que a legitimidade tem fundamentos mais sólidos na integridade”.²⁰²

O argumento do jogo limpo enfrenta algumas objeções.

Primeiro, porque pode ocorrer que as pessoas assumam obrigações em troca de benefícios que não buscaram ou que rejeitariam, se tivessem oportunidade.

Segundo, porque o jogo limpo pode ser considerado ambíguo na forma de definir como as pessoas se beneficiam da organização política, pois o conceito de bem-estar é tecido

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 233/234.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 233/234.

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 235

²⁰² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 235.

em comparação a outro contexto e a necessidade de especificar essa referência pode se transformar em um impasse.

Então, a tese contratual perde escopo, pois ninguém pode “ter obrigações especiais com determinadas pessoas, a não ser mediante a escolha de aceitá-las. A relação que reconhecemos entre obrigação comunitária e escolha é muito mais complexa, e bem mais uma questão de grau que varia de uma forme de associação comunitária a outra”.²⁰³

Dworkin vislumbra que as relações associativas são mais vinculadas à reciprocidade. Nossas obrigações sociais constituem um dever especial, que se justifica quando encontra contrapartida.

A reciprocidade atrelada às obrigações associativas é abstrata. É um tipo de responsabilidade que depende da visão que os outros cidadãos adotam para integridade e interpretação.

Os membros de um grupo devem adotar certas atitudes em relação às responsabilidades mútuas. Primeiro, devem considerar as obrigações do grupo como especiais, destinadas apenas ao grupo. Segundo, devem tomar esses encargos como pessoais. Dirigidas de um membro a outro e não ao grupo como um todo. Terceiro, os encargos devem ser vistos como decorrentes de uma responsabilidade mais geral, o interesse de cada um pelo bem-estar dos outros.

Este ponto de vista pressupõe igual interesse por todos os membros do grupo, mesmo que figurem em diferentes níveis da escala hierárquica. Estas obrigações não precisam ser totalmente voluntárias, como também não o são todas as outras relações fraternais.

Também as obrigações comunitárias podem ser injustas, tanto para os membros do grupo, quanto para os não membros. No primeiro caso, a concepção de interesse equitativo pode ser deficiente, por exemplo, no tratamento desigual dado a filhos e filhas. No segundo caso, o grupo pode exigir que seus membros discriminassem os que não pertencem a ele, como se pode observar em alguns grupos raciais e religiosos.

²⁰³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 239.

Diante desses diferentes conflitos, não devemos nos esquecer de que as responsabilidades associativas estão sujeitas a interpretação, e que a justiça vai desempenhar seu papel interpretativo normal ao decidir, para qualquer pessoa, quais são, de fato, suas responsabilidades associativas. Se os fatos simples da prática social forem inconclusivos, meu ponto de vista de que é injusto que os pais exerçam um domínio absoluto sobre seus filhos vai influenciar minhas convicções quanto à instituição de a família realmente ter ou não essa característica, do mesmo modo que os pontos de vista de um cidadão sobre a justiça da hierarquia social influenciam suas crenças sobre a cortesia na comunidade.²⁰⁴

Não há garantia de que a atividade interpretativa sempre excluirá as injustiças e talvez sejamos forçados a admitir que a injustiça possa estar inserida em certas práticas familiares e culturais. Mas a interpretação pode enfrentar a questão e declarar se a prática satisfaz as condições de uma comunidade genuína. Segundo Dworkin, a melhor interpretação pode mostrar que suas partes injustas são compatíveis com o resto da estrutura. Não obstante, a injustiça grave pode e deve anular as obrigações associativas envolvidas.

A melhor defesa da legitimidade política, o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade – vai ser encontrada não onde os filósofos esperam encontrá-la – no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo, que poderiam ser válidos entre os estranhos – mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes. Como a família, a amizade e outras formas de associação mais íntimas e locais, a associação política contém a obrigação em seu cerne, o fato de que a maioria das pessoas não escolhe suas comunidades políticas, mas já nasce nela ou é para ela levada ainda na infância não configura uma objeção a essa afirmação. Se dispusermos as comunidades fraternais familiares ao longo de um espectro que vai da plena escolha à ausência de escolha no que diz respeito a ser membro delas, veremos que as comunidades políticas ocupam uma posição mais ou menos intermediária. As obrigações políticas são menos involuntárias do que muitas obrigações familiares, pois as comunidades políticas permitem que as pessoas emigrem, e embora o valor prático de tal escolha seja em geral muito reduzido, a escolha em si é importante, como sabemos ao observar tiranias que a negam. Assim, "as pessoas que pertencem a comunidades políticas básicas tem obrigações políticas, desde que sejam atendidas as outras condições necessárias às obrigações de fraternidade – devidamente definidas para uma comunidade política".²⁰⁵

Para Dworkin, as comunidades políticas são comunidades associativas e a principal obrigação política é a fidelidade geral ao direito. Ele identifica três modelos de associação política.

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 245/246.

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 249/250.

O primeiro supõe que os membros da comunidade vislumbram sua associação como mero acidente de fato da história e da geografia. Seus membros podem chegar a uma forma de composição, enquanto cada uma achar que lhe é benéfica, mas não avançam mais do que disso.

No segundo, o modelo das regras, os membros da comunidade aceitam o compromisso geral de obedecer às regras estabelecidas, conforme os parâmetros da comunidade. Esse modelo bem se ajusta ao convencionalismo.

O terceiro modelo é o modelo do princípio. Aceita o modelo das regras, no sentido de que “a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão”.²⁰⁶

Neste modelo, as pessoas são membros de “uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político”.²⁰⁷

Dworkin trata de esclarecer que o terceiro modelo não pressupõe que os membros da comunidade sintam entre si emoção que possa ser chamada de amor, como defendem algumas teorias referentes à comunidade ideal.

A integridade exige que as normas da comunidade expressem um sistema unificado, coerente e proporcional de justiça e equidade. Os exemplos mais claros desse equilíbrio provêm das deliberações judiciais. Não obstante, a integridade poderia parecer “muito conservadora para uma concepção do direito, sobretudo em comparação com o pragmatismo, seu mais poderoso rival”.²⁰⁸

A integridade é mais dinâmica e criativa do que poderia parecer em primeira análise, pois incentiva o juiz a ser mais abrangente na busca de coerência com os princípios e mais

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 254

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 254.

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 264.

cuidadoso do que o juiz pragmático, sem dúvida. Um juiz pragmático de inclinação utilitarista busca a decisão que lhe pareça melhor para o futuro, mas o juiz que busca a integridade exige coerência em termos políticos.

2.4.4. Integridade no direito

O princípio judiciário da integridade “instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada - expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”.²⁰⁹

É uma teoria interpretativa. Mais interpretativa do que o convencionalismo e o pragmatismo.

O pragmatismo exige que os juízes pensem sobre as melhores regras para o futuro e essa prática pode obrigar à interpretação de algum elemento extrajurídico, o bem-estar comunitário, por exemplo. Todavia, o juiz que aceita o pragmatismo não consegue interpretar a prática jurídica na totalidade.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.²¹⁰

Um dos pontos mais atacados na concepção do “direito como integridade” é sua recusa em aceitar a opinião de que não existem respostas certas para os casos difíceis. Hércules sabe que o direito não exhibe coerência perfeita, mas pressupõe que essas contradições “não são tão abrangentes e intratáveis dentro de cada ramo ou instituto do direito que sua tarefa se torna impossível. Admite, na verdade, que é possível encontrar um conjunto

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 452.

de princípios razoavelmente plausíveis, para cada segmento do direito que deva fazer vigorar, que se ajuste suficientemente bem para poder ser uma interpretação aceitável”.²¹¹

Dworkin comenta que o Grupo de Estudos Jurídicos Críticos é um movimento que busca desmistificar o direito, enfatizando “o fato de que a convicção política desempenha um importante papel na decisão judicial, e que, em qualquer época, a forma do direito reflete ideologia, poder e aquilo que é erroneamente chamado de lógica... Suas atitudes políticas situam-nos, enquanto grupo, à esquerda do espectro político norte-americano”.²¹²

Também revela que Isaiah Berlin vem ganhando espaço com sua concepção de pluralismo, fundamentado essencialmente na ideia de que os valores podem entrar em conflito, mesmo no íntimo de um indivíduo e isto não diminui a importância de cada valor.

Exatamente nesta linha, Berlin e Dworkin são oponentes. Referindo-se a um texto que Berlin publicou em 1953, *The Hedgehog and the Fox*²¹³, Dworkin identifica-se com o *hedgehog* (porco espinho ou ouriço).

Muitas coisas sabe a raposa; mas o ouriço sabe uma única grande coisa, escreveu o poeta Arquíloco. Sir Isaiah Berlin utilizava os termos raposa e ouriço para classificar duas perspectivas teóricas distintas que ele mencionava em seus escritos. Para ele, os ouriços tentam relacionar o conhecimento em uma única visão, em um sistema mais ou menos coerente e articulado. As raposas, por sua vez, reconhecem que o conhecimento sobre as coisas nem sempre se dá de forma articulada ou coerente. Segundo a distinção proposta por Berlin, Dworkin seria um ouriço em filosofia política e direito. (N. do R. T.)²¹⁴

Em “Justice for Hedgehogs”, Dworkin esclarece que sua obra defende uma tese grande e antiga: a unidade de valor. Citando Isaiah Berlin, acrescenta que a raposa pode saber muitas coisas. Mas, o porco espinho sabe muito sobre uma coisa só: valor.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 319.

²¹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 323.

²¹³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 150.

²¹⁴ Nota do Revisor de Tradução em DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 150.

Dworkin tenta ilustrar a unidade dos valores éticos e morais. Os valores éticos e morais dependem uns dos outros. Propõem uma maneira de viver, mas também desenham uma grande e complexa teoria filosófica.²¹⁵

Acrescenta que a argumentação para a defesa do pluralismo deveria ser mais extensa e complexa, para avaliar os vários valores envolvidos nos conflitos sem alimentar a tendência de apenas apontar as divergências. Compreende que os valores dominantes podem estar ligados de maneira mais correta.

Vencidos os ataques, o direito como integridade começa no presente e só consulta o passado se o contexto o determinar. Não se dispõe a recuperar os ideais ou objetivos dos criadores da lei. O direito como integridade repele a máxima de que “lei é lei” e reprova o cinismo do novo realismo, compreensão cética do direito.

Na teoria da integridade no direito, a interpretação se faz através da técnica do romance em cadeia. Ao jurista cabe imprimir sua interpretação, do modo mais adequado ao ordenamento, como um todo. O intérprete deve buscar equilíbrio entre liberdade de criação e coerção mecânica do texto.

Hércules esforça-se “por chegar a um conjunto de princípios que possa oferecer à integridade um sistema para transformar os diferentes laços da corrente do direito numa visão de governo dotada de uma só voz, mesmo que muito diferente das vozes dos líderes do passado”.²¹⁶

Analisando o tema, Morrison assevera que a interpretação construtiva é o homem tentando impor ordem ao desmantelamento imposto pelas disputas políticas e culturais, impor ordem ao modelo liberal. A modernidade almeja controle do homem para criar uma sociedade progressista neste planeta (mesmo que isso não signifique compromisso com a justiça).²¹⁷

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, pp, 01/02.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 325.

²¹⁷ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Para Morrison, Dworkin revitaliza a ideia de Fuller da moralidade das aspirações. Dworkin oferece a integridade como a ética do direito. Sua obra vende otimismo.

O desejo de encontrar coerência no direito é um ideal condutor e não um fato consumado. Dworkin estimula os juristas a não se verem como meros servidores do Estado e sim como portadores das chaves da modernidade.

Morrison sustenta ainda que “O império do direito” é uma espécie de reformulação da obra de Dworkin, que se declara insatisfeito com as análises externas. Sua metodologia consiste em adotar o ponto de vista do participante interno, para propor interpretação da política jurídica dos tribunais e defender sua visão do direito.

Dworkin fundamenta sua teoria jurídica na crítica ao positivismo, para substituí-lo por uma teoria da interpretação, dotada de certa metodologia para a tomada de decisões. Morrison acredita que esta metodologia aproxima Dworkin dos pensadores pós-modernos: a busca modernista de justiça é substituída pela preocupação pós-moderna com o justo agir. Mas Dworkin não abandona sua influência kantiana. Resiste ao movimento pragmático, concentrando-se na natureza da argumentação e da prática jurídica.

Harris acrescenta que a integridade no direito é a interpretação construtiva que melhor define a teoria legal. Podemos até discordar de opiniões de um homem, mas se ele tem um sistema equilibrado de valores que se aplica de forma consistente, dizemos que ele tem integridade.²¹⁸

A integridade no direito é uma concepção melhor do que as demais, pois explica porque as decisões passadas são consideradas fundamentos válidos e, mesmo assim, deixa caminho para a controvérsia jurídica e a criação do novo.

O direito como integridade afirma um direito universal abstrato de cada membro de uma comunidade ser tratado com igual consideração e respeito e afirma a relevância da comunidade de princípios, comunidade associativa moralmente legítima, pois arrimada na fraternidade.

²¹⁸ HARRIS, J. W. *Dworkin's rights thesis*, em *Legal Philosophies*, Second Edition, London/Edinburg/Dublin: Butterworths, 1997, pp. 192/194.

Para Harris, Dworkin foi atacado tanto por aqueles que estão preparados para assumir "virada interpretativa" como por aqueles que a rejeitam. E questiona: se as práticas sociais, como a lei, não podem simplesmente ser descritas, pois devem ser interpretada para compreensão, por que deveríamos supor que a interpretação de qualquer empreendimento envolve necessariamente mostrá-lo da melhor forma?

Stanley Fish vai mais longe. Ele, como Dworkin, faz analogia entre lei e literatura e insiste na importância da comunidade interpretativa. Apesar deste ponto de partida comum, cada escritor trata os pontos de vista do outro com escárnio.

Vera Karam de Chueiri e Melina Girardi Fachin acrescentam que a noção de princípio de Dworkin parte da crítica ao positivismo de Hart, bem como ao convencionalismo e ao pragmatismo jurídico. Também oferta uma possibilidade para a teoria constitucional:

O reconhecimento de um sistema constitucional formado por princípios e políticas, para além das normas jurídicas em sentido estrito; a fundamentalidade do papel dos princípios para determinação da abertura formal e significação material do sistema: a assunção do princípio da igualdade como princípio constitucional de maior peso e importância; a necessidade de uma atitude interpretativa do julgador comprometida com a igualdade; o sentido do direito constitucional como resultado das práticas jurídico-constitucionais, historicamente consideradas, e que se revela através das decisões judiciais dos tribunais que exercem, de maneira consistente, a jurisdição constitucional; e, finalmente, a tentativa de se (re)construir um sistema constitucional hercúleo, que dê respostas certas para o direito e para a política. Do que foi acima pontuado, queremos, a partir de agora, voltar a nossa atenção para o último ponto, qual seja a tentativa de se (re)construir um sistema constitucional que dê respostas certas às questões jurídicas, como também, às questões políticas que lhe são postas. A esta tentativa, eu chamei no início deste artigo, de 'constitucionalismo apaziguado'.²¹⁹

Para Jeveaux, o direito como integridade pressupõe:

a) a vinculação ao direito beneficia a sociedade, criando previsibilidade e equidade formal e respeitando o direito e responsabilidades como decisões políticas passadas; b) é necessário combinar elementos do passado e do futuro "...começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determina"; c) o presente, ou seja, é "presentista" de parâmetros passados em seu status e conteúdo; d) é construtivo no sentido do "presentismo" ("romance em cadeia"): d.1) é contrário à "restrição temporal", conforme a qual "o significado de uma lei está fixado no ato inicial de criação", porque HERCULES interpreta a história em movimento; d.2) a lei é uma "...decorrência do compromisso atual da comunidade com o esquema precedente de moral política"; e) os juízes são

²¹⁹ CHUEIRI, Vera Karam, e FACHIN, Melina Girardi. *Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo apaziguado em Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 7, Vol. 02, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006, p. 332.

simultaneamente autores e críticos; f) na sequência dos direitos associados a precedentes, o juiz deve dar continuidade ao "romance", através de sua opinião acerca da moral política, e não de sua opinião "estética" (para si, exclusiva) ou da opinião do legislador; g) esse é o papel de HÉRCULES; h) o direito é um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal formal a "comunidade de princípios"; "O direito é uma questão de direitos defensáveis no tribunal"; i) envolve uma interpretação histórica substancial dos casos passados.²²⁰

François Ost indaga qual a razão mais privilegiada para conferir pretensão à validade. Talvez o argumento da coerência. Coerência normativa e coerência narrativa. Assim, o discurso jurídico insere a interpretação presente em um discurso jurídico ininterrupto.

No pensamento jurídico contemporâneo é, certamente, Ronald Dworkin quem desenvolve o tema com mais eficácia: sua concepção do "direito como integridade" não é mais que, de fato, um discurso de defesa para a fidelidade de uma comunidade política aos princípios da moralidade política, que inspiram, através do tempo, o desenvolvimento de suas normas jurídicas. Este pensamento, que valoriza a continuidade temporal e a coerência diacrônica das justificações jurídicas, opõe-se, como sabemos, tanto ao convencionalismo quanto ao pragmatismo. Aos defensores do primeiro (que poderíamos qualificar de "positivistas"), Dworkin censura o desinteresse pelo passado e o contentamento em basear suas decisões em convenções presentes, num consenso atual - arriscando-se a remeterem-se, assim, às variações atuais da opinião pública... Aos defensores da corrente pragmática, Dworkin censura, desta vez, a preocupação exclusiva com a eficácia da decisão, compreendida como capacidade de agir com sucesso no futuro da situação tratada. Neste caso, é simultaneamente influência do passado e o "fetiche" da coerência que são rejeitados. Em oposição a estas duas correntes, o conceito do "direito como integridade" persegue um objetivo que surge como mais exigente que a simples coerência diacrônica: se, de fato, a "integridade" não exige necessariamente reproduzir mecanicamente as decisões do passado, ela requer do juiz, em contrapartida, conformar-se com os princípios suscetíveis de dar razão à tradição em seu conjunto.²²¹

Habermas apõe que Dworkin busca esclarecer a tendência moderna que encaminha as ordens jurídicas para o Estado de Direito. A integridade é assim um ideal político, para garantia da liberdade e da igualdade. O ato de constituição de uma comunidade implica em mútuo reconhecimento de direitos, na esfera pública e na privada.

Com essa resposta a uma primeira rodada da crítica, as idealizações embutidas na teoria de Hércules são deduzidas de uma ideia reguladora que não é talhada diretamente conforme o problema da racionalidade, a ser solucionado pela jurisdição, uma vez que deriva de uma autocompreensão normativa das ordens do Estado de direito, inscritas na realidade constitucional. A obrigação do juiz, de decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifique o direito vigente como um todo a partir de princípios, é reflexo de uma obrigação precedente dos cidadãos, confirmada através do ato de fundação da constituição, de proteger a integridade de

²²⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *A Constituição e os direitos adquiridos na teoria dos direitos: entre positivismo e o pós-positivismo*, em Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 7, Vol. 01, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006. p.

²²¹ OST, François. *O tempo do direito*, Bauru, EDUSC, 2005, pp. 91/93.

sua convivência, orientando-se por princípios da justiça e respeitando-se reciprocamente como membros de uma associação de livres e iguais. Entretanto, esse ideal político poderia expressar uma falsa idealização. A prática constitucional poderia enganar-se sobre si mesma, trazendo consequências e sobrecarregando as instituições com tarefas cuja solução é impossível.²²²

Para Guest, Dworkin vislumbra interação entre comunidade e cidadãos. Interação restrita à tomada de decisões nas questões judiciais. Ele associa igualdade com críticas ao convencionalismo e ao pragmatismo, porque compreende que a integridade garante o compromisso de tratar as pessoas como iguais. O convencionalismo e o pragmatismo fracassaram porque são “rígidos demais e arbitrários demais para exigir que o governo fale como uma só voz a todos os cidadãos. Vimos também a maneira como Dworkin desenvolve a ligação entre a ideia de comunidade e o tratamento dos cidadãos que a compõem por meio da integridade”.²²³

²²² HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.01, p. 267.

²²³ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 104 e 214

3. O PODER CRIATIVO

É relevante saber se os juízes “descobrem” ou “criam” o direito, eis que os que “descobrem” reconhecem ilicitudes e os que “criam” transformam o direito com suas decisões. Dworkin compreende que os juízes criam direito, mas o fazem através da reflexão do que o direito já é.

No Apêndice de “Levando os direitos a sério”, Dworkin enfrenta as críticas emitidas por Greenawalt, sintetizadas nos seguintes termos:

Greenawalt toma como alvo principal minha afirmação de que, nos casos civis comuns, os juízes caracteristicamente justificam suas decisões através do que chamei de argumentos de princípio, e não de argumentos de política, e que eles não somente decidem desse modo mas deveriam. Greenawalt objeta diversos aspectos desta afirmação, em oposição a sua pretensão descritiva, uma série de contraexemplos. Estes visam demonstrar que pelo menos os juízes norte-americanos frequentemente decidem os casos difíceis com base em argumentos de política. Ele teme que eu tente evitar estes contraexemplos por meio de argumentos “engenhosos”, mostrando que nesses casos o que aparentemente são argumentos de política na verdade são, quando devidamente compreendidos, argumentos de princípio. Mas ele me adverte que, se eu tiver êxito neste tipo de defesa, será à custa de apagar a distinção entre os dois tipos de argumentos ou, de algum outro modo, trivializar minha alegação principal. Independentemente, ele também contesta minha afirmação de que, nos casos difíceis, juízes devem usar argumentos de princípio e evitar argumentos de política. É esta afirmação normativa, se é que o compreendo bem, que ele vê como baseada numa “teoria política surpreendente e enganosamente simplista”. Ele acredita que pelo menos em alguns casos - quando os direitos das partes são controversos - é totalmente apropriado e benéfico que os juízes criem novas leis justificadas apenas por argumentos de política, ainda que devam aplicar tais leis retroativamente, para ajuizar as consequências de eventos passados.²²⁴

Dworkin repele a crítica e insiste na didática distinção apresentada nos parágrafos anteriores. Mas admite que é difícil distinguir argumentos de princípios de argumentos de políticas nas decisões históricas e incorpora concepções relacionadas à moralidade política aos seus argumentos.

Ainda em “Levando os direitos a sério”, Dworkin afirma que a melhor forma de distinguir princípios de políticas é escolher qual melhor se ajusta às teorias cuja prática se pretende examinar. Considerado o direito de propriedade, por exemplo, que vê como

²²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 451/452.

predominantemente dissociado da questão moral, o autor acredita na prevalência do direito concreto, relevante para dirimir a controvérsia.

A versão de princípio pressupõe “apenas que os juízes adotem a mesma atitude geral diante das questões de equidade e que, ao apelarem às consequências, apeguem-se a certos aspectos que diferem de juiz para juiz, e de período para período, assim como diferem de pessoa para pessoa na vida real”.²²⁵

O antropólogo pode afirmar que tais teorias de equidade decorrem de alguma noção comunitária da necessidade comum, e não da intervenção de princípios mais abstratos da moralidade ou resultam, se preferir a interpretação marxista, de uma percepção classista de seu próprio interesse. Mas essas diferentes versões da tese antropológica mais confirmam do que questionam a versão de princípio.²²⁶

Da forma como foi tratada por Dworkin, a distinção dos conceitos de direitos, princípios e políticas é muito importante para delimitação da atuação do poder judiciário, mas a linha que separa estes conceitos é muito dinâmica e influenciável pelos valores do grupo. A distinção “dworkiana” foi traçada em “Levando os direitos a sério”. Nasceu frágil e assim permaneceu nas obras posteriores.

Talvez Dworkin nela insista para agregar segurança jurídica à sua tese. Possivelmente, neste específico ponto, Dworkin não consiga o distanciamento necessário, tal como reconhece quando ressalta que é difícil efetuar uma avaliação crítica das nossas próprias convicções: só podemos “examinar e rever nossas opiniões estabelecidas do mesmo modo que os marinheiros consertam um barco no mar, uma prancha de cada vez, na feliz imagem de Otto Neurath”.²²⁷

Seguem referências e transcrições da obra de Ronald Dworkin para demonstrar que o autor embaralha suas próprias definições.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 461/462

²²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 461/462.

²²⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 137.

Em “Uma questão de princípio”, Dworkin volta à questão da utilização de fundamentos políticos nas decisões. Mas agora sustenta que o juiz pode utilizar fundamentos políticos, mas não os de política partidária.²²⁸

Ressalta que, na Grã-Bretanha, predomina a compreensão de que os juízes não devem adotar fundamentos políticos, mas diversos juristas acadêmicos sustentam que os juízes britânicos o fazem de forma dissimulada.²²⁹

Nos Estados Unidos, a opinião sobre o papel político dos juízes é mais dividida, tanto que “os políticos às vezes fazem campanha para cargos prometendo controlar os juízes que assumiram poder político erroneamente. Mas uma parcela muito maior do público aceita a doutrina política agora mais do que, digamos, há vinte e cinco anos”.²³⁰

Nesta obra, Dworkin afiança que o vocabulário do debate é muito primário, visto que esquece a distinção entre dois tipos de argumentos políticos que os juízes podem usar, no caso, argumentos de princípio político e argumentos de procedimento político, que se referem, respectivamente, aos cidadãos individuais e ao bem-estar geral/interesse público.²³¹

Em síntese, Dworkin passou a defender que os juízes devem basear seus julgamentos em argumentos de princípio político e não em argumentos de procedimento político.

Na sequência, Dworkin apresenta duas diferentes compreensões de Estado de Direito. A primeira é a que ele chama de concepção "centrada no texto legal", na qual “o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade

²²⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 04/06

²²⁹ Dworkin, em *Uma questão de princípio*, p. 04, expõe: “J.A.G.Griffiths, da London School of Economics, por exemplo, num polêmico livro chamado *The Politics of the Judiciary*, afirmou que muitas decisões recentes da Câmara dos Lordes eram decisões políticas, embora esse tribunal se esforçasse para dar a impressão de que as decisões eram tomadas com base em fundamentos jurídicos técnicos, não em fundamentos políticos”.

²³⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 06.

²³¹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 24: afirma que Dworkin não rejeita totalmente o utilitarismo.

com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos”.²³²

Prossegue para afirmar que esta visão é muito restrita, pois não cuida do conteúdo das regras inseridas no texto jurídico. Os que têm “essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito”.²³³

Dworkin batizou a segunda concepção de "centrada nos direitos" e a considera mais ambiciosa do que a anterior, pois assegura aos cidadãos direitos e deveres morais entre si e direitos políticos em face do Estado.

Essa visão impõe reconhecimento dos direitos morais e políticos pelo direito positivo, “para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável”.²³⁴

O Estado de Direito nessa compreensão “é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique”.²³⁵

Textualmente, Dworkin considera errado que os juízes adotem decisões políticas na concepção “centrada nos direitos”, eis que estas decisões devem ser tomadas por pessoas eleitas pela comunidade para essa finalidade. Acrescenta que juízes não são eleitos nem reeleitos, o que é razoável, pois não podem ficar sujeitos ao controle popular (eletivo, presumo), mas “decorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito

²³² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 06/07.

²³³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 06/07.

²³⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 07.

²³⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 07.

a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular”²³⁶.

Depois, mistura um pouco as estações ao declarar que esse “princípio aplica-se a todas as decisões políticas, inclusive à decisão de quais direitos os indivíduos têm e quais destes deve ser possível impor judicialmente”,²³⁷ contexto bem próximo da concepção de Estado de Direito “centrada no texto legal”.

Naturalmente, Dworkin acrescenta que seu posicionamento é o que mais assegura estabilidade política e equidade.

A democracia supõe igualdade de poder político, e se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, então o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores mas não juízes, é enfraquecido, o que é injusto. Learned Hand ofereceu essa razão, em suas famosas palestras Holmes, para resistir a decisões políticas tomadas pelo Supremo Tribunal. Disse que não desejaria ser governado por "um bando de guardiães platônicos", mesmo que soubesse como escolhê-los, o que não era o caso.

Se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas. Mas agora estamos considerando apenas uma classe pequena e especial de decisões políticas. Não é fácil perceber como devemos examinar se e quanto os cidadãos individuais perdem, em poder político, se forem atribuídas aos tribunais algumas dessas decisões. Mas parece plausível - seja como for que se meçam perdas de poder político - que alguns cidadãos ganham mais do que perdem.²³⁸

David Dyzenhaus acrescenta que é uma marca de Dworkin demonstrar o papel dos princípios nos julgamentos. Mas, recentemente, alguns positivistas voltaram a tentar construir uma teoria geral do direito, pois perceberam que o papel do legislador democrático na ordem jurídica desapareceu quase completamente da teoria legal.²³⁹

Para Dyzenhaus, o retorno do positivismo às suas raízes políticas substantivas acirrará os problemas com a concepção de Estado de Direito de Dworkin. Ironicamente, talvez a

²³⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 17.

²³⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 17.

²³⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 30/31.

²³⁹ DYZENHAUS, David. *The rule of laws as the rule of liberal principle*, em Ronald Dworkin, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

maior contribuição de Dworkin possa ser o incentivo para o renascimento do positivismo jurídico. Dyzenhaus sugere que um reavivamento do debate Fuller-Dworkin poderia muito bem solucionar o problema, mantendo as pistas para uma forte teoria antipositivista do Estado de Direito.

Em “Domínio da Vida”, Dworkin destaca os méritos de uma constituição de princípios, como instrumento da democracia, e reafirma que os juízes devem justificar suas sentenças com argumentos de princípios, para que possam ser criticados no meio jurídico. A obra versa especialmente sobre aborto e eutanásia.

O autor se declara favorável ao aborto e discute os fundamentos da sentença *Roe contra Wade*, pela qual o Supremo Tribunal dos Estados Unidos proíbe que os estados proíbam o aborto. A decisão adotou os fundamentos prolatados pelo juiz Blackmun. Na essência, foi resguardado o direito à privacidade da mulher grávida, tese atacada pelos conservadores, que afirmavam que “o direito à privacidade é apenas uma invenção jurídica liberal e que os pais da Constituição não pretenderam criar tal direito”.²⁴⁰

A decisão também declarou que o feto não é uma pessoa no sentido jurídico, proposição com a qual Dworkin não concorda. Neste passo, seus argumentos se reportam mais às questões e controvérsias morais. Ele discute o valor da vida humana, as concepções religiosas, os direitos das mulheres e termina por associar o direito ao aborto à liberdade sexual, conseqüentemente, aos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade. Mas, algo parece desfocado: sua fundamentação dá mais ênfase à questão moral do que à jurídica, estritamente falando.

Dworkin conclui que o direito à autonomia procriadora, o que inclui direito de abortar, está bem arrimado na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos. E que seria estranho se assim não fosse, pois este é um conceito decorre da liberdade.

O autor não subestima a controvérsia que o tema provoca e assevera que não devemos estranhar a diferença de fundamentos legais utilizados no apoio ao direito de aborto: “Alguns constitucionalistas têm uma estranha preferência pela pureza: querem os direitos ordenados

²⁴⁰ DORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 163.

exclusivamente em cláusulas constitucionais que não se sobreponham, como se a redundância fosse um vício constitucional”.²⁴¹

A Declaração de Direitos e Garantias não é uma lista de instrumentos jurídicos concretos e detalhados, mas sim “um compromisso com um ideal abstrato do que constitui um governo justo, aquela preferência não tem sentido - tanto quanto não o teria a proposição de que a liberdade religiosa também não é liberdade, ou que proteger a liberdade para todos nada tem a ver com a igualdade”.²⁴²

A autonomia procriadora está arrimada na crença na dignidade humana individual, “a crença em que as pessoas têm o direito moral - bem como a responsabilidade moral - de defrontar-se com as questões mais fundamentais sobre o significado e o valor de suas próprias vidas, em busca de respostas para suas próprias consciências e convicções”.²⁴³

A premissa mais básica da democracia ocidental - “a de que o governo seja republicano, e não despótico - incorpora um compromisso com essa concepção de dignidade. Em sentido amplo, o princípio de autonomia procriadora encontra-se entranhado em qualquer cultura verdadeiramente democrática”.²⁴⁴

Ainda assim, a razão mais poderosa que nos leva a desejar que os outros respeitem o valor intrínseco da vida humana - do modo como pensamos que esse valor exige respeito - não é a preocupação com nossos interesses ou com os das outras pessoas, mas apenas a preocupação com o valor em si. Se as pessoas não considerassem de transcendental importância que vidas humanas não sejam desperdiçadas pelo aborto, não teriam o tipo de compromisso que minha argumentação pressupõe que elas realmente têm. Desse modo, por certo, as pessoas para as quais quase todos os abortos são imorais devem interessar-se intensamente pela questão; e os liberais que veem essas pessoas como intrometidas e desequilibradas são insensíveis e equivocados.

Não obstante, devemos insistir na tolerância religiosa não apenas nesse campo, mas também em outros com os quais as pessoas uma vez já se preocuparam com igual intensidade, considerando-os suficientemente importantes não apenas para fazer protestos passivos, mas para declarar guerra. A tolerância é o preço que temos de pagar por nossa aventura de liberdade. Por nosso amor pela liberdade e pela dignidade, estamos comprometidos a viver em comunidades nas quais não se

²⁴¹ DORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 232/235.

²⁴² DORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 232/235.

²⁴³ DORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 232/235.

²⁴⁴ DORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 232/235.

considera que nenhum grupo é inteligente, religioso ou numeroso o bastante para decidir questões essencialmente religiosas que dizem respeito a todos os demais. Se tivermos uma preocupação verdadeira com as vidas que os outros levam, admitiremos também que nenhuma vida é boa quando vivida contra as próprias convicções e que em nada estaremos ajudando a vida de outra pessoa, mas apenas estragando-a, se a forçarmos a aceitar valores que não pode aceitar, mas aos quais só se submete por medo ou por prudência.²⁴⁵

Não obstante, Benjamin Zipursky e James Fleming sustentam que os argumentos de Dworkin para os direitos ao aborto e ao suicídio assistido estariam mais bem arriados na liberdade de consciência.²⁴⁶

A motivação filosófica de Dworkin para relacionar suas preocupações à liberdade de religião não deve ser confundida com a alegação de que os direitos ao aborto ou o suicídio assistido são baseadas em uma noção de liberdade de religião. O que é atraente para Dworkin é a ideia de que a autonomia não é licença para fazer o que se quer. É uma forma de liberdade de consciência correspondente ao dever do Estado não interferir nas decisões fundamentais sobre como alguém vê a santidade da vida.

Prosseguem, afirmando que a obrigação do Estado de respeitar essa esfera de autonomia não é a obrigação de respeitar a crença religiosa. A obrigação de respeitar os compromissos religiosos é mais convincente se relacionada à liberdade de consciência.

O foco político de Dworkin também fica muito claro em “Ética privada e igualitarismo político”. Para ele, há dois tipos de razões que uma comunidade política pode apresentar para negar a liberdade. A primeira é uma razão de justiça: a comunidade poderia declarar ilegais condutas incompatíveis com sua teoria de justiça. A segunda é ética: a comunidade poderia considerar que a conduta produz efeitos negativos.

De modo que los liberales éticos aceptarán la tolerancia liberal en el sentido descrito, en solución de continuidad con sus propias convicciones éticas globales, no en discontinuidad con ellas. Obsérvese, empero, que la tolerancia resultante de la igualdad liberal se queda un poco corta respecto del tipo de neutralidad que, según algunos críticos, pretende el liberalismo. Ya dije antes que la igualdad liberal no puede ser neutral en sus consecuencias, pues tendrá por resultado el que algunas vidas, que ella misma ni aprueba o desaprueba, serán más difíciles de llevar de lo

²⁴⁵ DORKIN, Ronald. *Domínio da vida*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 232/235.

²⁴⁶ ZIPURSKY, Benjamin, e FLEMING, James. *Rights, responsibilities and reflections on the sanctity of life*, em Ronald Dworkin, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

que lo serían bajo otros sistemas políticos. Y la igualdad liberal deja margen, en circunstancias apropiadas, para un paternalismo educativo a corto plazo que espera, confiado, una aceptación posterior genuina, no manipulada. La tolerancia de la igualdad liberal tampoco es global. Cualquier teoría política debe desaprobado otras teorías políticas que disputan sus principios; la igualdad liberal no puede ser neutral respecto de ideales éticos que desafían directamente a su teoría de la justicia, de manera que su versión de la tolerancia ética no se ve comprometida cuando castiga un ladrón que afirma que robar es fundamental para su buen vivir. O cuando reprime a un racista que proclama que la misión de su vida es promover la superioridad blanca. Sería torpe sugerir que el liberalismo ni aprueba ni desaprueba esas convicciones éticas, sino que se limita a hacerlas imposibles a fuer de costosas. Lo cierto es que las reprueba porque se oponen a sus principios fundamentales de justicia, y no puede tratarlas como si eso fuera cierto.²⁴⁷

Em “O Direito da liberdade”, ainda na Introdução, Dworkin apregoa a chamada “leitura moral”, que insere a “moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa; por isso, todo sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los”.²⁴⁸

No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, por isso os críticos da leitura moral dizem que a estratégia dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais particulares. Dworkin sustenta que a acusação não tem fundamento: “na mesma medida em que os juristas e juízes norte-americanos seguem uma estratégia coerente qualquer para interpretar a Constituição, eles já fazem uso da leitura moral”.²⁴⁹

Por isso, a facilidade em rotular os juízes como liberais ou conservadores: “a melhor explicação das diferenças entre seus padrões de decisão está na diferente compreensão que eles têm dos grandes valores morais inseridos no texto da Constituição”.²⁵⁰

Na sequência, Dworkin mergulha nas contendas travadas por políticos/juízes liberais e conservadores norte-americanos.

²⁴⁷DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona: Paidós, 1993, pp. 193/198.

²⁴⁸DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 02/03.

²⁴⁹DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 02/03.

²⁵⁰DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 02/03.

Inicialmente, comenta a rejeição do juiz Robert Bork pelo Senado. Bork foi indicado pelo então presidente Reagan para assento na Suprema Corte, mas suas opiniões não o encaixavam entre os liberais e nem entre os conservadores. Dworkin elogia o posicionamento do Senado e destaca que a rejeição foi defendida pelos setores mais liberais da sociedade americana.

Bork, do ponto de vista constitucional, é um radical que rejeita uma exigência das regras de direito que, antes, todos os lados empenhados no debate aceitavam: rejeita a ideia de que a Suprema Corte tem de tomar, como um dos critérios de suas interpretações da Constituição, os princípios latentes em suas decisões passadas e também em outros aspectos da história constitucional do país. Para ele, certos elementos centrais de uma doutrina constitucional universalmente aceita não passam de erros que agora podem e devem ser corrigidos por uma Corte de direita [...]

A Constituição não é só um documento, mas também uma tradição, e o Senado têm de procurar garantir que o indicado tenha a disposição de entrar nessa tradição e ajudar a interpretá-la de maneira condizente com a ciência do direito, e não de questioná-la e substituí-la movido por alguma visão política radical que não pode ser objeto de argumentos.²⁵¹

Na mesma obra, Dworkin discute a polêmica nomeação do juiz Clarence Thomas para a Suprema Corte. Negro e de origem pobre, segundo Dworkin, por estas razões, Thomas era excepcionalmente atraente à Suprema Corte.

O presidente Bush escolheu Thomas para “substituir o único juiz negro que já fez parte da Suprema Corte, Thurgood Marshall, e o fez exatamente porque os políticos teriam extrema dificuldade para se opor a um negro indicado para um tal cargo. (É claro que Bush, coberto de cinismo, declarou que a questão da raça não teve participação nenhuma na escolha de Thomas)”²⁵².

Porém, o currículo de Thomas muito o aproximava de Bork. Thomas ocupou cargos de destaque na administração Reagan, defendia a tese da neutralidade moral e, até mesmo nas questões raciais, aproximava-se dos conservadores.

Neste contexto, outro dado importante: a professora de direito Anita Hill ganhou público para acusá-lo de assédio sexual.

²⁵¹DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 423/424.

²⁵²DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 498.

Clarence Thomas, então, apelou para os irmãos de progênie e, quanto à acusação de Anita Hill, esbravejou no Senado que estava sendo perseguido e traído por uma pessoa da sua própria raça. Thomas foi aprovado por cinquenta e dois votos a quarenta e oito, “a menor margem pela qual um juiz já chegou à Suprema Corte em toda a história”.²⁵³

Ao que parece, Clarence Thomas não se importava com o fato de não acreditarem nas suas palavras, o que ele pôs em evidência foi a sua raça e a sua história de vida, falando da infância passada na pobreza, apelando diretamente aos negros como a iguais, dizendo-lhes que a raça era tudo o que importava. Isso funcionou. As primeiras pesquisas mostraram que os negros o apoiavam por uma margem de mais ou menos dois contra um, e esse fator fez com que os senadores liberais tivessem imediatamente uma dificuldade maior para declará-lo francamente incompetente ou desqualificado.²⁵⁴

Em “La democracia posible”, Dworkin comenta o processo político de indicação de juízes para a Suprema Corte, particularidades e estratégias políticas na disputa entre democratas e republicanos nos Estados Unidos. Novamente, não deixa o direito “fora do jogo” político.

Los jueces también son los protagonistas de otro reciente e importante drama constitucional, aunque esta vez el motivo de controversia es el método por el que son designados, y no los poderes que detentan una vez nombrados. Los republicanos controlan ahora el Senado, pero no llegan a los sesenta votos necesarios para romper el filibusterismo (filibuster)²⁵⁵, es decir, para poder plantear la votación definitiva que cierre el debate sobre cualquier cuestión. Durante su primer mandato, el presidente Bush desoyó la advertencia de los líderes demócratas en el Senado que pedían ser consultados antes de los nombramientos judiciales con el fin de evitar las dañinas batallas de confirmación. Bien al contrario, Bush nombró sin mediar consulta alguna a un grupo de jueces ultraconservadores seleccionados únicamente para contentar al ala ultraderechista de sus bases. Los senadores demócratas utilizaron con éxito la estrategia obstruccionista para bloquear la designación de algunos de los nominados a los que consideraban particularmente carentes de calificación. Los líderes republicanos amenazaron entonces con reformar las reglas del Senado con el fin de abolir la posibilidad de obstruir en la consideración de los nombramientos judiciales de manera que la mayoría republicana pudiera confirmar todos los nombramientos de Bush rechazados, sin importar cuan reaccionarios o poco cualificados fueran. Catorce influyentes senadores, siete de cada partido, acordaron un compromiso que apartó este plan, al menos temporalmente, a cambio de que los demócratas renunciasen al empleo del filibusterismo contra la confirmación de algunos de los jueces que Bush había nombrado.²⁵⁶

²⁵³DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 514.

²⁵⁴DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 522.

²⁵⁵Filibuster é a prática de procrastinar indefinidamente o debate sobre uma lei para impedir que seja votada. A estratégia só pode ser vencida com apoio de sessenta senadores.

²⁵⁶DWORKIN, Ronald. *La democracia posible*, Barcelona: Paidós, 2008, pp. 174/176.

Em “Justice for hedgehogs”, Dworkin afirma que as concepções de liberdade e igualdade são integradas e que a teoria da liberdade deve ser inserida no conceito de moralidade política.²⁵⁷ Descreve outra espécie de conflito, entre igualdade e liberdade, de um lado, e direito de participar politicamente (direito de liberdade positiva), de outro, eis que o direito de liberdade positiva pode conflitar com o direito de liberdade negativa (do governo) e com a proposta de justa distribuição dos recursos.²⁵⁸

Ressalta ainda o conflito entre valores políticos, entre a justiça e a lei (esta, no sentido mais amplo), pois nada assegura que nossas leis são justas. Dworkin afirma que a lei deve ser compatível com a moral em si, na verdade, deve ser um ramo da moralidade política. A moralidade política é descrita como um ramo de uma moral que, por seu lado, é um ramo de uma teoria mais geral, relacionada ao “viver bem”.

Neste contexto, adota nova metáfora. Poseidon teve um filho, chamado Procusto. Procusto convidava pessoas para pernoite em sua casa e lhes oferecia uma cama. Então, “adequava” seus convidados à cama, esticando-os ou cortando-os, até que eles se enquadrassem perfeitamente ao tamanho da peça. Versa a lenda que ele possuía duas camas, uma grande e outra pequena, e sempre oferecia a mais inadequada ao convidado. Procusto é um símbolo da intolerância, da imposição de padrões.

Dworkin associa Procusto à extensão e à restrição das virtudes políticas, para que elas se encaixam perfeitamente e classifica tal expediente como “sem sentido”. Afirma que não supõe que uma teoria é boa só porque ele se compatibiliza com outras teorias.

No entanto, defende que a moralidade política é uma condição necessária para a verdade e que os valores políticos devem estar bem integrados. Para ele, a vitória da raposa é muito fácil, mas é oca.²⁵⁹

²⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, p. 04.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, pp. 04/05.

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, pp. 05/06.

Assevera também que a moralidade política depende de interpretação. E a interpretação depende dos valores. Mas não há valor que seja independente das crenças e atitudes das pessoas que o avaliam. Ressalta que precisamos aceitar que não há verdade objetiva sobre valores independente das crenças ou atitudes das pessoas que os julgam.²⁶⁰

Na mesma obra, Dworkin aborda a questão do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte, considerada antidemocrática por muitos, especialmente porque juízes não são eleitos para exercício desta prerrogativa. Descarta a ideia, afirmando que até a escolha de um juiz para a Suprema Corte é um ato político e que, junto aos seus pares, estes juízes articulam politicamente seus votos.

A nomeação de um juiz para o Supremo Tribunal norte-americano é um evento amplamente divulgado pela mídia e que produz expressivas consequências políticas para o presidente que nomeia e os senadores que votam pela nomeação. As audiências do Senado são televisionadas. Os senadores recebem cascatas diárias de conselhos e ameaças de eleitores e grupos de interesse.

O público perde o controle sobre o juiz depois que ele é nomeado, mas os juízes constitucionais não têm poder para agir de forma independente. Atuam em órgãos colegiados e suas decisões podem ser revistas pelo Tribunal Pleno. O poder individual de cada juiz é limitado pela necessidade de atrair apoio da maioria dos outros juízes, ao seu modo de exibição.²⁶¹

Estas considerações relacionadas à fragilidade ou à imprecisão dos conceitos de princípios e política ou de argumentos de princípio e argumentos de política - para os fins propostos por Dworkin - espelham a opinião de diversos autores prestigiados.

Stephen Guest comenta que a expressão “questão de princípio” costuma ser usada com outro sentido, mais referente às questões morais, e que “política” é um termo ambíguo, usado

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, p. 08.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, pp. 396/397.

de forma elástica. Guest, ex-aluno, colega e admirador de Dworkin, conclui que a distinção carece de sentido:

Um fator de complicação é que as discórdias com a ideia de política de Dworkin geralmente recaem sobre o conteúdo da política, mais do que sobre a forma de argumento que as decisões de política assumem. Dworkin é claro quanto à distinção ser de forma, e não de conteúdo. Para uma pessoa, um estado político de coisas poderia ser uma questão de princípio e, para outra, poderia ser uma questão de política. Duas pessoas podem discordar quanto a uma decisão política particular, digamos, que permita à polícia deter suspeitos indefinidamente, uma o fazendo baseada em princípio, e a outra, baseada em política. Uma sustenta que, no longo prazo, tal política não funcionará e, de fato, poderá ser contraproducente. A outra pode argumentar que a política está errada porque ela é em princípio errada, em não permitir julgamento quanto ao tempo de detenção. A diferença entre essas duas pessoas usa, na verdade, a distinção entre princípio e política, embora esse tipo de exemplo seja frequentemente utilizado para mostrar como a distinção de Dworkin carece de significado. A distinção define o ambiente em que concepções rivais daquilo que é politicamente justificado pode ser alegado. Mas trata-se de uma distinção de substância, também, no sentido em que ela requer um sentido forte, distinto, em que princípios não são reduzíveis a política. Isso é confirmado pela conhecida afirmação de Dworkin de que direitos são “trunfos” que vencem metas utilitaristas.²⁶²

Morrison esclarece que Dworkin exige a "interpretação construtiva", afirmando que não podemos ser observadores imparciais do que é o direito. Não podemos mais usar a máxima de que a lei é a lei, mas não podemos adotar a concepção externa, donde se extrai o cinismo do realismo. A construção do direito também envolve as pessoas comuns. Nem sempre encontraremos a resposta jurídica certa, mas é fundamental argumentar, posto que, implicitamente, há um direito a ser descoberto.²⁶³

Harris questiona Dworkin quando este afirma que os argumentos de princípio só adquirem a mesma força que os argumentos políticos se o juiz adotar uma concepção consequencialista dos direitos, pois compreende que visando o bem comum é reduzida a margem de erro das decisões judiciais na pesagem dos direitos. Pergunta: quando um juiz leva em conta as consequências, devemos entender seu argumento como sendo baseada em princípios e não em política? Pondera que se os juízes perquirissem mais sobre o que é bem público cometeriam menos erros na valorização dos direitos.²⁶⁴

²⁶² GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 66/67.

²⁶³ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²⁶⁴ HARRIS, J. W. *Dworkin's rights thesis*, em *Legal Philosophies*, Second Edition, London/Edinburg/Dublin: Butterworths, 1997.

Este pode ser descrito como o ponto principal da teoria de Dworkin. Seu motivo para insistir que devemos estender o raciocínio utilizado para os casos difíceis e pensar em filosofia política e não em política.

Muitas controvérsias importantes são resolvidas pela via judicial. Nos Estados Unidos, as questões políticas da maior importância são definidas pelo Supremo Tribunal Federal. No Reino Unido também questões políticas são resolvidas pelos Tribunais Superiores.

Como conceber que um punhado de homens não eleitos pode impor julgamentos políticos sobre o resto de nós? Dworkin acredita que eles não o fazem, apenas aplicam os direitos individuais.²⁶⁵

Vera Karam de Chueiri e Melina Girardi Fachin publicaram artigo para afirmar que Dworkin “parte da premissa de que o direito positivo não pode se esquivar de um conteúdo moral, o qual resulta da formação da vontade política do legislador e dos compromissos políticos estabelecidos na esfera pública”.²⁶⁶

Aplicar e fazer valer um direito “demanda um exercício hermenêutico, na busca do melhor argumento que, baseado em um princípio, por exemplo, o da dignidade da pessoa, é capaz de justificar uma decisão jurídica relativamente ao direito demandado”.²⁶⁷

Nonet e Selznick destacam o perigo da generalização dos objetivos do direito na transição para a responsividade: “Normas, políticas e procedimentos específicos passam a ser considerados instrumentais e descartáveis. Até podem ser respeitados como produtos da experiência, mas não definem mais os compromissos da ordem jurídica. A ênfase se desloca

²⁶⁵ HARRIS, J. W., Dworkin's rights thesis, em *Legal Philosophies*, Second Edition, London/Edinburg/Dublin: Butterworths, 1997, pp. 203/204.

²⁶⁶ CHUEIRI, Vera Karam, e FACHIN, Melina Girardi. *Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo o apaziguado em Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 7, Vol. 02, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006.

²⁶⁷ CHUEIRI, Vera Karam, e FACHIN, Melina Girardi. *Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo o apaziguado em Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 7, Vol. 02, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006, pp. 325/337. A primeira autora é Doutora em Filosofia e professora de direito constitucional da UFPR. A segunda era, na publicação, bacharelada do curso de direito da UFPR.

para finalidades mais gerais que contêm as premissas da política pública e indicam 'que é disso que estamos realmente a fim'".²⁶⁸

Levar normas a sério é uma arte casuística e uma virtude ambígua da magistratura; uma arte que aponta para os limites da autoridade e de seu alcance. Para que as normas sejam aplicadas com precisão, a classificação dos fatos deve ser rigorosa. Quando surgem problemas e aparecem ambiguidades, os juízes têm de desenvolver maneiras persuasivas e engenhosas de resolvê-los. Essas e outras exigências produzem uma diversidade de perspectivas jurídicas. Ainda que o foco permaneça nas normas, também vemos a formulação de conceitos, doutrinas, máximas e princípios. Todos esses materiais proveem diretrizes para a elaboração e aplicação de normas. Ao mesmo tempo, eles introduzem abertura e flexibilidade na decisão judicial.

Mais importante ainda para nossa argumentação é a interação entre princípios e regras, pois é aí que o móvel da mudança se insere na ordem jurídica. A relevância e viabilidade das regras dependem necessariamente de condições históricas adequadas. Quando as circunstâncias se modificam, as regras devem ser reformuladas, não só para se adaptarem às necessidades políticas, mas para proteger a autoridade das próprias regras, bem como a integridade de sua aplicação. Nesse processo, a orientação advém de princípios consagrados, como os de equidade ou democracia; ou mesmo da ideia de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, que ao mesmo tempo dá continuidade ao direito e facilita mudanças nele. Quando Fuller sublinha a centralidade dos fins na atividade judicial, ou quando Dworkin e Hughes consideram princípios e políticas como os fundamentos da argumentação jurídica, expressam a aspiração contemporânea por uma ordem jurídica eficaz no tratamento da mudança.²⁶⁹

José Adércio Sampaio acrescenta que, além da possibilidade de corrigir excessos do legislador, a atuação jurisdicional avalia o trabalho legislativo. “Sob tal mirada, o grau de intervenção será tanto maior, quanto menor for o crédito no processo democrático, que tem na formação das leis um desdobramento importante, a permitir a valoração da oportunidade e conveniência da atuação do legislador”.²⁷⁰

²⁶⁸ NONET, Philippe, e SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, pp. 128/137.

²⁶⁹ NONET, Philippe, e SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, pp. 128/137.

²⁷⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite, *A Constituição e o pluralismo na encruzilhada*, em *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, nº 02, Belo Horizonte: Del Rey, 2003., pp. 95/96.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dworkin não pode ser encaixado em uma categoria ortodoxa, pois exibe faces radicais e conservadoras, simultaneamente. É um liberal, mas também apresenta nuances libertárias: é o homem que propõe: “We make our lives tiny diamonds in the cosmic sands”.²⁷¹

Rejeita a proposta positivista, que separa direito e moral, e os considera parte de um mesmo corpo. Para o autor, o direito é um ramo da moralidade política e a moralidade política é um ramo da moral geral. A moralidade política não dispensa capacidade de interpretação e essa capacidade depende dos valores do intérprete.

O direito é mediado pela teoria moral e é produzido pela comunidade personificada. Para o autor, a moralidade volta-se para a vontade de criar uma comunidade de princípios: a integridade. A integridade busca coerência e conciliação

Dworkin apregoa esta estratégia interpretativa e desenvolve a visão que chama de integridade no direito, na qual destaca o direito universal de ser tratado com igual consideração e respeito e enaltece a importância da fraternidade.

Compreende que a responsabilidade moral é como uma obra em construção, tanto no sentido de influenciar novas pessoas quanto na possibilidade de permanente revisão das concepções. Compara a atividade interpretativa – associada à responsabilidade moral – à produção literária. O ordenamento exige que os juízes equilibrem passado e inovação e assim produzam modernidade.

A tarefa é grandiosa e para enfrentá-la “cria” Hércules, um juiz capaz de conhecer seu ordenamento e tecer a melhor fundamentação.

Mas não é taxativo no que se refere à existência de uma resposta certa para os casos difíceis. Nega essa possibilidade, mas afirma que este não é um objetivo para se perder de vista.

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011, p. 423.

No que se refere ao poder criativo dos juízes, Dworkin o reconhece, mas o restringe às questões de princípios, em oposição às questões de política. Na apreciação dos casos relatados ao longo da sua obra, afirma que os juízes que se mantiveram fiéis à "verdade" do direito rejeitaram considerações políticas e resolveram as questões por meio do verdadeiro direito.

No entanto, a diferenciação dos conceitos de princípios e políticas é dinâmica, flexível e indiscutivelmente influenciada pelo grupamento social. Dworkin insiste na distinção entre princípios e políticas, mas seus esforços não chegam a solucionar a questão: não consegue sustentar o que é insustentável. Mistura os elementos em diversas passagens e, sem dúvida, aprecia as contendas vestido de sua cidadania norte-americana. Não há como esperar postura diferente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALSAMIGLIA, A. *Ensayo sobre Dworkin*, em *Los derechos em serio*, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1984.

CHUEIRI, Vera Karam, e FACHIN, Melina Girardi. *Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo apaziguado em Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 7, Vol. 02, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006.

DYZENHAUS, David. *The rule of laws as the rule of liberal principle*, em Ronald Dworkin, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona: Paidós, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Belknap Harvard, 2011.

DWORKIN, Ronald. *La democracia posible*, Barcelona: Paidós, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição - norte-americana*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- GUERRA, Gustavo Rabay. *Estrutura lógica dos princípios constitucionais – Pós-positivismo jurídico e racionalidade argumentativa na reformulação conceitual da normatividade do direito*, em Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 7, Vol. 02, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Democracia e Direito*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HARRIS, J. W. *Dworkin's rights thesis*, em Legal Philosophies, Second Edition, London/Edinburg/Dublin: Butterworths, 1997.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. *A Constituição e os direitos adquiridos na teoria dos direitos: entre positivismo e o pós-positivismo*, em Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 7, Vol. 01, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006.
- LEVINSON, Sanford. *Hercules, Abraham Lincoln, the United States Constitution and the problem of slavery*, em Ronald Dworkin, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- LUCHI, José Pedro. *A lógica dos Direitos fundamentais e dos Princípios do Estado*, em Linguagem e Sociabilidade, Vitória: EDUFES, 2005.
- LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MASCARO, Alysson Leandro, *Filosofia do direito e Filosofia Política*, São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NONET, Philippe, e SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- OST, François. *O tempo do direito*, Bauru, EDUSC, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Saraiva, 2002.

RIPSTEIN, Arthur. *Introduction: Anti-Archimedeanism*, em Ronald Dworkin, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

RIPSTEIN, Arthur. *Liberty and Equality*, em Ronald Dworkin, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Hermenêutica constitucional. Democracia e reconhecimento: desafios da teoria da constituição contemporânea*, em Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 7, Vol. 01, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006.

SALGADO, Gisele Mascarelli. *Uma visão do neoconstitucionalismo a partir de Dworkin*, em Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 7, Vol. 01, São Paulo: ESDC, Jan/Jun-2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite, *A Constituição e o pluralismo na encruzilhada*, em Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, nº 02, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SHAPIRO, Scott. *Hart-Dworkin Debate: A short guide for the perplexed*, em Ronald Dworkin, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

ZIPURSKY, Benjamin, e FLEMING, James. *Rights, responsibilities and reflections on the sanctity of life*, em Ronald Dworkin, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.