

LEVANDO DWORKIN A SÉRIO: UMA REVISÃO (CRÍTICA) DA TEORIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN¹

Luã Nogueira Jung²

Resumo: Partindo de uma proposta interpretativa, a tese de Ronald Dworkin é a de que o direito como integridade se revela como a melhor concepção de direito quando comparada entre o convencionalismo e o pragmatismo. O direito como integridade sustenta-se na personificação da comunidade política enquanto agente moral que deve justificar a invasão na esfera individual de seus membros a partir de princípios de moralidade política inscritos na história institucional. Para tanto, vem à tona Hércules, personagem criado por Dworkin e que representa um juiz que aceita as exigências da integridade no direito e que não mede esforços para encontrar, através do exercício literário do romance em cadeia transposto para o direito, os princípios que legitimam suas decisões.

Palavras-chave: Filosofia do direito. Ronald Dworkin. Princípios. Constituição. Hermenêutica.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As guerras e os conflitos políticos e econômicos que ocorreram no século XX deixaram marcas em todos os campos do conhecimento, e com o direito não foi diferente. Se a concepção positivista do direito já não atendia às demandas sociais e aos anseios dos povos por estabelecerem em seus diplomas um núcleo rígido de direitos que tivesse como base a dignidade humana, por outra banda, as bases teóricas que sustentavam em grande parte as teorias de autores como Kelsen, Hart e Ross também sucumbiram diante de novas perspectivas filosóficas que resgataram o direito do formalismo analítico positivista. Refere-se aqui ao giro paradigmático que ocorreu na forma de lidar, tanto pelos teóricos quanto pelos operadores do direito, com o fenômeno jurídico, haja vista a inclusão da moral, dos princípios e das condições de possibilidade interpretativas, elementos que foram reinseridos no debate jurídico.

Neste contexto, a obra de Ronald Dworkin é precursora, pois desde seus primeiros

¹ Artigo extraído de trabalho de conclusão de curso, apresentado como requisito para obtenção do grau de bacharel em ciências jurídicas e sociais da faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Dr. Fabio Caprio L. de Castro, Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza e Prof. Dr. Elias Grossmann, em 20 de junho de 2014.

² Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0205633431595802>>. E-mail: lua_nj@hotmail.com.

textos trouxe críticas ácidas ao positivismo jurídico, principalmente ao conceito de direito de H.L.A Hart. Ao longo de sua vida acadêmica, Dworkin refinou suas respostas ao positivismo e tornou-as a base de uma concepção peculiar acerca do direito, que abrange sua relação com a filosofia política, moral, bem como com a teoria da interpretação e da literatura. Este instinto agregador marca os textos do autor que é objeto de análise deste trabalho, tornando-os ricos e transdisciplinares, assim como resgata a pauta do mundo jurídico do anêmico sistema de regras típico do positivismo.

Por tudo, a teoria do direito de Dworkin obteve rápida ascensão teórica e larga difusão entre os países que, a despeito dos Estados Unidos da América que já possuía então uma certa tradição constitucional, inseriam-se no novo constitucionalismo emergente do pós-guerra que instituíam, através de textos rígidos, limites e diretrizes para a relação Estado/indivíduo calcados em princípios e direitos fundamentais. Este processo de constitucionalização e de passagem para o Estado Democrático de Direito, entretanto, não se deu sem controvérsias teóricas que traziam diferentes entendimentos acerca do que consistiam, na prática, tais limites, bem como qual o modo de aplicação dos direitos historicamente conquistados.

Sendo assim, o grande conflito deslocou-se para o polo interpretativo do direito e, portanto, para os limites do poder jurisdicional enquanto guardião dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que nesta paisagem principiológico-constitucional surgiram infinitas possibilidades de tratamento das relações jurídicas e da legitimidade do poder estatal no exercício de promoção das novas garantias. Faz-se premente, no âmbito deste trabalho, analisar o que a teoria de Ronald Dworkin tem a dizer nesta intrincada tessitura.

1 DWORKIN E O POSITIVISMO JURÍDICO: INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E DISCRICIONARIEDADE

Dworkin inicia a exposição de sua teoria do direito a partir de críticas às concepções positivistas, particularmente a de Hart. Segundo esta, o direito é um sistema (de regras) parcialmente indeterminado e incompleto onde, diante do não encobrimento de uma regra em um caso específico, o juiz é chamado a completar o sistema substituindo o legislador através do seu poder discricionário³. Como explica Oliveira: “Para Dworkin essa concepção é

³ Nas palavras de Hart, “as normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As

enganadora visto que o que é incompleto não é o direito, mas a imagem que dele produz o positivismo jurídico”.⁴

Nesse sentido, Dworkin constata que, em determinados casos, os juristas habitualmente lançam mão de padrões distintos das regras para embasarem suas defesas. Para sustentar sua tese, ele utiliza dois exemplos judiciais: “Riggs contra Palmer” (1889) e “Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.” (1969).

Tais padrões utilizados pelos tribunais para decidir casos controversos analisados por Dworkin diferenciam-se entre princípios e políticas que, bem como possuem um modo de operação distinto das regras e não podem ser identificados pelo teste fundamental de validade (*pedigree*) positivista:

Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (...) Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.⁵

Verificada a existência de padrões diferentes das regras que integram o universo jurídico, Dworkin expõe duas orientações distintas sobre como lidar com tais padrões:

- (a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos ‘o direito’ inclui, pelo menos, tanto princípios como regras.
- (b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como Riggs e Henningsen o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do ‘direito’), lançando mão de princípios legais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar.⁶

A primeira alternativa (a) trata os princípios como fontes legítimas e obrigatórias de direito, deontológicas, que devem ser aplicadas pelos juízes sob pena de estarem incorrendo

normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações” (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Fontes, 2009, p. 105-106).

⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio. A hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 176.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35-36.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 46-47.

em erro. A segunda (b), por sua vez, trata os princípios como ferramentas retóricas, desvinculadas de qualquer obrigatoriedade. Os juízes, nesse sentido, aplicam estas convenções discricionariamente para completarem a lei e, ainda, estão autorizados a criar uma obrigação jurídica *ex post facto*⁷.

Conclui-se com Dworkin, assim, que a primeira orientação (a) é mais coerente com um projeto constitucionalista e democrático⁸. Quer dizer, o critério para a função e aplicação de um princípio “não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma”⁹.

A partir do momento em que os princípios são admitidos como padrões que integram o discurso jurídico e, além disso, não são formulados por uma consciência subjetiva de um juiz legislador, mas são reconhecidos enquanto constituintes de uma moralidade política intersubjetiva, as premissas positivistas perdem força. Para Dworkin, tais princípios devem ser tratados com a mesma obrigatoriedade das regras e considerados por juízes e juristas quando estes deliberam sobre obrigações jurídicas.¹⁰ Ou seja, com Rocha, afirmamos que:

[...] em Dworkin, percebe-se que os princípios também são aplicados no código do Direito, visto que possuem caráter deontológico. Este caráter deontológico dos princípios é crucial para diferenciar sua teoria de outras que, embora entendam o Direito como um sistema aberto de princípios e regras, acabam por compreender normas como valores, como por exemplo, entende Robert Alexy.¹¹

A doutrina positivista, entretanto, sustenta que o direito é um sistema de regras válidas promulgadas no passado. A partir do momento em que estas regras apresentam-se ambíguas ou no caso de não haver regras previstas para um caso específico, os juízes têm poder discricionário, diante da “indeterminabilidade” do direito, para criarem regras prospectivamente.

Dworkin estabelece, portanto, três sentidos para o emprego da expressão “poder discricionário”, quais sejam:

- a) Algumas vezes empregamos ‘poder discricionário’ em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem uso da capacidade de julgar.

⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 132-133.

⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 60

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹¹ ROCHA, Heloísa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 250.

- b) Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário.
- c) Às vezes usamos ‘poder discricionário’ (...) para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão.¹²

Para o autor, o primeiro sentido de poder discricionário (a) é uma tautologia¹³, dada a obviedade de que os juízes devem interpretar para que seja possível decidir. No segundo sentido (b), ainda que a decisão do funcionário não seja controlada por uma autoridade superior, “disso não decorre a possibilidade de inobservância de padrões de bom senso e equidade”.¹⁴ O sentido empregado pela teoria positivista é o terceiro (c). Assim, discricionariedade torna-se sinônimo de arbitrariedade, ou, nas palavras de Dworkin:

É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes.¹⁵

Se o sistema de regras proposto por Hart não se sustenta a partir do momento em que consideramos determinados princípios como padrões jurídicos obrigatórios, por outro lado, o argumento em favor da discricionariedade não se mostra compatível com a democracia, pois a discricionariedade representa uma invenção legislativa, bem como a aplicação de uma obrigação jurídica *ex post facto*.

O positivismo jurídico, enquadrado no paradigma científicista, possui como promessa teórica a segurança. Como afirma Barzotto,

no Estado Liberal, o valor dado à segurança alcança um patamar superior àquele realizado pelo Estado Absolutista. Neste último, o Estado fornece segurança contra a ação dos outros indivíduos. No Estado Liberal, a ordem jurídica garante segurança do indivíduo contra o próprio Estado.¹⁶

A discricionariedade, portanto, soa como profunda contradição à proposta positivista de segurança. Por qual motivo uma teoria que aposta na certeza e objetividade ao afirmar o direito como sistema de regras que se pretendem originadas através de um critério de validade

¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 51-52.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 55.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 53.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 55.

¹⁶ BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15.

e não mais relacionadas a qualquer moralidade subjetiva e contingente, ao mesmo tempo, delega poder discricionário (subjetivo) ao intérprete e afirma que não há apenas uma resposta correta, mas diversas respostas ou, melhor dizendo, nenhuma?

Essa contradição, no entanto, revela-se apenas aparente, pois, como diz Streck, “o positivismo sempre andou sobre o fio da navalha: de um lado, confiava na objetividade, com fé no método, como se não existissem pré-juízos; de outro, buscava a partir da razão prática resolver os problemas das fissuras (e das insuficiências) da objetividade”.¹⁷

A tradição positivista possui como característica a exclusão de qualquer elemento não lógico ou empírico como condição de verdade. Como podemos observar em Kelsen, “realidade e valor pertencem a domínios distintos”,¹⁸ ou seja, há distinção estrutural entre o ser e o dever-ser. A interpretação judicial é, nesse sentido, um ato de vontade e não de conhecimento, sendo, portanto, subjetiva. Daí a afirmação tanto em Kelsen como em Hart sobre a “moldura”, a “textura aberta”, ou as “zonas de penumbra” das regras jurídicas, respectivamente. Se não, veja-se:

Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ele se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura geral.¹⁹

Isso se dá no positivismo a partir do momento em que se distingue o papel do intérprete (aplicador) do cientista (observador). As questões judiciais pertencem ao campo da política do direito, não ao da ciência ou teoria (pura) do direito:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. [...] A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a, p. 168.

¹⁸ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 72.

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 391.

jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica.²⁰

Hart segue na mesma direção ao afirmar que sua “exposição é descritiva no sentido de que é moralmente neutra e não tem fins de justificativa”, uma vez que não se vincula a um sistema jurídico específico, mas “busca fornecer uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexa, dotada de um aspecto regulatório (e, nesse sentido, ‘normativo’) ”²¹. Não obstante, para Hart, as normas jurídicas possuem uma “penumbra” de incerteza por onde transitam diferentes concepções morais no momento de interpretação/aplicação judicial.²² Assim, diante da ausência de um caráter objetivo dos juízos interpretativos, Hart afirma que o dever do juiz é sempre o mesmo:

fazer a melhor avaliação moral que lhe seja possível acerca de quaisquer problemas morais sobre os quais precise decidir. Para todos os efeitos, não importa se, ao decidir suas causas, o juiz está *criando* o direito de acordo com a moral (sem prejuízo, é claro, de quaisquer restrições que a lei imponha) ou se, alternativamente, é orientado por sua avaliação moral sobre qual lei, *já existente*, é revelada por um critério moral do direito.²³

Em *O Império do Direito*, Dworkin trabalha com a ideia de que qualquer teoria do direito é, antes, uma interpretação acerca dessa prática social. Como afirma Guest, “a teoria do direito de Dworkin é que a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes”²⁴. Dworkin, assim, fundamentado no modelo a ser exposto de interpretação construtiva, afirma que qualquer concepção – inclusive a positivista – acerca do que é o direito inclui, inexoravelmente, um juízo do observador ou, hermeneuticamente falando, aplicação. Isso implica no abandono do dualismo presente nas obras de Hart e Kelsen entre conhecimento (neutralidade) e vontade (subjetividade), ou seja, entre a ciência do direito e a aplicação normativa na prática judicial:

[...] dizemos que a lei é uma coisa, e que outra bem diferente é o que os juízes farão com relação a ela; isso explica, parece-me, a atração imediata que exerce o lema positivista. Mas equivale a um grande exagero insistir, como fizeram os positivistas, em que as teorias sobre os fundamentos do direito não podem, absolutamente, ser políticas, que devem deixar totalmente sem resposta a questão do modo como os juízes decidem os casos reais. Pois uma teoria sobre os fundamentos que, em si mesma, não assume nenhuma posição relativa à utilização da força do direito deve

²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 393 e 395.

²¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 309.

²² HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 325.

²³ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 325.

²⁴ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 07.

ainda assim ser política num sentido mais geral e difuso.²⁵

Como será exposto a seguir, a proposta de Dworkin é a de que tanto o filósofo do direito quanto o juiz se encontram na mesma dimensão interpretativa, pois seus juízos interpretativos acerca da prática jurídica são feitos da mesma substância (política), tanto na tentativa de estabelecer um conceito teórico sobre o que é o direito, como ao decidir um caso no tribunal. Isto, ao contrário do que pensavam os positivistas, não altera em nada a possibilidade de respostas corretas para o direito.

2 O DIREITO COMO UM CONCEITO INTERPRETATIVO

2.1 A INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA

Em *O Império do Direito*, Dworkin inicia sua abordagem interpretativa acerca do direito a partir de um exemplo de uma comunidade fictícia onde seus membros se perguntam acerca da natureza e do valor de regras de cortesia disseminadas em sua comunidade. Daí, Dworkin conclui a relevância de analisarmos as teorias da interpretação para que seja possível compreender o direito enquanto prática social. Para Dworkin, o próprio direito é um conceito interpretativo.²⁶ Nesse sentido, o autor apresenta uma reconstrução teórica acerca de como interpretar o direito:

Para além do dilema positivista e realista entre descobrir ou inventar uma decisão, Dworkin defende que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o direito constitui a melhor justificação do conjunto de práticas jurídicas, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis.²⁷

Sendo o direito um conceito interpretativo, é necessário que esteja enquadrado em determinada doutrina interpretativa. Contrariando a tese defendida por autores como Dilthey, que, basicamente, trata da possibilidade de “decifrar os propósitos ou intenções do autor ao escrever determinado romance ou conservar uma tradição social específica, do mesmo modo que, na conversação, pretendemos perceber as intenções de um amigo ao falar como fala”²⁸, Dworkin propõe que quando interpretamos não temos acesso neutro à fiel intenção do autor contida no objeto interpretado, pois a interpretação “é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos

²⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 136.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁷ CATTONI, Marcelo. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo Copetti (Orgs.). **Direito & Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 22.

²⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 62.

quais se imagina que pertençam”.²⁹

Dworkin distingue diferentes contextos em que interpretamos objetos ou práticas. O primeiro deles é a conversação, quando interpretamos sons ou sinais que uma pessoa faz para que seja possível compreender aquilo que é dito. Nesse sentido, a interpretação conversacional é intencional, uma vez que “atribui significados a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta suas conclusões como afirmações sobre a ‘intenção deste ao dizer o que disse’”.³⁰ Outro exemplo é a interpretação científica que, diferentemente da conversacional, não lida com intenções exprimidas através do discurso, mas com fatos empíricos, ou seja, uma interpretação causal, não intencional. Para Dworkin, a interpretação de práticas sociais se assemelha mais à interpretação artística, pois “ambas pretendem interpretar algo criado por pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como a interpretação da conversação, ou fatos não criados por pessoas, como no caso da interpretação científica”. Tanto na interpretação artística como na interpretação de uma prática social, o autor atribui a denominação de formas de interpretação “criativa”.

Dworkin propõe, nesse sentido, que a interpretação criativa – **e, em verdade, qualquer modo de interpretação**³¹ – é, antes de tudo, uma interpretação construtiva. Nela, o intérprete traz o objeto para a sua realidade e, a partir disso, tenta extrair o melhor significado possível. Entretanto, como complementa o autor, daí não se segue que o intérprete possa atribuir qualquer significado à obra ou à prática social que ele desejaria que fosse, uma vez que “a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis desses últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com muito cuidado”.³²

Como exemplo de interpretação artística construtiva, Dworkin descreve como um indivíduo que deseja produzir uma peça de Shakespeare deve proceder para que consiga

²⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 63-64.

³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60-61.

³¹ Embora analise especificamente a interpretação criativa como interpretação construtiva e não conversacional, Dworkin afirma que a inserção pelo intérprete de um propósito como condição de possibilidade interpretativa é universal. Em uma conversa, por exemplo, usamos certos pressupostos como o chamado princípio da caridade que, “em circunstâncias normais, tem o efeito de transformar aquilo que a pessoa diz no melhor exemplo de comunicação possível”. O mesmo ocorre na ciência, quando, ao analisarmos dados, utilizamos padrões da teoria da construção, como “simplicidade, elegância e possibilidade de verificação, que refletem pressupostos contestáveis e variáveis sobre os paradigmas de explicações, isto é, sobre quais características tornam uma forma de explicação melhor que a outra”. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 65.).

³² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 64.

demonstrar aos seus contemporâneos o verdadeiro sentido atribuído pelo autor da peça teatral. Mesmo que fosse possível reproduzir as opiniões concretas e objetivas de Shakespeare sobre os personagens, a reprodução possivelmente assumiria, ao público contemporâneo dotado de preconceitos próprios, um caráter diametralmente oposto ao verdadeiro propósito artístico de Shakespeare ao escrever a obra. Assim, a interpretação construtiva torna-se a única possibilidade para que o produtor da peça consiga transpor as intenções de Shakespeare à cultura contemporânea. É inevitável que o produtor utilize suas próprias concepções artísticas para demonstrar ao público uma leitura contextualizada em sua própria época.

Entretanto, percebe-se que esta mediação entre o passado e o presente que ocorre na arte (e no direito também) não se dá de maneira acrítica, como já foi salientado, pois, embora existam em qualquer obra de arte propriedades relacionais, (velamento/desvelamento), que apenas são compreendidas quando trazidas ao contexto interpretativo, também existem propriedades que constituem uma dimensão rígida, por assim dizer, que limita o intérprete na atribuição de sentido. Como se verá adiante, a isso Dworkin chama de dimensões de “ajuste” ou “adequação” e “substância” ou “justificação”. Em síntese, elas conduzem o intérprete a estabelecer uma interpretação que se adapte aos traços fundamentais do objeto ao mesmo tempo em que o mostre de acordo com os melhores padrões de análise que pertençam ao contexto em que se interpreta (sendo a arte, refere-se à estética, no caso do direito, à política, etc.). Nesse sentido, adiantamos o exemplo trazido por Dworkin:

Uma interpretação não pode tornar uma obra de arte superior se trata grande parte do texto como irrelevante, ou boa parte do tropo ou estilo como desarticulado e respondendo apenas a padrões autônomos das belas-lettras. Portanto, não decorre da hipótese estética que, como um romance filosófico é esteticamente mais valioso que uma história de mistério, um romance de Agatha Christie seja na verdade um tratado sobre o significado da morte. Essa interpretação falha não apenas porque um livro de Agatha Christie, considerado como um tratado sobre a morte, seja um tratado pobre, menos valioso que um bom texto de mistério, mas porque a interpretação faz do romance um desastre.³³

Não obstante esta pequena pausa para a introdução dos limites que envolvem a interpretação construtiva, fica clara a impossibilidade de se fazer uma interpretação neutra a respeito de uma obra e que capture a intenção original do autor. Nesse sentido, Dworkin contesta a distinção estrutural entre interpretação e valoração. Note-se que a única maneira para produtor compreender e expor a obra de Shakespeare é atribuir valores próprios ao conteúdo, de forma que este possa ser apreendido a partir do horizonte de significância

³³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 224.

contemporâneo. Do contrário, a compreensão torna-se impossível. Dworkin, referindo-se aos ensinamentos de Gadamer, afirma, nesse sentido, que “a interpretação deve *pôr em prática* uma intenção”.³⁴

Dworkin, assim, descreve as possibilidades de interpretação criativa à luz da teoria conversacional e constata sua ineficiência ao propor uma análise neutra e afastada do objeto a ser interpretado, visando, nesse sentido, depurar a verdadeira intenção do autor da obra de arte ou da prática social, respectivamente. Para Dworkin, o caminho parece se chegar a uma resposta interpretativa plausível não é insistir na neutralidade ou objetividade, mas trazer o objeto ao presente e compreendê-lo a partir de nós mesmos, na tentativa de proporcionar-lhe o melhor significado que ele pode atingir no presente contexto, sendo este o desafio da interpretação construtiva.

Nesse sentido, é possível afirmar que a teoria da interpretação construtiva de Dworkin vai ao encontro da hermenêutica filosófica de Gadamer, pois, em que pese suas diferenças, o “método” interpretativo dworkiniano, assim como a hermenêutica filosófica cunhada por Gadamer, é anti-objetivista.

Bem como na teoria da interpretação construtiva de Dworkin, para Gadamer interpretar não é um descobrir o significado original de um texto, mas descobrir o que o texto tem a dizer para o intérprete. Ao passo que para Dworkin toda interpretação é construtiva, em Gadamer a interpretação deixa de ser reprodutiva e passa a ser produtiva, pois ao adotar unicamente o horizonte passado, “desistimos da reivindicação de encontrar no passado qualquer verdade que seja válida e inteligível para nós mesmos”.³⁵

Como afirma Grondin, “compreender é sempre um compreender-se, incluindo um encontro consigo mesmo. Compreender significa, então, o mesmo que aplicar um sentido à nossa situação, aos nossos questionamentos”.³⁶ Portanto, a interpretação se dá em um contexto histórico que impede uma compreensão objetiva e neutra, como pretendia o positivismo, uma vez que interpretamos porque questionamos e questionamos a partir do mundo em que vivemos, quer dizer, nas palavras de François Ost, “entre o mundo do texto e o mundo do leitor, arrisca-se um confronto, às vezes uma fusão de horizontes, e tanto mais quanto o leitor não é uma terra virgem, mas um ser já envolvido em histórias, em busca de sua própria identidade”.³⁷ Daí ressalta-se que interpretação e aplicação coincidem, uma vez que

³⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 67.

³⁵ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 303.

³⁶ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 193.

³⁷ OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 38.

“entender um texto do passado significa traduzi-lo para a nossa situação presente, escutando nele uma discursiva resposta para os questionamentos da nossa era”.³⁸

A proposta de interpretação construtiva de Dworkin traz consigo a superação do paradigma positivista de afastamento e neutralidade do cientista/intérprete na busca de uma verdade apodítica. Propõe, dessa maneira, a possibilidade de se obter uma resposta verdadeira que esteja “entre as duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem”.³⁹ Em última palavra:

Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer, cada um ao seu modo, sempre procuraram controlar esse subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir de suas posturas antirrelativistas, do respeito à tradição, da virtuosidade do círculo hermenêutico, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas, porque rejeitam, peremptoriamente, os diversos dualismos que a tradição (metafísica) nos legou desde Platão. Lembremos que tanto Dworkin como Gadamer não admitem a cisão (dualismo) entre interpretação e aplicação. E isso faz diferença.⁴⁰

Interpretar o direito, por fim, é concebê-lo à sua melhor luz, quer dizer, extrair da história das práticas institucionais – e com isso atribuir, uma vez que interpretação e aplicação não se dão em momentos distintos – princípios políticos que sejam coerentes entre si e que possam ser justificados publicamente. Isso se dá através da interpretação construtiva, um exercício auto-reflexivo e crítico, que nega o objetivismo positivista sem ser cético ao mesmo tempo em que contorna a subjetividade do intérprete pois o responsabiliza pelo respeito à integridade.

3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE

3.1 A VIRTUDE DA INTEGRIDADE

Para enfrentar a questão sobre o reconhecimento de direitos pré-estabelecidos que devem ser reconhecidos pela atividade jurisdicional e que justificam o uso da força pública, frente às teorias convencionalista e pragmática, Dworkin traz ao debate certos ideais políticos que são compartilhados entre a teoria política utópica e teoria política comum, tais como a equidade e a justiça (e o devido processo legal). Nesse sentido,

³⁸ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 194.

³⁹ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 48.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b, p. 403.

A equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tomar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder político de maneira adequada. [...] A justiça, pelo contrário, se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. [...] O processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos [...].⁴¹

Entretanto, para Dworkin, existe algo, outro ideal político que se manifesta, ao lado da justiça e da equidade, e regula a atuação do Estado perante os indivíduos e coordena a atuação política de uma comunidade. Esse ideal impede que o governo tome decisões contraditórias sobre determinados assuntos bem como estabeleça conciliações legislativas, delegando equitativamente o poder de decisão a cada camada social com crenças morais divergentes e faz com que ele se dirija a todos com uma só voz. Daí a referência a Netuno, planeta que foi descoberto “antes de ser visto”:

Os astrônomos postularam a existência de Netuno antes de descobri-lo. Sabiam que só um planeta, cuja órbita se encontrasse além daquelas já conhecidas, poderia explicar o comportamento dos planetas mais próximos. Nossos instintos sobre a conciliação interna sugerem outro ideal político ao lado da justiça e da equidade. A integridade é nosso Netuno.⁴²

Assim, o autor acrescenta a esta lista de ideais políticos, originária da teoria política utópica, outro ideal, primeiramente apresentado como o “clichê” de que os casos semelhantes devem ser tratados de forma parecida. A ele, entretanto, Dworkin concede “um nome mais grandioso: é a virtude da integridade política”.⁴³

A integridade age de forma que o Estado dirija suas ações de acordo com coerência e trate os seus cidadãos com igualdade. Coerência, aqui, significa que o Estado é um agente moral e que deve ser pautado por um conjunto de princípios correspondentes entre si, ainda que os indivíduos estejam divididos sobre os melhores valores morais como a justiça e a equidade. Para tanto, a comunidade política é entendida como um ente personificado capaz de ser responsável moralmente por suas escolhas: “A ideia de integridade política pressupõe que a comunidade pode adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos”.⁴⁴ Sobre esse aspecto, comenta Guest:

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 200.

⁴² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 222.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 201.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 208.

A ideia de “agir por princípio” é altamente relevante aqui. Andrew será um homem que toma sua decisão segundo o que considera ser a visão moral correta de qualquer questão. Dizer que uma pessoa age por princípio é parte de dizer que uma pessoa tem integridade e, inversamente, e mais frequentemente, dizemos que uma pessoa “sem princípio” é uma pessoa que “carece de integridade”. Você pode confiar que alguém que aja por princípio seja consistente em seus julgamentos, mas apenas na medida em que um princípio assim o exija, de modo que a integridade não é a mesma coisa que a lealdade cega, com a qual a integridade às vezes se confunde.⁴⁵

A noção de “lealdade cega” suscitada nos remete à problematização que envolve integridade e coerência, entendida como decidir casos semelhantes da mesma forma. A integridade em uma comunidade política exige, pois, coerência de princípio ou, em outras palavras, uma “consistência articulada”.⁴⁶ Quer dizer que, em se tratando de políticas (*policies*), as autoridades, para atingirem uma meta coletiva, não precisam tratar a todos da mesma forma, pois “a integridade diz respeito a princípios, e não exige nenhuma forma simples de coerência em termos políticos”.⁴⁷ Dworkin problematiza sobre a integridade:

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (...). A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em busca de coerência com o princípio fundamental.⁴⁸

Note-se que com a integridade as relações sociais passam a ser compreendidas em um nível intersubjetivo, sendo constituídas por princípios inscritos na história institucional que constituem a comunidade como um agente moral autônomo, personificado. A moralidade política não se sujeita ao moralismo privado, pois é independente e atende a padrões e exigências próprias. Isso, como afirma Dworkin “a muitos vai parecer uma metafísica ruim”.⁴⁹ Entretanto, sua teoria não é metafísica, mas política e jurídica. A personificação consiste em considerar a comunidade como um agente autônomo: “Mas será ainda uma personificação, e não uma descoberta, pois reconhecemos que a comunidade não tem uma

⁴⁵ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 181.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 37.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 266.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 264-165.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 204.

existência metafísica independente, que **ela própria é uma criação das práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscreve**⁵⁰. (Grifos nossos).

A noção de personificação de uma comunidade como agente moral autônomo consegue explicar, para Dworkin, o fato de que muitos alemães, mesmo os que nasceram muitos anos após o holocausto, se solidarizam com as vítimas do nazismo simplesmente por um motivo: por serem alemães⁵¹. A personificação institucional proposta por Dworkin, dotada de princípios próprios, se revela, também, com o exemplo do autor que se refere ao modo como nos reportamos aos nossos representantes políticos:

Acreditamos que os dirigentes políticos têm responsabilidades que não poderíamos defender se tivéssemos de estabelecê-las diretamente a partir das exigências comuns da moral pessoal do indivíduo que a maioria de nós aceita para nós mesmos e para os outros na vida não política. Acreditamos que possuem uma responsabilidade especial e complexa de imparcialidade entre os membros da comunidade e de parcialidade para com eles nas relações com estrangeiros. Isso é muito diferente da responsabilidade que cada um de nós aceita enquanto indivíduo. [...] Não concedemos às autoridades no exercício de suas funções nenhuma esfera dessa natureza. Dizemos que eles devem tratar todos os membros de sua comunidade como iguais, e o que é para um indivíduo a liberdade normal do uso das preferências individuais, para o administrador público é chamado de corrupção.⁵²

A integridade entendida como virtude política, assim, exige que as autoridades públicas direcionem suas ações em razão de princípios que estruturam as relações sociais ao mesmo tempo em que responsabiliza cada indivíduo, enquanto parte de um todo, pelas injustiças causadas pelas instituições públicas que a cada um representam, transbordando a tradição liberal-individualista de que “as pessoas não devem ser culpadas por atos sobre os quais não tinham controle”,⁵³ a partir de um conceito fundamental na obra de Dworkin: a *fraternidade*. O autor utiliza esta expressão como sinônima de *comunidade*, ou seja, uma estrutura política que trata todos os seus membros com *igual consideração e respeito*⁵⁴ e que pressupõe obrigações que não são decorrentes de qualquer consentimento tácito ou manifesto, bem como de qualquer idealização de um contrato onde indivíduos, a partir de uma tábula

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 208.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 211.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 209.

⁵⁴ “A tese segundo a qual tais direitos ‘existem’ conta com uma razão prática incorporada na história e que, de certa forma, a atravessa. A razão prática emerge no ponto de vista moral e se articula numa norma fundamental, a qual exige a mesma consideração e o igual respeito por cada um. [...] Em Dworkin, a norma fundamental goza do *status* – não fundamento – de um ‘*direito natural...*, que todos os homens e todas as mulheres possuem,... simplesmente porque eles são seres humanos dotados da capacidade de esboçar planos e fazer justiça’. Se prescindirmos das conotações do direito natural, podemos tomar isso também como um esclarecimento do sentido deontológico de direitos fundamentais em geral”. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. I, p. 252-253).

rasa, expressam suas vontades ou sentimentos de justiça, mas do vínculo moral que é gerado a partir do pertencimento a determinada tradição:

A melhor defesa da legitimidade política – o direito de uma comunidade política tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade – vai ser encontrada não onde os filósofos esperaram 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.⁵⁵

Ou seja, as pessoas têm obrigações associativas ou comunitárias que não dependem de sua autonomia ou consentimento e nem mesmo de laços emocionais, mas que, ao mesmo tempo, devem preencher alguns requisitos para que possa haver a reciprocidade fraterna que é exigida pela integridade, tais quais:

- a) As obrigações do grupo devem ser tratadas como *especiais* em relação aos membros daquele grupo, ou seja, “dotadas de um caráter distintivo no âmbito do grupo, e não como deveres gerais que seus membros devem, igualmente, a pessoas que não pertencem a ele”.⁵⁶ (V.g. um estrangeiro);
- b) Devem ser *pessoais*, ou seja, “vão diretamente de um membro a outro, em vez de percorrerem o grupo todo em um sentido coletivo”;⁵⁷
- c) Pressupõem, ao mesmo tempo, uma responsabilidade mais geral para com o grupo: cada indivíduo, mesmo que indiretamente, tem um interesse pelo bem-estar comunitário;
- d) As práticas do grupo devem demonstrar *igual interesse* por todos os membros. Nesse sentido, as associações fraternais são conceitualmente igualitárias, o que não impede a existência de hierarquia como definição de papéis, mas “não são fraternais, porém, nem geram responsabilidades comunitárias, os sistemas de castas para os quais alguns membros são intrinsecamente menos dignos que outros”.⁵⁸

Nesse sentido, afirma Dworkin que “as responsabilidades que uma verdadeira comunidade mobiliza são especiais e individualizadas, e revelam um abrangente interesse

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 249-250.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 242.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 242.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 243.

mútuo que se ajusta a uma concepção plausível de igual interesse”.⁵⁹

Nenhum dos requisitos, porém, demonstra que laços afetivos sejam necessários para que as obrigações comunitárias vigorem. Portanto, para além da família ou da relação de amizade, as associações podem ser maiores e, ao mesmo tempo, anônimas. Assim, para Dworkin, “como a família, a amizade e outras formas de associação mais íntimas e locais, a associação política contém a obrigação [inclusive de obedecer ao direito] em seu cerne”.⁶⁰

Nesse sentido, o modelo ideal de comunidade, para Dworkin, é o modelo do princípio, que:

Insiste em que 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. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual a pessoa tenta fazer suas convicções no mais vasto território e poder ou de regras possível. Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.⁶¹

A partir desta breve apresentação do que representa e do que exige a integridade enquanto um ideal político que, entre outros, deve ser perseguido por uma comunidade, Dworkin divide as exigências da integridade em dois outros princípios mais práticos: o da integridade na legislação, que “pede aos que criam o Direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios”, e o princípio da integridade no julgamento, “que pede aos responsáveis pela decisão do que seja a lei, que a vejam e a façam cumprir como sendo coerente nesse sentido”.⁶²

3.2 A INTEGRIDADE NO DIREITO

3.2.1 Direito *como*⁶³ literatura: o romance em cadeia

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 243.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 250.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 255.

⁶² LAGES, Cintia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 497.

⁶³ Apresentar este aspecto da teoria de Dworkin com o título “Direito *como* literatura” é uma ideia extraída de François Ost. O autor explica que “os estudos comumente classificados sob o nome geral de ‘direito e literatura’ (nos Estados Unidos, *Law and Literature*) podem, em realidade, assumir formas bastante diversas

Diferentemente do convencionalismo, que propõe serem as regras explícitas a extensão do direito, e uma vez que estas se apresentam imprecisas, apela-se à discricionariedade, e do pragmatismo, que defende a concepção de direito *sem direitos*, tendo os juízes a incumbência de decidir prospectivamente, de acordo com o que lhes parece o melhor para a comunidade (note-se que em ambas as posturas há o elemento decisionista), Dworkin propõe que o direito é uma prática interpretativa, ou seja,

as proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição como da valoração, sendo porém diferente de ambas.⁶⁴

Antes de descobrir ou criar o direito, os juízes reconstruem a história institucional à luz de princípios de moralidade política, a partir da perspectiva da interpretação construtiva, analisada anteriormente:

Disse que uma interpretação literária tem como objetivo demonstrar como a obra em questão pode ser vista como a obra de arte mais valiosa, e para isso deve atentar para características formais de identidade, coerência e integridade, assim como para considerações substantivas de valor artístico. Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Mas a finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político (...) Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito, como o dos acidentes, deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve.⁶⁵

Nesse sentido, Dworkin afirma que os juízes “são igualmente autores e críticos”⁶⁶ desta história institucional em que se encontra o direito, uma vez que são, simultaneamente, intérpretes e autores de determinada tradição jurídica, resgatando e colocando em prática as normas do passado que por eles são (re)interpretadas. Retornamos à explicação da interpretação construtiva, onde a atividade interpretativa não pretende descobrir o propósito do objeto a ser

que é possível agrupar em três correntes distintas?”. Nesse sentido, são diferenciados pelo autor o direito *da* literatura, “que estuda a maneira como a lei e a jurisprudência tratam os fenômenos da escrita literária”, o direito *na* literatura, que é a perspectiva “que se debruça sobre a maneira como a literatura trata questões de justiça e de poder subjacentes à ordem jurídica”, e, para o âmbito deste trabalho que expõe o modelo de racionalidade jurídica de Dworkin, Ost apresenta o Direito *como* literatura, “que aborda o discurso jurídico com os métodos da análise literária (é a abordagem dominante nos Estados Unidos)”. É para esta última direção que apontam as comparações que Dworkin estabelece entre o direito e a literatura quando, como veremos a seguir, propõe que a atividade judicial é equivalente a de um escritor de um romance em cadeia (OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 48).

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 219.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 239.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275.

interpretado, mas impor propósito (aplicação) do, no caso jurídico, texto legislativo ou conjunto de decisões. Podemos, assim, afirmar com Gadamer que:

quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer o seu sentido vigente. O juiz procura corresponder à ‘ideia jurídica’ da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica.⁶⁷

Dworkin, nesse sentido, estabelece uma comparação entre direito e literatura⁶⁸, ou, para utilizar a terminologia apresentada por Ost, apresenta o direito *como* literatura, criando um gênero artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”. Neste projeto, um grupo de escritores produz um romance em série, sendo que cada romancista interpreta a totalidade dos capítulos que foram escritos individualmente pelos escritores que o precederam e, nesse sentido, cada um, a sua vez, deve extrair e dar ao texto que lhe foi entregue uma unidade significativa, de maneira que, ao final, seja criado “o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”.⁶⁹ Para Dworkin,

decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. (...) Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora.⁷⁰

Sendo assim, o trabalho do escritor, ou contista, literário ou jurídico, irá se desenvolver diante da tensão entre duas dimensões argumentativas: a primeira é a dimensão da adequação ou ajuste, onde a interpretação deve dar conta dos aspectos estruturais fundamentais do texto interpretado sem que, ao dar prosseguimento a esta atividade, a narrativa perca sua continuidade. Ou seja, o escritor deve buscar e respeitar as limitações estruturais que foram estabelecidas nos capítulos anteriores pelos seus colegas. Guest exemplifica que, em se tratando de uma obra literária,

essas limitações serão coisas como nomes dos personagens (‘Christine’, no primeiro capítulo não pode sem que uma razão seja oferecida, ter o nome de ‘Thug’, por exemplo) a linguagem (seria loucura se o primeiro capítulo fosse em inglês e o

⁶⁷ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 334.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

segundo em sânscrito), e enredo (imagine se não houvesse explicações lógicas para alterações de lugar, tempo e comportamento de qualquer um dos personagens).⁷¹

No caso do direito, as convicções sobre a adequação vão estabelecer “a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável”.⁷² Nesse sentido, uma interpretação que desconsiderasse a relevância da legislação para a decisão judicial ou que instituísse nesta um moralismo privado, como que o princípio de que os ricos devem compartilhar seus bens com os pobres, sofreria imediatamente restrições e seria mal sucedida, nesta perspectiva. Claro que, sendo a dimensão de ajuste também interpretativa, diferentes indivíduos vão estabelecer essas restrições de maneira diversa, mas:

quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a ela for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável –, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica. Como o romancista em cadeia, cujos juízos sobre adequação se ajustavam automaticamente a suas opiniões literárias mais profundas, estará agindo de má-fé ou enganando a si próprio.⁷³

Porém, como afirma Dworkin, “assim como duas leituras de um poema podem encontrar apoio suficiente no texto para demonstrar sua unidade e coerência, dois princípios podem, cada um, encontrar apoio suficiente nas várias decisões do passado para satisfazer qualquer teoria plausível de adequação”.⁷⁴ Revela-se, assim, a segunda dimensão argumentativa em que será possibilitada a continuidade da obra em cadeia, onde será exigido que as diferentes interpretações sejam julgadas para que se decida qual delas revela-se como a melhor, no sentido de dar a obra uma finalidade mais nobre ou maior valor. A diferença entre o romance em cadeia na literatura e a “teia inconsútil”⁷⁵ que deve ser o direito é que, enquanto aquela é apreciada por seu valor artístico ou estético, este o é por seu valor político.

As dimensões de ajuste e substância, entretanto, não são duas categorias separadas entre aquilo que está aí, dado, e a subjetividade do intérprete, pois a distinção analítica proposta por Dworkin serve apenas como esclarecimento do processo interpretativo. “Não se trata de um contraste entre aspectos da interpretação que dependem das convicções estéticas

⁷¹ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 152.

⁷² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305.

⁷³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305-306.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 241.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

do intérprete e aqueles que independem”,⁷⁶ mas são restrições que se apresentam no ato interpretativo ao intérprete, sendo expostas através da argumentação e passíveis de discordância entre outros intérpretes/escritores do romance em cadeia ou da história institucional jurídica, respectivamente. Não existe uma divisão pré-estabelecida entre as duas dimensões, uma vez que, mesmo em se tratando da dimensão de justificação ou substantiva da interpretação, “as questões de adequação voltam a surgir, pois uma interpretação é mais satisfatória se mostrar um menor dano à integridade que sua rival”.⁷⁷

Segundo Dworkin, entretanto, há críticas a sua proposta interpretativa que podem ser enquadradas em dois modelos de ceticismo, quais sejam, o ceticismo exterior e o ceticismo interior.⁷⁸

O ceticismo exterior é uma teoria metafísica e não uma posição interpretativa ou moral. É caracterizado por discordar das afirmações acerca da integridade ou valor de determinada obra de arte ou do direito argumentando que não existe algo fora da argumentação que comprove estas afirmações, ou seja, um *fundamentum absolutum inconcussum veritatis*. Portanto, juízos estéticos, morais ou políticos são sempre relativos e, embora possam fazer parte de um consenso entre indivíduos, não podem ser tratados como objetivamente verdadeiros: “O cético exterior tem suas opiniões sobre Hamlet e a escravidão e pode apresentar razões pelas quais prefere essas opiniões àquelas que rejeita. Insiste, apenas, em dizer que todas essas opiniões são projetadas na realidade, e não descobertas nela”.⁷⁹

O ceticismo interior, por sua vez, não lança mão de argumentos antimetafísicos para negar que seja possível fazer julgamentos do tipo que o direito como integridade ou o romance em cadeia exigem. Entretanto, afirma que, dada a complexidade interpretativa que estas atividades exigem e a infinidade de elementos a serem analisados, é impossível estabelecer uma ordem estrutural ou afirmar que uma interpretação é melhor que outra.

Ao ceticismo exterior, Dworkin responde que não tem “nada a favor da objetividade dos julgamentos morais, a não ser argumentos morais, nada a favor da objetividade dos julgamentos interpretativos, a não ser argumentos interpretativos, e assim por diante”.⁸⁰ Ou seja, para o autor, não faz sentido dizer que, por exemplo, *particularmente* a escravidão é injusta mas que *objetivamente* não há nada que determine a injustiça desta prática, uma vez

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 282.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 295.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 98.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 257.

que não se pode comprová-la realmente como se existisse algo dado, a-histórico, como uma essência que conferisse tal qualidade a prática da escravidão:

Ainda não encontrei nenhuma razão para pensar que qualquer argumento cético sobre a moralidade não seja um argumento moral, ou que um argumento cético sobre o Direito não seja um argumento jurídico, ou que um argumento cético sobre a interpretação não seja um argumento interpretativo. Penso que o problema da objetividade, tal como geralmente colocado, é um embuste, pois a própria distinção que poderia dar-lhe significado, a distinção entre argumentos substantivos *nas* práticas sociais e argumentos céticos *sobre* as práticas sociais, é falsa. (...) a questão do que ‘independência’ e ‘realidade’ constituem, para qualquer prática, é uma questão dentro dessa prática, de modo que a questão de se julgamentos morais podem ser objetivos é, por si só, moral, e a questão de se existe objetividade na interpretação é, por si só, interpretativa. Isso ameaça tornar o ceticismo não inevitável, mas impossível.⁸¹

O ceticismo interior é tratado por Dworkin como mais uma forma interpretativa de ver as coisas, seja uma obra de arte, o direito etc. Dizer, por exemplo, que não é possível impor um sentido à história das instituições jurídicas de modo a extrair princípios que regem a comunidade por ser esta uma análise de infinitas possibilidades, ou que não há possibilidade, pois não há coerência alguma entre os princípios jurídicos, é uma afirmação que deve ser exposta de maneira argumentativa, assim como a afirmação contrária. Sendo assim, um cético interior deve mostrar as razões que o levaram a adotar sua postura cética e ouvir o que têm a dizer aqueles que discordam de suas conclusões:

O argumento de que estou errado, portanto, deve ser um argumento filosófico. Deve contestar minha suposição de que em um sistema jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante. Deve fornecer e defender alguma ideia de ceticismo, ou de indeterminação na teoria moral, que torne plausível supor que nenhuma de tais teorias pode ser preferida em detrimento de outra com base na moralidade política. Não acho que tal argumento tenha sido fornecido, apesar de certamente não ter demonstrado que isso seja impossível.⁸²

Através da proposta interpretativo-discursiva em relação ao direito, Dworkin afasta o convencionalismo e o pragmatismo, desconstruindo as velhas dicotomias entre interpretar e criar, descrever e valorar. O passado e o futuro não mais exercem preocupações antagônicas para aquele que deve tomar decisões, mas se cruzam na atividade construtiva que é o direito: “sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 262-263.

⁸² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 215-216.

o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo boa-fé com relação ao passado”⁸³.

3.2.2 O juiz Hércules e a resposta correta

Diante do exposto, para Dworkin o direito constitui-se em uma prática social interpretativa e política que exige a melhor justificação para o uso da força pública sobre os indivíduos. A melhor justificação exsurge de uma (des)construção crítica da história institucional de uma comunidade política entendida como uma comunidade democrática e fraterna que honra seus princípios. E é neste âmbito que o autor lança mão de dois símbolos contemporâneos para a teoria do direito: o juiz Hércules e a tese da única resposta correta.⁸⁴

Esta última não trata de um método específico e rigoroso para a decisão judicial ou mesmo afirma que juízes diferentes podem chegar semanticamente a uma única e última resposta, *dada a priori* no mundo jurídico, pois “a construção da resposta certa sugere a analogia da prática jurídica com o exercício literário, consubstanciando a ideia de *chain of law*, a qual constituir-se-á no *turning point* para a consideração do direito como um conceito interpretativo”.⁸⁵ Ou seja, nas palavras de Marcelo Cattoni, a resposta correta

é, sobretudo, uma questão de postura ou atitude, definidas como interpretativas e auto-reflexivas, críticas, construtivas e fraternas em face do Direito como integridade, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida; uma questão que, para Dworkin, não é metafísica, mas moral e jurídica.⁸⁶

A tese da única resposta correta pressupõe que uma proposição jurídica é verdadeira “se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária”, mas é falsa “se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária”.⁸⁷ Para Chueri, “a tese de que há sempre uma resposta correta para o direito – mesmo nos casos difíceis – significa que sempre haverá um princípio no qual

⁸³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 492.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁸⁵ CHUEIRI, Vera Karam de; Ronald Dworkin. In: BARRETO (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 261.

⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio, a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 21.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 211.

o juiz fundamentará sua decisão”⁸⁸.

Isto é, a resposta correta é construída através do processo interpretativo que se estabelece nas dimensões de ajuste e substância, analisadas anteriormente, que atuam como limites argumentativos e permitem que o jurista atinja, em sua resposta, a harmonia entre “segurança jurídica” e racionalidade por meio dos princípios, ou, em outras palavras, fazem com que a aplicação das decisões legislativas ou judiciais passadas não se restrinja aos limites semânticos destas, mas as *justifique* de acordo com os melhores princípios de justiça, equidade e devido processo legal (isto nos leva novamente ao tema do ceticismo, exposto no tópico anterior), o que resulta na integridade do direito:

De que modo a prática da decisão judicial pode satisfazer, simultaneamente, ao princípio da segurança e da pretensão de legitimidade do direito? Dworkin entrega a solução do problema a uma teoria pretensiosa, a qual permite, especialmente em casos difíceis, fundamentar as decisões singulares a partir do contexto coerente do direito vigente racionalmente reconstruído [...] A teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça.⁸⁹

O responsável por apresentar a complexa estrutura interpretativa que o direito como integridade exige é Hércules, “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”.⁹⁰ Hércules respeita a integridade do direito e, por isso, dirige seus julgamentos no sentido de respeitar as decisões do passado interpretando-as com o intuito de construir uma teoria política suficientemente abrangente que justifique a prática jurídica como um todo de acordo com a melhor luz dos princípios políticos. “Suas opiniões sobre a adequação se irradiam a partir do caso que tem diante de si em uma série de círculos concêntricos”⁹¹ e, nesse sentido, ele estabelece uma teoria do direito que inclua os precedentes, a legislação e a constituição, a partir de um sistema de princípios conexos entre si, tendo em vista aquilo que Ovídio A. Batista bem expressa como “unidade do Direito”, o que é diferente de “uniformidade da jurisprudência”⁹².

Assim como as técnicas empregadas na interpretação do *common law*, que foram abordadas no tópico sobre o romance em cadeia, Hércules

⁸⁸ CHUEIRI, Vera Karam de; Ronald Dworkin. In: BARRETO (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 261.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. I, p. 261 E 264.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 287.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 300.

⁹² SILVA, Ovídio Araújo Batista da. A função dos tribunais superiores. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas Unisinos, 1999.

tratará o Congresso como um autor anterior a ele na cadeia do direito, embora um autor com poderes e responsabilidades diferentes dos seus e, fundamentalmente, vai encarar seu próprio papel como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver, do modo que acredita ser melhor, o sistema legal iniciado pelo Congresso.⁹³

Portanto, é negado de plano o modelo interpretativo conversacional e historicista para as leis, o qual visa obter a intenção dos legisladores, como se esta fosse um estado mental apreensível através do texto, ou a intenção da lei em si, tratada como uma corporificação metafísica dotada de autonomia, como bem ilustra Streck através das conhecidas figuras da hermenêutica clássica “*voluntas legis versus voluntas legislatoris*”.⁹⁴ Nesse sentido, Dworkin, sobre a possibilidade de se interpretar o texto legislativo de modo a fazer valer as supostas intenções nele inscritas, questiona:

Quais personagens históricos podem ser considerados legisladores? Como devemos agir para descobrir suas intenções? Quando essas intenções de algum modo diferem umas das outras, como devem ser combinadas na intenção institucional compósita? Suas respostas devem, além disso, estabelecer o momento exato em que a lei foi pronunciada, ou em que adquiriu todo o significado permanente que tem.⁹⁵

Estes são conflitos básicos que devem ser resolvidos para que a interpretação conversacional da lei seja bem sucedida. Entretanto, nos adverte Dworkin: “Desse modo, a teoria da intenção do locutor não pode justificar suas supostas alegações de neutralidade política, sua ambição de separar as convicções pessoais do juiz do modo como ele interpreta uma lei”.⁹⁶ O autor considera, enfim, que as teorias semânticas e psicológicas que propõem de diversas maneiras a extração do sentido intencional contido no texto,

justamente porque não têm forma política, não fazem discriminação entre os tipos de julgamentos políticos que, inevitavelmente, irão influenciar as respostas que os juízes lhes dão. Elas atraem julgamentos políticos ocultos, que podem ser incompatíveis em princípio com a legislação supostamente aplicada.⁹⁷

Não obstante, para Dworkin, a teoria da intenção do locutor resulta em outro problema para a interpretação jurídica: à medida em que o tempo passa e a lei deve ser aplicada em outras circunstâncias, “os juízes se veem diante de uma opção entre aplicar o a lei original,

⁹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 378.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 380.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 381.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 36.

com o significado que sempre teve, ou emendá-la às ocultas para atualizá-la”.⁹⁸ Para o autor, “esse é o dilema que, como frequentemente se imagina, as antigas leis apresentam: diz-se que os juízes devem escolher entre a mão morta, porém legítima, do passado e o encanto claramente ilícito do progresso”.⁹⁹

Hércules, porém, nega o modelo ortodoxo de intenção legislativa. Ele, sob o modelo de interpretação construtiva e do direito como integridade, busca, pois, justificar a legislação de acordo com a combinação de princípios e políticas que a integridade e a equidade exigem, em se tratando de uma lei votada democraticamente, uma vez que um juiz não pode aplicar determinado princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação no seguinte sentido: “o princípio não deve estar em confronto com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras”.¹⁰⁰

Para o juiz de Dworkin interpretar é aplicar, fato que impede a simples tomada de posição entre a rigidez canônica ou literalidade do texto vinculada ao passado e a “realidade social” ou os “interesses e valores contemporâneos”. Hércules, nesse sentido, faz a intermediação entre o passado e o presente interpretando não só o texto da lei,

mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento. Quer utilizar o melhor possível esse desenvolvimento contínuo, e por isso sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando.¹⁰¹

Eis o elemento hermenêutico que percorre o modelo interpretativo do juiz Hércules de Dworkin ao qual já nos referimos alhures. A indivisibilidade entre interpretação e aplicação que se dá no círculo hermenêutico está presente no juiz imaginário de Dworkin, que nega a objetificação do texto, como se este fosse algo em si, e ao mesmo tempo sabe que o texto e o seu sentido (norma) não estão cindidos. O que há entre os dois é, pois, uma diferença:

Hércules interpreta a história em movimento, porque o relato que ele deve tornar tão bom quanto possível, é o relato inteiro através de sua decisão e para além dela. Não emenda leis antiquadas para adaptar-se aos novos tempos, como sugeriria a metafísica da intenção do locutor. Reconhece em que se transformaram as velhas leis

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 416.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 416.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 15.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 416.

desde então.¹⁰²

Por trás do discurso de objetividade há sempre intenções que se ocultam. Não se deve mascarar ideologias ou concepções particulares sobre moralidade e política com falsas expectativas de alcance do significado intencionado pelos autores do texto legislativo/constitucional. O caminho possível é, pois, ser franco consigo mesmo e argumentar sobre qual das concepções morais/políticas que exsurtem na interpretação legislativa revela o texto à sua melhor luz, no exercício que se dá nas dimensões de ajuste e justificação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: DEVEMOS LEVAR HÉRCULES A SÉRIO?

O juiz Hércules é um juiz ideal capaz de satisfazer as exigências da integridade para o direito, resolvendo os conflitos interpretativos que exsurtem nas disputas jurídicas e, ao final, estabelecer a melhor resposta para os casos que desafiam sua capacidade jurisdicional. Entretanto, será ele único ou apenas um mito? Será ele um farsante que, de maneira egoísta ou solipsista, na verdade, utiliza de argumentos meta-jurídicos para impor sua vontade? Enfim, será ele possível? Vale iniciar com o comentário de Guest a respeito:

Hércules é um juiz ideal, de forma que não faz sentido supor que ele realmente exista. Esse ponto é muito banal, mas é surpreendente o quão comum é a crítica a Dworkin por essa via. [...] A dificuldade que as pessoas têm com Hércules é que ele é um indicador muito mais complexo daquilo que vale como direito do que o claramente concebido e franco critério da regra de reconhecimento. Por meio de Hércules, Dworkin pode apenas oferecer um *esquema* de argumento que alguém usaria em um tribunal. Ele não é capaz de fornecer um conjunto de premissas das conclusões que podem ser extraídas por meio de 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.¹⁰³

Deve-se compreender primeiramente que, sim, Hércules é uma metáfora, pois, nas palavras do próprio Dworkin,

nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo

¹⁰² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 419.

¹⁰³ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 51.

infinito a seu dispor.¹⁰⁴

Entretanto, o fato de o herói de Dworkin ser uma metáfora não o invalida, pelo menos para cumprir o objetivo a que se propõe, qual seja, o de ser um princípio regulador, um ideal de postura auto-reflexiva e crítica que busca atender às necessidades que implicam uma decisão judicial em um Estado Democrático de Direito, o que, nas palavras de Cattoni,

[...] pressupõe, indissociavelmente, uma reconstrução acerca do que é Direito moderno de uma sociedade democrática compreendida como comunidade de princípios: o Direito não se reduz a um conjunto de regras convencionalmente estabelecidas no passado, nem se dissolve em diretrizes políticas a serem legitimadas em razão de sua eficácia ótima.¹⁰⁵

Hércules, ademais, aponta para o caminho inverso de grande parte do judiciário, doutrina e ensino jurídico brasileiro (o que talvez não seja bem visto por aqueles que adotam uma postura cética, para não dizer conformada com nossas práticas), onde o estado d'arte pode ser representado por mixagens teóricas *ad hoc*, simplificações, esquematizações, cursos e concursos que exigem muito mais domesticação intelectual do que reflexão, “pois, assim como a dogmática jurídica em sua perspectiva positivista esconde o fato atrás dos conceitos, também o ensino jurídico é moldado para não trazer o fato para os debates acadêmicos”,¹⁰⁶ o que, em suma, é o cerne do senso comum teórico que, apontado por Luís Alberto Warat, resume-se em “conceitos kelsenianos fundidos a representações jusnaturalistas, e tudo misturado com os princípios ideológicos do liberalismo”.¹⁰⁷

Desta forma, tanto judiciário como doutrina tratam com bons olhos axiologismos e ativismos, ao mesmo tempo em que incentivam ou demonstram-se indiferentes com relação à conceptualizações metafísicas, que é o caso das súmulas vinculantes, na ainda não superada cisão exegético-normativista entre questão de fato e questão de direito, como aponta A. Castanheira Neves.¹⁰⁸

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 294.

¹⁰⁵ CATTONI, Marcelo. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo Copetti (Orgs.). **Direito & Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 22.

¹⁰⁶ HUPFFER, Haide Maria. **Ensino jurídico: um novo caminho a partir da hermenêutica filosófica**. Entremeios, 2008. Porto Alegre: Entremeios, 2008, p. 42.

¹⁰⁷ WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do direito: uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996, p. 87.

¹⁰⁸ NEVES, A. Castanheira. **Digesta, escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 1, p. 195.

O resultado deste “estado de natureza hermenêutico”¹⁰⁹ instalado no sistema de ensino, na doutrina e no poder judiciário, ao fim e ao cabo, resulta naquilo que vem sendo o maior alvo de refutação neste trabalho que tenta expor a teoria de Ronald Dworkin: a discricionariedade. Deve-se ter em mente que a postura exigida por Hércules é absolutamente antidiscionária. Retomando o que já foi exposto, a discricionariedade defendida pelo positivismo de Hart (embora, como já foi visto, exista o mesmo elemento decisionista em Kelsen) é o fundamento a partir do qual Dworkin desenvolve sua teoria, na tentativa de resgatar o direito de subjetivismos e objetivismos, conduzindo-o para um patamar interpretativo e, ao mesmo tempo, anti-relativista.

Em sendo assim,

[...] por qual motivo Dworkin, depois de sua veemente crítica ao positivismo de Hart sustentadas no problema da discricionariedade do juiz nos casos difíceis (que é um problema do solipsismo judicial), viria a propor, no lugar desse juiz hartiano, como ‘solução para o problema’ um juiz superdiscionário (o seu juiz Hércules)?¹¹⁰

O juiz Hércules de Dworkin é francamente interpretativo e político, o que não quer dizer que seja o dono dos meios de produção de sentido ou o ditador do “império do direito”. Portanto, são infundadas as acusações de que Hércules age isolado, ou solipsisticamente, simplesmente porque Dworkin não o rende a procedimentos rígidos que pretendam por si garantir a validade de suas decisões. Isso ocorre porque o que garante a correção ou o que pode gerar as falhas de Hércules é o conteúdo de suas respostas, que deve ser fundamentado e justificado a partir do diálogo que ele estabelece com o todo que o precede e o circunda, ao mesmo tempo em que lança mão dos princípios que deste todo podem ser extraídos e que iluminam a prática jurídica. Numa palavra final,

[...] é preciso compreender que, do mesmo modo que Gadamer, em seu *Wahrheit und Method*, Dworkin não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que defende não é fruto de um *selbstsüchtiger*). É preciso entender que Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência. Melhor dizendo, o juiz ‘Hércules’ de que fala Dworkin é apenas uma metáfora para demonstrar que a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011c.

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b, p. 404.

objeto.¹¹¹

E é a partir desta perspectiva, hermenêutico-crítica, que a teoria do direito e o juiz Hércules de Dworkin devem ser concebidos, ou seja, de maneira que a razão prática atravesse a história institucional jurídica na tentativa de reconciliar o passado, o presente e o futuro e, mais do que isso, fazer com que os juristas exerçam esta atividade interpretativa e política que é o direito cientes de que possuem um compromisso com a sua comunidade, pois, para Dworkin, o direito

é uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será melhor por esta razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.¹¹²

Trata-se, pois, de uma atividade que exige reflexão compartilhada por todos aqueles que pertencem a determinada comunidade. Afinal, estes membros estão ligados por uma teia inconsútil que rege suas atitudes e que possui uma história assim como é constituída por princípios que não podem ser ignorados para que esta teia se mantenha consistente.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAXTER, Hugh. Dworkin's "One-System" conception of law and morality. **Boston University Law Review**, v. 90, p. 857-62. 2010. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/BAXTER.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2014.

CATTONI, Marcelo. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo Copetti (Orgs.). **Direito & Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b, p. 400.

¹¹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 492.

2008.

CHUEIRI, Vera Karam de; Ronald Dworkin. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DUTRA, Jeferson Luiz. Jurisprudência dos valores. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 2009.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. I.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HUPFFER, Haide Maria. **Ensino jurídico: um novo caminho a partir da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Entremeios, 2008.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAGES, Cintia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NEVES, A. Castanheira. **Digesta, escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio, a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Hermenêutica e Ciência Jurídica: gênese conceitual e distância temporal**. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

ROCHA, Heloísa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI, Marcelo (Org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Tradução de Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. A função dos tribunais superiores. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas Unisinos, 1999.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise, uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011c.

WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do direito: uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996.