

Democracia e Tutela Jurisdicional sob a Ótica Hermenêutica de Ronald Dworkin

Alessandro Antonio Passari¹

Introdução

Uma das marcas desse início de século XXI é a de ter a democracia como um de seus ideais políticos mais fortes. O Estado de Direito, que tem em suas origens a luta contra o absolutismo e a defesa da liberdade, caminhou no sentido de uma maior universalização de ideais democráticos, tais como a defesa da igualdade e de outros direitos humanos fundamentais.

No entanto, a democracia apresenta diversos desafios a serem superados, dentre outros, o problema da supremacia da vontade popular², o dilema entre a supremacia da liberdade ou da igualdade, problemas decorrentes da identificação do Estado democrático com determinada forma de Estado e de governo, a tensão entre constitucionalismo e democracia.

O presente trabalho tem como pano de fundo a tensão entre constitucionalismo e democracia (tensão esta que pode ser discutida sob

¹ Bacharel em Física pela USP e em Direito pela PUC/SP. Mestrando em Direito do Estado pela UFPR. Advogado. Curitiba-PR, Brasil.

² Nesse sentido, desde o problema de compatibilizar o sistema representativo com o tamanho dos Estados contemporâneos até mesmo o problema do descrédito do próprio sistema representativo – sobre este último tema, veja DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 300.

diversos enfoques, seja filosófico, sociológico, econômico, jurídico etc.) e como objetivo discutir as ideias de Ronald Dworkin sobre o Direito (ideias que ajudam a entender melhor a relação de complementaridade entre constitucionalismo e democracia). Difícil de classificar qual o enfoque dado por Dworkin, uma vez que sua obra esbanja erudição e sutileza de raciocínio.

Taking Rights Seriously escancara a ligação entre a filosofia, o direito e a política, tão onerosa aos juristas, a qual se confirma e avança em *A Matter of Principle*, rumo à configuração de uma opção epistemológica hermenêutica-crítica. A adoção deste paradigma consolida-se em *Law's Empire*³.

O trabalho de Dworkin, focado no ato decisório do juiz, é de grande valor para entendermos o papel da tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito, uma vez que o Poder Judiciário pode constituir-se em importante componente para a defesa das minorias e a defesa dos cidadãos contra o arbítrio do Estado, sem os quais não se pode falar em verdadeira democracia.

Constitucionalismo e Democracia

O último quarto do século XX foi marcado pelo aparecimento de democracias constitucionais no lugar de onde antes havia ditaduras, governos militares ou comunistas, como na América Latina e no sul e leste europeu. É opinião majoritária, pelo menos no ocidente, de que a união dos ideais democráticos e constitucionais numa democracia constitucional representa uma forma de governo mais interessante do que um governo constitucional não democrático ou uma democracia pura.

Apesar de o Estado Constitucional ter surgido paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob influência dos mesmos princípios⁴, o matrimônio entre constitucionalismo e democracia pode acarretar tensões

³ CHUEIRI, V. K. **Filosofia do Direito e Modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J. M. Editora, 1995. p. 64.

⁴ DALLARI, D. de A. Obra citada, p. 197.

quando o fortalecimento do ideal constitucional (governo limitado) se torne um freio para o ideal democrático (governo do povo) e vice-versa⁵. Ou seja, o desafio da democracia constitucional é conciliar a tensão fruto de uma sociedade organizada no consenso popular, mas cuja vontade dos indivíduos é limitada por normas constitucionais de difícil modificação.

Concepções teóricas recentes, frequentemente denominadas neoconstitucionalismo, buscam enfrentar o problema acima exposto enfatizando a relação entre direito e moral. O que o neoconstitucionalismo traz de novo e que o diferencia do jusnaturalismo é a vinculação do direito não a uma moral universal que o homem pode e deve descobrir, mas a uma moral decorrente de valores políticos e justificada de forma procedimental. O reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais, o reconhecimento do pluralismo político e jurídico e a ponderação de interesses são algumas das principais características do neoconstitucionalismo.

Nesse contexto, o freio que o constitucionalismo impõe à democracia se dá por meio de valores políticos cujo consenso se efetiva no próprio procedimento democrático, e não pela via de uma moral metafísica ou abrangente. É nesse sentido que Carlos Santiago Nino afirma que o valor da democracia reside em sua natureza epistêmica com respeito à moralidade social. A democracia seria o procedimento mais confiável para poder dar acesso ao conhecimento dos princípios morais, uma vez que se faça uma diferenciação entre os padrões morais, limitando o valor epistêmico da democracia a aqueles que são de natureza intersubjetiva⁶. O constitucionalismo, dessa forma, não representaria um exaurimento do potencial democrático, uma vez que os valores político-morais que o fundamentam são decorrentes do próprio procedimento democrático.

⁵ NINO, C. S. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 13.

⁶ *Idem*, p. 154.

Dworkin também é um autor comprometido, de acordo com o contexto neoconstitucionalista, com a vinculação entre direito, moral e política nos termos acima expostos. Segundo Dworkin, ao fixar direitos jurídicos, os juízes tomam em consideração as tradições morais da comunidade, pelo menos do modo como estas são capturadas no conjunto do registro institucional que é sua função interpretar⁷.

Para não cair no erro de considerar Dworkin um autor jusnaturalista é preciso considerar que a moralidade a que faz referência deve ser entendida dentro do quadripé⁸ princípios, direito institucional, teoria política e moralidade. A moralidade a que o juiz faz uso é aquela que visa proteger o direito institucional em que se insere e que seja coerente com princípios jurídicos aceitos por este direito institucional. É dessa forma que é possível Dworkin afirmar que o juiz, ao fixar direitos, leva em consideração as tradições morais da comunidade, mesmo que discorde de tais tradições.

Para usar uma expressão de Miguel Reale, a *bilateralidade atributiva do direito*⁹ põe em relevo a sua radical eticidade, não restando dúvida de que as conjunturas político-morais de cada época são aspectos pertinentes à realidade jurídica.

O que é justo ou injusto não é algo que se mostra de forma clara, como uma verdade matemática, que foi a pretensão do jusnaturalismo em suas várias fases históricas¹⁰. É claro que não existe nenhum ordenamento

⁷ *But when Hercules fixes legal rights he has already taken the community's moral traditions into account, at least as these are captured in the whole institutional record that it is his office to interpret.* DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997. p. 125-126.

⁸ Conforme a tese dos direitos de Dworkin desenvolvida na obra *Taking Rights Seriously*. A tese dos direitos será descrita no item 5 deste trabalho.

⁹ REALE, M. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1999, capítulo XLV.

¹⁰ BOBBIO, N. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru-SP: EDIPRO, 2001, p. 56.

jurídico perfeitamente justo, mas a justiça deve permanecer como um ideal a ser buscado, negar isso ao direito seria reduzir por demais o papel do homem como agente criador do direito e agente transformador da sociedade em que vive. O mérito das teorias chamadas de neoconstitucionalistas e, em particular, a obra de Dworkin, é o de articular o papel da moral no direito sem considerá-la como tendo uma validade em si, com superioridade hierárquica às leis feitas pelo homem, como o faz o jusnaturalismo, seja em sua vertente religiosa (origem do direito natural é transcendental), de lei natural em sentido estrito (origem do direito natural é fruto das leis da natureza) ou racionalista (origem do direito natural decorre da razão).

O referencial hermenêutico

O Direito pode ser estudado sob diversos pontos de vista, por exemplo, o normativo, como o faz Bobbio em sua obra *Teoria da Norma Jurídica*, também, fenômenos outros que a normatização podem ser tomados como elementos característicos da experiência jurídica, citem-se, por exemplo, a teoria do direito como instituição e a teoria do direito como relação¹¹. Quanto a Dworkin, é ele próprio, em sua obra, *O Império do Direito*, quem explicita como analisará o Direito:

Este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam. Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a

¹¹ *Idem*, p. 28.

natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os do juiz. Mas a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca¹².

Assim, nota-se que Dworkin se propõe a analisar o Direito sob o paradigma hermenêutico do juiz, em especial, nas situações em que este tem de decidir sobre casos difíceis, quais sejam, aqueles casos em que, para julgar/decidir determinada demanda, a regra ou princípio a ser utilizado não é obtido de forma fácil ou imediata, mas demanda um bom trabalho interpretativo por parte do juiz¹³.

Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis, já existe um direito previamente estabelecido e o juiz, fazendo uso de um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, encontrará a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade e chegará à melhor solução fornecida pelo direito ao caso difícil. Mesmo nos casos difíceis, o dever do juiz é o de descobrir qual é o direito previamente estabelecido e não o de inventar novos direitos.

É este processo de solucionar controvérsias buscando a melhor interpretação possível, fazendo um uso coerente de princípios, abarcados dentro de uma teoria política geral que permite explicar a solução de casos passados e de casos hipotéticos, e que esteja de acordo com a moralidade da comunidade, que Dworkin chama de direito como integridade.

¹² DWORKIN, R. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 19.

¹³ É óbvio que qualquer processo de subsunção de um fato a uma norma demanda uma certa dose de interpretação, porém, os casos difíceis a que se refere Dworkin são aqueles nos quais o ato interpretativo se dá com maior dificuldade.

O direito como integridade

“Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”¹⁴ O direito como integridade é inflexivelmente interpretativo, sendo tanto o produto da interpretação da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração, uma vez que o juiz, na solução de casos difíceis, deve continuar interpretando aquilo que já foi anteriormente interpretado, seja por outros, seja até mesmo o que ele próprio afirma já ter interpretado com sucesso no passado.

O direito como integridade se volta para decisões passadas com o intento de estabelecer uma coerência entre elas e as sentenças hodiernas. Porém, a integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade. Exige, de outra forma, uma coerência horizontal (e não vertical) ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Assim, ao decidir, por exemplo, uma demanda por indenização por danos sofridos, o juiz deve avaliar se a comunidade aceitou o princípio de que as pessoas naquela situação específica têm direito a ser indenizadas, e não somente se no passado pessoas que sofreram danos foram indenizadas.

Mais que interpretação, o direito como integridade exige uma interpretação criativa, cuja estrutura formal está na ideia de intenção, não “porque pretenda descobrir os propósitos de qualquer pessoa ou grupo histórico específico, mas porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando”.¹⁵ Dessa forma, o juiz, em

¹⁴ DWORKIN, R. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 272.

¹⁵ *Idem*, p. 275.

seu processo interpretativo, é ao mesmo tempo crítico e autor. Dworkin explica este processo fazendo um paralelo com o que ele chama de “romance em cadeia”.

No romance em cadeia cada escritor, que já possui em mãos um capítulo anteriormente escrito por outro, tem que dar continuidade a este trecho escrito, respeitando a exigência de que o que venha a escrever tenha ligação com o capítulo anterior. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, como se fosse obra de um único autor. Para conseguir realizar tal intento, cada autor deve adotar um ponto de vista sobre o romance que se vai formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo¹⁶. A interpretação que cada autor realizará para seguir com o projeto será submetida à prova por duas dimensões.

A primeira dimensão é a da adequação. A interpretação dada por cada autor deve ser coerente com as interpretações dadas pelos autores anteriores. Porém, é perfeitamente aceitável admitir pequenos erros ou alterações em alguns elementos da trama. Ademais, a interpretação deve ter um poder explicativo geral, não podendo deixar sem explicação aspectos importantes da trama, ou dando excessivo valor a aspectos secundários. A segunda dimensão se dá quando o interprete se deparar com uma situação na qual ache que mais de uma interpretação se ajuste ao texto. Neste caso terá que decidir qual das interpretações se ajusta melhor à integridade do texto. Isso será feito mediante a avaliação de seus juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance expressasse¹⁷.

¹⁶ *Idem*, p. 277.

¹⁷ *Idem*, p. 278.

O juiz, ao decidir um caso difícil, está na mesma situação do romancista em cadeia. Deve dar continuidade à interpretação sobre os direitos e deveres legais dos indivíduos da comunidade a partir do pressuposto de que esse conjunto de direitos e deveres foram criados por um único autor, a comunidade personificada. Porém, diferentemente do que ocorre no romance em cadeia, a integridade do direito não se mantém pela avaliação de juízos estéticos e estilísticos, mas sim, pela avaliação dos princípios jurídicos aceitos pela comunidade, de seus valores morais atuais, abarcados numa teoria política que amalgame esses princípios e valores de forma a guardar coerência com as decisões passadas e dar continuidade construtiva à prática jurídica da comunidade.

A tese dos direitos

O direito como integridade, tal como exposto por Dworkin na obra *O Império do Direito* não é de fácil assimilação, e estimula algumas críticas cuja resposta exige um olhar com maior profundidade na obra do autor.

Uma primeira crítica a ser feita é a do papel do precedente na decisão dos casos difíceis. É preciso explicar, por exemplo, o papel dos precedentes no caso destes serem considerados injustos. Outra crítica é de como não dizer que, ao emitir julgamentos de moralidade política no julgamento de um caso difícil, o juiz não estaria decidindo por meio de critérios pessoais. Dworkin não passou alheio a estas provocações, em sua obra, *Taking Rights Seriously*, pela elaboração de sua tese dos direitos, tenta superar estes problemas. É o que passaremos a discutir ao longo deste item.

Dworkin não concorda com a solução dada pelo positivismo jurídico que permite ao juiz o uso da discricionariedade quando se deparar com um caso difícil. Para o autor, sempre haverá uma resposta certa dada previamente pelo direito. O erro do positivismo é fazer com que o efeito de uma regra sobre o direito seja determinado pelo significado das palavras.

Desta forma, caso se trate de palavras cujo sentido é vago, o impacto da regra sobre o direito torna-se indeterminado¹⁸.

A alternativa dado por Dworkin é afirmar que a interpretação, em sua busca por princípios que melhor se encaixam ao caso, é capaz de superar a indeterminação com que se apresenta a regra. Neste momento é preciso esclarecer melhor o que se deve entender por princípios na terminologia de Dworkin.

Argumentos de princípio e argumentos de política

Dworkin faz a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política. Argumentos de política justificam uma decisão política mostrando que tal decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. Argumentos de princípio justificam uma decisão política mostrando que a decisão respeita ou protege algum direito individual ou coletivo. Ou seja, os argumentos de princípio, ou simplesmente princípios, são proposições que descrevem direitos. Os argumentos de política, ou simplesmente políticas, são proposições que descrevem objetivos.

Assim, os princípios devem ser entendidos como um conjunto de normas que se diferenciam das regras jurídicas e das políticas, estas últimas entendidas como um tipo de norma que representa um objetivo coletivo da comunidade, seja de ordem econômica, política ou social. Como observa Vera Karam, citando Eros Grau, é possível identificar no texto constitucional brasileiro a existência de princípios e políticas¹⁹. O termo *princípio* vai se opor ao de *política* “ao dizer respeito a um tipo de

¹⁸ CHUEIRI, V. K. Obra citada, p. 95.

¹⁹ CHUEIRI, V. K. Obra citada, p. 73, nota de rodapé / GRAU, E. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 102.

norma cuja observação é um requisito de justiça ou equidade, ou ainda, de alguma outra dimensão da moral”²⁰.

Conforme foi visto na metáfora do romance em cadeia, as interpretações devem guardar um poder explicativo geral, de maneira a manter coerência com as interpretações anteriormente feitas e de forma que possa incorporar alguma pequena diferença feita na trama. Isso para não se perder o sentido geral da mesma, ou, no caso da prática jurídica, o juiz deve ser capaz de incorporar dentro de uma teoria política geral alguma mudança interpretativa que possa fazer. Por exemplo, se decide contra o aborto tendo como argumento o princípio da dignidade da pessoa humana, e, posteriormente, decide a favor do aborto no caso de gravidez decorrente de estupro, seja utilizando o mesmo princípio ou algum outro, o juiz deve decidir amparado numa teoria política que explique a diferença dos dois casos, de forma a justificar as decisões anteriores, justificar a decisão atual e justificar situações hipotéticas semelhantes.

É o que Dworkin chama de doutrina da responsabilidade política (*doctrine of political responsibility*)²¹. Os juízes, assim como qualquer outra autoridade política, 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. A doutrina da responsabilidade política só se faz possível se os juízes fundamentam suas decisões em argumentos de princípio e não em argumentos de política. De fato, um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a teoria da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. Isso não ocorre em decisões

²⁰ CHUEIRI, V. K. Obra citada, p. 72.

²¹ DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. p. 87.

fundadas em argumentos de política. Neste caso o juiz pode tomar uma decisão fundamentando-se, por exemplo, na vantagem econômica global que aquela decisão acarretará, mesmo não havendo decisões anteriores ou situações hipotéticas que sustentem a mesma política.

Note que aqui começa a se formar o quadripé (princípios, teoria política, direito institucional e moralidade) anteriormente referido. Os juízes, ao interpretar um caso difícil, o fazem por meio de princípios, e a escolha dos princípios não é aleatória, mas se dá de forma a manter a coerência de uma teoria política geral que o juiz possua.

Aceitar a discricionariedade do juiz na resolução de casos difíceis é, para Dworkin, não entender a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política. E esta distinção pode não ser tão simples de se perceber. Para tanto, é preciso diferenciar com clareza o que são direitos individuais e objetivos sociais.

Um objetivo político, ou objetivo social, é uma justificativa política genérica no sentido de que uma teoria política toma um certo estado de coisas como um objetivo político se, para essa teoria, este objetivo é capaz de promover ou proteger este estado de coisas. Um direito individual refere-se a um estado de coisas cuja especificação exige alguma oportunidade, recurso ou liberdade para indivíduos determinados, ou seja, um direito individual é um objetivo político individuado. Um objetivo político não será chamado de direito a não ser que ele tenha um certo peso contra os outros objetivos em geral, ou seja, na medida em que não possa ser invalidado mediante o apelo a qualquer objetivo rotineiro da administração política, mas somente por um objetivo de urgência especial. Dessa forma, um objetivo político será tido como direito dependendo de seu lugar ou função dentro de uma determinada teoria política.

O uso de políticas é perfeitamente justificado no legislativo uma vez que os legisladores são eleitos e responsáveis pelo eleitorado que o elegeu. Ao Judiciário cabe apenas utilizar argumentos de princípio, mesmo que derivados de argumentos de política nos programas legislativos. E isso serve como um reforço do ideal democrático. Para Dworkin, a democracia representativa talvez não cumpra com perfeição o objetivo de oferecer

uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração no processo legislativo, mas é mais eficiente neste objetivo do que permitir que juízes, não eleitos, isolados em seus gabinetes e sem sofrerem cobrança alguma de eleitores, lobistas ou grupos de pressão, compilem melhor esses diferentes interesses.

Ademais, o uso de argumentos de política pelo Judiciário poderia causar sacrifícios individuais que soam injusto ao bom-senso, como, por exemplo, tomar os bens de um indivíduo e dá-los a outro apenas para melhorar a eficiência econômica global. O juiz, ao usar argumentos de política, criando novos direitos, estaria punindo a parte perdedora, não por ter violado algum dever que tivesse, mas por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.

O quadripé princípios, direito institucional, teoria política e moralidade política

Os juízes, ao se utilizarem de argumentos de princípio, decidem os casos difíceis pela confirmação ou negação de direitos concretos. Além de concretos²², os direitos devem ser institucionais²³ e não *background rights*²⁴, mais que isso, devem ser um tipo especial de direitos institucionais, devem ser direitos institucionais jurídicos.

²² Na terminologia de Dworkin, um direito abstrato é um objetivo político geral, cujo enunciado não indica como este objetivo geral deve ser pesado ou harmonizado com outros objetivos políticos. 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.

²³ Direitos que fornecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica.

²⁴ Direitos que fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato.

Ao tratar dos direitos institucionais, Dworkin faz uma crítica a Hebert Lionel Adolphus Hart, a quem sucedeu em sua *Chair of Jurisprudence*, em Oxford, e a cujas teorias considera a versão contemporânea do positivismo. Dworkin, criticando Hart, defende que o juiz não é livre para legislar, de modo intersticial, em um contexto de textura aberta de regras imprecisas, uma vez que, entre duas interpretações possíveis, o juiz deve escolher aquela que protege as regras do direito institucional à qual está inserido²⁵.

Direitos institucionais são aqueles direitos que decorrem das regras de uma determinada instituição. Exemplo, um jogador de xadrez (a instituição aqui é o jogo de xadrez) tem um direito institucional (ou seja, um direito advindo das regras daquele jogo) de ganhar um ponto em um torneio sempre que der xeque-mate em seu adversário. Nenhum jogador pode argumentar que conquistou o direito de ser declarado vencedor devido a suas virtudes morais. Em uma democracia um cidadão tem o direito institucional, por exemplo, de ver cumpridas as leis que protegem sua liberdade de expressão.

Algumas instituições possuem um maior grau de autonomia que outras, no sentido de insular o dever institucional da maior parte da moralidade política de fundo (*background political morality*)²⁶. Por exemplo, pode-se dizer que o jogo de xadrez é uma instituição com grande autonomia, porém, mesmo no jogo de xadrez, algumas regras vão exigir uma interpretação ou uma elaboração antes que uma autoridade possa aplicá-las a determinadas circunstâncias. Num exemplo dado pelo próprio Dworkin²⁷, suponha que uma determinada regra de um torneio de xadrez estipule que o árbitro deve impor uma penalidade caso um dos jogadores

²⁵ DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. p. 102. Dworkin faz referência à obra **The Concept of law** de Hart.

²⁶ *Idem*, p. 101.

²⁷ *Idem*, p. 102.

irrite de maneira não razoável o outro durante a partida. A linguagem utilizada na formulação da regra não determina o que significa irritação não razoável. No entanto, a interpretação que o árbitro fará sobre o que é irritação não razoável não é totalmente livre, mas estará subordinada àquilo que se entende ser o jogo de xadrez. Sendo o xadrez um jogo intelectual, a interpretação dada pelo árbitro deve proteger a aptidão intelectual dos participantes (assim, o árbitro não poderia dizer que um comportamento irritante é razoável na medida em que tem o efeito de diminuir a importância da aptidão intelectual do jogador). É esse o sentido que se quer dar ao dizer que a interpretação deve sempre proteger o direito institucional.

Como foi visto, a estrutura institucional das regras não é capaz de dar todas as respostas em todas as situações, mas isso não quer dizer que a decisão será feita num contexto de textura aberta de regras imprecisas. O juiz deve incorporar à sua decisão uma teoria geral de por que, no caso da sua instituição, as regras confirmam ou negam direitos concretos. Tal teoria deve examinar o empreendimento como um todo e não apenas as regras, mais uma vez, a analogia com o romance em cadeia é uma boa forma de se entender esse processo.

Ao elaborar uma teoria política geral que justifique a confirmação ou negação de direitos a um caso específico, o juiz também terá que emitir julgamentos de moralidade política. Para citar um exemplo dado por Dworkin, as regras da *legislature* não decidem, por exemplo, se o cidadão tem direito a uma legislação sobre o salário mínimo. Espera-se que os cidadãos recorram a considerações gerais de moralidade política quando argumentam em favor de tais direitos. Assim, para além de um problema de ajustamento entre uma teoria e as regras da instituição, o juiz em alguns momentos de sua carreira vai se deparar com uma questão de filosofia política. O juiz deverá gerar possíveis teorias que justifiquem diferentes aspectos do sistema, contrastando-as com a estrutura institucional como um todo. Assim, em seu processo hermenêutico, o juiz deve referir-se alternadamente à teoria política e ao pormenor institucional de forma a encontrar a melhor teoria possível. Vê-se que aqui se completa o quadripe anteriormente mencionado: princípios, direito institucional, teoria política e moralidade.

A beleza da teoria de Dworkin é a de vencer a dicotomia positivista entre questões de direito (no sentido positivista) e questões de justiça.

A regra jurídica positiva que serve de significação do direito nos sistemas positivistas e que é ontologicamente neutra, transferindo para outra instância – para fora do sistema – as questões substantivas da justiça, se *prostitui* na tese dos direitos. (...) Ao ser compreendida de forma mais aberta, a regra jurídica desmistifica-se, abandonando a onipotência que o positivismo lhe atribui e tornando-se uma fonte extraordinária de direitos morais²⁸.

Trazer a moralidade política para dentro do Direito também tem o mérito de afirmar que os homens possuem direitos morais contra o Estado e que as minorias, em alguns casos, podem ter direitos prevaletidos sobre a maioria, e o que é mais forte, a defesa desses direitos não significa o enfraquecimento da democracia, mas, pelo contrário, o seu fortalecimento.

A aplicação coerente dos princípios que fundamentam determinado direito institucional é direito de todos aqueles que estão submetidos àquele direito institucional, e este direito deve ser defendido contra qualquer opinião incoerente, mesmo que esta opinião incoerente seja popular (diga-se, da maioria). É nesse sentido que se pode dizer que a prevalência de direitos da minoria sobre a maioria pode servir como fortalecimento da democracia, e é neste sentido que se pode entender a afirmação de Nino de que a democracia é o procedimento mais confiável para poder dar acesso ao conhecimento dos princípios morais²⁹. Aplicar coerentemente os princípios que fundamentam os Estados democráticos é também um processo de conhecimento da moral da comunidade (diga-se, não uma moral metafísica, mas uma moral constituída no próprio procedimento democrático) na medida

²⁸ CHUEIRI, V. K. Obra citada, p. 86.

²⁹ NINO, C. S. Obra citada, p. 154.

em que a aplicação desses princípios exige interpretação e elaboração por parte do aplicador, podendo este chegar à conclusão de que o que a moralidade da comunidade diz que deve ser num caso específico não é aquilo o que a maioria pensa o que a moralidade da comunidade quer dizer. É por isso que as quatro pernas do quadripé princípios, direito institucional, teoria política, e moralidade devem ser vistas não como componentes estanques, mas como que aglutinados numa teia na qual cada componente condiciona e limita a outra no processo de argumentação jurídica. Só dessa forma é possível entender o direito como integridade.

Anteriormente neste texto foram levantados dois problemas que a tese dos direitos de Dworkin deve enfrentar. Um é o de explicar o papel dos precedentes no caso de estes serem considerados injustos, outro é o de como não dizer que, ao emitir julgamentos de moralidade política, o juiz não estaria decidindo mediante critérios pessoais. Vamos começar tratando deste último problema.

Mais um pouco de moralidade política

O problema levantado no parágrafo anterior pode ser superado ao se considerar que os quatro componentes do quadripé princípios, direito institucional, teoria política e moralidade política se articulam simultaneamente. Assim, o juiz, ao fazer julgamentos de moralidade política, deve fazê-lo não de acordo com suas próprias convicções, mas de acordo como são capturadas no registro institucional que é sua função interpretar. Entender as consequências dessa afirmação exige uma certa sutileza de raciocínio que pode ser melhor apreendida a partir de um exemplo dado por Dworkin, por isso vou me dar ao luxo de fazer uma citação um pouco extensa:

Suponha que possam ser apresentadas duas justificações coerentes para decisões passadas da Suprema Corte que aplicam a cláusula do devido processo legal. Uma das justificações contém algum princípio de extrema liberalidade que não pode ser conciliado com o direito penal da maioria dos estados, mas a outra não contém tal princípio. Hércules (um juiz hipotético) não pode fazer uso da primeira justificação de forma a decidir casos de aborto em favor do aborto, mesmo que

ele próprio seja extremamente liberal. Suas próprias convicções políticas, que favorecem a justificação mais liberal dos casos anteriores, devem sucumbir, pois são incompatíveis com as tradições populares que dão forma ao direito penal que sua justificação também deve explicar.

É claro, a técnica de Hércules pode às vezes requerer uma decisão que se oponha à moralidade popular em algum ponto. Suponha que todas as justificações dadas para casos constitucionais passados possuam um princípio liberal suficientemente forte para exigir uma decisão favorável ao aborto. Hércules deve, então, emitir uma decisão favorável ao aborto, não importando o quão intensamente a moralidade popular condene o aborto. Neste caso, ele não aplica suas próprias convicções contra as da comunidade. Ao contrário, ele julga que a moralidade da comunidade é incoerente neste aspecto: a moral constitucional da comunidade, que é a justificação que deve ser dada por sua constituição como interpretada pelos juízes, condena que se julgue os casos de aborto de forma diferente do que ela propugna. (...) Os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito institucional, como definido pela moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, não importa o quão popular³⁰. (Tradução livre)

³⁰ DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. p. 126: *Suppose two coherent justifications can be given for earlier Supreme Court decisions enforcing the due process clause. One justification contains some principle of extreme liberality that cannot be reconciled with the criminal law of most of the states, but the other contains no such principle. Hercules cannot seize upon the former justification as license for deciding the abortion cases in favor of abortion, even if he is himself an extreme liberal. His own political convictions, which favor the more liberal justification of the earlier cases, must fall, because they are inconsistent with the popular traditions that have shaped the criminal law that his justification must also explain. Of course, Hercules' techniques may sometimes require a decision that opposes popular morality on some issue. Suppose no justification of the earlier constitutional cases can be given that does not contain a liberal principle sufficiently strong to require a decision in favor of abortion. Hercules must then reach that decision, no matter how strongly popular morality condemns abortion. He does not, in this case, enforce his own convictions against the community's. He rather judges that the community's morality is inconsistent on this issue: its constitutional morality, which is the justification that must be given for its constitution as interpreted by its judges, condemns its discrete judgment on the particular issue of abortion. (...) Individuals have a right to the consistent enforcement of the principles upon which their institutions rely. It is this institutional right, as defined by the community's constitutional morality, that Hercules must defend against any inconsistent opinion however popular.*

Note, a partir desse exemplo, que os julgamentos de moralidade política que os juízes devem emitir não são oriundos nem de suas convicções pessoais, nem das convicções da maioria, mas de um esforço interpretativo que busca guardar coerência com decisões passadas, coerência com princípios constitucionalmente amparados, coerência com o que o direito institucional em jogo diz e, além de tudo, o juiz deve emitir seu julgamento dentro de uma teoria política geral que de conta de todos estes aspectos (conforme a teoria da responsabilidade política anteriormente citada).

Esse conjunto de fatores, que deve estar presente na argumentação jurídica, garante não somente a proteção de que o juiz não vai emitir juízos de moralidade pessoais, como também garante a proteção de que a própria comunidade, numa situação específica qualquer, não vai ser incoerente com os princípios morais que ela própria construiu ao longo do tempo. Os casos de crimes em que há uma grande comoção popular, sendo o acusado amplamente rechaçado pela opinião pública devido a uma cobertura sensacionalista feita pela mídia, são bons exemplos de como a comunidade pode emitir juízos de valor incoerentes com sua própria moral. Nesses casos o juiz não pode deixar de aplicar as regras permitidas pelo devido processo legal, como, por exemplo, conceder *habeas corpus* quando o direito o permite, ou aplicar as regras de diminuição da pena quando o direito também o permite, só porque isso vai contra a opinião popular.

É claro que os juízes também são falíveis e poderão emitir julgamentos errados. O argumento da falibilidade usado contra a teoria da argumentação jurídica de Dworkin poderia levar a duas alternativas a essa teoria. Primeira, nos casos difíceis, uma vez que os juízes poderão tomar decisões erradas, eles devem tomar suas decisões baseados em argumentos de política ou simplesmente não tomar decisão alguma. Como ressalta Dworkin³¹, esta alternativa é perversa e não resolve o problema. A outra alternativa seria

³¹ DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. p. 130.

submeter a decisão dos casos difíceis a outras pessoas. Mas a pergunta que se faz é: submeter a quem? Não há razão para acreditar que qualquer outro grupo de pessoas terá maior capacidade de argumentação moral, ainda mais ao se pensar que nestes casos as técnicas de argumentação jurídica estariam sendo desprezadas. Mais interessante que isso seria alterar as técnicas de seleção dos juízes. Poderia se pensar, por exemplo, em algum processo de seleção que permitisse que as diferentes tendências ideológicas dos juízes da Suprema Corte, ou, no nosso caso, do Supremo Tribunal Federal, refletissem melhor as diferentes tendências ideológicas que a sociedade apresenta. Uma vez que erros serão cometidos, mas não sabemos quando e nem como, a melhor alternativa que temos até o momento é confiar nas técnicas de decisão judicial para que reduza ao máximo o número de erros.

O outro problema que foi prometido enfrentar foi o de explicar o papel dos precedentes no caso de estes serem considerados injustos, ou seja, quando a história institucional apresenta uma parte desta história como um equívoco. Passemos a enfrentá-lo.

Erros na história institucional

Em seu trabalho de exegese o juiz pode chegar à conclusão de que há um equívoco na história constitucional, ou seja, que a aplicação de um certo precedente a um caso atual não é mais justo. Não há problema que isto ocorra, contanto que seja em um número muito reduzido de vezes, caso contrário a exigência de coerência exigida pela teoria da argumentação jurídica de Dworkin teria seu valor suprimido. Diante deste problema Dworkin desenvolveu uma teoria dos erros institucionais³², teoria esta dividida em duas partes.

³² DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. p. 184-192.

Na primeira parte o juiz deve distinguir, no precedente em debate, as consequências jurídicas que continuam sendo válidas para aquela decisão em particular das consequências jurídicas que poderão ou não acarretar influência sobre outras decisões. Dessa forma, diminuir o poder de influência de uma determinada decisão não significa dizer que esta decisão foi revogada.

Na segunda parte da teoria dos erros o juiz deve ser capaz de demonstrar, recorrendo à moralidade atual da comunidade (com todos os requisitos que a argumentação jurídica, na concepção de Dworkin, o exige – o quadripé discutido acima) que a aplicação deste precedente não se coaduna mais com esta moral, embora no passado tenha sido diferente.

Padrões vagos

Dworkin, em sua obra, também fornece uma contribuição muito interessante para entendermos melhor os padrões vagos, ou cláusulas vagas. Cite-se como exemplo destas cláusulas o art 5º, LIV, de nossa Constituição Federal, que garante o devido processo legal; ou o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao dispor que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A aplicação da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Dworkin exige que o juiz deva estar preparado para formular questões de moralidade política ao ter que tomar uma decisão na qual esteja envolvida uma cláusula vaga. Isso exige uma interpretação liberal destas cláusulas, uma vez que uma interpretação restritiva limitaria os direitos dispostos por elas aos reconhecidos por um grupo limitado de pessoas em um momento determinado da história (o momento em que as cláusulas foram editadas).

Aqueles que defendem uma interpretação restritiva das cláusulas vagas assim o fazem por não distinguirem a diferença entre conceitos e concepções. Enquanto o conceito tem a ver com o significado dado a determinado termo, que pode variar ao longo do tempo, concepção tem a ver com a interpretação dada àquele termo numa situação particular.

As cláusulas vagas referem-se a conceitos e não a concepções. Isso acarreta que se a moralidade da comunidade alterar, por exemplo, o significado daquilo que é considerado cruel, a interpretação de uma cláusula que contenha o termo crueldade deverá ser alterada de acordo com moralidade da comunidade. Para dar um exemplo de Dworkin, se a Suprema Corte tiver que decidir se a pena de morte é cruel tendo em vista uma norma que proíbe punição cruel, a decisão não tem que levar em conta se quando a norma foi editada a pena de morte era uma prática corriqueira e amplamente aceita. O que a Suprema Corte tem de levar em conta é se para a moralidade da comunidade atual a pena de morte é considerada cruel ou não.

Como bem afirma Dworkin, a própria prática de chamar essas cláusulas de vagas envolve um erro. As cláusulas são vagas somente se forem consideradas como tentativas frustradas de se estabelecer concepções particulares. E, entendendo-as como se referindo a conceitos, um maior detalhamento em seu texto não necessariamente as tornariam mais precisas³³.

Note que considerar as cláusulas vagas como se referindo a conceitos e não a concepções implica uma atitude liberal totalmente de acordo com a teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Dworkin, que exige julgamentos de moralidade política quando o juiz tiver que decidir sobre casos difíceis.

Considerações finais

O reconhecimento de que os homens têm direitos morais contra o Estado e de que nem sempre a vontade da maioria se coaduna com a moral estabelecida por ela própria, ou seja, o reconhecimento de que a defesa

³³ DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. p. 136.

de direitos da minoria não implica incompatibilidade com o procedimento democrático, é fundamental para que se estabeleça uma relação de complementaridade entre o ideal constitucional (governo limitado) e o ideal democrático (governo do povo).

Sem o reconhecimento de um direito liberal, sensível às mutações de todas as ordens pelas quais a sociedade passa, essa relação de complementaridade não se faz possível.

O direito como integridade, tal qual desenvolvido por Dworkin, tem o mérito de focar numa das questões mais desafiadoras para a filosofia do direito: a da interpretação. Ponto de grande interesse na teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Dworkin é o da inserção de julgamentos de moralidade política no ato interpretativo, mais do que isso, por meio de um esquema que mantém a imparcialidade do ato interpretativo até o limite do possível, mesmo diante de julgamentos morais por parte do juiz. A exigência da coerência, o reconhecimento de princípios que refletem a moralidade da comunidade e a proteção do direito institucional são os termos que compõem a equação da interpretação que o juiz deve realizar, e o que mais importa, esta equação está de acordo com o sonho da democracia.

Não existe tutela jurisdicional sem o ato interpretativo/decisório do juiz, é por isso que é de grande interesse uma obra que nos ajuda a entender como adequar este ato aos ideais democráticos.

Referências

BOBBIO, N. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

DALLARI, D. de A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHUEIRI, V. K. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J. M. Editora, 1995.

DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, E. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

HART, H. L. A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Press, 1975.

NINO, C. S. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.