

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

MARCUS VINÍCIUS DE MEDEIROS

**A DECISÃO JUDICIAL E O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE:
CONTRIBUIÇÕES CRÍTICO-TEÓRICAS A PARTIR DE RONALD DWORKIN E EM
JÜRGEN HABERMAS PARA A ARTICULAÇÃO DE UMA RESPOSTA
SUBSTANCIALISTA.**

NATAL/RN
2019

MARCUS VINÍCIUS DE MEDEIROS

**A DECISÃO JUDICIAL E O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE:
CONTRIBUIÇÕES CRÍTICO-TEÓRICAS A PARTIR DE RONALD DWORKIN E EM
JÜRGEN HABERMAS PARA A ARTICULAÇÃO DE UMA RESPOSTA
SUBSTANCIALISTA.**

Dissertação de Mestrado entregue ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN, área de concentração Constituição e Garantia de Direitos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Ricardo Tinoco de Góes

NATAL/RN
2019

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI

Catálogo de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Medeiros, Marcus Vinícius de.

A decisão judicial e o problema da discricionariedade: contribuições crítico-teóricas a partir de Ronald Dworkin e em Jürgen Habermas para a articulação de uma resposta substancialista / Marcus Vinícius de Medeiros. - 2019. 182f.: il.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, RN, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Tinoco de Góes.

1. Direito como integridade - Dissertação. 2. Interpretação reconstrutiva - Dissertação. 3. Discricionariedade - Dissertação. 4. Substancialismo - Dissertação. 5. Juiz Hércules - Dissertação. 6. Jürgen Habermas - Dissertação. I. Góes, Ricardo Tinoco de. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca do CCSA

CDU 342.7



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

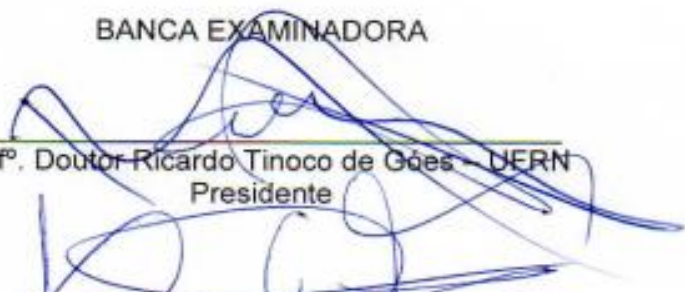
Mestrando: **MARCUS VINÍCIUS DE MEDEIROS**

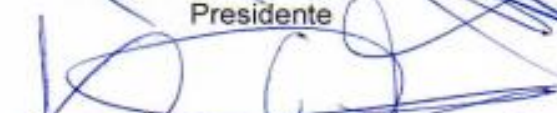
Título: "A DECISÃO JUDICIAL E O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE: CONTRIBUIÇÕES CRÍTICO-TEÓRICAS A PARTIR DE RONALD DWORKIN E EM JÜRGEN HABERMAS PARA A ARTICULAÇÃO DE UMA RESPOSTA SUBSTANCIALISTA"

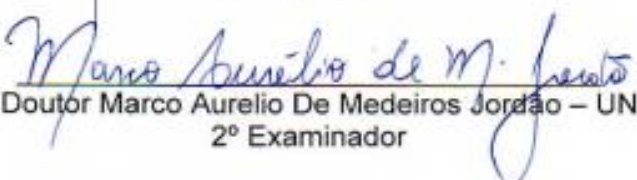
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 26/08/2019

BANCA EXAMINADORA


Profº. Doutor Ricardo Tinoco de Góes – UFRN
Presidente


Profº. Doutor Leonardo Oliveira Freire – UFRN
1º Examinador


Profº. Doutor Marco Aurelio De Medeiros Jordão – UNI-RN
2º Examinador

Natal (RN)
Agosto/2019

Aos meus filhos, Letícia e Heitor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me proporcionado uma jornada de descobertas, de muita superação e de amadurecimento intelectual.

Sou muito grato a minha esposa Janaina Medeiros, pelo esforço diário e a dedicação constante no cuidado de nossa família, permitindo-me aproveitar o pouco tempo que dispunha para a pesquisa e a escrita deste trabalho. Essa conquista não é somente minha, é nossa!

Agradeço muito aos meus pais pelo apoio, pela educação e todas as orientações e cuidados por minha vida. Sou bem-aventurado pelo amor de vocês.

Devo um agradecimento especial ao meu orientador Ricardo Tinoco de Góes, modelo de magistrado e de docente, pessoa singular que conquista com facilidade nossa admiração por sua nobreza de espírito, educação e cortesia. Minha gratidão pelo seu encorajamento, pela paciência e pelo respeito no curso de minha orientação, por ter valorizado minha inclinação filosófica e, principalmente, por ter me desafiado a encontrar meus próprios caminhos na pesquisa.

Quero agradecer ao Desembargador Ibanez Monteiro da Silva pelas valiosas palavras de incentivo, a compreensão e o estímulo no período da pesquisa, ao aprendizado diário, pelas lições de vida e pelo aperfeiçoamento profissional. Sou-lhe grato por tudo. Sempre terás minha atenção, dedicação e lealdade. Que Deus te abençoe muitíssimo e permita que continues sendo um semeador de graças. Aqui eu também estendo minha gratidão aos valorosos colegas de Gabinete, na pessoa de nossa coordenadora Bruna Morais de Souza Freire, pelas palavras de incentivo, pela amizade e confiança.

Devo também agradecer aos colegas discentes que compartilharam comigo essa caminhada de dois anos. A convivência, as discussões, as contribuições, a fraternidade e o companheirismo de vocês foram marcantes. Fica a amizade e as recordações para a vida. Destaco a amizade de Kleber Soares, desde os momentos iniciais de estudo e seleção para o mestrado, verdadeiro companheiro de fé e de lutas.

Sou muito grato a todos os professores e servidores do PPGD, pelas valiosas lições e importante apoio. Ressalto a contribuição valiosa dos professores que participaram da Banca de Qualificação, o Prof. Dr. Leonardo Oliveira Freire e o Prof. Dr. José Orlando Ribeiro Rosário, pela leitura atenta e orientações profícuas.

Por fim, agradeço as valorosas contribuições que se somaram nos instantes finais desse trabalho: a Islane Fernandes de Melo Bezerra, pelo importante auxílio na revisão das traduções em língua inglesa; e a Elaine Cristina Alves da Costa, pela revisão atenta de grande parte do texto.

“A jornada é a recompensa”.

Steve Jobs

RESUMO

O contexto de deslocamento dos polos de discussão pública de questões sensíveis do Legislativo para o Judiciário, como fenômeno inerente à contemporaneidade, ressaltou as inadequações teóricas do positivismo, que propunha um modelo de resolução de controvérsias baseado na estrita aplicação das regras legais, utilizando o recurso da discricionariedade, fundado no princípio de autoridade, para atenuar o problema da indeterminação do direito e, de forma mais acentuada, julgar os *hard cases*. No apanhado das linhas teóricas pós-positivistas que apresentaram, paulatinamente, caminhos para a superação desse modelo, notabilizaram-se as críticas efetuadas por Ronald Dworkin, tendo como ponto de partida fundamental a adoção de um modelo metodológico na teoria do direito que representa o reconhecimento da interconexão entre o Direito e a Moral, a afirmação da normatividade dos princípios, além das críticas relativas ao aguilhão semântico, de modo a reconhecer que no eixo das controvérsias teóricas de direito, no cerne da prática judicial, deve haver a apreciação tanto de elementos avaliativos (moralidade política) e descritivos (direito positivo), afirmando a natureza interpretativa do direito e sua expressão argumentativa. A partir disso, é desenvolvida a concepção do direito como prática social interpretativa, ressaltando o sentido de redefinição das práticas sociais normativas através da percepção do valor e do propósito nelas envolvidos, em um modelo de interpretação do direito do tipo reconstrutiva que tem como finalidade a consideração da história jurídica da comunidade como fio condutor para a reafirmação dinâmica dos valores e objetivos inerentes a cada prática, atendendo à concepção do direito como integridade. São abordadas as duas principais metáforas essenciais para ilustrar a proposta teórica de Dworkin, quais sejam, o romance encadeado do direito e a metódica do Juiz Hércules, entendidas em seu propósito de fornecer os subsídios teóricos e de uma metódica apropriada para a formulação de decisões judiciais fundadas em argumentos substantivos, orientados pelo sentido de descoberta do direito, por negar a livre criatividade judicial. São analisados os elementos da interpretação reconstrutiva, como modo de realização da concepção do direito como integridade, levando em consideração a responsabilidade moral do julgador, atrelado ao reconhecimento da necessidade de um procedimento dialógico, por meio do recorte epistêmico da razão comunicativa de Habermas, cuja aplicação deve favorecer a participação cooperativa dos interessados no processo de decisão. Reconhecidos esses dois elementos essenciais para tornar factível a tese da única resposta correta em direito, são apresentadas as críticas às inadequações da proposta procedimentalista para o cenário jurisdicional brasileiro, afirmando a necessidade de uma resposta substancialista contra o problema da discricionariedade judicial. Por fim, afirma-se o esboço de uma teoria da decisão judicial que preze pela coerência jurídico-formal de seus elementos (justificação interna) e que verse de maneira adequada sobre a identificação e a estruturação dos melhores argumentos de princípios, notadamente na análise de questões de moralidade política (justificação externa), para, finalmente, caracterizar o real sentido da busca pela resposta correta em direito.

Palavras-chaves: Direito como integridade. Interpretação reconstitutiva. Discricionariedade. Substancialismo. Juiz Hércules. Ronald Dworkin. Jürgen Habermas.

ABSTRACT

The context of dislocation of the poles of public discussion about sensitive issues from the Legislative to the Judiciary, as a phenomenon inherent to contemporaneity, highlighted the theoretical inadequacies of positivism, which proposed a model of dispute resolution based on the strict application of legal rules, using the resource of discretion, founded on the principle of authority, to attenuate the problem of indeterminacy of law and, more sharply, to judge hard cases. In the post-positivist theoretical lines that gradually presented ways to overcome this model, the criticisms made by Ronald Dworkin were noted, having as a fundamental starting point the adoption of a methodological model in the theory of law that represents recognition of the interconnectedness of law and morality, the affirmation of the normativity of the principles, as well as the criticisms of the semantic sting, in order to recognize that in the axis of the theoretical controversies of law, at the heart of judicial practice, there must be an appreciation of both the evaluative (political morality) and the descriptive elements (positive law), affirming the interpretative nature of law and its argumentative expression. From that, the conception of law as an interpretative social practice is developed, emphasizing the sense of redefinition of normative social practices through the perception of the value and purpose involved in them, in a reconstructive model of interpretation of law that aims at the consideration of the legal history of the community as a guiding thread for the dynamic reaffirmation of the values and objectives inherent in each practice, taking into account the conception of law as integrity. The two main metaphors that are essential to illustrate Dworkin's theoretical proposal, which are the chained novel of law and the methodology of Judge Hercules, understood in their purpose of providing the theoretical support and an appropriate method for the formulation of judicial decisions based on substantial arguments, guided by the sense of discovery of law, by denying free judicial creativity, are approached. The elements of reconstructive interpretation are analyzed as a way of realizing the conception of law as integrity, taking into account the moral responsibility of the judge, linked to the recognition of the need for a dialogical procedure, through the epistemic clipping of Habermas' theory of communicative rationality, which implementation should encourage the cooperative participation of stakeholders in the decision-making process. Recognizing those two essential elements to make the thesis of the only correct answer in law feasible, the critiques of the inadequacies of the proceduralist proposal for the Brazilian jurisdictional scenario are presented, stating the need for a substantial answer against the problem of judicial discretion. Finally, in this work it is outlined a theory of judicial decision that values the legal-formal coherence of its elements (internal justification) and that adequately deals with the identification and structuring of the best arguments of principles, notably in the analysis of political morality questions (external justification), to finally characterize the real meaning of the search for the right answer in law.

Keywords: Law as integrity. Reconstructive interpretation. Discretion. Substantialism. Judge Hercules. Ronald Dworkin. Jürgen Habermas.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. O POSITIVISMO JURÍDICO, O PAPEL DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E AS ALTERAÇÕES PARADIGMÁTICAS PELO NEOCONSTITUCIONALISMO.	17
2.1 ESBOÇO HISTÓRICO E CONTEXTUAL DO POSITIVISMO JURÍDICO E A POSSIBILIDADE DA DISCRICIONARIEDADE NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS.	18
2.2 A CRISE DE LEGITIMIDADE E AS CRÍTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO: O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE E A VISÃO CRÍTICA DE RONALD DWORKIN.....	28
3. A TEORIA DO DIREITO A PARTIR DE RONALD DWORKIN	36
3.1 A NOVA PROPOSTA METODOLÓGICA.....	38
3.2 PRIMEIRA CRÍTICA AO POSITIVISMO: A INSUFICIÊNCIA DO SISTEMA CONSTITUÍDO APENAS POR REGRAS E O RECONHECIMENTO DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS.....	48
3.3 SEGUNDA CRÍTICA: O AGULHÃO SEMÂNTICO E O PROBLEMA DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA.....	57
4. A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	66
4.1. O DIREITO COMO PRÁTICA INTERPRETATIVA: DA CONJUGAÇÃO DE ELEMENTOS DESCRITIVOS E AVALIATIVOS À AFIRMAÇÃO DO FÓRUM DOS PRINCÍPIOS.....	69
4.2. AS ETAPAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA.....	79
4.3 DIREITO COMO INTEGRIDADE: A METÁFORA DO ROMANCE EM CADEIA E A METÓDICA DO JUIZ HÉRCULES	88
5. RECONSTRUINDO O JUIZ HÉRCULES	103
5.1 O IDEAL DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA E A INCERTEZA NO DIREITO: POR UMA PERSPECTIVA MAIS REALISTA.....	105
5.2 COMO A BUSCA PELOS MELHORES ARGUMENTOS DEPENDE DA LINGUAGEM GARANTIDA PELO PROCEDIMENTO: A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E A POLICONTEXTUALIDADE DAS SOCIEDADES PÓS-CONVENCIONAIS.	122
5.3 HÉRCULES HUMANIZADO PELA ABERTURA DIALÓGICA DA LINGUAGEM: DEFESA DE UM APORTE ESPECÍFICO E NECESSÁRIO NA RACIONALIDADE COMUNICATIVA HABERMASIANA.	139
5.4 RONALD DWORKIN E A DEFESA DE UMA CONCEPÇÃO SUBSTANCIALISTA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.	157
6. CONCLUSÃO	172

7. REFERÊNCIAS	177
-----------------------------	------------

1. INTRODUÇÃO

O exercício do Poder Público, ou mais detidamente, o direito do Estado de praticar seus atos sob o pretexto de garantir alguma visão ou ideal de vida boa em sociedade, talvez ainda baseado no ideal de contrato social que autorizaria sua ação, qualquer que seja ela, está associado diretamente a um critério de autorização do poder pelo povo, imediatamente vinculado à atuação do Poder Legislativo, manifesto através dos atos normativos por ele promanados, o que remonta a noção basilar de legitimidade democrática em um contexto republicano.

Esse ideal de fundamentação prévia dos poderes estatais e de seu exercício vinculado à produção legislativa que o anteceda, no contexto de um ordenamento jurídico-constitucional devidamente estabelecido e institucionalmente articulado, é o que perpassa a concepção de legitimidade popular, no contexto das democracias representativas.

Entretanto, iniciada a passagem do Estado Liberal para a implementação do *Welfare state*, sobrelevando o papel do Estado no atendimento de diversas demandas sociais, notadamente relacionadas à concretização de direitos, alguns aspectos metodológicos e interpretativos da teoria do direito de matriz positivista tornam-se problematizados pela percepção de que a equação tradicional da legitimidade que fundava a atuação estatal não se perfazia mais suficiente para dar conta das controvérsias havidas no novo contexto social, notadamente após o segundo pós-guerra.

Os limites da produção legislativa, dentre outras causas, provocaram o tensionamento dos limites da atuação jurisdicional na solução de conflitos nesse novo contexto social e constitucional, agravado pela discrepância entre o ideal imaginado e estampado nos textos das novas constituições e a realidade que a desmente.

O positivismo jurídico enxergou no poder discricionário dos julgadores a possibilidade de resolver o problema decorrente da indeterminação do direito e das limitações e condicionamentos do direito legislado. Por isso, as discussões das novas controvérsias que extrapolam as previsões normativas passaram a ser solucionadas por meio de decisões fundadas em um tipo de voluntarismo judicial, articulado pela evocação de critérios abstratos preenchidos pelo subjetivismo de cada magistrado.

Diante disso, é evidente a crise de legitimidade que fragiliza a teoria da decisão judicial baseada na discricionariedade judicial para resolução dos *hard cases*.

E não somente isso, há problemas de ordem metodológica do juspositivismo que induzem a ilação de insuficiência de um modelo de sistema jurídico baseado exclusivamente em regras legais.

Ora, o cerne de qualquer problematização relevante deve estar associado a questões que efetivamente têm o potencial de gerar sérias implicações na vida das pessoas, não apenas no contexto da vida privada, mas primordialmente no exercício autônomo da vida em sociedade e em sua relação com o Estado. O que dizer de decisões judiciais que não estão fundamentadas no padrão de legitimidade que estrutura e subsidia todo o empreendimento do direito positivo, mas que, em função do novo cenário já citado, pretendem encontrar amparo e justificação apenas na autoridade formal de um juiz investido na competência de julgar?

O problema é percebido desde o início, ao tentar justificar e insistir na afirmação dessa autoridade formal enquanto pretensão de legitimidade. Mas outras questões podem ser facilmente suscitadas: quais são as soluções propostas pelas novas abordagens metodológicas advindas de autores que constituem o denominado pós-positivismo? Como reconstruir uma teoria da decisão judicial que seja adequada às novas controvérsias judiciais, sem que sejam desprezados os princípios basilares do constitucionalismo moderno? É possível pensar novos critérios metodológicos para constituir uma teoria do direito mais adequada a essa nova realidade? É possível conjugar nesse projeto uma nova teoria da interpretação jurídica que abranja essas controvérsias e direcionem a critérios que restituam a legitimidade substantiva das decisões judiciais?

Exposta a problematização da pesquisa, sua justificativa se assenta na busca das novas relações de legitimidade da ação estatal consubstanciada nas decisões judiciais, notadamente nos *hard cases*, que supere a mera representação do critério formal de legitimidade, materialmente esvaziado, por um outro que traduza novos critérios substantivos para amparar essa relação de legitimidade entre a decisão judicial e o Direito, de modo a alcançar e satisfazer os ideais de justiça e equidade naturalmente esperados por todos aqueles que dependem do desfecho de alguma causa judicial.

Justificada a pesquisa, será necessário expor o contexto de evolução do constitucionalismo e as respectivas alterações sociais que determinaram essas mudanças, apresentando os motivos do surgimento de novas propostas teóricas, denominadas de pós-positivistas, e seus caracteres gerais. Nesse cenário, será

importante expor o papel que a discricionariedade desempenhou nos principais estágios do positivismo jurídico. Ainda no mesmo contexto, deverão ser apresentadas as razões que justificam a escolha de Ronald Dworkin como fornecedor da matriz teórica para crítica do empreendimento metodológico e interpretativo positivista, bem como das propostas teóricas que são apresentadas para constituir sua teoria do direito e da interpretação e aplicação judicial do direito.

No capítulo terceiro, será fundamental expor as diretrizes metodológicas de sua base teórica, baseadas essencialmente no reconhecimento da insuficiência do modelo positivista de sistema jurídico constituído apenas por regras, ao mesmo tempo em que justifica o necessário reconhecimento normativo dos princípios. Ainda nesse tópico, será indispensável apresentar em que consistiu a segunda crítica de Dworkin ao positivismo jurídico, ressaltando o problema da natureza da controvérsia jurídica.

No quarto capítulo, a partir da exposição da teoria do direito do autor, serão expostas a compreensão de Dworkin sobre a natureza interpretativa do direito, e como a solução adequada dos *hard cases* depende da conjugação de critérios descritivos e avaliativos, conduzindo os sujeitos do processo para as discussões apropriadas em um novo campo de embates, o fórum dos princípios. Ultrapassada essa fase, serão apresentadas as etapas da interpretação (re)construtiva do filósofo americano, seguida da exposição de sua concepção do direito como integridade, exemplificadas pelas metáforas do romance em cadeia e do Juiz Hércules.

No capítulo final do presente trabalho, será fundamental apresentar os sentidos possíveis do ideal de única resposta correta defendido por Dworkin, sob uma perspectiva mais próxima da realidade da prática jurisdicional, estabelecendo as distinções devidas entre os casos simples, resolvidos pela teoria positivista através do emprego da técnica de subsunção, e os casos de anomia ou inadequação normativa para regulação do caso controverso.

Ainda no mesmo capítulo, será proposta uma reconstrução da metáfora do Juiz Hércules, motivada pelos contributos do giro linguístico-pragmático, de modo que seja compreendido como necessário um aporte específico na racionalidade comunicativa de Jürgen Habermas, bem como, influenciadora do desenvolvimento de uma concepção substancialista de jurisdição constitucional, a fim de que a abertura dialógica que torne realizável o ideal de resposta correta devolva o fundamento de legitimidade necessário para as decisões judiciais dos *hard cases*.

A metodologia a ser aplicada é derivada de uma pesquisa de natureza aplicada, hipotético-dedutiva, com abordagem qualitativa e propósito formativo, utilizando fontes bibliográficas diversificadas para o desenvolvimento do presente trabalho.

2. O POSITIVISMO JURÍDICO, O PAPEL DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E AS ALTERAÇÕES PARADIGMÁTICAS PELO NEOCONSTITUCIONALISMO.

A tematização do presente trabalho exige que seja apresentado o processo histórico-evolutivo da teoria do direito, a demonstrar, pelo menos de forma sumária, o percurso do positivismo jurídico, desde seu início e surgimento até seu ápice e, por fim, sua crise com a ascensão das correntes neopositivista. A exposição do positivismo jurídico, e suas diferentes matizes, será importante para a compreensão da evolução do fenômeno jurídico, associado que é aos estágios de transformação das constituições, do Estado e de sua relação com a sociedade civil.

Some-se a isso, como quadro contextual, o relevante deslocamento dos polos de discussão de questões sensíveis para a sociedade civil do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, em face da crise de representatividade do primeiro, associado aos desafios inerentes aos Estados e sociedades periféricas, nos quais a queixa pela concretização de direitos é uma constante verificada pelo aprofundamento da crise de constitucionalidade entre a Constituição formal e a realidade constitucional vivenciada por todos.

Após a breve apresentação desses contextos de transformações, será apontado o principal tema da problematização do presente trabalho: como a discricionariedade judicial foi adotada como premissa metodológica para a resolução dos casos de anomia ou inadequação da norma existente nas controvérsias analisadas pelo Poder Judiciário e como essa discricionariedade se traduz em decisionismos, esvaziando a relação de legitimação da decisão judicial com a base do sistema jurídico-constitucional, por se sustentar no princípio de autoridade, que estaria calcado no próprio sistema do direito, autorizando os juízes, na análise desses casos, a criar o direito que deve ser aplicado no caso sob sua apreciação.

Ato contínuo, serão apresentadas as caracterizadas gerais do neoconstitucionalismo, enquanto tentativa de superação do positivismo jurídico, dentre os quais se justificará a escolha de Ronald Dworkin como a principal matriz teórica do presente trabalho para abordagem da tematização mencionada.

2.1 ESBOÇO HISTÓRICO E CONTEXTUAL DO POSITIVISMO JURÍDICO E A POSSIBILIDADE DA DISCRICIONARIEDADE NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS.

A alteração sucessiva da noção de legitimidade do poder nos ordenamentos jurídicos, tem como recorte inicial a passagem do Direito Natural para a influência do direito positivo ou positivismo jurídico¹, que marca a transição do fundamento do poder, ainda no início do Estado Liberal, com o desenvolvimentos dos primeiros traços do constitucionalismo, assentada na racionalidade, passará progressivamente a se unir à noção de legalidade.

E é essa confiança na legalidade formal que vai se expressar como o atendimento do sentimento de justiça e de legitimidade. O legítimo passa a ser aquilo que está condizente com a lei em sentido estrito, a letra do instrumento normativo elaborado pelo Poder Legislativo².

Os documentos legais conferem forma objetiva ao Direito. Os indivíduos que antes estavam na dependência da vontade do soberano ou da orientação das religiões para observarem o padrão correção de comportamento para suas vidas, agora percebem a orientação normativa estampa no texto legal³.

Por consequência desse processo de codificação, o conteúdo da legitimidade popular, como aspiração resultante no constitucionalismo liberal, resultou na consubstanciação dos ideais de justiça e equidade no próprio texto legal, esvaziando-o de qualquer carga valorativa, como premissa do dogmatismo da ciência jurídica que passa a ver na neutralidade axiológica a reprodução do ideal de pureza, proveniente

¹ “No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o Direito Natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 272).

² “Daí a teoria da lei geral e abstracta, produto da razão, manifestação da vontade geral, inquebrantavelmente vinculativa de todos os cidadãos e aplicável a todas as situações por ela contempladas. Este *fator ou elemento legicêntrico*, além de incarnar o mito da lei geral, vai dar origem a um postulado político e jurídico-constitucional não isento de ambiguidades: a de que os direitos, embora naturais, só existem verdadeiramente a partir do momento em que a lei lhes dá operatividade prática, reconhecendo-os como direitos dos indivíduos enquanto tais. Será através do elemento legicêntrico que o modelo da revolução operará a articulação entre o individualismo e o estadualismo”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 107).

³ MEDEIROS, Marcus Vinícius de; SOUSA, Hioman Imperiano. **Constitucionalismo e legitimidade**. In ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro (org.). **Constitucionalismo(s) e Constituição**. 1ª Ed. Manaus: Elucidar, 2019, p. 59-88.

do método das ciências naturais que, por sua vez, estava pautado nas crenças desdobradas do positivismo filosófico, delineados por Auguste Comte⁴, que o racionalismo e a ciência resolveriam os problemas da modernidade.

O papel do Poder Judiciário, especificamente na missão de decidir e solucionar os conflitos na sociedade, na expressão da competência constitucional do monopólio estatal da reserva de jurisdição, terá operatividade em fazer cumprir o que determina a lei, esta compreendida em seu aspecto sintático, a saber, reproduzir a manifestação de vontade política do Poder Legislativo, enquanto instituição representativa da vontade do povo. Assim, a vocação dos juízes se expressava no simples ato de aplicar o dispositivo literal da lei, por meio da inteligência do texto legal, pela exegese que objetivava a identificação da intenção do legislador. O ofício jurisdicional era entendido como a “boca da lei”⁵.

Esse contexto é o pano de fundo do início do juspositivismo. A ideia de correção da atividade judiciária estava imbrincada com o legalismo, a aplicação formal da legislação vigente. Não era possível reconhecer qualquer protagonismo criativo no ato de interpretar a lei para nortear a aplicação do direito. A subjetividade do julgador cedia espaço à busca da intenção do legislador, no momento de proferimento da decisão. Os métodos de interpretação reproduziam esses condicionamentos e finalidade da atividade jurisdicional intrinsecamente depende da atividade legislativa⁶. Esse período inicial do positivismo jurídico foi marcado pelas contribuições da Escola da Exegese, na França, e da Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha.

A técnica de aplicação do direito se resumia à subsunção, enquanto método dedutivo que partia da lei, como premissa maior, para o fato circunstancial analisado, a premissa menor, tendo como objetivo a correta acomodação da hipótese do texto legal, o suporte fático, à situação de fato apresentada no caso concreto.

Para Lênio Luiz Streck, o dogma da subsunção representa sérias implicações para o Direito: a redução epistemológica do conceito de direito ao conceito de lei; o esvaziamento de questões importantes da sociedade restritas ao legislativo, limitando

⁴ COMTE, Auguste; GIANNOTTI, José Arthur. **Curso de filosofia positiva; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

⁵ “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 175).

⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 65-8.

a atividade jurisdicional apenas a reproduzir o sentido da lei, e tornando a legislação assunto de política, tornando escassa sua juridicidade⁷.

O fortalecimento da magistratura, o desligamento do processo civil do âmbito do direito material, e as alterações sócio-políticas do contexto do início do século XIX, marcado por fortes críticas contra o dogma da subsunção, notadamente por teóricos como Oskar von Bülow, na Alemanha, e François Géný, na França, com a proposta de alteração metodológica na atividade de aplicação e interpretação do direito, com forte inspiração sociológica, levando em maior consideração os fatos jurídicos, foram todas razões determinantes para o enfraquecimento das escolas do início do juspositivismo⁸.

Outras escolas vão surgir com um ideal diferente, reconhecendo que a norma jurídica detém sentido próprio, em função de fatores objetivos, considerando uma certa independência em relação àquilo que foi almejado pelo legislador. Destacaram-se o Movimento do Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses. A partir delas a concepção de interpretação da norma jurídica dava-se desde o instante do exame do caso concreto, ressaltando-se o papel preponderante dos aspectos estruturais de manifestação da norma e as técnicas adequadas para seu entendimento e aplicação. A vontade do legislador passou a ser considerada mera ficção, concebendo um método de aplicação que levasse em conta fatores sociológicos, divergindo da mera subsunção apregoada pela Escola da Exegese⁹.

Hans Kelsen parece ter resolvido a divergência entre essas correntes de interpretação do direito, estabelecendo as bases de um positivismo, não mais exegético, mas normativo, propondo uma ciência do direito que se pretendia fiel ao fenômeno jurídico, afirmando o relativismo epistemológico, ante a impossibilidade da afirmação de qualquer cosmologia ou roteiro-chave para orientar a existência humana, quer seja baseada em Deus, em qualquer ideologia, ou critério axiológico absoluto¹⁰.

Na sua Teoria Pura do Direito¹¹, Kelsen vai afirmar o Estado Moderno dependente de uma estrutura burocrática, vazia e despojada de qualquer significado

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. rev., atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p. 230-1.

⁸ Ibid, p. 233-4.

⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222

¹⁰ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. tec. Gildo Sá Leitão Rios. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 385-6

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

místico, com o rompimento de qualquer ordem religiosa e ideológica, quebrando qualquer senso de determinação ou evolução histórica, rompendo com a crença de que a história teria a aptidão de produzir o certo e o verdadeiro, apropriando-se da teoria do conhecimento de Kant, das lições de Weber¹² e de Nietzsche sobre a desmistificação da estrutura do Estado¹³.

Ele afirma a noção de um procedimento formalista, compreendendo o direito como “estrutura simples de coerção, um sistema hierarquicamente organizado de normas (não-morais) que determinam as condições através das quais os agentes do Estado são habilitados (autorizados) a impor sanções”¹⁴. Ademais, avança a partir do conceito de legitimidade recebido de Weber¹⁵ para defini-lo como um sistema de validade formal das normas jurídicas, dependente de uma concepção hierárquica, escalonada, e fundada na norma hipotética fundamental, como pressuposição lógico-jurídica, mantendo o ideal de pureza e independência do direito em relação a outros ramos das ciências do espírito, isolado de qualquer interferência valorativa ou ideológica, como teoria radicalmente realista do direito¹⁶.

¹² Max Weber exerce influência determinante na construção do padrão de legitimidade definido por Kelsen, uma vez que suas ideias vão servir para construção do Direito como sistema lógico-normativo, vazio de qualquer norte axiológico ou moral. A filosofia de Weber é detidamente analisada no capítulo seguinte, na exposição crítica de sua teoria por Peter Winch.

¹³ Nas palavras de Kelsen: “Se pegarmos os atores que participam do drama religioso ou social no palco político e retirarmos as máscaras de seus rostos, não mais teremos Deus recompensando e castigando, nem o Estado condenando e fazendo a Guerra, mas apenas homens reprimindo outros homens, seja o sr. X triunfando sobre o sr. Y ou um animal selvagem saciando sua renovada sede de sangue ([1922] 1973:67)”. (KELSEN, Hans *apud* MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. tec. Gildo Sá Leitão Rios. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 388).

¹⁴ *Ibid*, p. 383.

¹⁵ Weber entende a legitimidade imbricada com o conceito de legalidade: “à medida que o direito se autolegitima por um procedimento jurídico formal próprio, dispensa qualquer fundamentação externa a ele”. (XXII CONGRESO MUNDIAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO Y FILOSOFIA SOCIAL. DERECHO Y JUSTICIA EN UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA. 24-29, MAYO, 2005. GRANADA-ESPAÑA. CELLA, José Renato Gaziero. **A crítica de Habermas à ideia de legitimidade em Weber e Kelsen**. p. 05. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf>. Acesso em: 03/08/2019.)

¹⁶ “(...) apresenta o direito como um sistema hierarquizado de normas, que difere de um sistema puramente formal pelo fato de a norma inferior não ser deduzida da norma superior mediante transformações puramente formais, como na lógica ou nas matemáticas, mas mediante a determinação das condições segundo as quais poderá ser autorizada a criação de normas inferiores, dependendo a eficácia do sistema da adesão pressuposta a uma norma fundamental, a Grundnorm, que será a Constituição original. Contrariamente a um sistema formal, que é puramente estático, o direito será concebido como um sistema dinâmico, a norma superior que determina o quadro em que aquele a quem é conferida a autoridade de exercer um poder legal, legislativo, executivo ou judiciário pode escolher livremente uma linha de conduta, desde que não saia dos limites fixados pela norma superior”. (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad. de Verginia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 91-92).

Portanto, Kelsen funda a legitimidade do direito, enquanto sistema, na ideia de validade normativa. Uma norma é considerada fundamento de validade para outra norma inferior e, ao mesmo tempo, encontra seu fundamento em outra norma de lugar superior no sistema normativo. Essa lógica vai resultar na formulação da *Grundnorm*, ou norma hipotética fundamental, que é distinta da Constituição.

Hans Kelsen e sua teoria do direito têm especial relevância para o início desta dissertação. É Kelsen que melhor se apropria da distinção entre texto legal e norma jurídica, cunhando sua teoria interpretativa como Teoria da Moldura¹⁷. Para ele a norma superior define os termos do exercício da discricionariedade, isto é, um limite para as interpretações possíveis, a partir da consideração de que a linguagem do Direito é indeterminada, fato esse que sempre dará ensejo a um espaço de discricionariedade para o intérprete escolher o melhor sentido de sua aplicação.

O ponto de particular interesse para a presente pesquisa é a identificação dessa discricionariedade no cerne da teoria interpretativa de Hans Kelsen. Para o jusfilósofo austríaco, a escolha do aplicador e intérprete do direito (o juiz) é subjetiva, afastando a consideração do que poderia ser definir a única ou a melhor interpretação do ponto de vista formal. Para Kelsen, não é possível determinar os valores para orientar a interpretação, na verdade, ele entende o relativismo como postura mais adequada ao ideal de sociedade democrática, favorecendo o pluralismo¹⁸.

Na edição de sua Teoria Pura do Direito, na edição publicada em 1960, Kelsen assume uma concepção voluntarista de interpretação, admitindo uma escolha fora da moldura da norma, caindo na teoria cética da interpretação, largamente aceita no realismo jurídico, no qual a interpretação não é atividade de conhecimento, mas de valoração e decisão¹⁹.

Nessa etapa do positivismo normativista, observa-se o nítido caráter da discricionariedade como recurso interpretativo importante na definição do alcance e do sentido das normas jurídicas no momento de sua aplicação, dependente do voluntarismo dos juízes na apreciação da controvérsia judicial.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-1.

¹⁸ KELSEN, Hans apud MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. tec. Gildo Sá Leitão Rios. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 384.

¹⁹ SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **A teoria da interpretação em Hans Kelsen**. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17, n 66, 2009. Revista dos Tribunais, p. 64-7.

Na análise dos casos de anomia ou inadequação da norma existente a discricionariedade será imprescindível, pois, o que para Hans Kelsen é considerado solução, ganhará ainda maior relevo nesses casos, fazendo a solução do caso concreto depender exclusivamente do total voluntarismo judicial, calcado apenas na subjetividade do julgador:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo a criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.²⁰

H. L. A. Hart, em sua principal obra, *O conceito de direito*²¹, elevou o positivismo jurídico a um patamar de sofisticação sem precedentes. Sua proposta teórica ficará mais clara no próximo capítulo, onde o assunto será analisado de forma mais extensa e aprofundada, na exposição dos detalhes da discussão travada entre ele e Dworkin. Neste instante, cumpre apresentar que mesmo tendo ele redesenhado a teoria positivista do direito a partir de uma crítica construtiva ao modelo de John Austin, alterando o foco do conceito de direito dependente da ideia de sanção, de ordem coercitiva proveniente de um soberano, para inaugurar uma concepção de legalidade vinculada à existência de regras, como fato social distinto de hábitos. Para ele, a noção de regra está no cerne da compreensão de um sistema jurídico com a reunião de duas categorias de regras básicas, as primárias e as secundárias, ambas devidamente endossadas por uma regra geral de reconhecimento²².

O que importa ressaltar, neste início, é o fato de Hart também reconhecer a validade do recurso da discricionariedade como forma de resolver o problema da indeterminação do direito. Para ele, essa indeterminação deve ser entendida pela

²⁰ KELSEN, 1998, p. 393.

²¹ HART, H. L. A.; BULLOCH, Penelope A.; RAZ, Joseph. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

²² MORRISON, 2012, p. 422-4.

existência de limites à própria linguagem, os quais podem ser atenuados, mas ainda assim, persistiriam, constituindo o que chamou de *textura aberta*²³. Nesse caso, os “cânones” da interpretação não serviriam para eliminar essas incertezas, mas apenas para minorar esses efeitos²⁴. Nos casos em que o juiz se depara com as situações de carência de regulamentação legislativa para o caso sob sua apreciação, Hart reconhece a existência de um arbítrio definido na forma de um poder *intersticial* que o habilita a criar o direito para solucionar a controvérsia sob sua análise:

É importante observar que o poder de criar o direito que atribuo aos juízes, para habilitá-los a regulamentar os casos que o direito deixa parcialmente não regulamentados, é diferente daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações *que restringem sua escolha*, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais. Assim, seus poderes são *intersticiais*, além de sujeitos a muitas restrições substantivas. Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito. Mas não, deve fazê-lo arbitrariamente: isto é, deve ser sempre capaz e justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores. Mas, desde que satisfaça a essas condições, o juiz tem o direito de seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes diante de casos difíceis semelhantes²⁵.

Portanto, vale a ilação de que, tanto o positivismo normativista quanto o de cariz hartiano compreendem haver no exercício da interpretação promovida pelo juiz a existência de uma área coberta pelo problema da textura aberta da linguagem do direito e reconhecida no limite da capacidade do legislador de antever a dinamicidade e variedade dos fatos, no momento da edição da norma, o que justificaria o reconhecimento da discricionariedade enquanto poder de criação do direito aplicável exclusivamente ao caso concreto, empregado para resolver a controvérsia.

Dimitri Dimoulis, em postura acadêmica que bem reflete uma visão atualizada do positivismo jurídico, define haver na interpretação jurídica, a partir de uma perspectiva do que denomina intermediária do interpretativismo moderado, a distinção

²³ HART, H. L. A; BULLOCH, Penelope A.; RAZ, Joseph. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009, p. 166

²⁴ Ibid, p. 164.

²⁵ Ibid, p. 352.

entre interpretação cognitiva, quando há clara possibilidade de intelecção normativa, impondo ao intérprete a compreensão da norma na forma como foi definida pelo legislador, como limite interpretativo, mas que deve ser complementada por uma interpretação volitiva, empregada de forma crescente e tanto mais importante e presente quanto menor for a densidade normativa do texto editado pelo legislativo. Essa interpretação volitiva é definida pelo papel da vontade do intérprete na determinação do sentido e da possibilidade de aplicação normativa, desvelando um papel criativo do direito²⁶.

Essa possibilidade discricionária é reconhecida por Joseph Raz, quando afirma que os juízes criam o direito quando não existe explícita previsão legislativa, negando qualquer incompatibilidade com a concepção positivista, aventando a possibilidade do emprego de um raciocínio moral que permitiria a concretização de normas abstratas e obscuras²⁷.

Existem elementos no nosso sistema jurídico que tornam possível ampliar a interpretação para preencher as lacunas ou as “áreas cinzentas” do direito, como forte sinal de dependência do ordenamento jurídico brasileiro do positivismo jurídico. A exemplo disso, o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942²⁸) faculta ao julgador a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito quando a lei aplicável for considerada omissa pelo julgador²⁹. Como veremos mais adiante, os recursos a esses elementos facultados pelo referido dispositivo legal são considerados exclusivamente associados a axiomas com finalidades próprias do positivismo jurídico, sem qualquer fundamento deontológico que os justifique³⁰.

²⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 253-5.

²⁷ RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics**. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 333-4 *apud* DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 55-6.

²⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ. **Diário Oficial da União**: 09 set. 1942, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em 07/07/2019.

²⁹ “Omissa, é a construção de sentido feita pelo intérprete. Isto explica o fato da mesma lei, relacionada a certa situação fática, ser insatisfatória (omissa) para um aplicador e satisfatória (não-omissa) para outro. Tudo Vai depender dos critérios que condicionam e a interpretação de cada um, o que importa dizer que as lacunas são relativas, dependem da valoração de cada intérprete e, por isso, a dificuldade de estudá-las”. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 367. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8649>. Acesso em 10/05/2019).

³⁰ “Já de pronto deve ser dito: no Constitucionalismo Contemporâneo, marcadamente pós-positivista, não há mais espaço para os princípios gerais do direito, que não passam de axiomas com finalidades

Em um rápido aparte crítico, Luis Alberto Warat alertou para o embuste do positivismo jurídico ao entregar ao voluntarismo do julgador, na concepção e aplicação de métodos interpretativos que sempre ocultaram seu funcionamento retórico, dispensando a apresentação de argumentos que devem condicionar a atividade judicial comprometida com o ato de decidir:

Os métodos de interpretação podem ser considerados o álibi teórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do direito. Assim, sob a aparência de uma reflexão científica criam-se fórmulas interpretativas que permitem: 1) veicular uma representação imaginária sobre o papel do direito na sociedade; 2) ocultar as relações entre as decisões jurisprudenciais e a problemática dominante; 3) apresentar como verdades derivadas dos fatos, ou das normas, as diretrizes éticas que condicionam o pensamento jurídico; 4) legitimar a neutralidade dos juristas e conferir-lhes um estatuto de cientistas³¹.

Há um incômodo que é percebido na discricionariedade judicial como panaceia de resolução dos problemas de anomia e inadequação legislativa. Quando se ressalta o dever de fundamentação das decisões judiciais, espera-se que seu fundamento não seja articulado apenas no arbítrio dos julgadores, no exercício da criatividade judicial, na conjugação entre conhecimento do direito e a exposição de uma vontade subjetiva. Almeja-se que a atividade jurisdicional se desenvolva amparada em fundamentos legítimos, de modo que as decisões que culminem na aplicação de medida coercitiva ou mesmo na negação ou afirmação judicial de um direito, sejam corolárias da forma democrática e republicana que marcam nossa ordem constitucional, ainda que a discussão travada judicialmente não possa ser norteadada pela evidência de um dispositivo legal.

Noutro importante comentário sobre um dos diagnósticos que podem ser extraídos do cenário em nível de Brasil está relacionado com o modo pelo qual, na prática, os magistrados, notadamente os brasileiros, articulam os fundamentos de suas decisões judiciais. Marcos Nobre contribuiu de forma profícua com o debate sobre esse tema, apontando para o fato de que as decisões judiciais são permeadas por um raciocínio jurídico “parecerista”, ou de um modelo jurídico baseado na “lógica do parecer”, como expressão do entendimento da análise para “a escolha dos

próprias no positivismo do século XIX”. (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed., rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 241).

³¹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. V. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 88.

argumentos constantes da doutrina e da jurisprudência, combinada com a interpretação da legislação”, de modo que expresse uma “convicção”³², revelando um modo personalista de entender o fenômeno jurídico sem que seja fruto do resultado de um padrão de racionalidade e inteligibilidade extraída do Direito. O diagnóstico do autor vai encaminhar para um problema mais profundo relacionado às necessidades do mercado de trabalho e ao estágio recente do ensino jurídico no Brasil.

Some-se a isso as ilações de José Rodrigo Rodrigues sobre o modo como os juízes decidem no Brasil, principalmente os magistrados de órgãos colegiados, insulados, individualizados, de maneira a não denotar o sentido institucional das decisões judiciais:

Quando pensam sobre um caso concreto, os juristas estão mais preocupados em apresentar suas opiniões pessoais sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analítica e racionalmente a correção da solução que defendem. Debater tal solução perante seus colegas também fica em segundo plano. Cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente: sua individualidade está acima das eventuais “razões do Tribunal” que, aliás, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente e tampouco impõe o dever de se elaborar um voto oficial da corte.

De outra parte, ao refletirem abstratamente sobre o direito, os juristas tendem a naturalizar os conceitos de que se utilizam, apresentando-os como a única solução possível para o problema que os ocupa, utilizando, para este fim, uma grande quantidade de argumentos de autoridade. E, também, nesse caso, os juristas tendem a deixar de demonstrar analiticamente a correção de sua posição perante a esfera pública³³.

Essas críticas ao estágio atual da prática jurídica, detidamente focalizada no Brasil, revelam um sentido dramático de como os juristas pensam e praticam o Direito como totalmente moldável aos interesses dos jurisdicionados (ou pelo menos dos mais bem assessorados e relacionados), tornando fragilizada a atuação jurisdicional em sua missão institucional definida pela balizas constitucionais, em um contexto democrático vinculado a ideais republicanos.

Assim, a presente análise deve prosseguir a partir da reconhecida qualidade de direito e de garantia fundamental dos jurisdicionados à decisão judicial

³² NOBRE, Marcos. **Apontamento sobre a pesquisa em direito no Brasil**. Cadernos DIREITO GV; 2005, v. 1, n. 1, p. 9-12. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/2779>. Acesso em 22/07/2019.

³³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 14.

devidamente fundamentada, como correspondência ao dever de fundamentação das decisões judiciais que incumbe aos juízes. Além de esse dever vincular os fundamentos apresentados à decisão, também garante a possibilidade de correção das decisões judiciais nas instâncias revisionais³⁴. Essa vinculação institucional da decisão a seu fundamento ou justificativa racional sistematizada deve orientar o prosseguimento da presente reflexão.

Apresentados os delineamentos históricos iniciais do positivismo jurídico, o papel da discricionariedade na interpretação das normas legais e vislumbrada a problemática da prática judicial no Brasil, importa contextualizar as mudanças ocorridas principalmente na segunda metade do século XX, que serviram de pano de fundo para o surgimento de novas propostas teóricas na ciência do direito, atreladas ao surgimento de novas demandas por concretização no direito fundamentais e sociais.

2.2 A CRISE DE LEGITIMIDADE E AS CRÍTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO: O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE E A VISÃO CRÍTICA DE RONALD DWORKIN.

Partindo de um recorte específico de transição do Estado Liberal para o Estado Social, marcado pela edição da Constituição de Weimar, ressalta-se o surgimento de um contexto de necessários compromissos estatais com a sociedade civil. Neste último estágio, é notável a crescente politização da sociedade e uma postura mais intervencionista do Estado, pois vinculado à consecução de valores, ideais e objetivos incluídos na Constituição, revelando seu caráter de crescente programaticidade e dirigismo. Na medida que essas características se tornam mais marcantes, há uma diminuição da juridicidade das normas constitucionais, deixando claro o abismo entre a Constituição, enquanto projeções dos sonhos da comunidade, e a realidade que se encontra distante da realização desses ideais³⁵.

Portanto, na segunda metade do século XX, mais precisamente no pós-guerra, grandes modificações político-sociais foram os motores de modificações no

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 279.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 232-235.

contexto jurídico-constitucional. Em síntese, podem ser citados como marcas históricas decorrente desse período uma nova fase no constitucionalismo, em função da expansão da jurisdição constitucional, do reconhecimento da força normativa da constituição e do surgimento de uma nova hermenêutica constitucional³⁶.

Na tensão entre a idealidade constitucional e a realidade, a noção de supremacia constitucional vai se firmar nos alicerces da rigidez constitucional e na consolidação de meios que assegurem essa superioridade em relação à produção legislativa. O Poder Legislativo que no Estado Liberal detinha proeminência em relação aos demais poderes, passou a ter suas funções típicas limitadas à constitucionalidade, isto é, ainda que não haja um exame prévio externo desse aspecto dos atos legislativos haverá avaliação da constitucionalidade formal e material pela Corte Constitucional que poderá cassar a eficácia jurídica da norma editada. Atrelado a isso, os juízes não mais estavam condicionados a meros reprodutores da vontade legislativa. A função de interpretar os textos legais é específica do Poder Judiciário, enquanto aplicador das normas de decisão, não estando mais vinculado ao sentido original que o legislador, numa perspectiva subjetivista, quis dedicar ao texto, ganhando destaque outras formas de interpretação³⁷.

A Constituição não depende da liberdade de conformação do legislador ou mesmo da discricionariedade dos governos para que a imperatividade de suas normas seja reconhecida em seu aspecto vinculativo e obrigatório, e devem ser aplicados, ainda que não haja norma infraconstitucional regulando sua aplicação³⁸.

O Estado Democrático de Direito vai firmar seus alicerces nesse estágio do constitucionalismo, tornando o controle de constitucionalidade uma importante ferramenta para manter o equilíbrio entre os poderes, subordinando o agir estatal a suas diretrizes normativas. Por outro lado, a rigidez constitucional juntamente com o controle de constitucionalidade são elementos que irão garantir que os ideais expressos pelo constituinte originário não sejam suplantados pela vontade de uma maioria que eventualmente proponha rupturas com o sistema constitucional³⁹.

³⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296-300.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 100.

³⁸ MEDEIROS, Marcus Vinícius de. **O dever de fundamentação das decisões judiciais e o neoconstitucionalismo**. In ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro (org.). *Jurisdição, Processo e decisão judicial*. 1ª Ed. Manaus: Elucidar, 2019, p. 65-6.

³⁹ STRECK, 2002. p. 100-1.

A tradução na teoria do direito dos ideais do positivismo jurídico, pelo rigor científico e dos métodos das ciências naturais que contribuiu para a formulação de um procedimento formalista que resolveria o problema das incertezas epistemológicas e superaria os problemas antes vivenciados no medievo, pelo despojamento da estrutura organizacional do Estado de qualquer significado místico e de influências ideológicas, sofre sua prova mais dura. O fetichismo da lei e o legalismo acrítico, e, no campo da filosofia do direito, uma relação sutil, mas presente, entre o vazio axiológico da estrutura normativa delineada por Kelsen e sua relação com o poder das estruturas de dominação arqueadas nas relações sociais, revelaram servir de perfeito aparato instrumental para ideologias⁴⁰.

A crítica e rompimento com o positivismo se deu com o desenvolvimento de uma nova hermenêutica, a partir de uma teoria material da Constituição, na elaboração de uma hermenêutica específica para o Direito Constitucional e a serviço da concretização dos direitos fundamentais, no reconhecimento da eficácia normativa aos princípios, por ascenderem da categoria de mero grau de subsidiariedade interpretativa para o topo da hierarquia normativa.

Assim, percebe-se que o método lógico-formal dedutivista, expresso pela técnica da subsunção normativa, é substituído por uma nova hermenêutica inspirada por uma teoria material de valores, marcadamente indutiva, em que se busca como condão principal a concretização de direitos⁴¹.

Esse ideário crítico, no início ainda difuso, passou a ser cunhado como pós-positivista ou neoconstitucionalista, sendo reconhecido na produção de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, entre outros, como difusores de um novo modelo de teoria do direito com diferenças de perspectivas em relação ao primeiro constitucionalismo e ao positivismo, notadamente no tocante à fundamentação do direito, sua interpretação e sua aplicação⁴².

Sustentado como via alternativa entre as concepções positivista e jusnaturalista, tem como principais características: a eficácia normativa dos princípios

⁴⁰ MEDEIROS, Marcus Vinícius de. **O dever de fundamentação das decisões judiciais e o neoconstitucionalismo**. In ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro (org.). *Jurisdição, Processo e decisão judicial*. 1ª Ed. Manaus: Elucidar, 2019, p. 71-2.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 583, 591.

⁴² STRECK, Lênio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo**. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, p. 9-27, 2011, n. 4, Jan-Jun.

no ordenamento jurídico, de conteúdo distinto das regras; a inserção da razão prática na metodologia jurídica; a proposição da racionalidade dialógica por meio do processo argumentativo; a conexão necessária entre direito e moral; e a especificidade da interpretação constitucional em relação à interpretação e aplicação da lei⁴³.

Nesse contexto, é notável o grande destaque que Ronald Dworkin obteve tecendo fortes críticas ao positivismo jurídico, principalmente em relação à obra de H. L. A. Hart, *O conceito de direito*. Em seus escritos iniciais, Dworkin construiu uma crítica consistente abrangendo a metodologia jurídica no cerce da teoria do direito positivista, denunciando a insuficiência de um sistema normativo baseado apenas na existência de regras, defendendo ser necessário à teoria do direito o reconhecimento da normatividade dos princípios como forma de compreender toda a amplitude do fenômeno jurídico, já identificado por ele nas controvérsias verificadas na prática judicial, e por possibilitar a abertura interpretativa para outras fontes deontológicas adequadas a subsidiar a justificação externa das decisões judiciais e propiciar o material argumentativo necessário para a resolução de casos em relação aos quais não é possível obter êxito na identificação de regra legal aplicável.

Sua crítica ao positivismo não foi pontual ou limitada a certos aspectos, mas abrangente o suficiente e necessariamente profunda, resultando na formulação de uma teoria do direito que, ao invés de estar meramente amparada em dogmatismos, reconhece a necessária aproximação da filosofia ao direito, permitindo realizar um questionamento mais vasto que, além de alcançar o positivismo jurídico, também atingiu em cheio o realismo judicial e o pragmatismo jurídico como teorias que alocaram a legitimidade substantiva das decisões judiciais em segundo plano, uma vez que reconhecem como premissa necessária, em diferentes graus, a discricionariedade judicial como elemento preponderante para a resolução das causas judiciais.

Por isso, Dworkin rejeitou expressamente a premissa do voluntarismo judicial para a resolução das causas judiciais, montou uma teoria da interpretação jurídica que remodela a forma como os juízes devem apreciar os casos controversos, dependente de uma postura interpretativa mais responsável com as razões lançadas como fundamento judicial e compromissada com a concepção de integridade do direito, o

⁴³ POZZOLO, Susana; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 25.

que redundando na prática de repúdio a formas de relativismo que se manifestam na articulação da discricionariedade como forma de criar o direito aplicável ao caso concreto. Por isso, ele articula a defesa de uma postura que se dispõe a descobrir qual o direito deve ser aplicado para a resolução da causa, ao invés de apenas criá-lo a partir apenas da subjetividade do julgador.

Para ele, se a postura adequada do intérprete se traduz no empenho de descobrir qual o direito é aplicável, então essa compreensão o vincula a identificação de uma única resposta correta em direito. Por isso, existe uma diferença essencial no cerne das propostas metodológicas que distanciam Dworkin, como um dos expoentes do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, do positivismo jurídico e da hermenêutica jurídica clássica.

Além disso, ele vai rechaçar argumentativamente cada uma das teses centrais do positivismo jurídico: por afirmar a necessária interconexão entre Direito e Moral; afirmar como necessário um critério material de validade normativa, fundada numa comunidade de princípios, e rejeitar a discricionariedade judicial enquanto arbítrio facultado ao aplicador da decisão para resolver o problema da indeterminação no Direito. O resultado disso, numa rápida ilação, é o reconhecimento de que o julgador está vinculado a expor de forma argumentativa as razões não apenas jurídicas, mas também aquelas atinentes a uma ordem de princípios, que servirão de fundamento de sua decisão judicial. O dever de fundamentação que o condiciona, deve, por conseguinte, vinculá-lo a buscar as melhores razões de direito, de modo a expressar que esse direito fundamental possa se realizar em toda sua plenitude.

Ronald Dworkin, quanto a este último tema, será um dos principais autores no cenário internacional a tematizar a legitimidade do poder coercitivo estatal baseado em decisionismos, no arbítrio do julgador. Essa é uma das fortes razões que justificam a escolha do autor como roteiro para a pesquisa, a partir do qual serão extraídas e analisadas suas contribuições mais importantes, divididas em dois eixos principais, um metodológico e outro interpretativo, seguidas dos aportes críticos necessários para complementação de sua visão sobre o tema.

Por hora, neste estágio inicial, cumpre apresentar a maneira pela qual Dworkin abordou a questão da discricionariedade. Ele afirmou que, normalmente, esse poder é articulado e dependente de um contexto que define seus limites e os critérios a partir dos quais é levado a efeito: “quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada

autoridade”⁴⁴. Por isso, esse poder foi por ele caracterizado por meio da analogia de um “espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições”⁴⁵

Ele apresentou pelo menos três sentidos específicos de discricionariedade, relacionando-os com algumas linhas teóricas relevantes. Assim, existiriam pelo menos dois sentidos fracos e um sentido forte de poder discricionário. O critério de classificação do autor está relacionado à margem de liberdade de decisão que estaria disponível para quem exerce tal poder de escolha. Quanto mais fraco, significa haver mais critérios que determinam ou condicionam a escolha, ou, noutra possibilidade, apenas a ausência de uma autoridade superior que revise a decisão discricionária. Por outro lado, quanto mais forte a margem de decisão, amplia-se a liberdade de decisão, possibilitando uma ação incondicionada e aparentemente livre de critérios e de revisão superior.

O autor esboçou dois sentidos fracos possíveis. O primeiro somente levaria essa denominação apenas para afastar possível sentido mecânico do processo decisório, exigindo alguma capacidade de realizar julgamentos. Nesse caso, a vagueza do único ou dos poucos critérios, ou mesmo a grande dificuldade em considerá-los, perfariam um processo que seria traduzido por grande margem de liberdade no processo decisório. O segundo sentido fraco do poder discricionário é atribuído a quem toma uma decisão em última instância e, por isso, não está sujeito a alguma revisão ou cancelamento de sua decisão apenas por ter decidido da maneira que decidiu. Segundo o filósofo americano, os nominalistas⁴⁶ veriam sentido nesse segundo tipo de discricionariedade, uma vez que os juízes, segundo eles, seriam os árbitros definitivos da lei⁴⁷.

Ele cunhou de sentido forte a discricionariedade que é exercida livremente pela autoridade, sem que esteja subordinada a algum superior hierárquico ou mesmo que esteja vinculado a algum critério que deveria atender⁴⁸. Para o autor, ainda que não haja critérios predefinidos que limitem o exercício dessa faculdade, não é possível

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 50.

⁴⁵ Ibid, p. 51.

⁴⁶ Um dos pontos comuns do nominalismo é o entendimento de que a linguagem é mero instrumento designativo das coisas no mundo, negando a possibilidade de correspondência com os universais, enquanto categorias abstratas e invariáveis que norteariam o conhecimento humano. Hobbes é considerado um nominalista, na medida em que as palavras não possuem uma essência pura ou coerência natural com certas entidades do mundo. (MORRISON, op. cit., p. 101).

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 51, 54.

⁴⁸ Ibid, p. 52.

entende-lo como equivalente à licenciosidade, pois em quase todas as situações nas quais é possível fazer uma escolha nesse sentido forte, há certos padrões de racionalidade, equidade e eficácia que são de alguma forma considerados, cuja decisão poderia corresponder a algum tipo de juízo crítico em função da inobservância desses padrões mínimos.

Estabelecidas essas distinções iniciais sobre o poder discricionário, o autor o conceitua:

O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário⁴⁹.

Para Dworkin, os positivistas atribuem ao poder discricionário o sentido forte por ele categorizado. Isso porque os juízes não poderiam levar a efeito a faculdade de decidir de forma discricionária em qualquer caso, mas quando o fazem seria nesse sentido forte, na ausência de critérios que restrinjam esse arbítrio. Somente quando não houver a possibilidade de aplicação de uma regra clara, seria dado a eles simplesmente decidir, a partir de sua subjetividade ao construir a decisão por considerar certos padrões jurídicos, os quais não estabelecem nenhuma relação de dever ou obrigação que devam ser observados⁵⁰.

Como já visto, tanto Kelsen quanto Hart reconhecem uma margem em que a decidibilidade judicial pode depender apenas desses padrões alicerçados na subjetividade do julgador. Ainda que mencionem a possibilidade de haver restrições ao exercício dessa atividade intelectual, não definem parâmetros precisos de como seria possível dispor de balizas claras para, de alguma forma, evitar o mero voluntarismo judicial e, percebido o fenômeno de forma mais ampla, vê-lo descambar em relativismos de toda ordem e reagir aos interesses não democráticos, ditados, por exemplo, pelo poder e pelo mercado. Certamente o maior problema enfrentado pelo autor não se trata da vantagem nominalista da decisão tomada em último grau, por ser carente de revisão, pois é natural que o sistema judicial preveja o escalonamento de hierarquias revisionais que garantam, a seu tempo e modo, a uniformização dessas decisões. Certamente esse fator reduziria o número massivo de decisões formuladas

⁴⁹ Ibid, p. 53.

⁵⁰ Ibid, p. 54 e 55.

de todos os jeitos e para todos os gostos, ainda que, reduzindo o alto grau de relativismo e a quantidade de decisões conflitantes, não perderiam a pecha de antidemocráticas, ilegítimas e relativistas, conforme denunciado por Dworkin.

A pressuposição de um poder discricionário, baseado principalmente no seu sentido forte, é elemento lógico de complementação do sistema jurídico positivo que não abrange de forma suficiente e completa os níveis e a abrangência de controvérsias havidas na prática judicial. A diversidade de decisões fundadas, em última análise, nesse arbítrio autoritativo, expressam o alto grau de desacordos judiciais, apontados por Dworkin como diagnóstico da insuficiência de um sistema baseado apenas em regras.

Nos próximos capítulos serão abordados o modo como Ronald Dworkin efetivou o enfrentamento metodológico e teórico de concepções do direito que expressam essa mesma fragilidade baseada na afirmação de que é necessário pressupor uma discricionabilidade para solucionar os problemas relativos à *textura aberta da linguagem*, como apregoado por Hart.

3. A TEORIA DO DIREITO A PARTIR DE RONALD DWORKIN

A crítica apresentada por Ronald Dworkin ao positivismo, como cerne de suas primeiras obras, consistiu, primeiramente, numa relevante mudança metodológica dentro da Teoria do Direito. Antes de ingressarmos na teoria da interpretação criativa ou reconstrutiva elaborada pelo autor e a criação de sua tese acerca da possibilidade de se identificar uma única resposta correta na prática jurídica, é necessário descortinar qual o sentido das principais proposições metodológicas apresentadas em suas obras, o que isso representa para a Teoria Contemporânea do Direito e como tais pressupostos irão servir de fundamento para a elaboração de sua teoria interpretativa e, essencialmente, de sua concepção do direito como integridade.

A apresentação de uma nova metodologia do Direito, formulada por Dworkin, propõe-se a explicar como teoria englobante o fenômeno jurídico, coincidindo com as críticas ao positivismo jurídico, segundo suas feições delineadas por H.L.A. Hart, notadamente em sua obra, *O Conceito de Direito*.

É evidente situar as inovações críticas na Teoria do Direito como interconexão de movimentos de aproximação com a Filosofia Analítica e a Filosofia da Linguagem. Ressalta-se a influência que filósofos como Wittgenstein, exerceram em diversas áreas da epistemologia, notadamente na hermenêutica, alcançando a sociologia e também o direito. Os ideais de afastamento do cientista em relação a seu objeto de estudo, como ditados pelo positivismo clássico, e apreendidos como método das ciências sociais e jurídicas, para atender o ideal de neutralidade ou de pureza científica, a garantir um resultado “cientificamente” correspondente ao real ou à verdade, contribuíram para pensar o Direito como necessariamente dependente do direito positivo e, por isso, do formalismo jurídico. O ideal de pureza, no contexto da ciência jurídica, foi traduzido pela intolerância da adoção de critérios avaliativos na ciência e hermenêutica jurídicas, afirmando o afastamento muito preciso entre o Direito e a Moral, não se admitindo entender o fenômeno jurídico a partir de elementos valorativos.

A principal obra de Herbert Hart, a exemplo disso, pode ser entendida como ponto de aproximação e influência dos escritos wittgensteinianos e de outros filósofos da linguagem, repensando o aspecto puramente descritivo do Direito como fato simples. Entretanto, a nova concepção apresentada por Dworkin foi além: não apenas significou adequações às formulações do positivismo, mas deu sentido a um ponto de

virada metodológica que o distanciou dessa forma de conceber o direito. Suas contribuições lançam outros fundamentos para o direito, na medida em que considerações sobre a teoria do direito partem de novas formulações acerca de conceitos de verdade e de objetividade, repensando a natureza e a própria teoria do direito.

Sua principal preocupação é de estabelecer os verdadeiros sentidos de identificação do direito, reconhecendo um problema contemporâneo de legitimidade e autoridade de decisões judiciais que nem sempre eram claras quanto ao fundamento de direito apresentado, a possibilitar a invasão da esfera individual e mesmo coletiva dos particulares. Aqui a expressão de sua crítica é nitidamente na base metodológica adotada na prática jurídica: se o fundamento que ampara à sentença está normalmente baseado em uma regra de direito, porém diante de sua inadequação com o caso concreto, como o juiz deve decidir? Nesse ponto, a simples aplicação de uma regra pareceria simples pela técnica de subsunção no contexto da hermenêutica positivista, mas passa a ser problematizada.

Dworkin apresenta as fragilidades dessa hermenêutica ao analisar como as decisões judiciais são fundamentadas nos casos em que, basicamente, não há regra jurídica aplicável ao caso analisado ou, por outro lado, a regra que seria aplicável esboça, já de longe, inadequações para o caso concreto apreciado. É evidente que Dworkin não é pioneiro em tratar do tema, pois o problema da vagueza de sentido e da indeterminação do direito há muito ocupa teóricos positivistas, precisamente desde que primeiro se reconheceu a necessária cisão entre o texto legal e a norma jurídica⁵¹.

Essas questões vão perpassar a mera aplicação de técnicas de interpretação, que remontam a hermenêutica clássica do direito. Necessariamente, o ponto de tensão problematizado por Dworkin reside na questão da justificação das decisões judiciais, baseada, no contexto do positivismo jurídico, imediatamente, na aplicação de uma regra fundada em práticas sociais ou na decisão institucional, e, mediamente, na autoridade judicial firmada nessas idênticas regras. Se não há uma regra clara, ou pelo menos minimamente adequada, a ser aplicada ao caso, de que

⁵¹ Para Kelsen, como representante da Escola do Direito Livre, a indeterminação do direito irá exigir o reconhecimento de que o juiz deve ter um papel criador, significando que o processo de interpretação ou de determinação da norma jurídica no caso concreto dependerá, em última análise, do ato de vontade do juiz, a expressar um espaço de discricionariedade, segundo o positivismo metodológico. (SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **A teoria da interpretação em Hans Kelsen**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 17, n 66. Revista dos Tribunais, 2009, p. 50).

ordem de fundamentos lógicos, políticos e morais, o juiz se valeria para compelir alguém a determinada obrigação⁵²? Estaria o juiz autorizado a criar uma regra jurídica para o caso apreciado apenas fundado nessas razões?

A análise da nova metodologia jurídica proposta por Dworkin, e em certo sentido como delineamento de uma nova teoria do direito, se confunde com as críticas por ele formuladas ao positivismo jurídico e sua feição metodológica, de modo que sua exposição também deve ser assim iniciada.

Expostas as principais diferenciações que podem ser relacionadas sob o ponto de vista metodológico, será analisada a primeira das críticas mais consistentes e significativas realizadas por Dworkin, que um sistema jurídico constituído apenas por regras, sem reconhecer a normatividade dos princípios, não será completo o suficiente para amparar as diversas decisões jurídicas no contexto atual de tematizações de questões, as quais antes eram levadas e discutidas apenas no Poder Legislativo. Para tanto, ele chamará atenção para a prática judicial que, a despeito da teoria do direito de cariz positivista, muitas vezes utilizará de enunciados não positivados e dotados de uma matriz deontológica própria da moralidade para resolução de casos ditos especiais.

Finalizando o capítulo, o curso crítico da obra de Ronald Dworkin levará em consideração certas limitações das teorias interpretativas no contexto do positivismo, apontando o *semantic sting*, para a adequada apreciação dessas questões, que aprofundam o problema da legitimidade das decisões judiciais e que reforçaram a dinâmica da discricionariedade judicial como forma de resolver os litígios em situações de anomia e inadequação da norma existente, nos *hard cases*.

3.1 A NOVA PROPOSTA METODOLÓGICA

A questão central de sua crítica dirigida à Teoria Dominante⁵³ guarda nítida vinculação com a exposição de uma nova teoria na qual seja possível resolver, dentre outras coisas, o problema central da discricionariedade das decisões jurídicas nos casos difíceis. É evidente que essa teoria também englobaria uma maior legitimidade na aplicação do direito nos casos que envolvem a mera aplicação de regras jurídicas.

⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 9.

⁵³ Dworkin se refere ao positivismo jurídico e seus representantes (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pag. XII).

Notavelmente, o reconhecimento do caráter jurídico dos princípios irá nortear a teoria dworkiana como elemento central a indicar a adoção de uma nova metodologia jurídica.

O positivismo jurídico concentrou seu esforço no desiderato de aplicar na teoria do direito semelhante padrão metodológico utilizado nas ciências naturais. A ideia de pureza metodológica, isto é, sem a influência de qualquer ordem de valores morais, garantiria a estruturação de um sistema jurídico livre de variações ou manipulações ideológicas, propiciando um grau de pureza ao sistema que não responderia às vicissitudes da política e as influências ideológicas de grupos que se alternam no poder⁵⁴.

Para essa finalidade, a formulação da metodologia das ciências sociais elaborada por Max Weber teve particular contribuição. O mesmo ideal de neutralidade que marcará a ciência jurídica, foi também pensado para as ciências sociais. A preocupação refletia a possibilidade de como produzir conhecimento científico dentro das ciências humanas.

Para Weber, a investigação de possíveis explicações causais de uma ação social deveria ser precedida de uma forma distanciada do fato e sem o compartilhamento de compromissos valorativos próprios ao objeto estudado e o agente que o investiga⁵⁵. O agente necessariamente não poderia partilhar da mesma perspectiva dos envolvidos no fenômeno social. No entanto, Weber vai superar a mera perspectiva descritiva dos fatos sociais para entender como importante a intencionalidade das práticas nesse contexto. Assim, o pesquisador deveria manter uma posição de distanciamento e, ao mesmo tempo, de empatia com os seus investigados, a fim de que houvesse a real possibilidade de compreensão significativa das práticas estudadas. Sem um compartilhamento mínimo da perspectiva de quem está implicado no evento investigado, não seria possível precisar o propósito da ação social e, com isso, entender a prática estudada, discernindo sua intencionalidade. Isso necessariamente vai exigir que o agente conheça as razões que motivam a prática estudada, isto é, ele deverá conhecer e ter subsídios para também pensar sobre ela.

⁵⁴ MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 382-5.

⁵⁵ WEBER, Max; BARBOSA, Regis; BARBOSA, Karen Elsabe. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 4. ed. Brasília, DF São Paulo: Universidade de Brasília Imprensa Oficial, 2004, p. 4.

Nesse sentido, as regras teriam um papel causal na determinação do comportamento humano⁵⁶.

Para Weber, a regra jurídica “é um componente objetivo da realidade empírica, uma máxima, que determina causalmente, numa maior ou menor pureza, o comportamento empiricamente observado de uma parte dos homens”⁵⁷. Invertendo o raciocínio, a possibilidade, então, seria de determinar a existência de uma dada regra pela identificação de práticas estatisticamente significativas.

Hart vai propor uma modificação metodológica importante e para isso se utiliza das ponderações de Peter Winch⁵⁸ sobre o método weberiano para as ciências sociais. Para esse autor, haveria ainda um resquício fisicalista na metodologia proposta por Weber, na medida em que é dado um papel de muita relevância ao aspecto estatístico na verificação das práticas para, só assim, determinar a regra e seu conteúdo. Para o crítico de Weber, seria um erro substituir o significado extraído da possibilidade interpretativa das práticas sociais apenas pela frequência que se é aferida por meio de ferramentas de probabilidade que, a evidência, não alcançariam o verdadeiro significado dessas práticas. Nesse ponto, a influência de Wittgenstein é decisiva para compreensão da crítica formulada. A apreensão do significado de uma dada prática social, como uma regra, somente poderá ser efetivamente compreendida, a partir de seu sentido no contexto do discurso utilizado, em seu aspecto linguístico⁵⁹. Em suma, a adoção de um ponto de vista interno na observação investigativa vai garantir que se leve em conta aquilo que somente é percebido subjetivamente, isto é, as relações sociais estão necessariamente vinculadas às ideias que suas ações corporificam⁶⁰, e somente poderão ser determinadas e compreendidas sob o ponto de vista interno, de seus participantes.

Herbert Hart se apropria das contribuições de Wittgenstein na filosofia da linguagem, notadamente sobre o papel da linguagem para determinar o sentido das práticas sociais. Vale-se também das contribuições de Peter Winch e suas propostas de adequações metodológicas realizadas nas ciências sociais, entendendo como importante a adoção de uma perspectiva interna na análise das práticas sociais, mais

⁵⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106-7.

⁵⁷ WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1995, v.2, p. 254.

⁵⁸ WINCH, Peter. **A idéia de uma ciência social: e sua relação com a filosofia**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970, p. 107-108.

⁵⁹ Ibid, p. 110.

⁶⁰ Ibid, p 111.

precisamente o ponto de vista externo engajado⁶¹, isto é, o observador dos fatos sociais, além de observar a aspectos externos da prática entendida como caracterizadora de determinada regra, também considera a maneira como os integrantes da prática social compreendem determinada prática como regra. Isso significa que não bastará a verificação dos aspectos fáticos, sob um ponto de vista meramente fiscalista, mas o observador da ação social deverá se envolver nas questões atinentes à razão, à justificativa, ao motivo que os sujeitos dessa ação consideram como entendimento a partir do qual certa prática é determinada pelo imperativo de uma regra. Nem sempre será possível enxergar a normatividade que subjaz determinado comportamento apenas pelos aspectos que se expressam no mundo. Mesmo considerando o aspecto da razão que vincula a prática como regra, a perspectiva hartiana será entendida por ele como descritiva. Hart manterá a distinção própria dos positivistas entre a aceitação de uma regra e sua avaliação moral, garantindo ao observador o mote positivista da neutralidade valorativa diante da verificação das ações sociais por ele descritas.

Por isso, Hart vai diferenciar o fundamento de normatividade das regras jurídicas como constitutivas de obrigações sociais e não de obrigações morais. Sua metodologia interpretativa, sob o ponto de vista interno, dirige-se às práticas sociais a discernir que há razões que motivam a ação. Nesse aspecto, Hart se limita a apenas determinar que a conduta social é determinada por essa normatividade da obrigação social, sem precisar o elemento criativo de tais razões, mantendo-se distante, mais uma vez, de qualquer caráter avaliativo. Ou seja, a aceitação da norma pelos participantes da prática social parece ser meramente mais uma consideração de fato: além da exteriorização das práticas, haveria uma normatividade sob o ponto de vista interno, determinada por certas razões que levaria essas pessoas implicadas na ação a agirem segundo essa normatividade. A aceitação de tais razões não ocorreria sob um viés crítico, mas não-reflexivo. Na perspectiva de Stephen R. Perry, o

⁶¹ Segundo as categorias classificadas por Stephen Perry, seria possível descrever as regras sob um ponto de vista externo desengajado, ou externo engajado. A diferença entre essas perspectivas expressaria o apreço ou desprezo pelo aspecto interno dos participantes ou como os participantes compreendem o sentido das práticas como regras. Ainda diferencia essas abordagens externalistas com o ponto de vista internalista forte que, além de considerar os aspectos externos ou físicos da prática social, entende como necessária a apreciação valorativa da prática, não apenas entrevendo as razões que motivam a ação, mas considerando-as moralmente justificadas. (PERRY, Stephen. *Interpretação e metodologia na teoria jurídica*, In: MARMOR, Andrei (ed). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 154-158).

distanciamento de Hart de qualquer elemento valorativo que justifique a normatividade esvaziará o sentido da adoção de um ponto de vista interno:

A aceitação de uma norma social, nesse sentido, é um fenômeno essencialmente não-reflexivo. Hart não pressupõe que os juizes e outras pessoas que adotam o ponto de vista interno no Direito tenham quaisquer opiniões a respeito do valor moral do Direito como instituição, muito menos algum tipo de opinião canônica e compartilhada. A reflexão a respeito da finalidade ou valor do Direito não é, portanto, segundo Hart, um aspecto da prática social.⁶²

A adoção do ponto de vista interno em Hart remete sempre a existência de uma obrigação social que fundamenta a normatividade das regras sociais, distintos dos meros hábitos. Entretanto, é importante que na preservação da perspectiva interna do participante das práticas sociais deve-se admitir que as razões envolvidas no processo de aceitação dessa normatividade, como amparo lógico nessa forma de pensar, é essencialmente reflexiva.

A aceitação teria como pressuposto antecedente a apreensão crítica dessas razões pelos participantes, ou seja, importa para os participantes considerar que dada regra exista para orientação de si mesmo e para regular o comportamento das outras pessoas, pressupondo seu caráter de aceitação geral. Nesse sentido, a aceitação está revestida de um caractere nitidamente crítico, porque se o comportamento considerado padrão não for observado por outro participante (que também aceita as mesmas regras), haverá necessária crítica ou reação hostil⁶³ ao comportamento destoante⁶⁴.

É nesse sentido que haveria um sentido cognitivo no enunciado das regras sociais, a saber: a compreensão da distinção de Hart entre hábitos e regras sociais é a razão disso. Somente as regras sociais teriam um conteúdo cognitivo a justificar sua ampla aceitação e então justificaria também a reprovabilidade social daqueles que se comportassem distintamente⁶⁵.

⁶² PERRY, Stephen. Interpretação e metodologia na teoria jurídica, *In*: MARMOR, Andrei (ed). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 174.

⁶³ HART, H. L. A; BULLOCH, Penelope A.; RAZ, Joseph. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: Wmfmartinsfontes, 2009, p. 13.

⁶⁴ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152.

⁶⁵ Essa distinção também tem relevância na definição do ponto de vista interno para precisar as regras sociais em distinção aos meros hábitos compartilhados por todos. Além de não haver esse viés contrário à inobservância do comportamento que é esperado, como se vê nos hábitos, no ponto de vista externo não seria possível precisar sob os mesmos critérios de distinção entre regras e

Por outro lado, não importaria, dentro da concepção do ponto de vista interno de Hart, avaliar o papel criativo dessas razões. Em outras palavras, seria prescindível determinar como se daria o processo de criação e o estabelecimento dessas razões como fundamento da normatividade e, portanto, da regra jurídica. Nesse sentido, o ponto de vista interno desengajado de Hart marca sua teoria descritiva. A razão que compreende a normatividade da regra, enquanto obrigação social, é não-reflexiva, afastado todo e qualquer aspecto avaliativo ou moral das práticas ou regras jurídicas.

Diante dessa estruturação da metodologia internalista de Hart, as regras podem ser seguidas por diversos motivos, mas é o conteúdo da obrigação social que determina a adoção de um comportamento em observância à regra. Ainda que o sujeito não concorde com a prática imposta, sua aceitação é a exigência mínima para a condução normativa, constituindo-se como obrigação social que, por isso, caracterizaria o conteúdo normativo da regra, dispensando qualquer razão moral⁶⁶.

Hart, assim, define o direito como sendo constituído por regras de diversos tipos, mas que poderiam ser classificadas como regras primárias, que estabeleceriam, em linhas gerais, deveres e obrigações, enquanto que as regras secundárias, que traduziriam poderes, seriam necessárias como critérios de modificação das regras e de identificação da validade desses deveres e obrigações⁶⁷.

Nessa perspectiva, o aspecto descritivo da norma tem papel bem preponderante, na medida que facilmente cumpriria a finalidade ou função reservada ao Direito: nortear a conduta humana⁶⁸. As pessoas sujeitas ao sistema jurídico facilmente identificariam a regra aplicável, observando as práticas adequadas para determinadas situações da vida comum. Por outro lado, as pessoas a quem é reservada a criação e aplicação institucional do direito, por meio das regras secundárias, haveria uma forte dependência do ponto de vista interno, uma vez que além da aceitação comum aos participantes, seria imprescindível a identificação do

hábitos, como exposto por Hart (HART, H. L. A.; BULLOCH, Penelope A.; RAZ, Joseph. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.74-6).

⁶⁶ Stephen Perry esclarece o assunto: "Hart explica a normatividade das normas sociais e, por fim, do Direito, em termos do que poderíamos chamar de obrigações sociais. Tais obrigações aplicam-se apenas dentro do grupo e podem ou não coincidir com obrigações mais gerais derivadas do que ele chama de moralidade 'crítica'". (MARMOR, Andrei (ed). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 157).

⁶⁷ HART, *op. cit.*, 2009, p. 105.

⁶⁸ "Na verdade, penso que é inteiramente vão buscar qualquer propósito mais específico a que o Direito serve, além de prover orientações para a conduta humana e padrões de crítica a tal conduta". (HART, *op. cit.*, 2009, p. 248-9).

reconhecimento da existência (como fato), mas também como critério de validade dessas regras, tanto as primárias quanto secundárias⁶⁹.

É nesse contexto específico que a regra de reconhecimento encontra sua razão de ser, na medida em que esse sistema de regras depende da aceitação e do reconhecimento por parte aqueles que estão incumbidos de fazer funcionar institucionalmente esse sistema.

O ponto de partida teórico de Hart de grande distinção dos principais teóricos do positivismo jurídico que o antecedeu representou o divórcio da teoria do direito com pressupostos essencialmente fiscalistas, ou do plano dos fatos (fatos brutos). Isso não significa dizer a adoção de uma metodologia jurídica baseada na metafísica. Longe disso. Como já referido, Hart lança mão da filosofia da linguagem comum para indicar um outro fundamento para a ideia de objetividade, tão cara ao positivismo jurídico.

A descritividade das normas jurídicas é determinada no contexto linguístico de sua aplicação, isto é, a utilização e a aceitação das regras são os indicativos essenciais para determinar sua existência objetiva. Contudo, para Hart os enunciados ou proposições jurídicas não terão apenas um conteúdo descritivo, mas notadamente cognitivo. Isso significa que a expressão do enunciado jurídico ou do enunciado interno, na concepção de Hart, somente faz sentido no contexto de quem vivencia a aplicação da regra e, portanto, compartilha o mesmo contexto linguístico⁷⁰. Então, há forte dependência do ponto de vista interno por todos os participantes e, principalmente, por parte daqueles que são responsáveis pela prática judicial, os que exercem a função jurisdicional e, portanto, devem apresentar o fundamento correspondente de suas decisões⁷¹.

Considerando esse sentido da exposição dos enunciados jurídicos ou internos, sob a perspectiva de Hart, já não haveria o mesmo apego ou dependência de aspectos fiscalista ou de simples fatos, como ocorria nas versões do positivismo jurídico Kelsiano e Austiniano, isto é, a basear-se, respectivamente, na existência de uma norma positivada anterior, no contexto de um sistema escalonado, ou na simples ordem de um soberano. Esses dois critérios representam o fundamento de validade de cada teoria, mas essencialmente dependem da tese das fontes sociais.

⁶⁹ HART, *op. cit.*, 2009, p. 139-42.

⁷⁰ MICHELON JUNIOR, *op. cit.*, 2004, p. 154-5.

⁷¹ HART, *op. cit.*, 2009, p. 149.

Dworkin não irá utilizar as contribuições de Hart para a Teoria do Direito como material para desenvolver sua crítica, no sentido de que a metodologia por ele empregada não abrange todo o fenômeno jurídico, considerando os aspectos que são relevantes para a prática judicial. O ponto de vista adotado por Dworkin, então, é nitidamente interno, mas ele vai muito além disso.

Enquanto Hart permanece defendendo a posição de que as regras jurídicas devem permanecer afastadas da moral, admitindo apenas a influência indireta desta na avaliação da teoria do direito, não seria possível reconhecer uma função justificadora do direito pela moral.

A visão de Dworkin parte de um ponto de partida diferente, pois começa sem limitar-se a aspectos puramente factuais para discernir o que deve ser considerado como direito. A adoção de determinada metodologia para a teoria do direito impõe definir qual o conceito do direito, de modo a delimitar a amplitude de seu aspecto fenomênico, possibilitando sua caracterização.

Para tanto, ele parte de um conceito mais geral possível que atende ao “escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito [que] consiste em guiar e restringir o poder do governo”⁷². O conceito que melhor se adequaria à finalidade supra indicada deve estar aliada ao reconhecimento de que a normatividade não está apenas restrita a critérios factuais (simples fatos ou fato bruto), reconhecendo, por isso, o papel normativo dos princípios, embora não estejam positivados – considerando um conceito positivista de sistema jurídico. Assim, o conceito que melhor se adequaria seria que:

o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado. São, portanto, direitos e responsabilidades “jurídicas”. Essa caracterização do conceito de direito estabelece, de maneira apropriadamente vaga, aquilo que às vezes é chamado de ‘regra’ do direito⁷³.

Nota-se enquanto Hart tem o cuidado evidente de delimitar uma fronteira entre a Moral e o Direito, em Dworkin a identificação do que é o direito necessariamente dependerá de uma avaliação moral que a justifique. Para Dworkin, o direito é

⁷² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 116.

⁷³ Ibid, p. 116.

notadamente interpretativo. As ideias de descritividade e normatividade cedem espaço em importância para o conceito de intencionalidade na interpretação⁷⁴. Sua ênfase está em precisar o sentido das práticas jurídicas, buscando por meio da interpretação qual o sentido de determinada prática sob sua melhor luz, tendo em vista a forma e gênero a que pertence. Isso significa pressupor que a interpretação de dada prática deve considerar seu *point* ou a intencionalidade do interprete⁷⁵.

Para seu aspecto descritivo, então, é essencial empregar uma interpretação do tipo construtiva (ou na expressão de Dworkin, criativa) e identificar qual o significado da prática para aqueles seus participantes, sendo fundamental, nesse processo, distinguir qual o valor que se atrela ao propósito ou interesse da prática, qual a sua finalidade. Isso também significa a disposição de, num segundo momento, exigir que as regras que definem tal prática sejam, nas palavras de Dworkin, “compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade”. Dworkin arremata seu raciocínio, ao analisar a prática da cortesia, como exemplo de utilização de sua metodologia:

Quando essa atitude interpretativa passa a vigorar, a instituição da cortesia deixa de ser mecânica; não é mais deferência espontânea a uma ordem rúnica. As pessoas agora tentam impor um *significado* à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, sem seguida, reestruturá-la à luz desse significado.⁷⁶

Portanto, fica evidente que a definição do sentido das práticas, segundo a visão de Dworkin, é eminentemente avaliativa, ou seja, necessariamente a apreciação das regras envolve um processo simultâneo de compreensão de seu aspecto semântico, mas se lança para além disso, para interpretar e definir o seu sentido segundo a intencionalidade de um dado valor, ou seja, fundindo num todo único, valor e conteúdo descritivo. Isso revela a maneira de Dworkin entender que o direito não apenas recebe influência indireta da moral, como admitem os positivistas mais refinados, como o próprio Hart, e outros mais recentes como Raz e Shapiro⁷⁷. Para o

⁷⁴ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 28.

⁷⁵ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, 2013, p. 142.

⁷⁶ DWORKIN, *op. cit.*, 2014, p. 57-58.

⁷⁷ Para Raz, o direito deve cumprir uma função geral, sem servir a uma única virtude moral a que todo o direito em razão de sua natureza aspire. Shapiro, por sua vez, atrela o direito a uma função específica de servir de plano para as ações coordenadas dos indivíduos, concebendo um propósito planejador, como simples fato no mundo, o que o aproxima de uma concepção fiscalista de direito. (MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, 2013, p. 145-6).

autor, em sua teoria do direito, o direito é avaliativo e depende necessariamente da justificação moral.

Assim, diferentemente de Hart, Dworkin adotará uma metodologia que dependerá de um ponto de vista interno em um sentido mais forte (entre a tese internalista moderada e a forte⁷⁸): o valor e a finalidade que determinam o sentido das regras possuem caráter autônomo em relação às práticas cujo significado elas determinam. Não bastará na metodologia de Dworkin a consideração da existência de mera aceitação das regras. Muito menos sua validade não dependerá da existência de uma regra de reconhecimento, a indicar como fundamento uma convenção social de existência precedente que detenha o poder ou a competência de editar e validar novos regramentos.

É certo afirmar que as críticas de Dworkin estão concentradas em grande parte à dependência metodológica do positivismo, mesmo de feição mais refinada como em Hart, do elemento da descritividade, como condição de objetividade. Essa condição remete ao aspecto fiscalista ou do simples fato, e isso não significa que Hart e os positivistas que o antecederam estavam inteiramente equivocados.

Contudo, Hart não levou em consideração a importância do valor ou do conteúdo moral da regra para determinação de seu melhor sentido e aplicação⁷⁹. Essa finalidade prática da compreensão das razões pelas quais uma determinada conduta foi normatizada pode não ser necessária para determinar sua objetividade, mas é imprescindível no contexto da decisão judicial. É a consideração das razões de moralidade política ou, noutro sentido, de razão pública, com a identificação de seu conteúdo avaliativo que se torna importante para descortinar seu sentido essencial,

⁷⁸ Para Stephen R. Perry, a tese internalista forte estaria marcada pelo compromisso do interprete com os pontos de vista dos participantes da prática social. Esse compromisso se expressaria na identificação das razões práticas que devem determinar a conduta, notadamente em seu caráter valorativo e a dependência de sua finalidade. Por outro lado, o autor apresenta possível problematização ao enquadrá-lo como internalista moderado, apenas pelo “fato de que Dworkin aceita o ceticismo interno global como uma interpretação possível do Direito também sugere que seu teórico adota uma postura mais reflexiva que plenamente comprometida com o Direito”. (MARMOR, Andrei (ed). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000 p. 149 e 193).

⁷⁹ “Mesmo que a perspectiva interna do participante, manifestada na aceitação do direito, enquanto este fornece orientações para a conduta e padrões de crítica, incluisse também necessariamente uma crença de que há razões morais para uma pessoa se conformar com as exigências do direito e justificação moral para o uso da coerção por ele, isto seria também algo que uma Teoria Geral do Direito moralmente neutra registraria, mas não sustentaria ou partilharia”. (HART, *op. cit.*, 2009, p. 305).

restringindo as possibilidades de interpretação que, por outras razões, a divorciaria de sua essência.

3.2 PRIMEIRA CRÍTICA AO POSITIVISMO: A INSUFICIÊNCIA DO SISTEMA CONSTITUÍDO APENAS POR REGRAS E O RECONHECIMENTO DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Retomando a raiz do que foi problematizado por Ronald Dworkin, o cerne de seus questionamentos repousa na ideia geral de autoridade judicial, como responsável na aplicação do direito (*adjudication*). Essa autoridade corresponde ao dever de observância de todos ao que foi decidido como solução para a controvérsia ou causa judicial. Essa relação entre a autoridade judicial e o dever de observância correspondente pelos cidadãos ou pela comunidade está diretamente associado à ideia de legitimidade.

O vínculo obrigacional reconhecido ou a situação jurídica declarada pela decisão, como simples espécies de deliberação judicial, reclama uma fonte de legitimidade ou justificação. Normalmente essa questão é resolvida pela existência de uma regra jurídica, conhecida tanto pelo juiz quanto aceita pela comunidade, que se aplica ao caso, e cujo descumprimento é encarado por toda ou pela maioria da comunidade como algo, pelo menos indesejável, e por vezes combatida com hostilidades.

Essa relação de legitimidade e justificação não parece ser problemática à primeira vista quando a jurisdição é exercida em casos nos quais a aplicação de regras pré-existentes resolve sem maiores dificuldades a controvérsia submetida ao judiciário. Os métodos clássicos de interpretação associadas à técnica de subsunção do fato à norma jurídica, como preceituado pelo positivismo jurídico, constituíam-se como o modo principal de funcionamento do sistema jurídico.

As críticas de Dworkin estão concentradas em grande parte à dependência metodológica do positivismo, mesmo de feição mais refinada como em Hart, do elemento da descritividade, como condição de objetividade. Essa condição remete ao aspecto fisicalista ou do simples fato, e isso não significa que Hart e os positivistas que o antecederam estavam inteiramente equivocados. Na tradição romano-germânica, a verificação da relação legitimidade e autoridade é determinado por um critério formal e legal que se confunde com o produto do processo legislativo.

Dworkin não intenciona ruir o modo pelo qual o direito pode ser compreendido e praticado, por meio das regras, como indica Hart e os positivistas, num primeiro momento. Sua postura é essencialmente crítica a indicar que essa forma específica, fortemente dependente do aspecto fiscalista, apenas detida ao aspecto semântico, não abrange outros aspectos essenciais do fenômeno jurídico. Sua exposição ultrapassa esse ponto, indicando uma compreensão da natureza do direito que exprime sua verdadeira essência, envolvendo regras e princípios, dando luz a sua natureza interpretativa.

Repetirei minha visão de que é entender erroneamente a teoria de Dworkin supor que ela se baseia em uma interpretação “correta”, do modelo de positivismo de Hart. Dworkin ataca a visão do direito baseada em fatos simples sobre o fundamento de que não faz sentido falar do direito como simplesmente “aí no mundo”. Em vez disso, ele oferece uma descrição interpretativa. Além disso, em sua visão, o melhor sentido moral que se pode extrair do direito exige que não pensemos que o direito se esgota com regras claras. E são suas razões para essa visão que constituem o ataque primário à descrição do raciocínio jurídico oferecida pelo positivismo.⁸⁰

Além do ajuste teórico no tocante à proposta dworkiana de aproximação necessária entre o Direito e a Moral, pelo menos num ponto de convergência essencial, sua teoria do direito será essencial a compreensão de que, além das regras jurídicas, princípios são levados em conta na decisão judicial para resolução de casos nos quais nem sempre é possível aplicar uma regra legal específica. Foi a constatação de que na prática judicial os juízes em certos casos não conseguiriam a resolução do litígio apenas aplicando uma regra jurídica, mas utilizando outros padrões ainda não reconhecidos como integrantes do direito pela metodologia positivista.

Há pelo menos dois casos emblemáticos citados por Dworkin, dentre tantos outros, que expressam de forma bem clara a prática de resolução de causas judiciais por meio de outros fundamentos de característica lógica marcadamente distinta das regras jurídicas.

O primeiro dos casos é o de *Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc*⁸¹, no qual a controvérsia da causa se assentava na questão de saber se um fabricante de automóveis pode limitar sua responsabilidade no caso do automóvel ser defeituoso,

⁸⁰ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 131.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 38.

apenas em relação ao reparo das peças defeituosas ou se essa responsabilidade se estenderia aos danos pessoais sofridos em decorrência de acidente de trânsito provocado em função de tais defeitos de fabricação. A limitação da responsabilidade ao reparo ou conserto das peças estava definida em contrato subscrito pelas partes, ou seja, havia um ajuste de vontades formalmente válido que vinculava ambas as partes, como regra jurídica válida que restringia a responsabilidade do fabricante de veículos. Além disso, não havia regra jurídica ou lei formal que pudesse ser invocada pelo requerente como fundamento de seu pedido pela ampliação da responsabilidade, ainda que em afronta ao que estava estipulado em contrato.

A despeito disso, o Tribunal, em suma, entendeu que, apesar de ser reconhecida a liberdade contratual e a validade dos contratos quando ausente a fraude, diante dos possíveis e reais perigos para o motorista, os passageiros e o público em geral, exsurgiria o dever dos tribunais de examinar em detalhes os contratos a garantir que as partes estão sendo tratadas com equidade. Na continuidade, arrematou o argumento: os tribunais não poderiam permitir ser usados como instrumentos de iniquidade e injustiça, a garantir a execução de um contrato no qual uma das partes obteve vantagem injusta em detrimento das necessidades econômicas das outras.

Nesse caso, verifica-se com certa facilidade que havia uma regra jurídica aplicável ao caso, baseada na autonomia da vontade e na liberdade de contratar, expressa na formalização do contrato entre as partes, apesar disso o tribunal lançou mão de argumentos que ultrapassaram a objetividade dessas regras. A regra jurídica aplicável ao caso seria favorável à restrição de responsabilidade apenas ao reparo ou a substituição das peças defeituosas, como definido em contrato. Essa regra jurídica facilmente se encaixa no padrão das regras jurídicas primárias e ainda sua validade também estaria baseada na norma de reconhecimento, nos termos da teoria do direito mais refinada do positivismo jurídico, de H. L. A. Hart. Entretanto, o tribunal apresentou fundamentação sem recorrer a uma regra jurídica específica, citando a justiça e a equidade como razões jurídicas para indicar um direcionamento à linha argumentativa, afastando da solução as regras jurídicas invocadas pela fábrica de veículos que, se aplicadas, expressariam desequilíbrio à relação contratual e resultariam em iniquidade e injustiça. Essas razões não são atinentes às regras jurídicas e possuem uma gramática lógica distinta delas.

O outro caso também citado por Dworkin em mais de uma oportunidade é o *Riggs contra Palmer*⁸². Em síntese, Elmer sabia que seu avô deixara para ele em testamento a maior parte de seus bens, mas desconfiava que isso poderia mudar, pois seu avô casara-se novamente. A forma de garantir que o testamento não fosse alterado foi assassinar o avô. O crime foi descoberto e Elmer condenado a prisão. A questão que se colocou foi: Elmer continuaria habilitado a receber a herança conforme estipulava o testamento? Os legitimados próximos a receber a herança, as filhas do avô de Elmer, pleitearam que a herança não fosse paga a Elmer. Para elas, Elmer perdeu o direito à herança por ter assassinado o avô. Contudo, a legislação da época não dispunha sobre essa situação, nada tratando de a hipótese do beneficiário do testamento ter assassinado o testador, tornando-se indigno da herança. Além disso, os requisitos legais exigidos na época estavam cumpridos, de modo que Elmer era considerado legalmente habilitado, visto que não havia violação explícita de qualquer regra aplicável ao caso.

A discussão no tribunal foi travada e teve como protagonistas as teses do juiz Gray, que defendia a aplicação da legislação, tendo como ponto de partida uma interpretação literal, considerando o seu significado acontextual, o que beneficiava Elmer, visto que não havia na legislação exceções específicas que contemplassem o caso de assassinato do testador pelo beneficiário e, sendo esta a tese vitoriosa, Elmer receberia a herança sem problemas, porque, afinal de contas, o testamento era formalmente válido. A tese contraposta era do juiz Earl que argumentava dever ser a legislação interpretada a partir das intenções do legislador, considerando que se houver algo implícito na intenção do legislador, ao editar a lei, então isso deve ser entendido como contido na própria lei, estabelecendo uma distinção entre lei e texto legal. Para ele, então, seria um verdadeiro absurdo compreender que pudesse fazer parte da elucubração do legislador a mera possibilidade de um assassino receber por herança os bens de sua vítima. Associado a isso, sustentou que a interpretação da lei deve ajustá-la aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito. Assim, lançando mão de um princípio já aplicado em outros contextos jurídicos, concluiu que o direito à herança deveria ser negado a Elmer por não ser permitido a ninguém beneficiar-se de seu próprio erro ou ilícito. A tese do juiz Earl sagrou-se vitoriosa e o direito de Elmer receber a pensão foi-lhe negado.

⁸² DWORKIN, R. M.. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 20-25.

Também neste caso, observam-se que os julgadores acompanharam o juiz Earl por entender que, apesar de o testamento ser formalmente válido, como expressão de vontade do testador, não havia regra de direito específica que indicasse uma solução política adotada pelo legislador. Muito embora houvesse para o caso uma opção de julgar apenas reconhecendo a validade do testamento, inexistia regra jurídica adequada para o caso apreciado.

É importante notar que o caso nos remete a uma reflexão que vai além do que proporia o positivismo para resolução da causa: a rejeição à tese do juiz Gray deixa claro que os juízes não levam em consideração apenas regras jurídicas, devidamente reconhecidas e positivadas, isto é, assentadas na prática social (ou nos simples fatos, como apregoa a teoria das fontes sociais), mas a razões que remetem a um padrão que deve ser observado, não por ser determinante uma dada situação ou interesses econômicos, sociais ou políticos, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade, a indicar não exatamente a dimensão da lei formal, do jurídico, na compreensão positivista, mas da moralidade⁸³.

Essas razões argumentativas, enraizadas na moralidade, são utilizadas em diversas áreas do direito, como notou o juiz Earl em sua justificativa, abrangidas pelo direito como princípios jurídicos. Esses padrões não estão contidos dentro de regras específicas e vigentes no sistema jurídico, mas, ainda que externas a ele, lhe servem de fundamento. Muitas vezes esse fundamento já está estampado na legislação, por ser o resultado dos valores que ressoaram dentro da ambiência discursiva do parlamento. Outras vezes, dado ao caráter geral e abstrato das normas, eles não parecem ser tão evidentes, mas ainda assim, caso não sejam reconhecidos e aplicados na prática judicial, os ideais de justiça e equidade parecem não se realizar.

Ronald Dworkin notou que tais padrões eram por vezes utilizados pelos julgadores e que operavam diferentemente das regras, mas que não estavam formalmente abrangidos pelo direito nem podiam ser reconhecidos como tal por não passarem pelo teste único fundamental que validava o fenômeno como sendo jurídico. As regras necessariamente passam por esse teste, que era denominado por Dworkin como teste de *pedigree* das regras⁸⁴.

Esse teste geralmente é útil para diferenciar entre regras válidas e inválidas, além de precisar e distinguir a regra jurídica de outras regras reconhecidas e aplicadas

⁸³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

⁸⁴ *Ibid*, p. 28.

no mesmo contexto social. Então, a própria ideia da obrigação jurídica necessariamente remete à existência de uma regra de direito específica. Em contrapartida, a consideração inversa também é verdadeira: não havendo regra jurídica específica aplicável para regulação de determinado comportamento, não é possível concluir pela existência de uma obrigação jurídica.

No contexto brasileiro, como em todo país de tradição jurídica baseado no *civil law*, o *pedigree* muitas vezes se confunde com a maneira definida no próprio sistema jurídico de como as regras e sua eficácia são editadas e formalmente validadas. O processo legislativo é o principal modo de criação e de identificação das regras jurídicas, havendo a possibilidade de uma competência restrita para a criação de regras menos abrangentes e ainda mais específicas no âmbito dos demais poderes.

De todo modo, as regras são facilmente identificáveis e seu modo de aplicação se dá à maneira do tudo ou nada, isto é, se a uma dada hipótese normativa é estipulada, então, se for válida, necessariamente sua aplicação servirá para fornecer uma resposta determinada para a decisão jurídica. Se a regra for considerada inválida para regulação de determinados casos, não haverá resposta específica para a decisão que será tomada no caso concreto, e em nada acrescentará ao caso a sua existência no sistema jurídico.

A definição de validade das regras pode ocorrer pela incidência de outras regras específicas que determinam os critérios da validade em um conjunto complexo de regras, que contemplam novas e antigas, gerais e específicas, pertinentes ou não a cada ramo do direito, a depender da natureza de cada caso⁸⁵. No sistema de regras proposto por H.L.A. Hart, as regras secundárias cumpririam essa função⁸⁶.

As regras devem observar o apelo da descritividade e da objetividade, facilitando sua observância pelo homem comum e sua aplicação nos casos simples. As proposições jurídicas extraídas de regras propiciam um ambiente argumentativo estável e uma aplicação do direito coerente, favorecendo a previsibilidade como efeito caro aos positivistas clássicos e de certo modo importante para a prática jurídica.

Por sua vez, os princípios não se submetem a esse teste de *pedigree*. Os princípios não são passíveis de enumeração como as regras, nem é necessário que sejam estabelecidas condições para que sua aplicação seja necessária. Diferentemente das regras, não há um contexto específico no qual deve ser aplicado,

⁸⁵ Ibid, p. 43.

⁸⁶ HART, *op. cit.*, 2009, p. 105.

pois, a depender do caso, mais de um princípio pode incidir numa determinada situação litigiosa⁸⁷. Diferentemente das regras, não há uma regra ou princípio específico que defina qual princípio deva ser aplicado em cada caso.

Os princípios possuem uma gramática lógica própria, da qual não se afigura possível extrair uma obrigação jurídica imediata por eles regulada e um resultado específico para todos os casos. O princípio determina a consideração de certas razões, direcionando a argumentação jurídica, inclinando a decisão para certa direção, ainda que de maneira não conclusiva. Por isso, haveria uma obrigação à considerar o padrão estabelecido pelo princípio em determinados casos, de maneira que o descuido ou desídia das razões lançadas, a pretexto de aplicarem ou estarem baseadas na aplicação do princípio, pode acarretar a mesma impressão de erro que se verifica quando da omissão ou má aplicação de uma regra específica⁸⁸. Além disso, críticas poderão surgir de que o padrão de julgamento já adotado em outros casos ou, ainda, que o ineditismo dos argumentos mencionados nas razões apresentadas pelos contendentes na causa judicial não foram devidamente apreciados, o que também geraria a noção de erro judicial, nos casos em que o argumento não considerado poderia refletir na inconsistência ou refutação do fundamento utilizado pelo julgador.

Assim, a aplicação dos princípios deve ser avaliada a partir de uma dimensão de peso ou importância, a exigir do aplicador do direito em qual medida tal ou qual princípio deve ser aplicado no caso em apreciação e, então, deverá tratar como essas razões serão sopesadas para determinar a melhor solução para o caso concreto.

A constatação da aplicação de outros padrões na aplicação do direito foi determinante como base ou ponto de partida no pensamento de Dworkin para apontar talvez a falha mais importante na teoria do direito desenvolvida pelo positivismo jurídico, este em sua expressão mais importante desenvolvida por HLA Hart. A regra de reconhecimento apresentada por Hart servia de teste único ou modo de identificação das regras jurídicas em distinção às demais regras num dado contexto social. Contudo, diante da verificação de que os princípios estão sendo utilizados como padrões para decisão de casos controversos, nos quais a ideia comum de regra jurídica não mais se mostrava suficiente para entregar uma solução jurídica adequada. Diante dessa ilação, estava exposta a fragilidade da regra de reconhecimento. Mesmo que essa regra, basilar no pensamento de Hart, cumprisse o desiderato de identificar

⁸⁷ DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 42.

⁸⁸ *Ibid*, p. 56-7.

regras promulgadas ou criadas, bem como outras advindas dos costumes⁸⁹, não funcionava para identificar os princípios, principalmente aqueles que não tinham reconhecida aplicação em casos repetitivos ou que muitas vezes já foram incorporados no sistema jurídico por meio de enunciados bastante vagos e indeterminados.

A argumentação empregada por Dworkin de enfraquecer e desmontar a importância da regra de reconhecimento parte da assertiva de que ela pode ser incerta em alguns casos, ou seja, incapaz de resolver todos os problemas de distinção entre o que deve ser ou não considerado regra jurídica. A área de aplicação de determinada regra revela, por outro lado, uma área de incerteza no interior de uma regra social que é, geralmente, incontroversa. Isso porque nos casos em que existe dúvida na aplicação de determinada regra, se ainda é válida ou não, é bastante comum haver controvérsia entre juízes para determinar sua incidência ou aplicação.

Scott Shapiro, ao tratar do debate Hart-Dworkin, no primeiro dos aspectos da crítica realizada por este último, argumentou que haveria uma imprecisão entre a definição de um modelo de regras, identificadas por um *pedigree*, e a forma como Hart concebe a regra de reconhecimento⁹⁰.

Para Dworkin, essa regra basilar de Hart pode ser incerta em determinados casos, mas a admissão dessa particularidade debilita-a, pois “a regra de reconhecimento simplesmente não se ajusta ao conceito de regra social”⁹¹, tal como empregado por Hart. Isso porque a regra de reconhecimento é eminentemente convencional, isto é, como um enunciado externo factual que revela uma prática complexa dependente da identificação do direito pelos tribunais e outras autoridades⁹².

⁸⁹ Ibid, p. 66-7.

⁹⁰ “As we can see, the debate between Hart and Dworkin does not concern whether the law contains principles as well as rules. This cannot be the issue of the debate because it was never an issue of the debate. Contrary to Dworkin’s interpretation, Hart never embraced the model of rules, either explicitly or implicitly”. (SHAPIRO, Scott J.. **The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed**. (March 5, 2007, p. 17. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em 03/03/2019).

⁹¹ DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 98.

⁹² Nas palavras de Hart: “Pois, enquanto uma norma subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, existir, mesmo que seja geralmente desrespeitada, a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato.”. (HART, *op. cit.*, 2009, p. 142)

Essa falta de ajuste, apontada por Dworkin⁹³, vai enfraquecer a consistência da regra de reconhecimento, uma vez que ela é dependente da aceitação como um fato social e sua validade é suposta e independente de critérios avaliativos⁹⁴. Hart aceitaria mais tarde as críticas de Dworkin contra a norma de reconhecimento, mas apresentaria sua defesa sobre os demais termos de sua teoria⁹⁵.

Portanto, a questão que se coloca, no primeiro estágio do debate citado, é a insuficiência de um modelo que reconhece como jurídicos apenas as regras enquadradas como primárias e secundárias, mas notadamente por serem validadas por uma norma de reconhecimento. Dito de outra forma, mesmo que a crítica não se restrinja apenas ao modelo e teses desenvolvidas por Hart, há pertinência da crítica de Dworkin em “O Modelo de Regras I”, também para um sistema jurídico estruturado apenas pelo critério formal de legalidade (produção legislativa formal) para definição da normatividade, a que se reconheça o lugar dos princípios como fenômeno jurídico já assimilado pela prática judicial. Essa crítica ganhará outra profundidade e complexidade em O império do Direito, notadamente com a formulação do que seria o agulhão semântico.

Diante disso tudo, qual seria, então, a implicação para as obrigações jurídicas que deve ser observado pelo julgador? Se apenas a partir das regras jurídicas é possível deduzir obrigação jurídica, em função de um sistema baseado exclusivamente em regras legais, não seria possível vincular os julgadores quando vão proferir a decisão judicial nos casos de inexistência de regra jurídica adequada ao caso concreto. Por outro lado, sendo aceito que um sistema legal baseado apenas em regras é insuficiente e não dá conta de toda a matiz do fenômeno jurídico, e que a existência de princípios, na prática jurídica, é habitualmente aceita pelos tribunais, impõe-se também afirmar que as obrigações jurídicas “criadas” na decisão judicial

⁹³ O argumento de Dworkin parte da crítica feita à teoria da regra social: “A teoria da regra social fracassa porque insiste em que uma prática deve, de algum modo, ter o mesmo *conteúdo* que a regra que os indivíduos sustentam em seu nome. Contudo, se supusermos simplesmente que uma prática pode justificar uma regra, então a regra assim justificada pode ou não ter o mesmo conteúdo que a prática; pode ficar aquém da prática ou ir além dela”. (DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 92).

⁹⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 160.

⁹⁵ “Assim, minha doutrina de que os sistemas jurídicos internos evoluídos contêm uma norma de reconhecimento que especifica os critérios para a identificação das leis que os tribunais têm de aplicar pode ser incorreta, mas em nenhum lugar baseio essa teoria na ideia equivocada de que seja parte do significado da palavra ‘direito’, o fato de que tal norma de reconhecimento deve existir em todos os sistemas jurídicos, ou na ideia ainda mais equivocada de que, se os critérios para a identificação dos fundamentos do direito não fossem fixados de maneira incontroversa, a palavra ‘direito’ *significaria* coisas diferentes para pessoas diferentes”. (HART, *op. cit.*, 2009, p. 318).

devam ser provenientes do resultado da avaliação judicial dos princípios aplicáveis ao caso.

Como se disse, não seria possível verter obrigação jurídica de apenas um princípio, mas um conjunto de princípios avaliados e sopesados em determinado caso sob apreciação judicial pode indicar um resultado específico⁹⁶. Isso deve ampliar o sentido de obrigação jurídica formulado pelo positivismo, a evidenciar uma gramática lógica própria que também deve estar também caracterizada como fenômeno jurídico, tornando indispensável a responsabilidade dos juízes na articulação dos fundamentos apresentados para decidir os *hard cases*, por meio de um tipo de ponderação ou balanceamento, que evidencie a natureza argumentativa e interpretativa do direito e, além disso, sua interconexão com a moralidade política, manifestada nesses casos como *point* ou intencionalidade moral⁹⁷.

Arelado a isso, e não menos importante, é a consideração de que a partir dessa constatação, as obrigações jurídicas forjadas nas decisões judiciais em casos difíceis não estariam de maneira nenhuma fundadas apenas na legitimidade formal ou autoridade judicial para proferir decisões judiciais, mas nas razões que as fundamentam, e, assim, susceptível de juízos avaliativos.

A concepção positivista, portanto, deve ceder espaço para a afirmação que lhe é anterior, de que a obrigação jurídica, além de ser baseada em regras jurídicas, que se confundem com o produto legislativo, deve antes encontrar seu apoio numa comunidade de princípios que as determina. O mero formalismo calcado numa regra de reconhecimento é gradualmente substituído pelo ideal de que obrigações jurídicas são forjadas “sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela”⁹⁸.

3.3 SEGUNDA CRÍTICA: O AGUILHÃO SEMÂNTICO E O PROBLEMA DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA.

O caminho percorrido por Dworkin em sua primeira crítica formulada ao positivismo jurídico revela seu objetivo primordial de conceber o direito a partir do

⁹⁶ DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 57.

⁹⁷ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, 2013, p. 162-3.

⁹⁸ DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 71.

exercício de uma interpretação construtiva, de modo que o direito possa resultar na melhor justificativa do conjunto de nossas práticas e, concomitantemente, que ele seja a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis⁹⁹.

Na compreensão do fenômeno jurídico do autor, somente a apreensão desse sentido da prática jurídica, a partir da inteligência de que ele deve ser reconhecido a partir de uma teoria interpretativa, é possível defender, em detrimento do positivismo jurídico, a ideia de que existem respostas certas a serem definidas nas controvérsias jurídicas, ainda que os casos controvertidos não sejam simples, mas de complexidade tal que supere a mera articulação formal da lei como modo principal da resolução dos conflitos levados ao Judiciário, ainda que essa articulação também envolva seus aspectos semânticos.

O início dessas críticas foi formulado por Dworkin, em seu texto “O Modelo de Regras I”, analisado no tópico antecedente. Em “O Modelo de Regras II”, o autor avança na análise dos aspectos centrais de sua crítica, concentrando sua atenção, basicamente, à regra de reconhecimento de Hart, à teoria da discricionariedade judicial, e em rebater as objeções apresentadas por outros teóricos ao seu trabalho. Mas é no livro “O Império do Direito” que o autor aprofunda sua análise acerca da teoria do direito e suas críticas ao positivismo jurídico, tornando-as mais complexas, além de atacar outras concepções que implicariam em interferência na apresentação de sua forma de conceber o direito.

Nesse desiderato, o autor parte da ideia da prática jurídica e da natureza das questões que são normalmente discutidas na análise e deslinde dos casos. Basicamente, ele separou as questões em três tipos: questões de fato, questões de direito e questões de moralidade política e fidelidade¹⁰⁰.

O ponto do que será explorado por Dworkin será nas controvérsias que remontam questões de direito, ignorando as fáticas e aquelas relativas à moral política. Nessas questões de direito, a verdade das proposições jurídicas dependeria do acerto ou resolução de pelo menos dois tipos fundamentais de divergências: as divergências empíricas e as teóricas. As do primeiro tipo remontam as facticidades das regras de direito, isto é, se determinada regulação existe na legislação como

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. XI.

¹⁰⁰ O autor indica que nas questões de fato, a divergência estaria concentrada na análise dos fatos concretos e históricos do caso; as questões de moralidade política seriam sobre divergências acerca do que seria considerado certo ou errado no campo da moral. Essas questões não parecem ser importantes no início do raciocínio do autor, concentrando-se nas questões de direito. (Ibid, p. 5-6).

condição fática de veracidade normativa de uma proposição jurídica que comunica proibição, permissão ou autorização¹⁰¹. As divergências teóricas consistiriam em questões relativas aos fundamentos do direito, isto é, “se o *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito”¹⁰².

A menção aos problemas de divergência empírica é propositalmente restringida. Alguns críticos, inclusive, têm sustentado que essa visão seria excessivamente simples, e que, por isso, demonstraria um erro na teoria dworkiana¹⁰³. No entanto, as demais divergências relativas à validade de determinado elemento legal, como a determinação da extensão da competência legislativa ou mesmo a possibilidade de haver vícios formais no processo legislativo, expressariam elas também divergências empíricas. É possível afirmar essa abrangência das divergências empíricas com base na afirmação de Dworkin de que esse tipo de divergência está relacionado ao direito como questões de simples fatos (*plain facts*), isto é, a expressão do direito por meio da existência antecedente de textos legais ou de precedentes judiciais¹⁰⁴. Portanto, a divergência empírica se manifesta e se exaure como problema de existência de dada regra jurídica e, em última análise, de obrigação jurídica, para regulação de determinados casos da vida, a ser invocada como solução para o litígio.

Para Dworkin, seria um equívoco considerar as questões relativas a simples fatos como questões teóricas ou atinentes aos fundamentos do direito, pois para ele nesse tipo de discussão o direito não dependeria daquilo que ele deveria ser¹⁰⁵, pois seria definido pelo que é, isto é, pelos elementos que estão postos, o texto legislado e as decisões dos tribunais. O que eles possuem em comum? Não são manifestações teóricas ou dos fundamentos do direito, mas revelam o caractere comum de questões relativas aos simples fatos ou fatos brutos (*plain facts*), não englobando outras expressões fundamentais do fenômeno jurídico, como os princípios ou mesmo questões de moralidade pública¹⁰⁶.

¹⁰¹ Ibid, p. 8

¹⁰² Ibid, p. 9.

¹⁰³ D'ALMEIDA, Luiz Duarte. *The Grounds of Law*, In: WALUCHOW, Wil; SCIARAFFA, Stefan (edit). **The legacy of Ronald Dworkin**. Oxford Scholarship: May/2016, p. 168-9.

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 10 e 38.

¹⁰⁵ Ibid, p. 11.

¹⁰⁶ “Sometimes he speaks as if the notion of a plain fact is a function of the kind of disagreement two people have when they have different views on whether a given fact obtains: if disagreement over whether a given fact *f* is the case is empirical disagreement, *f* is a plain fact. This is one use of ‘plain fact.’ But he also says that facts about ‘what legal institutions, like legislatures and city councils and courts, have decided in the past’—facts about ‘past institutional decisions’—are plain facts. This is a

Para Dworkin, os maiores problemas da definição da verdade das proposições jurídicas estão situados na determinação do que é o direito, ou seja, na divergência quanto aos fundamentos do direito. Na concepção do autor, as proposições jurídicas são parasitárias de proposições mais conhecidas e abrangentes, chamadas por ele de fundamentos do direito¹⁰⁷. Então, se as questões de divergência empírica são de simples resolução, visto que baseados no direito posto ou positivado, resta saber de que modo são articuladas as questões de divergência teórica e como elas se apresentam como fundamentais ao direito.

No positivismo jurídico de Hart, a expressão dos fundamentos do direito se assenta na ideia de uma concepção semântica de um conceito de direito que visa a determinação objetiva do fenômeno jurídico, de modo a identificar quais fatos e regras existentes caracterizariam esse mesmo conceito e, além disso, também implica dizer que suas extensões ou desdobramentos seriam restritas a seu campo semântico¹⁰⁸. Seria o que Dworkin passou a chamar de conceitos criteriais. Para ele, “as pessoas compartilham alguns conceitos somente quando concordam com uma definição – aproximada ou precisa – que estabelece os critérios para a aplicação correta do termo ou frase a eles associados.”¹⁰⁹ As discussões, então, apenas seriam a respeito de critérios factuais, o que afigura ser de menor precisão sobre o significado e o alcance das expressões e termos utilizados. Em função dessa limitação a nesse nível de discussão, as questões sobre os fundamentos do direito não seriam suficientemente importantes, pois, em verdade, não abrangeriam por completo os fenômenos jurídicos. A verdadeira divergência acerca dos fundamentos do direito não foi devidamente identificada pelo positivismo jurídico, pois deixara de fora o elemento avaliativo de sua análise¹¹⁰. Gerald J. Postema esclarece:

O agulhão que desabilita (disables) o positivismo metodológico é o que a semântica criterial (criterial semantics) não pode explicar tal fato do desacordo generalizado (pervasive) na prática jurídica. Ele fracassa porque presume que a comunicação e, assim, o desacordo é possível apenas se as partes compartilham regras que fixam a extensão dos conceitos que eles utilizam. Assim eles estão

different use of 'plain fact': we have just seen that disagreements over whether facts like these are the case are not—at least not obviously—empirical”. (D'ALMEIDA, Luiz Duarte. *The Grounds of Law*, In: WALUCHOW, Wil; SCIARAFFA, Stefan (edit). **The legacy or Ronald Dworkin**. Oxford Scholarship: May/2016, p. 169-170).

¹⁰⁷ DWORKIN, *op. cit.*, 2014, p. 7.

¹⁰⁸ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 180-1.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 15-6.

¹¹⁰ DWORKIN, *op. cit.*, 2014, p. 53-4.

comprometidos com a conclusão de que onde surgem desacordos sobre os próprios critérios, ali inexistem, por este mesmo fato, nenhum acordo; um desacordo aparente é a prova conclusiva da ausência de critérios compartilhados (shared criteria)¹¹¹.

Dworkin denominou esse problema de agulhão semântico. Essa limitação ou bloqueio de teorias semânticas, como o positivismo, seria definida pela incapacidade teórica de discernir a natureza das divergências ou desacordos teóricos havidos no direito. Isso porque o conceito do direito, como forma de definição do fenômeno jurídico em distinção evidente dos demais fatos normativos sociais, como a moral, depende de um consenso ou de fundamentos consensuais que condicionam sempre a busca de seu fundamento ao que está previamente determinado (regras legais ou precedentes judiciais). A própria regra de reconhecimento de Hart está vinculada ao aspecto convencional, de modo que não se presta a explicar os desacordos sobre os fundamentos do direito como ocorrem na prática jurídica.

E isso se apresenta de maneira mais clara quando os juízes julgam casos nos quais há divergência teórica em questões centrais do debate em juízo. Como os juízes articulam suas razões de convencimento para dar uma solução ao caso litigioso? Tradicionalmente, a resposta a essa pergunta indicava que os juízes estavam vinculados a um dado sistema de regras, concebido como direito, e que, no momento de aplicação, admitia-se que as proposições jurídicas forjadas da análise legal diante do caso concreto, necessariamente, direcionava a um esquema em que a verdade era definida pela fidelidade ao que estava prescrito nesse sistema de regras.

Hart partiu das elaborações da filosofia analítica e da linguagem para afirmar que o direito também apresentava a mesma característica da linguagem, por ser marcado por sua textura aberta¹¹². Para ele, os “cânones de interpretação” não eliminariam essas dificuldades, mas reduziriam o aspecto da incerteza. Na compreensão do que excederia o limite semântico estabelecido pelo próprio texto, a solução repousaria na autoridade judicial para determinar a escolha na definição do sentido do texto¹¹³.

¹¹¹ POSTEMA, Gerald J.. A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, 2011, p. 417, *apud* MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184.

¹¹² Para Hart, “não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer”. (HART, *op. cit.*, 2009, p. 164).

¹¹³ HART, *op. cit.*, 2009, p. 165-6.

Dito de outro modo: os enunciados jurídicos dependiam em grande parte das regras jurídicas como condição de verdade, ou seja, dependiam do direito como simples questão de fato (*plain fact*). A divergência teórica do direito era ignorada. O problema exposto na primeira crítica de Dworkin indicava o mesmo tratado na nova crítica:

Alguns juristas acadêmicos extraem conclusões especialmente radicais da sofisticada versão do ponto de vista do direito como simples questão de fato. Afirmam que as decisões institucionais do passado não somente às vezes, mas quase sempre, são vagas, ambíguas ou incompletas e, com frequência, também incompatíveis ou mesmo incoerentes. Concluem que realmente nunca existe direito relativo a nenhum tópico ou questão, mas apenas retórica que os juízes utilizam para mascarar decisões que, na verdade, são ditadas por preferências ideológicas ou de classe. A sequência que descrevi, da confiante crença do leigo em que o direito está por toda parte, até a zombeteira descoberta do cínico de que ele absolutamente não existe, é o curso natural seguido pela convicção, uma vez que aceitemos o ponto de vista do direito como simples questão de fato e sua conseqüente alegação de que a divergência teórica é apenas política disfarçada.¹¹⁴

Nos casos em que o fundamento empregado nas decisões pelos juízes não estavam assentado em questões factuais, por causa da vagueza, ambigüidade ou incompletude do texto legal, ele embutia uma divergência teórica, ignorada e intencionalmente omitida, dando azo para que as verdadeiras intenções de julgamento não fossem expostas, como questões de moralidade política, mas permanecessem ocultas, satisfazendo os interlocutores com a manifestação de um direito novo, criado com base na autoridade judicial para resolução desses casos mais complexos, como os *hard cases*¹¹⁵.

Como discutir questões e motivos que não estão expressos no fundamento da decisão, mas que foram determinantes para seu resultado? A apresentações das razões nesses casos levaria admitir que as questões de moralidade política deveriam ser consideradas no fundamento judicial, o que ensejaria o controle interno dessas decisões, satisfazendo a pretensão de correção das proposições jurídicas e dos demais argumentos utilizados, possibilitando que os verdadeiros critérios de verdade ou de certeza dessas proposições realmente sirvam para esclarecimento aos

¹¹⁴DWORKIN, *op. cit.*, 2014, p. 13.

¹¹⁵ *Ibid*, p. 12.

envolvidos na causa judicial e, além disso, sujeito da maneira mais honesta possível os enunciados jurídicos e seus fundamentos ao órgão responsável pela revisão judicial.

Essas características levantadas por Dworkin muitas vezes não são ressaltadas apenas nos casos em que inexistente preceito normativo identificável, mas também naqueles em que é possível identificar as regras legais aplicáveis. Mesmo nesses casos, reconhece-se a vasta dinamicidade e singularidade dos fatos, o que torna cada caso particular, ainda que haja respeitável precisão semântica e linguística dos termos empregados na lei ou mesmo aparente facilidade de sua aplicação ao caso sob apreciação. Dworkin afirmará que nesses casos, ainda assim, a técnica da subsunção será insuficiente, pois para alcançar a interpretação mais adequada e indicar a melhor resolução para a controvérsia do caso concreto, será fundamental a apreciação de elementos avaliativos, que extrapolam o texto legal e o preceito normativo.

A inadequação da regra legal para os casos não se relaciona apenas à completa imprevisão acerca do caso concreto analisado, indicando a mais perfeita inadequação da regra ao caso. O caso de *Riggs vs Palmer* exemplifica um em que, muito embora a aplicação das regras fosse possível, tendo em vista a aparente adequação, verificou-se a impertinência da aplicação da regra em função de uma nuance do caso concreto. A aplicação da regra no caso significaria a mácula a determinados preceitos normativos invocados, conhecidos na conceitografia de Dworkin como princípios. Esses princípios foram determinantes para orientar as razões decisórias, afastando as regras jurídicas que seriam aplicadas, para uma solução jurídica que com eles fosse adequado, expondo aí a divergência teórica na prática judicial na análise de proposições que serviram de fundamento do direito.

Portanto, para Dworkin, a prática jurídica é eminentemente argumentativa e o direito, principalmente quando está a envolver questões de divergência teórica, é essencialmente interpretativo¹¹⁶. A compreensão dos desacordos teóricos no direito se dá a partir da afirmação de que esses desacordos se expressam por meio de conceitos interpretativos¹¹⁷.

Um exemplo apresentado por Dworkin é particularmente útil para explicar essas diferenciações entre os conceitos semânticos e os interpretativos. Ele toma

¹¹⁶ DWORKIN, *op. cit.*, 2014, p. 19.

¹¹⁷ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, 2013, p. 186.

como exemplo o poema “Sailing to Byzantium”, de William Butler Yeats, e apresenta duas formas principais de entender o texto. A primeira forma seria derivada da descrição do elemento textual, considerando o conjunto de palavras escritas. A segunda maneira seria através da concepção de uma teoria metafísica ou de um ponto de vista específico. A definição do poema como pertencente a essa categoria literária é determinado pelo primeiro sentido, isto é, como as palavras são estruturadas em determinada sequência determinam ser essa a poesia de William Butler. No entanto, o que essa poesia significa é determinado a partir do segundo sentido, ainda que não haja consenso sobre o que realmente o poema diz ou significa¹¹⁸.

A tentativa fracassada do positivismo é de determinar o significado do texto apenas a partir de critérios semânticos, quando a divergência, na verdade, é fundamentalmente sobre o significado e, nesse caso, somente é possível extrair uma solução acerca do significado a partir do nível interpretativo. Esse nível interpretativo ultrapassa o mero aspecto semântico do texto e toca em aspectos valorativos, ou seja, de moralidade política e de legitimidade institucional¹¹⁹. Somente desse modo será possível dar conta de toda a amplitude das controvérsias ou divergências surgidas dentro do debate jurídico.

Assim, as proposições jurídicas se escoram em fundamentos de direito que são baseados em fenômeno jurídico de natureza notadamente interpretativa, e isso significa que os possíveis desacordos existentes nas discussões acerca desses fundamentos se desdobram em desacordos morais em sua relação com o direito na prática jurídica. Não haveria, então, aspecto incoerente na explicação de tais divergências porque o conteúdo do direito é determinado por princípios que retratam a prática jurídica em sua melhor luz, considerando a intencionalidade como norte condutor da interpretação para o melhor sentido para a prática¹²⁰. Negar a existência dos desacordos morais no cerne da divergência teórica é negar sua própria natureza nesses casos.

¹¹⁸ DWORKIN, *op. cit.*, 2014, p. 21-2.

¹¹⁹ SHAPIRO, Scott J.. **The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed**. (March 5, 2007), p. 26. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=968657>. Acessado em 03/03/2019.

¹²⁰ “By treating the determination of legal grounds as a process of constructive interpretation, Dworkin is able to account neatly for the possibility of theoretical interpretations in law. Disagreements about the grounds of law are predicated on disagreements about the moral value of law and/or law’s relation to practice. Thus, unlike the plain-fact view, this account need not treat theoretical disagreements as incoherent or insincere: insofar as the content of the law is dependent on which principles portray legal practice in its morally best light, genuine moral disagreements will induce genuine legal disagreements.” (SHAPIRO, *op. cit.*, 2007, p. 26).

Por isso, na visão de Dworkin os fundamentos do direito independem de convenções ou de consenso em sua base, mas de uma forma engajada, centrada no ponto de vista interno dos participantes das práticas jurídicas¹²¹, tornando clara a dependência de uma metodologia comprometida com critérios de aspiração avaliativa¹²². Isso significa levar em conta que o cerne das controvérsias é substantivo e valorativo, tornando claro e possível que os debates no direito transitem entre questões de direito que versem sobre divergências empíricas e outras tantas acerca de divergências teóricas concernentes a juízos de correção moral.

A discricionariedade como solução apresentada pelo positivismo ancorada apenas na autoridade judicial perde sustentação teórica diante da teoria dos desacordos jurídicos formulada por Dworkin. Se a ambiência de divergência teórica é descortinada pela identificação dos verdadeiros fundamentos do direito que conferem validade às proposições jurídicas, então o resultado disso é a admissão de que os desacordos constantes nas práticas jurídicas nos *hard cases* residem em verdadeiros desacordos no âmbito da moralidade pública. Por isso, resta saber até onde irá a insistência de se permanecer na busca de um fundamento último ainda renitente nas teorias baseadas em simples fatos (*plain facts*).

Após a apresentação das principais críticas ao positivismo jurídico de Hart, importa explicar o modelo, as etapas e as peculiaridades do modelo interpretativo de Dworkin, chamando atenção principalmente para desdobramentos muito criticados, como a visão do direito como integridade e a tese da única resposta correta que serão analisados nos capítulos seguintes.

¹²¹ DWORKIN, *op. cit.*, 2014, p. 19.

¹²² MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, 2013, p. 184, 197-8.

4. A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

As duras críticas aos equívocos que se expressavam tanto no agulhão semântico e quanto na negação do fórum do princípio atendem ao reclame de que seja reconhecida a relevância prática das discussões jurídicas havidas no nível desse fórum. O que isso imediatamente significa para o presente trabalho? Que a fundamentação judicial, como mecanismo ou meio de exposição das razões de fato e de direito que encaminham a uma dada solução jurídica, deve abranger o referido nível de discussão moral político nos casos em que a “facilidade” da solução da causa não reside na interpretação e aplicação de dispositivo legal ou de entendimento jurisprudencial consolidado, mas a “dificuldade” de se articular argumentos notadamente de conteúdo moral político. Sendo ainda mais claro, não é possível sustentar a discricionariedade judicial nos *hard cases* apenas na autoridade judicial decorrente do ordenamento jurídico-legal, o que implica dizer que o dever de fundamentação, ainda que nesses casos especiais, deve também satisfazer uma pretensão de correção (e controle) específica.

A compreensão do Direito como fenômeno social para o positivismo jurídico, situando-o no contexto da tradição romano-germânica, dá-se apenas a partir de elementos que expressam o direito posto, isto é, o fato em si de haver um dispositivo legal de onde se possa extrair uma dada norma ou conjunto de preceitos normativos ou a existência de sólida jurisprudência ou de precedentes que confirme o modo de compreensão e aplicação desses dispositivos¹²³. Essa compreensão está intimamente ligada à noção do direito baseada na objetividade de suas normas. Portanto, a condição de verdade das proposições jurídicas, seguindo esse raciocínio, seria dependente do elemento descritivo (ou prescritivo), ou seja, o próprio conceito de direito estaria vinculado às ideias de objetividade e descritividade, manifestas por meio da positivação.

Além dessa possibilidade de compreender o direito apenas a partir do descritivo, e notadamente diante das falhas havidas na insuficiência desse modelo de

¹²³ A noção de fonte do direito está associada tradicionalmente à atividade legislativa, aos costumes, a jurisprudência e à doutrina. Sendo mais preciso, a concepção de direito associada à crítica formulada por Dworkin aqui mencionada é estritamente positivista: “o positivismo pressupõe que o direito é criado por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas.” De todo modo, para atender o objetivo de situar a ideia do autor, as fontes formais do direito seriam basicamente duas, a produção de normas decorrente da função legislativa e os precedentes judiciais. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XII).

providenciar os ajustes necessários e possíveis aos elementos legais hipotéticos com a realidade dinâmica dos fatos e eventos da vida, o jurídico também pode ser compreendido a partir de elementos valorativos, isto é, a partir daquilo que se espera dever ser o direito. Essa noção se mostra bem diferente por pretender satisfazer, não da mesma forma, os ideais de objetividade e descritividade.

Essa possibilidade do direito depreendido dos elementos valorativos pode ser identificada principalmente com as correntes do pensamento jurídico que defendiam a existência de direitos naturais fundados a despeito do que estava positivado, pelo desdobramento lógico de certos valores e ideais acolhidos de forma muito própria no cerne de cada comunidade. Além dessa identificação com os ditos direitos naturais, o aspecto valorativo também poderia ser identificado por meio da ponderação e escolha das melhores concepções políticas e morais possíveis em dado contexto, o que significaria a identificação de um processo construtivo da idealidade de moralidade política¹²⁴.

Para Dworkin, a compreensão do fenômeno jurídico não deve dissociar os elementos descritivos e valorativos. O Direito deve ser percebido a partir da conjunção adequada desses elementos. Dito de outra forma: não é possível negar que o direito se expressa notoriamente pela descritividade e objetividade das normas positivadas, mas os elementos valorativos não apenas delineiam o sentido e a finalidade dessas normas positivadas, conferindo coerência ao Direito, como também, em certos casos específicos, quando percebida a insuficiência do direito positivo, uma vez reconhecida sua carga necessária de normatividade, subsidiar as razões públicas que deverão ser invocadas para determinar a melhor solução que se entenda possível para o caso em apreciação e, concomitantemente, garantir que os fenômenos jurídicos traduzam o ideal de integridade do Direito.

A concepção interpretativa do direito em Dworkin remete à conjugação desses elementos. A noção de interpretação do autor vai além de meramente objetivar a descoberta de significado de um texto normativo ou dispositivo legal, mas de garantir que a determinação desse sentido necessariamente expresse coerência e integridade no Direito, como manifestação de sua melhor forma e de seu melhor sentido.

Para a construção de sua teoria da interpretação, Dworkin se fundamenta em suas contribuições teóricas acerca dos desacordos no direito, a partir das críticas

¹²⁴ DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 219.

baseadas no aguilhão semântico, na insuficiência da compreensão positivista do Direito baseado apenas em normas positivadas ou ancoradas em simples fatos, para afirmar que o Direito é essencialmente interpretativo e se expressa, como outras práticas sociais, de forma argumentativa¹²⁵.

No entanto, essas críticas formuladas ao positivismo são antecedidas de pelo menos dois importantes pontos dentro de sua teoria interpretativa e que são indispensáveis a conferir solidez ao pensamento filosófico de Dworkin. O autor pensa o Direito como empreendimento interpretativo que deve ser construído e reconstruído a partir de sua interconexão com a moralidade política, isto é, com uma comunidade de princípios. Isso significa dizer que o direito seria, assim, um fenômeno dinâmico que expressaria uma carga valorativa que seria o reflexo da comunidade de princípios que o subjaz em dado contexto histórico. Essa combinação dependente do direito com fortes elementos valorativos, nessa dinâmica, implica pensá-lo não como um empreendimento pronto e posto, mas sempre a direcioná-lo para aquilo que ele deveria ser, como produto de uma interpretação reconstrutiva.

Falar reconstrutiva e, principalmente, em interpretação criativa, remeteria o desavisado a entender o projeto dworkiano de interpretação como ocasião ou ensejo, em maior proporção, à discricionariedade judicial, reforçando ainda mais a relação duvidosa de legitimidade calcada apenas na autoridade judicial para resolução dos casos difíceis. Isso seria um disparate. A proposta é exatamente contrária e depende da compreensão dos termos por ele lançados para se tornar devidamente inteligível.

O primeiro dos pontos para permitir erigir esse novo edifício na teoria da interpretação é abandonar a importância que a hermenêutica jurídica clássica atribuiu à identificação da intenção ou da vontade do autor. Isso não significa dizer que se poderá impor ao texto legal qualquer significado ou sentido. Sua teoria interpretativa é contrária a isso.

O segundo dos pontos, que será sucessivamente abordado, mas que se adianta por fins didáticos, é a defesa contra o ceticismo interno. O possível efeito que Dworkin percebe com muita clareza como decorrente da tentativa de se atribuir significado ao direito diante de sua textura aberta, decorrente da incerteza e indeterminação da linguagem¹²⁶. Nesse ponto, a teoria interpretativa dos positivistas

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 17-9.

¹²⁶ HART, H. L. A.; BULLOCH, Penelope A.; RAZ, Joseph. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009, p. 162-3.

compreendia a possibilidade da multiplicidade de sentidos da linguagem, no contexto do entendimento dos textos legais, como expressão de um relativismo que seria por eles afirmado como ideal em sociedades democráticas, por favorecer o pluralismo político e ideológico¹²⁷. Esse relativismo é decorrente do ceticismo interno como modo de negar a possibilidade da determinação de um único sentido limitante aos textos legais e, portanto, no tocante ao tema problematizado da pesquisa, a impossibilidade de se determinar a única ou melhor resposta correta para a solução dos *hard cases*.

Em arremate, iniciada a condução, no capítulo passado, a áreas que não eram reconhecidas como apropriadas para subsidiar os discursos jurídicos, haja vista a pretensa defesa da cisão entre Direito e Moral, resta agora, uma vez ciente da importância e necessidade dessa abertura, entender que não é possível empregar métodos vetustos no campo da interpretação (baseados apenas no nível semântico) que se revelam inadequados diante do desvelamento da natureza interpretativa e dinâmica do Direito.

Por isso, será apresentada a teoria interpretativa dworkiana nos moldes já antecipados, o que se seguirá do esboço das etapas da interpretação reconstrutiva, culminando, por fim, na análise preliminar das metáforas do romance em cadeia e da metódica do Juiz Hércules como figuras empregadas pelo autor para desenvolver e apresentar sua concepção de direito como integridade.

4.1. O DIREITO COMO PRÁTICA INTERPRETATIVA: DA CONJUGAÇÃO DE ELEMENTOS DESCRITIVOS E AVALIATIVOS À AFIRMAÇÃO DO FÓRUM DOS PRINCÍPIOS

Em um de seus primeiros escritos sobre sua a interpretação reconstrutiva ou criativa¹²⁸, o autor estabelece uma primeira relação de identidade entre a literatura e o direito, no contexto de reconhecidas semelhanças e da interconexão com outras ciências humanas, como a arte, a psicologia, a sociologia e, notoriamente, a filosofia da linguagem¹²⁹. Opta por estabelecer uma hipótese de interpretação a partir da estética, por meio da qual “a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que

¹²⁷ MORRISON, *op. cit.*, 2012, p. 385-6.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 216-49.

¹²⁹ *Ibid*, p. 225.

maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte”¹³⁰. Mesmo estabelecendo uma hipótese que em si também seria controversa no contexto das artes e críticas literárias, seu propósito é de enxergar a obra literária como melhor expressão de seu gênero, valorizando seu conteúdo a partir de seu propósito e de seu valor inerente.

Dworkin vai estabelecer uma distinção entre os modelos de interpretação (conversacional, científica e criativa) e enxergar um propósito comum quanto ao modo que deve ser interpretada uma prática social como o direito e a maneira de como a interpretação é aplicada às artes. Para ele, as interpretações próprias aos objetos da conversação e da ciência não deveriam ser aplicadas ao direito, uma vez que possuiriam propósitos e modos de operação distintos. Por outro lado, no modo de interpretação criativo ou construtivo, haveria em comum o fato de “interpretar algo criado pelas pessoas como entidade distinta delas”, distanciando-se do objetivo principal de discernir a intenção do que é dito, própria da interpretação conversacional, e do propósito da interpretação científica que é voltada a identificar as relações causais percebidas em fatos ou eventos verificados por meio da experimentação ou do empirismo¹³¹.

Nesse primeiro estágio da articulação de um novo modelo de interpretação, Dworkin indica haver outras semelhanças também no tocante a empecilhos compartilhados entre o direito e a literatura. O primeiro desses empecilhos seria a afirmação da importância da determinação da intenção do autor para definição da correta interpretação tanto de textos literários quanto de sua aplicação ao Direito, enquanto busca pela intenção dos legisladores na edição da lei, como sentido mais adequado da vontade legítima do povo aos delegatário do poder¹³².

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 222.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 61.

¹³² Numa fase ainda rudimentar de entendimento do direito e do papel dos juizes, sua atribuição se limitava apenas à aplicação da vontade dos legisladores, limitando-se a interpretação literal dos textos. O juiz era a “boca da lei”, como afirmava Montesquieu: “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 175). Para a Escola da Exegese, na França, e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, mesmo quando os juizes se deparavam com alguma lacuna legal, com aparente ausência de regulação, competia-lhes aplicar métodos de interpretação, como a analogia, com o fim de tornar clara qual seria a vontade do legislador para o caso concreto. (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 65-68).

Nas artes, os métodos de interpretação dependentes da busca pela intenção do autor perderam sua relevância. Porquanto apesar de interessar para a determinação do estado de espírito do autor no momento da criação de certa obra artística, é possível ao autor separar seu objeto de criação de suas crenças e intenções anteriores, apartando-a de si, caso contrário o valor da obra de arte permaneceria restrita e estrita apenas às opiniões do próprio autor. Depois de pronto o romance, o poema ou a pintura, a obra artística se desprende do autor, podendo ser tratada como um objeto em si mesmo, o que permite, na visão lançada na hipótese estética, a atribuição de um sentido distinto à obra, ressaltando-a como obra de arte¹³³.

Na literatura, a teoria interpretativa das intenções do autor vai gradativamente perdendo sua importância, permitindo que teorias se lancem na tentativa de melhor compreender o produto da criatividade artística, notadamente por compreenderem esse desprendimento entre a intenção do autor ao elaborar a obra e as possibilidades de seu sentido após a obra estar pronta¹³⁴.

Muitos anos após a formulação de sua teoria interpretativa a partir da associação com a literatura, Dworkin ainda complementa o sentido de suas primeiras assertivas citando esse tipo de interpretação como “falácia intencional”. Para ele, citando Paul Ricoeur, o autor não passaria de “primeiro leitor” e não teria mais autoridade sobre sua obra após entregá-la ao público, a não ser como qualquer outra pessoa sobre o sentido que se possa dela compreender¹³⁵.

¹³³ DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 230-234.

¹³⁴ Para Humberto Eco, essa possibilidade pode ser descrita pela distinção entre autor-modelo e autor-empírico, o que revelaria que certos aspectos do texto escapariam de seu próprio criador, destinando-o, então, apenas à função de leitor primeiro. Nas palavras do autor: “Entre a intenção inacessível do autor e a intenção discutível do leitor está a intenção transparente do texto que invalida uma interpretação insustentável”. (ECO, Humberto. **Interpretação e superinterpretação**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.93)

“Ainda assim, há ao menos um caso em que o testemunho do autor empírico adquire uma função importante, não tanto para entender melhor seus textos, mas com certeza para entender o processo criativo. Entender o processo criativo é entender também como certas soluções textuais surgem por acaso, ou em decorrência de mecanismos inconscientes. É importante entender a diferença entre a estratégia textual – enquanto objeto linguístico que os leitores-modelos têm sob os olhos (de modo a poder existir independentemente das intenções do autor empírico – e a história do desenvolvimento daquela estratégia textual”. (ECO, *op. cit.*, 2005, p. 100).

¹³⁵ “Por acaso o autor aparece em outro papel que não o de primeiro leitor? O distanciamento entre o texto e seu autor já é um fenômeno da primeira leitura que, num único movimento, evidencia toda a série de problemas que agora vamos confrontar, referentes às relações entre explicação e interpretação. Essas relações surgem na hora da leitura”. (RICOEUR, Paul, *What Is a Text? Explanation and Understanding*, *In: Hermeneutics and the Human Sciences: Essays on Language, Action and Interpretation*. Cambridge: Cambridge University Presse, 1981, p. 149. *Apud* DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 673).

A busca da determinação das intenções do autor, não mais na literatura, mas no contexto jurídico, por meio da interpretação de textos legais e da Constituição, muitas das vezes não é possível de ser discernida, principalmente pela dificuldade de se reproduzir e compreender o sentido final das discussões e debates sobre o assunto nas diversas casas legislativas, encarregadas da edição do texto legal.

Jeremy Waldron descreveu a particular dificuldade de se determinar, por meio apenas dos recursos da linguagem, a intenção do legislador, considerando que, nesse caso, não seria o mesmo de precisar o sentido do que é dito apenas por uma pessoa, um interlocutor, mas por uma multidão de pessoas que compõem a legislatura, que apresentam opiniões e possuem estados mentais radicalmente diversos, sem qualquer homogeneidade político-ideológica, isto é, sem qualquer sucesso na tentativa de identificação de uma base canônica ou que conferisse certeza e segurança para a interpretação. Para Waldron, a busca pela intenção legislativa expressa apenas o sentido da legitimação por meio do voto majoritário, sendo normalmente associada à linguagem da decretação¹³⁶.

Dworkin, por outro lado, entende que, por vezes, essa busca pela identificação das intenções do legislador poderia servir de verdadeira cortina de fumaça para a imposição de sentido e de uma visão particular sobre o que a lei deveria significar diante do caso concreto em apreciação¹³⁷.

Ao invés de tentar descobrir as intenções do autor, a interpretação da obra deve esboça-la como a melhor obra de arte do gênero literário que ela possa ser. E isso não significa impor ou criar um significado, mas, partindo do próprio texto, como elemento básico de restrição do sentido, a partir da consideração de todas as palavras empregadas e de sua natureza ou gênero literário, mantendo uma relação de coerência e integridade com toda a obra interpretada, alcançar o propósito de identificar qual interpretação expresse-a como melhor obra de arte ou produção artística¹³⁸. Também valer dizer que o reconhecimento da possibilidade de múltiplas interpretações serem deduzidas de uma obra literária não deve tornar improvável a

¹³⁶ WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Trad. Luis Carlos Borges: rev. Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 30-4.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 219-20.

¹³⁸ Ibid, p. 223.

distinção de qual seja o propósito ou finalidade de estabelecer sua melhor interpretação¹³⁹.

A interpretação do tipo criativa, que também seria apropriada para as artes, não é apresentada pelo autor para cumprir apenas o condão de identificar as vontades ou intenções aparentes e ocultas no texto. Dworkin propõe uma redefinição do papel da interpretação criativa, deslocando seu foco primário dos elementos que integram a causa ou a intenção do objeto da interpretação, que revelaria um papel de desvelar as intenções, para assumir em seu cerne a atenção com o propósito, não o do autor, mas o do próprio intérprete, a denotar um papel reconstrutivo da interpretação¹⁴⁰.

Para a compreensão do esquema de interpretação reconstrutiva de Dworkin, é importante ter a noção de dois aspectos fundamentais: que o direito se enquadra como prática social argumentativa e, aliando a isso, é fenômeno social que deve ser observado sob o ponto de vista interno dos participantes¹⁴¹. Compreendidos esses fundamentos, o autor apresentará sua visão acerca da prática do direito a partir de uma outra prática social mais simples, adotada como modelo de exposição de suas ideias: as regras de cortesia. Essas regras não são impostas como regras positivadas, mas constituídas intersubjetivamente¹⁴², isto é, há uma interconexão de atitudes interpretativas de seus participantes (ponto de vista interno) na prática da cortesia que indica a existência de dois componentes básicos a serem identificados: toda prática social tem um valor, por servir a um propósito ou finalidade que pode ser identificada de forma independente da mera descrição das regras que a constituem. Associado a esse valor, o conteúdo da prática é redefinido a partir da finalidade identificada, isto é, a certa prática social não é necessariamente o que poderia se pensar ser, mas o que deve ser a partir do significado que se tentará atribuir à prática, sem se deixar vincular de sua finalidade ou propósito¹⁴³. Assim, o elemento da intencionalidade (*point*) na interpretação da prática social é determinante para que os elementos valor e conteúdo possam se fundir, forjando em completude a prática social e seu significado, como o é o Direito.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 228.

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 63-4.

¹⁴¹ *Ibid*, p. 17.

¹⁴² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 205.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 57-8.

Por essas considerações extraídas de uma prática social como a cortesia, deduz-se a natureza argumentativa do direito: o direito enquanto prática social normativa não se exaure apenas no elemento formal-descritivo, mas, notadamente, na prática argumentativa que acontece em torno do fenômeno jurídico como exercício interpretativo, o que evoca uma noção de validade para as proposições jurídicas que excede a mera busca por fundamentos formais positivados, não engajados (arquimedianos), mas por perseguir um valor de verdade que reside no jogo argumentativo daqueles que vivenciam a prática jurídica nos tribunais.

Importa salientar que esse caráter argumentativo que acontece pela natureza interpretativa do direito, não se dá em busca da determinação do conceito do direito, mas pela admissão de que esse conceito é essencialmente controvertido e, por isso, essa busca remeterá o interprete a sempre formular concepções que serão contrapostas por tantas outras, constituindo a divergência ou a natureza controvertida do conceito¹⁴⁴.

Essa disputa pelo significado de uma prática social, como o direito, não redundará numa busca por vestígios do que poderia (não) ser convencionalizado: o conceito de direito é, por sua natureza, controvertido e disputado¹⁴⁵. Isso significa romper com a visão arquimediana do direito¹⁴⁶, que privilegia os elementos descritivos e não substantivos, remetendo a uma concepção do direito essencialmente baseada no convencionalismo. A aceitação dessa natureza contenciosa significa afirmar, por outro lado, que existem certos acordos, distintos daqueles requeridos pelo positivismo, que, em verdade, indicam a existência um campo contextual compartilhado no qual ocorrem os desacordos: devem possuir o mesmo vocabulário, devem compreender o

¹⁴⁴ A noção da diferenciação entre concepções e a constituição de um conceito por meio da disputa ou da contenda de concepções foi muito bem trabalhada por W. B. Gallie. (GALLIE, W. B.. Essentially Contested Concepts, in Liberal Morality and Social Morality " in Philosophy, Vol.XXIV, No. 91, 1950, pp. 318-33. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/4544562>. Acesso em 05/04/2019.

¹⁴⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210.

¹⁴⁶ Para Dworkin, a concepção filosófica arquimediana do direito seria aquela comprometida com uma análise descritiva, filosófica ou não, do direito, pressupondo "um olhar de superioridade, de fora e de cima, sobre a moral, a política, o direito, a ciência e a arte". Ele distingue pelo menos duas posturas que expressariam esse arquimedianismo: "o discurso de não filósofos refletindo e apresentando argumentos sobre o que é certo e ou errado, legal ou ilegal, verdadeiro ou falso, belo ou prosaico"; enquanto que os de segunda ordem seria o "meta" discurso, atribuindo-se definições e classificações filosóficas de cada conceito. O que essas concepções têm em comum? Ambas expressam análises neutras e não comprometidas, sem qualquer comprometimento com a moralidade e, portanto, não seriam engajadas nem substantivas, ignorando o ponto de vista interno dos participantes das práticas sociais. (DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 201-2).

mundo de forma parecida e “ter interesses e convicções suficientemente semelhantes para reconhecer o sentido das afirmações de todos os outros”, o que seria uma forma de vida concreta na qual seja possível identifica propósito e sentido comuns. Deve haver interesse e convicções para ser suficientemente denso a “permitir a verdadeira divergência, mas não tão densa que a divergência não possa manifestar-se”¹⁴⁷.

Assim, a noção do direito como atitude interpretativa necessariamente remete seus atores à compreensão de que tais divergências naturalmente concebidas pela prática jurídica remetem a um conceito político de direito. Isso porque essas concepções que contendem na constituição desse conceito contencioso (*contested concept*), que é o direito, pressupõem, como já dito, a afirmação de uma intencionalidade na prática da interpretação reconstrutiva, o que, necessariamente, induzirá a demanda na busca pelo melhor argumento ou, em última análise, pela melhor razão moral-política que torne mais densa e legítima a justificação moral (ou moral política) no processo decisório¹⁴⁸.

Situar o direito como conceito político significa também reconhecer que as divergências que normalmente ocorrem no campo da filosofia política, ou mesmo em discussões políticas comuns, são notadamente de natureza semelhante às divergências no direito. Da mesma forma que na filosofia política grande parte das análises de valor é conceitual, neutra e desengajada, merecendo a rotulação de arquimedianas, como se fosse possível enxergar os fenômenos políticos ou jurídicos “de lugar nenhum” ou como tentativa ilusória de isenção e de neutralidade¹⁴⁹. Também no direito, a verificação da validade das proposições jurídicas, que remete à investigação da natureza e dos fundamentos do direito, recebe de Dworkin as mesmas críticas: o projeto hartiano falhou por ser meramente descritivo e desengajado, fazendo depender o direito de uma estrutura de repetitiva de práticas abrangidas e classificadas pela regra de reconhecimento como jurídicas, ignorando os aspectos

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 77.

¹⁴⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 212.

¹⁴⁹ Essa referência a concepções políticas ou mesmo jurídicas rotuladas como arquimedianas revelam a tentativa muito comum na interpretação científica de distanciamento dos dados, como se fosse possível estar no mundo e, ao mesmo tempo, considerar que esse estar no mundo não significa, ao mesmo tempo, o compartilhamento de toda a tessitura valorativa e que indicam uma posição certa no mundo, isto é, que revelam a dependência do sujeito à linguagem como elemento básico ou fundamental de sua permanência/vivência no mundo. Isso fica bastante claro no argumento de Dworkin ao citar algumas vezes o pensamento de Hans-Georg Gadamer, de significado singular na hermenêutica filosófica e nos estudos sobre a linguagem. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 62-3).

valorativos que, como já comentado, estão no cerne das verdadeiras divergências inerentes às práticas jurídicas, principalmente percebidas nos casos de difícil resolução judiciais¹⁵⁰.

E não apenas isso, o direito, como situado no político, assim como se faz perceber numa filosofia política comprometida com os valores de forma normativa, engajada e conceitual, deve perceber os valores de forma a reconhecer sua manifestação a partir de uma estrutura integrada que requer, de forma particular (situados em certo tempo e em determinado lugar), uma articulação apropriada e significativa, revelando sua natureza interpretativa não hierarquizada, mas integrativa e codependente, a lembrar uma estrutura geodésica¹⁵¹.

Onde a mera filosofia política descritiva e desengajada enxerga os valores apenas no interesse pela definição de seu conceito, negando seu caráter normativo e afirmando um caráter meramente informativo, que pode ou não ser considerado pelo intérprete, a filosofia política e o direito, a partir de uma concepção de interpretação construtiva, necessariamente faz perceber os fenômenos jurídicos a partir do compromisso com a edição de um esquema engajado, porque dependente do ponto de vista interno dos envolvidos na prática; normativo, porque sua responsabilidade é na identificação do melhor ajuste desse tecido conjuntivo de valores agregados e codependentes que não estão dissociados do direito, mas que lhe serve de fundamento; e conceitual porque a interpretação construtiva visa a redefinição de sua prática a partir de uma noção de intencionalidade que vinculam a interpretação ao valor e o propósito de uma prática a identificar sua melhor luz ou forma, garantindo que a prática receba um significado normativo atual que, por sua vez, será reinterpretada posteriormente, a induzir mudanças ou adaptações da prática impostas pelo processo interpretativo¹⁵².

Reconhecer a natureza interpretativa do direito também significa afirmar a dependência das condições de verdade, que validam as proposições jurídicas, da interpretação construtiva dos dados e da adoção de sua finalidade vinculada a esse ajuste dos dados e de sua justificação¹⁵³. O ajuste e a justificação são recursos utilizados pelo autor para ensejar a identificação e aplicação do critério avaliativo, isto

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 230-4.

¹⁵¹ Ibid, p. 227.

¹⁵² MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 217-220.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 242.

é, a necessária articulação integrada de princípios e de valores morais-políticos que conferem sustentação ao ideal de integridade do direito no empreendimento dworkiano.

Para Dworkin as questões centrais serão debatidas em outro nível de compreensão que supera o entendimento do fenômeno jurídico apenas por meio de conceitos criteriosais ou do aspecto semântico de precedentes e do direito legislado. Essas questões jurídicas deverão ser apreciadas no contexto do que denominou de *fórum do princípio*, a indicar não haver a mera possibilidade de decisão como escolha política do magistrado, no lugar do legislador, mas a real discussão sobre questões atinentes aos princípios, e estes sendo aqueles valores melhor invocados pelos interlocutores do debate, questões substanciais mais fundamentais de moralidade política da comunidade¹⁵⁴.

Nesse fórum dos princípios a articulação argumentativa é fundamental. A busca pelos melhores fundamentos expõe o debate em uma gramática lógica distinta daqueles havidos em que questões de mera identificação do sentido da lei, em nível semântico, próprio da dinâmica das técnicas de subsunção. Essa lógica é substituída, dando lugar à busca pela compreensão dos valores ou princípios envolvidos no litígio. Por intermédio da via argumentativa os conceitos envolvidos podem ser ajustados a permitir a melhor justificativa para a finalidade das práticas envolvidas, a garantir que o formato do modo de integração entre esses princípios redunde no melhor julgamento moral do tipo político¹⁵⁵.

Na análise de Dworkin sobre a legalidade, como valor/princípio mais comum e próprio do direito, mas que se contextualiza no mesmo fórum de princípios, embora possa ser compreendido com a aparência de independência em relação a outros valores políticos, deve a interpretação construtiva garantir que tais princípios sejam reinterpretados a possibilitar “um modo de integrá-las a uma avaliação geral da superioridade interpretativa quando elas tomam direções opostas”. De modo que a interpretação construtiva desses valores remeterá “à imparcialidade processual, que constitui a essência da dimensão do ajuste, e à justiça substantiva, que constitui a essência da justificação política”¹⁵⁶. Esse campo de discussão rende o espaço necessário e adequado para que os conflitos mais profundos e fundamentais de uma

¹⁵⁴ DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 100-3.

¹⁵⁵ GUEST, *op. cit.*, 2010, p. 43-5.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 243.

sociedade encontrem a devida solução e expressem correspondência com o ideal de justiça a ela imanente.

É nesse campo de discussão, nomeado como fórum do princípio, que se dá a exposição dos argumentos dos participantes ou daqueles que vivenciam a prática social ou, no caso do direito, daqueles que vivenciam a situação litigiosa que requer uma dada solução jurídica. A melhor interpretação deve satisfazer o ideal de reconstrução do direito a partir dos argumentos das partes, não limitada apenas à malfadada busca pelas intenções dos legisladores, mas a identificar, reconstrutivamente, qual o melhor sentido do direito, a denotar o confronto das concepções das partes sobre os princípios aplicáveis ao caso, o que, discursivamente, vai definindo o campo de atuação dos princípios e valores envolvidos no caso, e não apenas isso, mas principalmente quais as intersecções entre eles, a propiciar o melhor equilíbrio, subsidiando a construção da razão pública que deverá ser adotada pelo juiz para a solução do caso.

É evidente que o cuidado e diligência na identificação e na construção de uma inteligência de integração entre os princípios envolvidos na controvérsia não indica um sentido banal de instrumentalidade, que se manifestaria apenas pela identificação de uma mera justificativa para atingir a paz social, reduzindo o direito a seu aspecto funcional. Na verdade, sem confundir função e propósito, deve-se lhe atribuir um sentido superior, diligente não apenas com as formulações normativas anteriores, quer pelo legislador quer pelos tribunais, mas a adequada percepção de continuidade do direito a exigir que seus termos sejam sucessivamente determinados como uma narrativa coesa e coerente, enraizada no passado, extraído daí seu significado crítico fundante para as ressignificações próprias do presente, direcionando sua nova construção para o futuro, o que **constituindo** a visão do autor do Direito como Integridade.

É por isso que o método interpretativo do autor não se satisfaz com os meros condicionamentos impostos pela identificação do direito com os simples fatos ou fatos brutos, como o é na perspectiva do direito pelo convencionalismo. A interpretação construtiva de Dworkin parte desses fatos, como elementos importantes em sua interpretação, mas vai para além disso: o Direito antes depende não apenas dessas fontes tradicionais (o direito legislado e o direito dos precedentes), mas, essencialmente, da adequada conjugação dos princípios que constituem a moralidade política de uma comunidade.

Na seção seguinte, serão abordadas os pontos fundamentais de como se desenvolve cada etapa de interpretação, associando ao processo e seu propósito a apresentação da figura do Juiz Hércules como hipótese de realização de todo o método de interpretação. Ademais, será abordada a possibilidade de realização de todo seu projeto do direito como atitude interpretativa com vistas à formação de um conceito de direito como um todo integral e coerente, que se reflete em perfeita correspondência aplicativa nas decisões judiciais.

4.2. AS ETAPAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA

A compreensão adequada da visão do autor, como meio de verificação da utilidade de sua teoria para resolução das questões problemáticas identificadas nesse trabalho, é necessária para precisar o seu potencial prático. Dito de outra forma, não adianta apenas compreender as críticas formuladas pelo autor ao positivismo sem perceber direito como sua proposta pode ser articulada como nova possibilidade de compreensão do direito e, na prática, como isso reflete na forma de estruturação do fundamento lançado para subsidiar uma decisão judicial.

Como mencionado, não é certo restringir a aplicação e validade da teoria interpretativa do autor apenas aos casos que são reconhecidamente difíceis. Sua teoria perpassa a aplicação à singularidade desses casos e, a bem da verdade, servem de método para a compreensão de todo o fenômeno jurídico, principalmente por indicar o compromisso do juiz com a integridade desse fenômeno e em situá-lo com o compromisso de buscar a melhor resposta para o caso em apreciação.

É importante ressaltar que a teoria da interpretação de Dworkin se situa a partir das teorias da linguagem desenvolvidas principalmente por teóricos da filosofia analítica, como Wittgenstein, da hermenêutica filosófica, como Hans Georg Gadamer, além de também se servir das contribuições de Jürgen Habermas na área da linguagem. Em síntese, o reconhecimento da dependência da linguagem para percepção do mundo e, antes de qualquer coisa, que dela precisamos para nos situar nele, são aspectos básicos e essenciais para afirmar, num próximo passo, que as técnicas de interpretação na ciência jurídica, estruturadas pela hermenêutica, são umbilicalmente dependentes dos estudos desses teóricos da linguagem. A

compreensão do círculo hermenêutico¹⁵⁷ indica que a interpretação do objeto de estudo, ou no caso da prática social do direito, não pode ser percebida como algo independente do estar aí no mundo, como numa visão solipsista¹⁵⁸ ainda presa no esquema sujeito-objeto¹⁵⁹, como se a percepção e intelecção pudessem se dar de forma objetiva e neutra.

A compreensão do objeto de estudo e, notadamente, quando se trata de uma prática social, as percepções do sujeito sempre estão submetidas aos seus próprios preconceitos, valores e visão de mundo, contextualizada em dada realidade cultural¹⁶⁰, de modo que parte daquilo que compreendemos não é apenas em função do objeto que é estudado, mas principalmente em função da forma como nossa linguagem e, portanto, nossa forma de entender o que acontece em volta de nós, está contextualizada e capacitada para isso.

Dito de outro modo, a interpretação tem como condição de possibilidade a linguagem e essa, indubitavelmente, vem carregada do que Gadamer denominou de “consciência histórica efetiva”¹⁶¹, a indicar que não seria possível compreender a partir

¹⁵⁷ “...o fato de podermos dizer que algo é, já pressupõe que tenhamos nele uma compreensão, ainda que incerta e mediana. E mais! Só nos relacionamos com algo, agimos, direcionamos nossas vidas na medida em que temos uma compreensão do ser. Ao mesmo tempo, só podemos compreender o ser na medida em que já nos compreendemos em nossa *facticidade*. O acompanhamento desta rápida exposição por si só já dá conta da estrutura circular em que se movimenta o pensamento heideggeriano. Essa estrutura circular é o *Círculo Hermenêutico*, não mais ligado à interpretação de textos, mas à compreensão da *facticidade* e existência do *Ser-aí*”. (STRECK, Lênio Luiz.

Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed., rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 432).

¹⁵⁸ “(...) o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo”. (STRECK, Lênio Luiz.

Dicionário de filosofia: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 273).

¹⁵⁹ O esquema sujeito-objeto está relacionado à possibilidade de compreensão do mundo pelo sujeito sem considerar a mediação da linguagem, esta que se dá sempre intersubjetivamente. Por isso, esse esquema representa a filosofia denominada da consciência (em contraponto à filosofia da linguagem), tendo como fundamento sempre o eu cognoscente. Isso vai significar no direito estar o juiz num plano de privilégio cognitivo, a admitir que a decisão judicial decorreria irremediavelmente de sua própria consciência, a despeito da perspectiva dos demais sujeitos processuais. (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 83-5).

¹⁶⁰ “O sujeito que compreende é finito, isto é, ocupa um ponto no tempo, determinado de muitos modos pela história. A partir daí desenvolve seu horizonte de compreensão, o qual pode ser ampliado e fundido com outros horizontes. O sujeito que compreende não pode escapar da história pela reflexão. Dela faz parte. Estar na história tem como conseqüência que o sujeito é ocupado por pré-conceitos que pode modificar no processo da experiência, mas que não pode liquidar inteiramente”. (STEIN, Ernildo. **Crítica da ideologia e racionalidade**. Porto Alegre: Movimento, 1986, p. 37).

¹⁶¹ “A consciência histórica compreende a si mesma erroneamente, quando, para compreender, pretende desconectar o que unicamente torna possível a compreensão. Pensar historicamente quer

de um ponto de vista específico e indiferente essa história de vida compartilhada com a comunidade. Nosso ponto de vista é influenciado pelo mundo ou por aquilo que, nele estando situado, exerce influência em nós. Entretanto, a tradição ou essa história de vida compartilhada não está a nosso dispor, acessível por meio da reflexão: antes da pretensão de tentar sujeitá-la, nós é que estamos sujeitos a ela. O que é por nós compreendido somente é possível por meio do horizonte de uma tradição de sentido que, além de nos marcar, torna essa compreensão do mundo e de nós mesmos possível¹⁶². E, diferentemente do que seja possível imaginar, o acesso a essa tradição ou fonte histórica da comunidade não ocorre de maneira plena e direta, mas, o inverso, é essa história que exerce influência sobre nós, independentemente da consciência que podemos ter ou formar em relação a ela¹⁶³.

Manfredo A. de Oliveira contribui de forma muito relevante:

[...] Gadamer parte de Kant para ir além de Kant, na medida em que pretende precisamente mostrar que a constituição do sentido não é obra de uma subjetividade isolada e separada da história, mas só é explicável a partir de nossa pertença à tradição eis-aí-ser não pode superar sua própria facticidade, daí sua vinculação a costumes e tradições que codeterminam sua experiência de mundo. E no horizonte da tradição de um todo de sentido que compreendemos qualquer coisa, o que manifesta que não somos simplesmente donos do sentido. A hermenêutica de Gadamer é conscientemente uma 'hermenêutica da finitude', o que significa para ele a demonstração de que nossa consciência é determinada pela história¹⁶⁴.

Habermas vai concordar com Gadamer até certo ponto: nem o mundo da vida e muito menos a tradição histórica pode ser compreendido em sua inteireza¹⁶⁵. A compreensão está sempre limitada ao conhecimento "da perspectiva dos implicados",

dizer, na realidade, realizar a conversão que acontece aos conceitos do passado, quando neles procuramos pensar. Pensar historicamente implica sempre uma mediação entre aqueles conceitos e o próprio pensar". (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 578).

¹⁶² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. Ed. – São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 227-8.

¹⁶³ Ibid, p. 229.

¹⁶⁴ Ibid, p. 227.

¹⁶⁵ "Para podermos formular esse enunciado ou outros semelhantes, temos certamente de proceder a uma mudança de perspectiva: o mundo da vida só pode ser apreendido *a tergo*. Desde a perspectiva frontal dos próprios sujeitos agentes orientados ao entendimento, o mundo da vida, sempre "dado em conjunto", escapa à tematização. Como totalidade que possibilita as identidades e os projetos biográficos de grupos e indivíduos, o mundo da vida só está presente de maneira pré-reflexiva. Da perspectiva dos implicados, é possível, com efeito, reconstruir o saber de regras requerido na prática e sedimentado em manifestações, mas não o contexto fugidio e os recursos, que sempre permanecem às costas, do mundo da vida em seu todo". (HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 417).

e isso significa concluir que a compreensão do racionalismo moderno que tinha a pretensão de pleno conhecimento de seus objetos por parte do sujeito, no contexto das ciências empíricas, e a possibilidade de acesso ao transcendental e absoluto, enquanto ciências do espírito na modernidade, passam por uma ressignificação de sentido no reconhecimento da linguagem como condição de possibilidade. Inclusive é por meio das contribuições da hermenêutica gadameriana que o transcendental vai ser reconhecido na historicidade, tornando ilusória “a exigência de regressão a uma instância fundadora última, a um ponto arquimédico de todo e qualquer conhecimento, ao ‘fundamento inabalável’ como diria Descartes”¹⁶⁶.

Habermas vai afirmar, sendo citado por Dworkin¹⁶⁷, que o entendimento da linguagem não comporta apenas uma visão passiva ou sujeita a influências, mas que é possível exercer uma função ativa, no sentido de exercer influências, ou seja, de que a comunicação é via de mão dupla, sendo possível, inclusive, ao autor de um texto aprender com o intérprete¹⁶⁸. Iremos abordar as contribuições de Habermas e de outros teóricos da reviravolta linguístico-pragmática no capítulo seguinte.

Por hora, essa visão sobre a linguagem e o acesso ao mundo é adequada em relação àquilo que foi comentado sobre a interpretação conversacional ou a busca pelas intenções do autor, mas não para por aí. O reconhecimento da importância de entender o fenômeno da linguagem, nos termos em que é dimensionada por Wittgenstein e Gadamer, enseja reconhecer a necessidade de se afirmar, no contexto da hermenêutica, que “compreender o que é dito exige a participação e não mera observação”, ou seja, os intérpretes devem renunciar “à superioridade da posição privilegiada do observador, porque eles próprios se vêem envolvidos nas negociações sobre o sentido e a validade dos proferimentos”, no dizer de Habermas¹⁶⁹.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. Ed. – São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 231.

¹⁶⁷ Habermas reconhece a dependência da hermenêutica das teorias contemporâneas sobre a linguagem, afirmando seus três aspectos funcionais: “a linguagem preenche três funções: (a) a função da reprodução cultural ou da presentificação das tradições (é nessa perspectiva que Gadamer desenvolve sua hermenêutica filosófica), (b) a função da integração social ou da coordenação dos planos de diferentes atores na interação social (é nessa perspectiva que desenvolvi uma teoria do agir comunicativo), e (c) a função da socialização da interpretação cultural das necessidades (...)”. (HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Por Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p.43-4).

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 63-4.

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Por Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 45.

De todo modo, Dworkin reconhece, então, que é indispensável assumir esses condicionamentos da linguagem, justificando um ponto de partida sempre pelo ponto de vista do participante da prática (como o direito), firmando a interpretação no engajamento em um campo contextual específico, aspirando que seus resultados sejam normativos, como interpretação compromissada decorrente desse contexto linguístico. Então, é certo afirmar que a linguagem é, então, verdadeira condição de possibilidade para a interpretação, levando em conta suas características e tudo aquilo que depende de uma visão interna e engajada das práticas jurídicas.¹⁷⁰

Dworkin se baseia nisso para apresenta seu método de interpretação construtiva estruturado em três etapas. Na primeira delas, o autor afirma ser necessária a existência de níveis ou graus de consenso na comunidade a possibilitar um nível pré-interpretativo, em que são identificadas regras ou padrões empregados como conteúdo do direito. Assim, como já ressaltado, essa etapa inicial parte necessariamente de um certo grau de consenso, a talvez até indicar uma comunidade interpretativa, mas, sem dela depender nesse primeiro momento, sendo necessário que os participantes exerçam um nível mínimo de interpretação a ensejar, nas palavras do autor, “o conteúdo experimental da prática”¹⁷¹. Nessa fase, já existe um certo grau de interpretação, possibilitando a identificação das práticas sociais relevantes como situadas no jurídico.

Importa salientar que a definição dos dados elementares, ou definidos por Dworkin como dados brutos da fase pré-interpretativa, são necessariamente precedidos pelo compartilhamento pela mesma comunidade das suposições e convicções sobre aquilo que deve ser considerado essencial e válido para a prática jurídica que está sendo interpretada. Esse aparato consensual serve de fundamento necessário para o início de toda a interpretação. E aqui vale rememorar que tais exigências são notadamente indispensáveis, pois a teoria interpretativa de Dworkin tem como marcas distintivas o apelo avaliativo, o comprometimento ou engajamento do intérprete como participante e sua pretensão normativa, isto é, se está alinhada com tais características, deve vincular o agir do sujeito a ele submetido, como razão prática para determinar a conduta.

Na fase seguinte, a interpretativa, o intérprete deve identificar uma justificativa geral para os principais elementos envolvidos na prática, estes compreendidos e

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 78-79.

¹⁷¹ Ibid, p. 81.

situados na fase pré-interpretativa. Mesmo que a justificativa lançada como fundamento das práticas não satisfaça integralmente todas as nuances e características marcantes, deve haver um ajuste suficiente a manter o intérprete na posição de quem efetivamente continua interpretando, não inventando uma nova prática¹⁷².

Nessa fase da interpretação, são efetuados os ajustes e adequações da prática pela justificativa ou por seus apelos valorativos identificados¹⁷³. O cerne do conceito da interpretação criativa ou reconstrutiva é efetivado nessa fase, por meio da identificação do valor ou princípio que justifica a prática social (jurídica), firmando a relação entre esse valor e o conteúdo da prática para, na próxima fase, redefini-la como melhor expressão do atendimento de seu propósito ou finalidade fundamental.

Na última fase, a pós-interpretativa, também denominada de reformuladora, finalmente ocorre o ajuste ou adequação da prática àquilo que realmente é por ela requerido “para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa”¹⁷⁴.

É bem verdade que os níveis exigidos de consenso da comunidade são distintos em profundidade e complexidade. As convicções e suposições necessárias a possibilitar um primeiro nível da interpretação (pré-interpretativo) são mais profundas e enraizadas na comunidade, como predicados de um corpo social comum. No entanto, esse nível de compartilhamento de crenças e suposições tão fundamental é menos complexo e mais indutivo, incontestável. As discordâncias não costumam se verificar nesse nível de interpretação, pois, na verdade, o que mais importa destacar nesse nível é o compartilhamento de uma forma de vida em comum, suficientemente concreta, segundo Wittgenstein¹⁷⁵. Nesse contexto, o que é dito, proferido, ou mesmo o que é comunicado em linguagem não verbal é facilmente compreendido por todos, a indicar um mesmo denominador da vida comum, convicções, suposições, crenças, basicamente, uma mesma linguagem¹⁷⁶.

Por outro lado, o nível de consenso ou as convicções que se apresentam em um nível mais substantivo são requeridos na fase propriamente de interpretação, isto é, no momento de escolha da justificativa geral que será empregada na fase de

¹⁷² Ibid, p. 81-2.

¹⁷³ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, 2013, p. 230.

¹⁷⁴ DWORIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 82.

¹⁷⁵ Ibid, p. 77.

¹⁷⁶ COSTA, Claudio Ferreira. **Wittgenstein e a gramática do significado**. Natal: Servgráfica, 2005, p. 52-6.

interpretação que essas convicções mais substantivas ganham evidência. Essas convicções, no entanto, sofrem coerção ou são estrangidas por um outro tipo de convicções necessárias na fase de adaptação da prática interpretada à justificativa geral identificada para subsidiá-la. Nesse estágio, são esperados que a distinção de cada concepção acerca do conceito da prática jurídica (o que as regras e padrões significam ou devem significar) reforce o sentido da real controvérsia havida no debate jurídico. É nesse ponto da adequação ou do ajuste da prática à justificativa geral que o elemento da intencionalidade (*point*) interpretativa torna-se marcante.

A atitude interpretativa somente irá florescer, fazendo atualizar as regras e normas sob interpretação, se esses níveis exigidos de convicções compartilhadas forem gradualmente do incontroverso e indubitado ao espaço de ampla controvérsia, ainda que circunscrita pelos níveis anteriores. Assim, as convicções do nível pré-interpretativo são totalmente compartilhadas, as convicções substantivas do segundo nível (na identificação da justificativa geral) sofrem a influência das convicções ou suposições próprias da fase de adequação ou ajuste (finalizadas no terceiro nível, pós-interpretativo), tornando inviável a possibilidade de plena criação ou de inovar em relação prática ou regra interpretada.

Para Dworkin, o nível de controvérsia havida na última fase, de adequação ou ajuste, é fundamental e esperado. Essa controvérsia no contexto de sua teoria interpretativa não é condicionada por algo externo a ela (o que é próprio de uma visão arquimediana), ou mesmo solucionada por um artifício de criação ou invenção jurídica a partir do nada ou da livre vontade do intérprete. A forma de adequação e ajuste se efetiva a partir dessa controvérsia, mas se resolve a partir do condicionamento próprio da história. É a história em sua contínua relação com o presente e na perspectiva de projeção para o porvir que irá determinar se as adequações foram excessivas ou restritivas. Essa relação imbricada da interpretação e a história é descrita por Dworkin, citando Gadamer, ao afirmar que “a interpretação é como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas”¹⁷⁷.

Assim, importa fazer pelo menos duas ilações importantes¹⁷⁸: a interpretação não é o mesmo que criação ou de liberar o intérprete para atribuir qualquer sentido ao texto ou prática jurídica (regras e padrões), pois ele deve se submeter a certas restrições inerentes à linguagem, incluídas aquelas impostas pelos próprios textos, e

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 75.

¹⁷⁸ DWORKIN, *op. cit.*, 2005, p. 253-4

pela história; e segundo, não significa que a interpretação poderá resultar em qualquer coisa ou apontará para qualquer resultado, com sentidos indiferentes (que não seriam certos ou errados, válidos ou inválidos), ou seja, aparentemente marcados pelo subjetivismo e relativismo.

No primeiro aspecto, o autor recorda a exemplificação de Wittgenstein ao mencionar o caso do homem que duvidou do que leu no jornal e comprou outro exemplar para confirmar o que viu, talvez esperando obter um ponto de apoio fora do âmbito de sua interpretação¹⁷⁹: a crítica de Dworkin é precisa ao estabelecer a renúncia à busca por “significados ontologicamente independentes, espalhados entre os objetos do universo”¹⁸⁰.

Para ele afirmações interpretativas são necessariamente especiais e complexas sobre o que torna melhor o objeto da interpretação, a partir do senso de adequação ou ajuste entre a prática e a justificativa geral estabelecida. O resultado desse esquema avaliativo é a formulação de afirmações que nada mais são que interpretativas e não dependentes de algo externo, mas imbricadas com a moralidade política, seus princípios e valores, em certo contexto histórico.

O segundo aspecto ressaltado é, na verdade, decorrente de um anseio pela verificação de acerto ou pretensão de correção que direcionaria à condição de verdade das proposições jurídicas a dependerem de algum tipo de avaliação que requeira a objetividade. Em teorias convencionalistas, como o positivismo jurídico, isso aponta para o critério da positividade a entregar, sob esse pretexto, a verificação de validade com base apenas nos fatos brutos, o simplesmente ali “positivado”.

Entretanto, para Dworkin seria um erro continuar raciocinando dessa mesma forma. A busca pela objetividade perde seu sentido quando a discussão é relativa a julgamentos interpretativos de ordem moral, política, jurídica ou mesmo estética. Senso assim, a busca pela objetividade dos argumentos morais seria, no dizer de

¹⁷⁹ O ponto de fora, como tentativa de estabelecimento de uma visão interpretativa ainda carregada pelo apelo ao ideal de neutralidade ou de uma perspectiva pretensamente isenta, significaria a busca arquimediana por um ponto de apoio fora, externo, uma justificativa externa, mas que ao mesmo tempo, reclamaria isenção e neutralidade, isto é, a tentativa se identifica com o estabelecimento da expressão Thomas Nagel: “uma visão a partir de lugar nenhum”. (NAGEL, Thomas; VIEIRA, Silvana. **Visão a partir de lugar nenhum**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004).

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 252.

Dworkin, nada além de argumentos morais; da mesma maneira, a objetividade de argumentos interpretativos requereria apenas argumentos interpretativos¹⁸¹.

Essa objeção de Dworkin à requerida objetividade, e a insistência que se manifesta pela busca por uma justificativa externa e independente (portanto, factual, e nesse sentido, arquimediana¹⁸²), seria também decorrente da incompreensão da independência da moralidade e de outras dimensões de valor: não é possível estruturar e construir uma argumentação de teor moral sem a afirmação de convicções morais e que essas tais estejam firmadas em pressuposições e premissas também de ordem moral; a obtenção do melhor argumento moral deve ser decorrente de um processo argumentativo em que as razões possíveis são todas colocadas argumentativamente em busca da melhor proposição então disponível; além disso, afirma ser necessária a submissão a uma responsabilidade moral e a importância da elaboração de uma teoria adicional acerca da estrutura de argumentos adequados¹⁸³.

Dworkin apresentou o direito como uma prática social de natureza interpretativa, cujas controvérsias em seu cerne são resolvidas de maneira argumentativa. Sua teoria da interpretação criativa ou reconstrutiva, aplicada a práticas sociais, como a cortesia e o direito, partem sempre de um acordo pré-interpretativo, contingente e local¹⁸⁴, cujos pressupostos são incontestáveis, referidas por ele como próprios dos conceitos, em um nível de maior abstração, para o das opiniões ou concepções, no qual se admite as controvérsias em ampla matiz, porém em um nível menor de abstração e com maior concretude.

Quanto mais concreta a proposição jurídica, sobre pontos relativos ao refinamento dos conceitos ou pressupostos mais abstratos, mais controversa será sua interpretação. Esse nível de controvérsia e divergência no campo das concepções

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 257.

¹⁸² Vale salientar que essa busca pelo elemento externo e factual e, por isso, arquimediano, perfaz-se com clareza nos casos nos quais se concentra a problemática do presente trabalho: os *hard cases*. Nesses casos não a controvérsia não reside em elementos legais ou abrangidos de forma satisfatória pela jurisprudência dos tribunais. O argumento central de Dworkin é que essa controvérsia de natureza teórica e, portanto, de fundo principiológico e valorativo, deve ser resolvido nessa seara, de modo que o foco da discussão seja assumidamente dessa natureza. É evidente usar a expressão em casos de simples resolução, nos quais as partes e o juiz encontram solução razoavelmente simples na legislação, escorado na jurisprudência dos tribunais, seria uma imprecisão.

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 58-9.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 113.

deve ser afirmado, porque é a partir dos acordos e desacordos que são construídas, argumentativamente, as novas interpretações¹⁸⁵.

4.3 DIREITO COMO INTEGRIDADE: A METÁFORA DO ROMANCE EM CADEIA E A METÓDICA DO JUIZ HÉRCULES

Dworkin partirá desse fundamento para estabelecer sua concepção acerca do direito, em relação comparativa com outras concepções teóricas divergentes sobre o conceito de direito. Essas concepções são apresentadas e desenvolvidas não em nível semântico, mas essencialmente em nível interpretativo.

Antes de prosseguir na exposição, vale fazer uma rápida digressão com a promessa de sua retomada mais demorada em momento oportuno: o projeto de Ronald Dworkin é muito mais ambicioso que apenas formular críticas à teoria do direito consolidada a partir do positivismo jurídico e de apenas apresentar uma nova dimensão de sua prática, expondo sua natureza interpretativa, o autor erige um novo projeto teórico que não apenas engloba esses elementos críticos, mas amplo o suficiente ao estabelecer as bases de uma filosofia política, assumidamente liberal, situando o direito não mais como interconectado com a moral e a política, mas, essencialmente, englobando-o como parte de um fenômeno do mundo do valor, juntamente com as demais áreas¹⁸⁶.

Mais tarde, em sua última obra, o autor daria um passo além: ele passou a compreender o direito como um ramo da moralidade, isto é, enquanto está seria o tronco da árvore, “o direito é um ramo da moral política, que é um ramo de uma moral pessoal mais geral, que é por sua vez um ramo de uma teoria ainda mais geral do bem viver”¹⁸⁷. Essa compreensão é estruturada em três teses lá desenvolvidas: a tese da independência do valor, a tese da unidade do valor e a tese da responsabilidade moral.

Prosseguindo, o autor oferta um conceito de direito que cumpre os ditames de um nível conceitual e abstrato, próprio dos acordos ou como pressuposto, servindo de fundamento para o desenvolvimento teórico de sua concepção: “o direito de uma

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 86-8, 112.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 51.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 10.

comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado”¹⁸⁸. Esse conceito de direito é abstrato o suficiente para possibilitar o desdobramento de diferentes matizes teóricas decorrentes das distintas concepções de direito que serão apresentadas com o intuito de ressaltar a relevância da construção teórica do autor.

Para tanto, o autor enumera um conjunto de três perguntas fundamentais cujas respostas indicam as principais características e, portanto, suas notáveis distinções. Essas questões estão intrinsecamente relacionadas com o conceito de direito por ele formulado, de modo que as diferentes respostas seriam possíveis como concepções distintas, como interpretações formuladas na tentativa de completar o empreendimento do direito conceituado pelo autor. São essas as perguntas e seus desdobramentos:

Primeiro, justifica-se o suposto elo entre o direito e a coerção? Faz algum sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos e responsabilidades que ‘decorrem’ de decisões políticas anteriores? Segundo, se tal sentido existe, qual é ele? Terceiro, que leitura de ‘decorrer’ – que noção de coerência com decisões precedentes – é a mais apropriada? A resposta que uma concepção dá a essa terceira pergunta determina os direitos e responsabilidades jurídicos concretos que reconhece.¹⁸⁹

A concepção defendida e construída pelo autor é o direito como integridade, e em franco antagonismo, apresentou o convencionalismo e o pragmatismo. Em linhas gerais¹⁹⁰, o convencionalismo responde de forma afirmativa ao elo suposto entre direito e coerção, apontando que o significado dessa relação se justifica de maneira coerente nas decisões políticas anteriores, isto é, esgota-se na previsibilidade do direito determinado no passado e o sentido de equidade e justiça se define na satisfação desses padrões convencionados. O sentido de coerência está fundamentalmente inscrito nas técnicas e modelos convencionalmente aceitos pela

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 116.

¹⁸⁹ *Ibid*, p. 117-8.

¹⁹⁰ O detalhamento dessas concepções estenderia de forma inapropriada esta reflexão, pois Dworkin trabalha essas concepções de forma separada, concedendo pelo menos dois capítulos de seu livro, *O Império do Direito*, para traçar, em detalhes, o perfil e justificativa de cada uma dessas concepções, arrematando-os ao salientar o direito como integridade como melhor e mais adequada concepção do direito.

comunidade jurídica¹⁹¹. O cerne e dependência lógica dessa concepção reside no sentido de convenção, isto é, o direito é aquilo que foi convencionalmente aceito pela comunidade dos profissionais do direito.

O enfoque do convencionalismo é o passado: a atividade legislativa e os precedentes judiciais servem de esteio para o que será decidido no futuro. Na escassez de fundamento, o olhar do juiz é deslocado para o futuro, apesar de não haver qualquer aspecto que o vincule a moralidade ou a princípios políticos até então reconhecidos, liberando-o para formulação de uma visão prospectiva. Os termos do esboço do convencionalismo feito por Dworkin estabelece grande similaridade com o positivismo jurídico, seja na versão kelsiana ou hartiana, com receptividade à ideia de reconhecimento da autoridade judicial para livremente decidir, sob qualquer critério, a causas de difícil resolução.

A segunda visão, o pragmatismo jurídico se caracteriza pelo ceticismo. Este poderia ser definido, sem exageros, a partir da negação da existência do direito. Não existiriam os condicionamentos do passado à atividade judicante, as fontes formais do direito, a lei e os precedentes não vinculariam os julgadores que, no instante da decisão, estariam apenas norteados a decidirem sob a orientação do que seria melhor para a comunidade no futuro, a despeito do sentido de observância à coerência ao que foi valorado e decidido no passado¹⁹².

Importa ressaltar que essa visão do pragmatismo não se acomoda à teoria defendida por muitos que enxergam o fenômeno jurídico a partir de uma visão econômica, mas guarda certas similitudes com o realismo jurídico. Como mencionado por Dworkin, tanto o convencionalismo quanto o pragmatismo jurídico são teorias delineadas pelo autor para cumprir o objetivo de melhor situar sua teoria do direito como integridade, assumindo, cada uma delas, uma perspectiva afastada, diametralmente oposta uma da outra, ocupando cada uma um extremo, a salientar a centralidade do direito como integridade no desenvolvimento do raciocínio filosófico do autor.

Como dito, enquanto o convencionalismo é totalmente dependente do olhar para o passado (leis e precedentes), o pragmatismo jurídico não estaria vinculado ao direito legislado e o pronunciado pelos tribunais para decidir, apresentando como seu enfoque a possibilidade de livremente atender os interesses do que seria melhor para

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 118.

¹⁹² Ibid, p. 119.

o futuro da sociedade. O direito como integridade assume o papel de, a partir dos condicionamentos próprios do passado, refletir por meio da moralidade política atual da sociedade para se projetar para o futuro, em sucessivas reinterpretação e reconstruções por meio do rearranjo dos princípios pertinentes no contexto de uma comunidade ou constelação de princípios que são compreendidos e determinados pelos valores desses mesmo corpo social situado na história, notadamente em relação aos princípios de justiça, equidade e devido processo legal¹⁹³.

Antecedente ao desenvolvimento do direito como integridade, Dworkin primeiro estabelece as bases de uma sociedade sobre o fundamento do ideal político da integridade. Essa comunidade de princípio¹⁹⁴, assim denominada por ele, está firmada no reconhecimento recíproco de seus indivíduos à fraternidade, à comunidade e à existência de obrigações concomitantes como fundamentos essenciais de uma comunidade política¹⁹⁵. Ela é regida, em última análise, pelos princípios que funda a formação do corpo social integrado, e não apenas por regras criadas em decorrência de acordos políticos, ou seja, convencionalmente.

Por outro lado, a política tem a função de propiciar os debates necessários à adoção de quais princípios a comunidade deve adotar em seu sistema de princípios, sintetizando quais as concepções de justiça, equidade e devido processo legal e suas interconexões fazem sentido para ela. É a partir da convicção forjada dessa arena de debate que deve servir de fonte para orientar as decisões judiciais e influenciar a atividade legislativa. Então, há uma relação de dependência entre o sistema de princípio estruturado nessa sociedade, afastando a concepção (convencionalista) de que ela estaria vinculada formalmente e apenas às decisões políticas anteriores¹⁹⁶.

Sua visão integrada do direito parte da afirmação da integridade como ideal político, desdobrado em pelo menos dois princípios, o legislativo e o judicativo. Tanto a produção legislativa quanto as decisões judiciais devem ser resultados de um

¹⁹³ Vale notar que Dworkin menciona *procedural due process*, que foi traduzido na versão em português da obra *O Império do Direito como devido processo legal*. Ronaldo Porto traduz a mesma expressão como devido processo procedural, o que reafirma o sentido formal do princípio, dirigindo sua influência à esmerada condução dos procedimentos processuais a favorecer e possibilitar a afirmação do direito material. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 214 e 272)

¹⁹⁴ O autor contrapõe a ideia de uma comunidade de princípio com outros dois tipos de comunidade, a comunidade formada por acidente de fato, pois a associação se daria por ocasião coincidente da história e geografia; além da comunidade de regras (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 252-3).

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 250.

¹⁹⁶ *Ibid*, p. 254-6.

processo ou narrativa moral-política proveniente de um único autor, a comunidade personificada¹⁹⁷. A história tem um papel fundamental no direito como integridade, no sentido de identificar a justificativa empregada para o que foi feito, quais decisões foram tomadas, de modo que seja extraído dela a afirmação complexa de que “a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado”¹⁹⁸, fazendo superar a falsa dicotomia entre encontrar ou inventar o direito¹⁹⁹.

Assim, o olhar da integridade no direito se desdobra no processo legislativo com um sentido único de unicidade e coerência. Contudo, essa mesma ideia não significa a reedição do princípio da unicidade, como construção teórica própria e adequada ao positivismo jurídico e proveniente da hermenêutica clássica²⁰⁰. Nesse caso, o ideal de coerência se satisfaz apenas em nível semântico de interpretação, aliando as ilações interpretativas das normas legais em atendimento a um ideal sistemático, como se atribui à figura do legislador racional²⁰¹.

Para explicar o funcionamento de sua teoria interpretativa a partir da concepção do direito como integridade, Dworkin lança mão de duas metáforas cuja exposição é essencial para compreensão adequada de seu pensamento. A primeira enxerga o direito sendo desenvolvido de forma encadeada, como um romance escrito por diversos autores que sucessivamente vão dando seguimento a sua história. A segunda metáfora é baseada na criação de um personagem chamado de Juiz Hércules, o tipo de juiz ideal que consegue perfeitamente empregar na prática, e com sucesso, a teoria interpretativa do autor.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 271-2.

¹⁹⁸ *Ibid*, p. 274.

¹⁹⁹ O interesse pela discussão dessa dicotomia é desfeito por Dworkin, para quem o direito sempre deve ser o resultado de critérios avaliativos no cerne de sua teoria interpretativa, da qual exsurge a terceira possibilidade de não inventar nem encontrar, mas redefinir pelo caráter reconstrutivo da intencionalidade que move a interpretação do direito.

²⁰⁰ Conforme Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

²⁰¹ “A exigência de sistematização e coerência das codificações e decodificações (comunicação normativa), mediante soluções identificadas pelo intérprete impõe uma racionalização do material normativo. Evidentemente, como as leis são de fato originadas de fontes diversas e não necessariamente codificadas mediante um único tipo de codificação (às vezes, mediante códigos débeis), a interpretação é levada a cabo a partir da ficção de unidade codificadora da vontade do legislador, que é, então, idealmente conceptualizado na figura do chamado ‘legislador racional’”. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A hipótese do legislador racional e a noção de justiça**. Cadernos Direito GV, São Paulo, v. 6, n. 3, p. 40, maio, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2830/caderno%252029.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10/05/2019).

A comparação do esquema interpretativo na literatura, como já abordado em linhas pretéritas²⁰², é correlacionada à concepção do direito como integridade, na medida em que visa ao entendimento da obra literária em sua melhor luz, assim como deve ser compreendido o direito, comparando o papel do juiz ao do crítico literário, de modo que, assim como o crítico, o magistrado consiga destrinchar as diversas dimensões do valor e acesse a comunidade de princípios, que é o cerne do direito como integridade²⁰³.

A síntese relevante do processo de elaboração do romance em cadeia está no sentido de unicidade e continuidade do texto a partir de uma finalidade última: tentar criar o melhor romance possível como se fosse a obra de um único autor, exigindo de cada autor o compromisso de elaborar avaliações gerais sobre o texto já escrito a medida que escreve sua contribuição e dá seguimento à obra²⁰⁴. Como bom autor, ou crítico literário, deve identificar pelo menos duas dimensões na obra que serão importantes para cumprir o seu papel: a primeira seria de adequação ou ajuste, a revelar que deve adotar uma interpretação de capacidade elucidativa no geral que deverá fluir e orientar todo o texto, ainda que desconsidere alguns elementos da trama ou que em certos aspectos acidentais não haja exata coerência²⁰⁵.

Além de identificar uma interpretação geral do que foi escrito e impor à escrita as ilações importantes para orientação do romance sob a mesma intencionalidade, a segunda dimensão exige que as possíveis interpretações identificadas na primeira dimensão, decorrentes da análise do texto já escrito, cedam lugar àquela que melhor se ajuste à obra em elaboração, desde que considerados todas as questões atinentes²⁰⁶. A escolha da melhor interpretação pressupõe a avaliação de valores e isto significa compreender quais os vetores que orientam o texto em sua análise textual, quais elementos são mais importantes, de modo a determinar os critérios condutores para identificação da melhor interpretação, tendo como escopo final poder precisar qual é a melhor interpretação geral da história.

Mesmo que não seja uma tarefa fácil ou se possa imaginar por uma perspectiva cética o insucesso dessa empreitada, o atendimento dessas exigências é

²⁰² Essencialmente, a ideia é inicialmente esboçada no texto “De que maneira o Direito se assemelha à literatura”, abordado no início do presente capítulo. (DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 217-49)

²⁰³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 275.

²⁰⁴ Ibid, p. 276.

²⁰⁵ Ibid, p. 277-8.

²⁰⁶ Ibid, p. 278.

viável e possível, pois representam o paradigma comum para a compreensão do que é uma crítica literária. Essa desconfiança inicial deve ser superada a possibilitar a compreensão do processo, principalmente quando aplicado ao direito²⁰⁷, pois somente após concluído o processo será possível perceber se realmente o projeto de análise e interpretação da obra, seguidas essas etapas, possibilitará identificar a melhor interpretação e dar o seguimento adequado à obra.

No passo seguinte, é estabelecida uma hipótese estética, a possibilitar a identificação de um conjunto de valores e teorias que ensejam a atribuição de um valor a conferir coerência estrutural à interpretação e, por conseguinte, à obra. Isso significa haver uma combinação dessas duas dimensões, a do ajuste e do apelo avaliativo de maneira integrada²⁰⁸. Essa hipótese estética corresponde no direito a uma hipótese política e a uma teoria interpretativa do direito, de modo que o fenômeno do direito também seja compreendido como um empreendimento único, apesar de elaborado por vários autores, tanto do legislativo quanto do judiciário.

É o ajuste adequado entre elementos descritivos e valorativos que permite pensar o direito de forma dinâmica, em um constante desdobramento, como numa obra literária que vai sendo interpretada e reinterpretada, tendo sempre o mesmo propósito de alcançar sua melhor forma. É a possibilidade de enxergar o meio termo entre os extremos indicados pelo ceticismo: de encontrar o direito como simples fato (*plain fact*), limitando o fenômeno jurídico, basicamente, ao que foi legislado ou de alguma forma positivado, ou, de outra maneira, inventá-lo completamente, aparentemente do nada, sem qualquer coesão com elementos valorativos expressos na própria tessitura moral e política que subjaz o direito²⁰⁹.

Nessa primeira metáfora, importa ressaltar que o processo interpretativo deve expressar seu resultado de maneira mais global e holística, a permitir que certas convicções formais do texto cedam lugar a outras mais substantivas, ultrapassando meras interpretações parciais que apontariam para uma compreensão um tanto quanto independente do texto ou mesmo aquém de seu significado integral. Portanto,

²⁰⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentários à integridade no direito (Império do Direito-Capítulo VII)**. Revista Direito Mackenzie. V. 10, n. 2, ano 2016. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10434/6413>. Acesso em 06/05/2019, p. 78.

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 79-80.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 241-2.

a conjugação das duas dimensões deve resultar numa interpretação holística do texto que seja compromissada com convicções substantivas²¹⁰.

A segunda metáfora é baseada na idealização do papel do magistrado. Para a teoria do direito de Dworkin essa figura é central entre os atores processuais na prática do direito, porque os juízes são incumbidos de julgar ainda que as pretensões de direito no caso sob apreciação não estejam previstas na legislação ou nos precedentes judiciais, e sua decisão é determinante para legitimar a atuação estatal.

O papel da judicatura encontra, então, legitimidade no cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais, pois é na observância desse dever que os juízes, definitivamente ou não, decidem, via de regra, por meio do direito posto e dos precedentes judiciais, as controvérsias que são submetidas ao Estado-Juiz.

É evidente que a problemática desse trabalho se assenta na crítica dworkiana à carência de legitimidade das decisões, principalmente, nos *hard cases*, e, de forma mais contundente, na denúncia de que muitas das vezes as decisões expressam mera autoridade formal, sem fundamento aprazível aos princípios morais mais sensíveis (da equidade, da justiça, do devido processo legal).

Dworkin, na verdade, vai além, para afirmar por meio desse juiz ideal, denominado de Juiz Hércules, que não é possível atender a esse ideal de legitimação das decisões judiciais sem observar a concepção do direito como integridade e, conseqüentemente, sem aplicar sua teoria de interpretação construtiva. Para atender o objetivo além da mera exemplificação, o autor dota esse magistrado de capacidades sobre-humanas para expor a estrutura complexa de sua teoria interpretativa. Assim, o Juiz Hércules dispõe de todo tempo disponível e dos recursos necessários para decidir um *hard case*, cumprindo todas as exigências do método interpretativo e adotando os mesmos pressupostos teóricos, isto é, a prática de sua judicatura deve cumprir o exato sentido do direito como integridade, escrevendo o direito como um romance encadeado, cujo resultado expressaria o melhor ponto de vista da moral política da comunidade²¹¹.

²¹⁰ “As opiniões sobre a coerência e a integridade textuais, refletindo diferentes valores literários formais, estão interligadas a juízos estéticos mais substanciais que, em si mesmos, pressupõe objetivos literários de outra natureza. Contudo, esses vários tipos de juízos de cada categoria geral permanecem distintos o bastante para se anularem mutuamente em uma avaliação global, e é esta possibilidade de disputa, particularmente entre opiniões textuais e substantivas, que distingue a tarefa de um romancista em cadeia de uma produção literária mais criativa e independente”. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 279).

²¹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 286.

O caso que será analisado será o *McLoughlin vs O'Brian*, no qual é discutido a responsabilidade civil à extensão dos danos de natureza psíquica causados em um acidente de trânsito. No detalhe, a senhora McLoughlin, após ser avisada da ocorrência de acidente automobilístico com seus filhos, teria sofrido um ataque de nervos ao chegar no hospital e presenciar um deles morto e outros gravemente feridos. O caso é um dos tantos apresentados por Dworkin para, inicialmente, demonstrar como os juízes e tribunais julgam os casos atípicos (*hard cases*) utilizando fundamentos distintos, para servir ao escopo inicial do argumento do autor de que a prática do direito revela um nível de divergência teórica, a requerer o emprego de elementos distintos, não provenientes das fontes formais do direito, para subsidiar a decisão judicial²¹².

O caso está novamente em apreciação, agora pelo Juiz Hércules que tem a missão de aplicar todo o arcabouço teórico e interpretativo do autor para demonstrar um resultado diferente, de modo a melhor refletir os princípios de moralidade política da comunidade. O resultado deverá ser diverso porque a crítica das considerações iniciais de Dworkin sobre o caso referem-se à impropriedade de se utilizar argumentos de política judiciária para restringir a possibilidade de reconhecimento à responsabilidade civil. No caso específico, o juiz de primeiro grau e a instância recursal consideraram que a afirmação da responsabilidade pelos danos ensejaria que, no futuro, outros casos pudessem ser judicializados, acarretando novas indenizações, além de também poder ocasionar reivindicações fraudulentas de pessoas que não haviam sofrido danos morais graves²¹³.

Inicialmente, o Juiz Hércules esboça seis possibilidades de julgamento²¹⁴, as quais contêm fundamentos diversos, cujo emprego revelaria do julgador a adoção de

²¹² Ibid, p. 29-35.

²¹³ No referido caso, a senhora McLoughlin recorreu da decisão do Tribunal de Apelação para a Câmara dos Lordes que reformou a decisão, considerando inapropriado a utilização de fundamentos de política judiciária para fundamentar a referida decisão, determinando um novo julgamento. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 34).

²¹⁴ "(1) Ninguém tem direito à indenização, a não ser nos casos de lesão corporal; (2) As pessoas têm direito à indenização por danos morais sofridos na cena de um acidente, por parte de alguém cuja imprudência provocou o acidente, mas não têm direito à indenização por danos morais sofridos posteriormente; (3) As pessoas deveriam ser indenizadas por danos morais quando a prática de exigir indenização nessas circunstâncias reduzisse os custos gerais dos acidentes ou, de outro modo, tornasse a comunidade mais rica a longo prazo; (4) As pessoas têm direito à indenização por qualquer dano, moral ou físico, que seja consequência direta de uma conduta imprudente, por mais que seja improvável ou imprevisível que tal conduta viesse a resultar em tal dano; (5) As pessoas têm direito moral à indenização por danos morais ou físicos que sejam consequência de uma conduta imprudente, mas apenas quando esse dano for razoavelmente previsível por parte da pessoa que agiu com imprudência; (6) As pessoas têm direito moral à indenização por danos razoavelmente

um conjunto específico de valores e o compromisso com determinada concepção de direito. Na exposição do autor, em sentido oposto ao direito como integridade, algumas dessas hipóteses de julgamento poderiam estar escoradas em fundamento teórico alinhado com o convencionalismo ou com o pragmatismo.

Inicialmente, o Juiz Hércules efetua uma análise preliminar, verificando a existência de padrões e normas existentes que seriam aplicáveis ao caso. A primeira ilação é logo descartada porque seria claramente contrária ao direito vigente, considerando os precedentes e a legislação existente, pois redundaria na afirmação de que o dano imaterial de qualquer espécie não seria indenizável. Aqui vale a pena mencionar que o próprio Dworkin, de forma acertada e proposital, afirma não ser possível superar abertamente, como teoria defensável, “a competência ou a supremacia legislativa”, servindo de verdadeiro limite a existência de “fatos brutos da história jurídica [que] limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça”²¹⁵. É por essa razão que o autor não investe tanto tempo em justificar a relevância de sua teoria na interpretação de casos simples²¹⁶, cuja resolução redonda na mera aplicação dos dispositivos legais e dos precedentes atinentes à natureza da causa. Essa é a razão para a exclusão da primeira hipótese levantada na análise.

No caso da segunda proposição, não haveria fundamento em nenhum princípio de justiça, ou seja, estaria desalinhada com a concepção de direito como integridade, cuja escolha, por outro lado, revelaria apenas a manifestação de poder discricionário do julgador. A terceira conclusão estaria compromissada com uma concepção pragmática de direito, por expressar um cálculo meramente econômico e, portanto, de natureza estritamente política, também deve ser rejeitada por ser contrária aos princípios de justiça e equidade²¹⁷.

previsíveis, mas não em circunstâncias nas quais o reconhecimento de tal direito possa impor encargos financeiros pesados e destrutivos aqueles cuja imprudência seja desproporcional a sua falta”. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 288-9).

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 305.

²¹⁶ É importante salientar que a concepção do direito como integridade encontra plena adequação na resolução de casos fáceis ou difíceis. Apenas nos casos difíceis essa relevância se torna mais notória, em função da inexistência de norma legal aplicável ou de precedente. Nas palavras de Dworkin: “O direito como integridade explica e justifica tanto os casos fáceis quanto os difíceis; também mostra por que são fáceis. (...) Assim, para o direito como integridade os casos fáceis são apenas casos especiais de casos difíceis, e a reclamação do crítico é apenas aquilo que o próprio Hércules se daria por satisfeito em reconhecer: que não precisamos fazer perguntas quando já conhecemos as repostas”. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 317).

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 290.

É importante lembrar que o direito como integridade impõe que os juízes reconheçam que julgar segundo o direito significa atender a um conjunto coerente de princípios de justiça, de equidade e de devido processo legal que devem ser aplicados de maneira igualitária nos casos semelhantes, cuja prática deve pressupor estar enraizada numa comunidade de princípios, os quais devem sempre prevalecer em caso de divergência na aplicação que envolver princípios e políticas. Enquanto as políticas devem ser o material do pensamento e discussão próprios do legislativo, são os princípios que devem estar presentes na fundamentação das decisões judiciais²¹⁸. Nas palavras de Dworkin, os juízes não devem possuir a mesma liberdade que os legisladores, quanto à elaboração de novas regras de responsabilidade, mas devem tomar suas decisões

com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais 'novos' que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado²¹⁹.

Na próxima fase, as proposições 4, 5 e 6 devem ser submetidas a uma análise mais aprofundada na metódica do Juiz Hércules, de modo a verificar se alguma das proposições será excluída por ser incompatível com a visão da totalidade da prática jurídica. O critério comparativo é o da segunda fase da interpretação já apresentada neste trabalho, na qual a justificativa geral que deve ser identificada é aquela que melhor representa a conjugação dos propósitos da prática e de seus valores²²⁰, ainda que não consiga abranger todas as minúcias da prática jurídica, sendo determinante para avaliar qual dessas hipóteses melhor expressa o sentido dos valores morais da comunidade de princípios²²¹.

No detalhe, a hipótese da quarta proposição contempla a possibilidade de indenização por dano moral ou material independentemente da improbabilidade ou imprevisibilidade dos danos decorrentes do ato de imprudência ou ato culposos. O Juiz Hércules considerou a impossibilidade de existência de precedentes que vinculavam

²¹⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentários à integridade no direito (Império do Direito-Capítulo VII)**. Revista Direito Mackenzie. V. 10, n. 2, ano 2016. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10434/6413>. Acesso em 06/05/2019, p. 87-88.

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 292.

²²⁰ Ibid, p. 57-8.

²²¹ Ibid, p. 293.

o reconhecimento do direito à indenização por danos quando não demonstrada a razoável previsibilidade do dano, além de não vislumbrar qualquer diferença de julgamento no tocante a essa previsibilidade para os casos de dano material ou emocional²²². Ronaldo Porto Macedo Junior comenta que no caso julgado efetivamente foram identificados precedentes nos quais se afastou o direito à indenização por não ser possível identificar a razoável previsibilidade dos danos físicos causados por direção descuidada²²³.

Assim, restariam apenas as duas últimas hipóteses, 5 e 6, nas quais havia a necessidade de identificação da previsibilidade dos danos decorrentes do acidente, sejam danos materiais ou emocionais, mas divergiam apenas quanto aos limites da indenização, uma vez reconhecida a responsabilidade civil, isto é, se seria necessário reconhecer uma previsibilidade limitada ou ilimitada da extensão dos danos havidos no acidente de quem foi identificada a culpa.

Na análise dessas duas possibilidades de julgamento, o Juiz Hércules passa a verificar os precedentes de casos semelhantes de modo que seja possível considerar “não apenas o número de decisões que são importantes para cada interpretação, mas se as decisões que exprimem um princípio parecem mais importantes, fundamentais ou de maior alcance que as decisões que exprimem o outro”²²⁴. É evidente que o problema aponta para uma divergência teórica cuja questão de fundo é de moral política e que seria interessante saber qual a história política foi escrita por seus juízes na tomada de decisões de casos de natureza idêntica.

Para tanto, revela-se de maior importância não o que os juízes disseram ou quais fundamentos foram apresentados na resolução de tais questões, mas o que efetivamente foi feito na resolução do caso²²⁵. Isso porque há a possibilidade de os precedentes indicarem uma solução na ponderação de princípios e valores que não pareça adequada para o caso sob apreciação. É o que ocorreria na possibilidade de adoção da hipótese 5, apenas por ter sido apontada na responsabilidade de danos

²²² Ibid, p. 294.

²²³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentários à integridade no direito (Império do Direito-Capítulo VII)**. Revista Direito Mackenzie. V. 10, n. 2, ano 2016, Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10434/6413>, Acesso em 06/05/2019, p. 88.

²²⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 296.

²²⁵ Ibid, p. 297.

perpetrados em algumas profissões, em certos precedentes, enquanto a hipótese 6 ainda não teria sido aplicada em caso algum.

A resposta aqui deve depender da adequada ponderação entre duas virtudes principais da moral política da comunidade: a justiça e a equidade. Por outro lado, isso não significa atribuir uma resposta em função da prévia preferência particular que se tenha da importância de uma dessas virtudes políticas em relação à outra, ou empregar uma solução simplista ou pré-concebida que indique a preferência de um princípio sobre o outro²²⁶.

Em cada caso deverá haver o sopesamento ou balanceamento de princípios²²⁷ que deve ocorrer pela compreensão a partir da moralidade política da comunidade, sempre numa perspectiva holística²²⁸, reservando as impressões pessoais acerca desses princípios políticos (justiça e equidade), fazendo prevalecer a concepção deles em sua melhor luz na perspectiva dos valores dessa mesma comunidade. Vale destacar que, muito embora essa tarefa pareça ser simples para o Juiz Hércules, na prática dos juízes reais, esse empreendimento deve depender da participação de outros atores participantes, que fornecem uma diversidade maior de argumentos que devem ser considerados, a ensejar a possibilidade de compreensão e interpretação adequadas e ajustadas à moralidade política da comunidade²²⁹.

²²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 299.

²²⁷ “Não no sentido formal que hoje se tornou popular a partir da experiência da Suprema Corte Alemã e dos trabalhos de Robert Alexy. A advertência de Dworkin é incisiva neste ponto: ‘juízes terão diferentes ideias sobre equidade (*fairness*), sobre o papel da opinião de que cada cidadão deve idealmente desempenhar na decisão estatal sobre quais princípios de justiça impor (*enforce*) através do poder de polícia central, eles terão diferentes opiniões de mais elevado grau (*higher-level opinions*) sobre a melhor resolução dos conflitos entre estes dois ideais políticos’ (DWORKIN, 1986, p. 250). Por esse motivo, a simplificação da atividade interpretativa através da identificação de uma prevalência abstrata e estática de um valor sobre outro é uma tentação intelectual a ser evitada. Afinal, ‘nenhum juiz deveria defender a teoria simplista de que a equidade (*fairness*) deveria ser automaticamente ter preferência sobre a justiça ou vice versa’. O mesmo poderia ser dito sobre o valor da dignidade frequentemente invocado pela literatura neoconstitucionalista como ‘o mais alto e prevalente dos valores constitucionais’”. (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentários à integridade no direito (Império do Direito-Capítulo VII)**. Revista Direito Mackenzie. V. 10, n. 2, ano 2016, p. 71-103. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10434/6413>. Acesso em 06/05/2019, p. 91-2).

²²⁸ *Ibid*, p. 91

²²⁹ Dworkin já havia afirmado a necessidade de apreciação de todos os princípios colidentes na análise e julgamento de determinada questão, o que somente é possível com a aceitação de uma relação dialógica na qual seja possível aos interlocutores a identificação de outros princípios colidentes pertinentes ao caso. No texto “O modelo de regras II” ele deixa isso claro ao responder uma crítica de Joseph Raz: “O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como ‘válido’”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 114.)

Para tanto, será importante orientar esse processo em duas etapas também essenciais. A primeira delas reside no sentido de prioridade local, segundo a qual os juízos ou ponderações de adequação entre os princípios ou virtudes políticas da comunidade devem acontecer na forma de círculos concêntricos, ou seja, partindo sempre do particular para o geral, a partir da compartimentação das áreas ou ramos do direito. Se o princípio não se adequa ao direito de reparação de acidentes isso o desqualificaria como interpretação aceitável dessa área do direito. Contudo, é importante salientar que a compreensão da compartimentalização do direito em ramos também deve ser pensada a partir da teoria da interpretação construtiva, de modo a não considerá-la absoluta, ou impostas a partir de uma visão convencionalista²³⁰.

A segunda etapa essencial é reconhecer que esses princípios políticos devem ser interpretados a partir de uma relação de coerência, segundo a qual será determinante para identificar a interpretação correta²³¹. O preceito pela coerência está no cerne do ideal do direito como integridade. Por isso, os princípios devem ser compreendidos pela relação de coerência e integração, notadamente na relação entre os princípios de justiça (*justice*), equidade (*fairness*) e devido processo legal (*procedural due process*). Essa relação de coerência entre eles está no cerne do reconhecimento de uma comunidade de princípios²³².

Após superadas essas fases de sua metodologia, o Juiz Hércules conclui que a opção 5 representa a melhor interpretação a ser feita do caso, aquela em que se reconhece haver um limite para a responsabilidade em função do princípio da previsibilidade limitada dos danos, uma vez que revela ser a opção mais equitativa e mais justa, que atende ao critério de arranjo de princípios numa perspectiva mais holística dentre as demais interpretações²³³. No entanto, ele admite haver polêmica na sua indicação da melhor solução para o caso e que sua opinião não seria compartilhada por todos os juízes, deixando antever o nível de controvérsia na causa

²³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 300-1.

²³¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentários à integridade no direito (Império do Direito-Capítulo VII)**. Revista Direito Mackenzie. V. 10, n. 2, ano 2016, p. 71-103. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10434/6413>. Acesso em 06/05/2019, p. 93-4.

²³² “O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 294.

²³³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 309.

a indicar um problema entre a tese da única resposta correta e o ceticismo interno, que será articulado na seção seguinte.

Para o Juiz Hércules todo esse processo metódico é realizado de forma consciente e concatenada. Ele consegue acessar a comunidade de princípios políticos, fazer a necessária adequação ou ajuste entre esses princípios na medida certa a representar o encadeamento apropriado dessa conjugação dos princípios envolvidos, segundo os valores da comunidade, dando seguimento à história do direito, como em um romance interpretado em sua melhor luz, apontando para as narrativas que se desvelaram no porvir.

Acompanhando esse juiz ideal, ainda assim a tarefa não parece fácil. Para os juízes humanos que se defrontam com as controvérsias da causa de difícil resolução, esse processo não ocorre da mesma forma. Dworkin admite acontecer na prática um processo mais intuitivo e geralmente a solução é articulada a partir de tantos outros casos cujas ilações servirão de parâmetro para o julgador, diminuindo quais dessas poderiam ainda ser úteis na medida em que os limites de ajuste entre aqueles parâmetros adequados remanescentes se perfilam úteis ao caso em análise²³⁴. Evidencia-se, assim, o caráter controvertido da prática jurídica a desafiar a próxima questão a ser abordada: é realmente possível concluir pela existência de uma única resposta correta a partir do efetivo emprego da teoria interpretativa de Dworkin e da metódica do Juiz Hércules?

²³⁴ Ibid, p. 294.

5. RECONSTRUINDO O JUIZ HÉRCULES

É evidente o caráter didático e ilustrativo intrínseco às figuras de linguagem, notadamente quando empregada a figura da metáfora para tornar compreensível o modo de aplicação da teoria interpretativa desenvolvida por Dworkin, uma vez que ganha particular sentido e se torna realmente inteligível seus objetivos após devidamente explicadas suas propostas crítico-teóricas do Direito e da interpretação.

Nesse sentido, após esclarecidas essas etapas primeiras e nucleares da vasta obra do filósofo americano é preciso prosseguir para sua percepção crítica. O pensar idealmente perde seu sentido se não houver uma preocupação correspondente de que tais idealismos sejam de alguma forma sucedidos por colocações que ambicionem sua consubstanciação na vida prática.

Particularmente, isso significa que as metáforas do romance em cadeia e do Juiz Hércules devem corresponder ao exercício de um *modus* que seja viável para não apenas orientar o exercício da atividade jurisdicional do aplicador do direito, mas de determinar as alterações paradigmáticas de diversas concepções positivistas (muitas delas ainda compromissadas com estágios iniciais e acrílicos dessa linha teórica do direito), consolidadas com anos de prática jurídica de muita técnica que tende a se exaurir no mero raciocínio da subsunção. Isso deve significar a adoção de um modelo mais responsável e fiel aos princípios e valores constitucionais na elaboração de decisões judiciais que escapam ao decisionismo, assumindo o compromisso da legitimidade e, portanto, do direito como integridade.

Na prática, a implicação mais importante é a que os juízes reais, que não compartilham das mesmas capacidades extraordinárias e sobre-humanas do Juiz Hércules, possam de fato beneficiar-se com os aportes teóricos de Dworkin, aplicarem os mesmos métodos testados e aprovados pelo Juiz Hércules, e eles, que apreciam e decidem causas reais todos os dias no exercício da jurisdição, possam, principalmente, obter os mesmos resultados que aquele: decisões que expressem o ideal de justiça e equidade de forma adequada com a história do direito até então desenvolvida.

É de se esperar que, uma vez obtido o sucesso na aplicação de todo esse arcabouço teórico e da teoria interpretativa que alia na aplicação do direito, tanto critérios descritivos quanto avaliativos, no exercício da metódica do Juiz Hércules,

será possível, como corolário lógico disso tudo, entregar as respostas corretas aos jurisdicionados que anseiam por uma tutela de um determinado bem jurídico.

Como já assinalado em linhas pretéritas, essa não parece e não é uma tarefa fácil para os juízes que não compartilham a mesma capacidade hercúlea nem dispõem de todo o tempo necessário para a articulação desse empreendimento hermenêutico para a formulação do melhor discurso de aplicação.

É certo dizer que os casos considerados simples, isto é, nos quais inexista a dificuldade de se definir qual a norma aplicável ao caso, será possível alcançar uma aplicação correta do direito sem maiores problemas. Contudo, nos casos difíceis, defender a existência de uma resposta correta parece ser ainda mais ilusório, mormente quando, em grande parte das teorias positivistas²³⁵, não se admite que os discursos jurídicos devam também se valer de elementos próprios de uma justificação externa, de argumentos de carga valorativa, atinentes à moral, segundo a ponderação de princípios, conforme proposto por Dworkin, fazendo ressaltar a pertinência e dependência das controvérsias jurídicas da moral política como última instância necessária nas discussões desse tipo de controvérsia.

Pois bem, cabe assinalar até que ponto seria possível sustentar esse ideal, esclarecendo o real sentido para a filosofia do direito e, essencialmente, para os juízes, na qualidade de elaboradores dos discursos de aplicação, que decidem processos diariamente e se deparam com controvérsias reais, a fim de que o exercício da função jurisdicional signifique não apenas a dispensação de respostas, descompromissadas com o sentido de coerência e certeza.

Em um primeiro estágio, serão apresentados os principais argumentos que justificam a tese da única resposta correta, inicialmente nos casos considerados simples, isto é, nos quais a atividade jurisdicional compreende a identificação da espécie normativa adequada e sua aplicação no contexto fático que lhe foi narrado. Em seguida, serão explorados os principais desafios e objeções relativos à

²³⁵ Nesse ponto, é pertinente fazer uma rápida anotação de que o positivismo como teoria recebeu adeptos com diferenças significativas de suas abordagens. O positivismo exegético e o normativista, representados por Autin e Kelsen, respectivamente, bem como pela versão apresentada por Hart, havia notoriamente uma separação entre direito e moral. Posteriormente, após o impacto das primeiras obras de Dworkin, a diferença que se consagrou foi entre positivistas inclusivos e exclusivos. Basicamente, o conjunto de teóricos primeiro aceita que considerações de natureza moral sejam determinantes na resolução de certas controvérsias jurídicas, o que é negado pela última corrente. (WALUCHOW, W. J. **The Many Faces of Legal Positivism**. The University of Toronto Law Journal, vol. 48, no. 3, 1998, pp. 387–449. Disponível em: www.jstor.org/stable/826047. Acesso em 10 de maio de 2019, p. 394).

sustentação da mesma tese para a apreciação dos *hard cases*, expondo o papel da concepção do direito como integridade e do recurso da responsabilidade moral para o alcance de decisões substantivas que atendam ao ideal soerguido pelo autor.

Numa segunda etapa, serão abordadas as características peculiares que se revelam como dificuldades reais às teorias interpretativas do direito, notadamente no estágio atual de sociedade e sua relação com o Estado, denominado de pós-convencional, e o desafio de superação do paradigma de racionalidade baseado na filosofia da consciência, esboçando a adoção de um procedimento que enseje às partes e ao juiz a ampla participação no processo de interpretação e argumentação, como forma de ensejar as condições de possibilidade de êxito de todo o processo interpretativo e argumentativo.

No terceiro subtópico, será necessário comentar as críticas pertinentes de Habermas à proposta dworkiana, mais precisamente à metáfora do Juiz Hércules, num recorte epistêmico necessário no contexto desta pesquisa, a ensejar ao intérprete a amplitude de acesso aos melhores argumentos disponíveis, além de possibilitar a realização do ideal de resposta correta em direito. Ao mesmo tempo, serão expostas as razões pelas quais devem ser considerados inadequados os desdobramentos do modelo procedimentalista de Habermas, encaminhando para a afirmação do modelo substancialista de jurisdição constitucional.

Na última seção, será afirmado um modelo substancialista de jurisdição constitucional a partir das contribuições teóricas de Dworkin, com um aporte necessário em Peter Häberle, de modo a confirmar o viés do controle de legitimidade e de juridicidade das decisões judiciais a partir de um exame substantivo, a exigir dos juízes uma mudança de postura em direção a obtenção de soluções às sérias controvérsias jurídicas baseadas no ideal de única resposta correta, proporcionada por um procedimento dialógico e obtida pelo atendimento da concepção do direito como integridade e sob o norte da responsabilidade moral do julgador.

5.1 O IDEAL DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA E A INCERTEZA NO DIREITO: POR UMA PERSPECTIVA MAIS REALISTA.

Ronald Dworkin trabalha, filosoficamente, a questão da existência de respostas corretas no direito em vários estágios de sua obra. No primeiro de seus vários textos sobre o assunto, intitulado como “Não existe mesmo nenhuma resposta

certa em casos controversos?”, publicado como artigo e reunido com outros artigos no livro “Uma questão de princípios”, o autor americano apresenta os primeiros argumentos no intuito de oferecer resistência e derrubar o desdobramento positivista de que o juiz, na aplicação do direito, estaria autorizado a criar o direito, principalmente naqueles casos nos quais a indeterminação do direito, como predicado inerente à linguagem jurídica, possibilitaria aos magistrados a escolha da norma jurídica por meio do processo de extração da análise dos textos legais e da jurisprudência.

Nesse primeiro texto, os argumentos são lançados contra a afirmação que seria diametralmente oposta à sua tese, a que não haveria respostas certas em casos controversos. Por isso, não é propriamente a defesa mais importante de sua tese da existência de uma resposta certa para cada caso, mas um estágio fundamental para compreensão de seus argumentos e de como não haveria sustentação lógica para a tese de nenhuma resposta correta²³⁶, o que implicaria dizer que a afirmação da discricionariedade, como um dos pilares do positivismo jurídico, que ensejaria aos juízes a mera escolha dentre as opções fornecidas pelo processo de interpretação dos textos normativos e sua aplicação à realidade.

O filósofo americano apresenta, então, duas versões basilares para a tese de que inexistem respostas certas em direito. Para a análise dessas questões, o autor se utiliza de certos conceitos jurídicos, por ele denominados como “dispositivos”, que corresponderiam ao dever judicial de, *prima facie*, decidir em certo sentido ou em sentido diametralmente oposto, como nos casos em que contratos são considerados válidos ou inválidos, ou quando se reconhece ou não a existência de responsabilidade civil ou criminal. Esses casos seriam abrangidos pela tese da bivalência²³⁷, por meio da qual esses casos seriam resolvidos pela determinação de um sentido em consonância com certos dispositivos, indicando concluir pela licitude ou ilicitude, validade ou invalidade, o que não seria incomum em propostas teóricas de cariz positivista²³⁸.

²³⁶ DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 179.

²³⁷ *Ibid*, p. 176-7.

²³⁸ Aurora Tomazini cita alguns trabalhos que referenciam categorias luhmannianas para indicar a existência de um esquema ou código binário como característica do sistema jurídico, que se apresenta como lícito/ilícito, válido/inválido. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 116. <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8649>. Acesso em 10/05/2019).

A primeira das versões consiste no argumento de que, entre a afirmação e a negação lógica de uma proposição jurídica, haveria um espaço lógico que permitiria ao julgador a adoção de uma terceira via. O fundamento apresentado por essa versão seria a possível indeterminação ou a imprecisão própria de “conduta linguística superficial” que tornaria possível uma terceira via. Seria nesse espaço que haveria a manifestação da discricionariedade do julgador, escolhendo se a proposição jurídica seria válida ou inválida²³⁹.

Dworkin refuta a primeira versão sob o argumento de que a existência dessa terceira possibilidade, que subsidiaria a discricionariedade, possui um viés semântico e que não é possível sustentá-la sem cometer petição de princípio, ou seja, é um argumento falacioso porque pressupõe sua própria validade, não sendo demonstrável. Isso porque não é possível determinar qual a proposição jurídica estaria situada entre elas e qual seria o valor a ela atrelado²⁴⁰. Para o autor, essa teoria semântica²⁴¹ simplesmente nega a função e importância dos conceitos dispositivos na argumentação jurídica, fundamental porque esses conceitos se ligam a direitos e deveres jurídicos, possibilitando que os advogados possam propor certos tipos de fatos e de questões jurídicas baseadas de forma indissociável às proposições jurídicas por ele defendidas, que são opostas entre si, afirmando ou negando a validade delas²⁴².

A segunda versão da tese de nenhuma resposta correta é bem distinta. Não afirma uma terceira possibilidade entre duas proposições antagônicas, mas nega que uma das duas possibilidades (validade/invalidade, lícito/ilícito) seja sempre válida, tendo em vista que não poderia ser verdade que uma delas o seja. Essa versão é apoiada em três argumentos elementares: (a) pelo argumento da imprecisão, a textura aberta da linguagem ou sua natural imprecisão às vezes tornaria impossível

²³⁹ DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 179.

²⁴⁰ *Ibid*, p. 182.

²⁴¹ Dworkin comenta que a defesa da primeira versão da tese dependeria de uma afirmação semântica (por isso teoria semântica) para justificar entre a validade e invalidade, a existência de uma terceira possibilidade que, no exemplo dado da validade ou não de certo contrato, consistiria no contrato incoativo, isto é, dependeria de uma nova modalidade de prática linguística que aceitaria uma outra forma, por reconhecer a relação entre válido e inválido, mas também afirmar que inválido (ou não válido) não seria o mesmo que a negação da validade. Essa afirmação semântica abriria o espaço necessário para se encaixar a possibilidade da discricionariedade, o que, segundo Dworkin, seria uma falácia.

²⁴² DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 184.

determinar se uma dada proposição jurídica é verdadeira ou falsa; (b) pelo argumento do positivismo, haveria uma estrutura oculta nas proposições jurídicas que explicaria a possibilidade de que elas não seriam ao mesmo tempo válidas e inválidas; e, por último, (c) pelo argumento da controvérsia, não seria possível, diante do nível da controvérsia, a qualquer das partes ter a chance de provar que o outro está errado, pois as proposições de alto nível de controvérsia não poderiam ser verdadeira nem falsa²⁴³.

O primeiro argumento, baseado na imprecisão ou na indeterminação dos termos empregados pelo legislador, seria refutado por ser falsa a afirmação de que, diferenciando termos imprecisos daqueles que admitem concepções distintas, os primeiros não são determinantes para amparar a afirmação de que inexistem respostas corretas no direito, tendo em vista que os efeitos decorrentes da lei, cujo termo nela contido é considerado impreciso, apesar de abstrato ou vago, pode ser resolvido por meio das regras ou métodos de interpretação. Esses métodos, como explica o autor, podem tentar ressaltar o que estava sendo considerado pelos legisladores, na época da edição do texto legal, ou mesmo ser determinado pela pergunta de qual interpretação “promove melhor o conjunto de princípios e políticas que oferecem a melhor justificativa política para a lei na época em que foi votada”²⁴⁴. Assim, de um modo geral, a imprecisão de linguagem jurídica não seria a causa eficiente para a indeterminação das proposições jurídicas a implicar a negação da possibilidade de haver respostas certas no direito.

O segundo argumento, baseado na afirmação de existência de uma estrutura oculta que faria sentido ao positivismo, também não se sustenta. Nenhuma das formas de positivismo analisadas pelo autor (semântico, de vinculação lógica mútua ou o de equivalência funcional de verdade²⁴⁵) negaria a possibilidade da validade de uma proposição. Na verdade, para Dworkin, após desarticular esses argumentos, estruturando-os, por meio de lógica formal, para em seguida afirmar que do mesmo

²⁴³ DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 188.

²⁴⁴ Ibid, p. 189-190.

²⁴⁵ O raciocínio da teoria semântica se aplica aqui também, conforme já exposto na análise da primeira versão. O positivismo de vinculação lógica mútua e da equivalência funcional de verdade são modalidades que se expressam na relação de dependência lógica, mais forte ou mais fraca, da possibilidade de validade dependente da vontade do soberano, na forma: “o contrato de Tom seja válido se um poder soberano determinou que contratos como o seu fossem aplicados e vice-versa” (DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 196).

modo que a primeira versão da tese estaria errada, também os argumentos que seriam lançados para lhe amparar a possibilidade, serviriam, na verdade, como argumentos contrários²⁴⁶.

O argumento da controvérsia é o terceiro empregado na tentativa de sustentar a tese de inexistência de respostas corretas. Sua descrição seria dependente da tese da demonstrabilidade, significando que se não for possível demonstrar, argumentativamente, que uma proposição é verdadeira, mesmo depois de expostos todos os “fatos concretos” (incluindo fatos físicos e comportamentos) relevantes de que dependeriam sua veracidade, então se conclui que não poderia ela ser verdadeira²⁴⁷. Aqui a possibilidade de demonstração com base em fatos referenciáveis é determinante para definição da validade ou não de certa proposição jurídica. Se não for possível demonstrar, não seria possível determinar a resposta correta, o que confirmaria a tese da inexistência de respostas corretas e, com isso, reforçaria a tese da discricionariedade.

Para Dworkin, a tentativa de validar as proposições a partir de fatos concretos seria sinônimo da adoção de uma forma de empirismo metafísico que não seria abrangente o suficiente para dar conta de resolver a questão da veracidade das proposições, notadamente as proposições jurídicas. Se apenas aplicável a tese da demonstrabilidade e sua dependência dos fatos brutos ou simples fatos, significaria o sucesso do argumento da controvérsia. Contudo, o filósofo americano indica que além desses fatos concretos, haveria ainda outra coisa no mundo em virtude da qual as proposições jurídicas obteriam veracidade. Seriam os fatos morais, que não teria qualquer fundamento platônico ou transcendental, mas intimamente relacionados com os valores e os ideais de justiça e equidade²⁴⁸. Além dos fatos morais, o autor também cita a existência de fatos de coerência narrativa que se destinam a garantir a veracidade de uma proposição caso se ajuste como a melhor dentre as demais proposições que lhe seriam antagônicas.

²⁴⁶ “O positivismo de equivalência funcional de verdade, se reconhece que a primeira versão da tese de nenhuma resposta correta é falsa, oferece um argumento contra, não a favor, da segunda versão”. Isso porque não haveria distinção entre negação interna e externa de uma proposição, ou seja, simplificando, haveria uma equivalência entre a negação de uma proposição e a negação de sua validade, assim como a confirmação de uma proposição corresponde a afirmação de sua validade, como pode ser observado na exposição formal ($\sim L(p)$ equivale a $L(\sim p)$, sendo p uma proposição jurídica e $\sim p$ sua negação, e L a determinação do soberano a tornar a proposição correta e $\sim L$ o contrário). (DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 197).

²⁴⁷ Ibid p. 204.

²⁴⁸ Ibid, p. 205.

Na argumentação jurídica, a ideia de coerência normativa consistiria em amparar a veracidade de uma proposição “se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornecem um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária”²⁴⁹. Entretanto, a peculiaridade dos fatos de coerência narrativa ou normativa depende do engajamento dos participantes no empreendimento interpretativo/argumentativo, de modo que a diferenciação entre uma melhor razão em relação a outra dependerá do ponto de vista dos participantes do processo argumentativo²⁵⁰.

Nota-se, portanto que, o material argumentativo não mais está limitado apenas às questões relativas a fatos concretos ou de qualquer outro fundamento de cariz empirista. O nível de discussão ou debate é deslocado para questões relativas a teorias morais e políticas que melhor serviriam para amparar a demanda por verificação da veracidade das proposições. Por outro lado, a adoção desses fatos morais e de coerência normativa esbarram no problema da indeterminação, de modo que Dworkin apresenta, ainda nesse texto, duas dimensões a partir das quais seria possível identificar qual seria a melhor justificação dos dados jurídicos: a dimensão da adequação e a dimensão da moralidade política. A primeira impõe a determinação de qual das justificativas de teoria política seria melhor que a outra, de forma que seja possível sustentar uma aplicação mais abrangente em detrimento da outra. A dimensão da moralidade política, por sua vez, impõe que a justificativa será melhor se for superior enquanto teoria moral ou política, ou seja, “se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm”²⁵¹.

Esses argumentos foram aprofundados dentro da exposição da teoria interpretativa do autor, mas aqui cumpre apenas relacionar sua função no tocante à importância do argumento central. Isso significa que, além de afastar a tese de inexistência de respostas corretas no direito, pela refutação do argumento da controvérsia e dos demais argumentos relativos às duas versões da tese, Dworkin parece obter sucesso nessa primeira fase, de afastar tanto a tese de inexistência de

²⁴⁹ Ibid, p. 211.

²⁵⁰ Ibid, p. 210.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 213.

respostas corretas, quanto de afastar o risco de empate de validade ou da veracidade proposições jurídicas antagônicas.

A relevância do argumento de Dworkin é notória: se for possível sustentar, filosoficamente, a impossibilidade de se determinar a existência de respostas corretas no direito, permite-se o acesso a que teorias do direito, como o positivismo, por meio dessa afirmação cética, apontem para a discricionariedade como meio de resolução de questões difíceis. Isso significa que, na ausência de direito legislado ou baseado na jurisprudência, o juiz estaria autorizado pelo sistema jurídico a criar um direito novo, específico para o caso sob apreciação, impossibilitando o controle substancial dos fundamentos apresentados e perfazendo o decisionismo cuja crise de legitimidade é patente²⁵².

Analisando a exposição do autor sobre o assunto, as proposições jurídicas que facilmente encontram nos conceitos dispositivos a definição de sua veracidade, não parecem ser problemáticas, como já dito. No entanto, quando a definição de veracidade das proposições jurídicas não é satisfeita pela verificação de fatos brutos ou concretos (como o direito legislado), restariam os demais fatos apontados por Dworkin para satisfazer essa questão, a fim de determinar a validade dessas proposições. Os fatos morais e de coerência normativa apontariam, assim, para a verificação de argumentos substanciais baseados em teorias moral e política (moralidade política), cuja indeterminação seria característica marcante.

Por isso, enquanto a questão relativa aos simples fatos (fatos concretos) teria sido resolvida pelo autor, impossibilitando, então, a sustentação da tese positivista da inexistência de respostas corretas, exaurindo o espaço para a discricionariedade e decisionismos, o mesmo não parece ocorrer em relação aos casos difíceis, nos quais inexistente referência de direito a fatos concretos, excluindo a possibilidade de aplicação da tese da bivalência.

Por hora, pode-se concluir que a mera aplicação equivocada da norma jurídica, interpretada de forma inadequada em sua extração do texto legal, como expressão de um formalismo excessivo ou mesmo instrumental, não parecer ser o maior problema. A alteração da cultura jurídica deve direcionar o juiz à busca do direito, em cooperação com as partes envolvidas na demanda, ao invés de permitir a possibilidade da maleabilidade do direito formal, deixando entrever sua forma

²⁵² GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 160.

instrumental, que renderia aos interessados um direito moldável ao proveito das partes ou de seus causídicos²⁵³.

Atrelado ao problema do formalismo instrumental, e intimamente ligado a aplicação inadequada das teses do filósofo americano, está a questão do pamprincípioalismo (ou panprincipiologismo)²⁵⁴. Esse mal, numa primeira abordagem, significa o desdobramento equivocado das teorias do direito e interpretativas do autor. Seria o mesmo que usar os princípios como pretexto para ampliar, ao invés de restringir, as possibilidades de decisões de receberem algum fundamento jurídico sólido e consistente com a melhor hermenêutica legal e constitucional. De algum modo, tanto o formalismo instrumentalista quanto o panprincipiologismo parecem padecer do mesmo mal: ambas utilizam o direito como ferramenta para consecução de interesses e vontades ilegítimas (sob o ponto de vista democrático), tanto nos casos simples quanto nos *hard cases*.

De toda forma, o ponto mais discutível não reside na mera negação de haver respostas corretas, mas será particularmente mais dificultosa a missão de precisar se haveria e qual seria a resposta correta em casos difíceis, de modo a vincular a fundamentação das decisões judiciais.

Num primeiro passo, a ideia de resposta correta em direito parece ser intuitiva, contrariamente ao ideário positivista ou ao ceticismo relativista. Não é costume de os julgadores considerarem que, após proferidas as decisões de casos sob sua competência de julgamento, a conclusão da análise dos fatos e fundamentos jurídicos arguidos pelas partes é igualmente correto ou, pelo menos, igualmente plausível às teses arguidas pelas partes que se sagraram derrotadas do embate judicial. Intuitivamente, todos esperam um pronunciamento jurisdicional que seja a síntese argumentativa de todo o material discursivo produzido pelos sujeitos processuais.

O raciocínio do autor, na verdade, parece encaminhar a questão para um nível ainda mais fundamental: o que é dado aos juízes fazer em casos difíceis? A resposta que é dada por Dworkin parte da afirmação de que a conduta interpretativa dos operadores do direito, notadamente dos juízes, deve ser sempre orientada a buscar o direito que deve ser aplicado, e negar a possibilidade de criação de um novo direito,

²⁵³ STRUCHINER, Noel, Indeterminação e objetividade, *In*: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. Org. Ronaldo Porto de Macedo Júnior e Catarina Helena Cortada Barbieri. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 133-4, 145.

²⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 85.

ainda que, nos casos difíceis, inexistia norma legal aplicável ou sua inadequação com caso concreto seja patente²⁵⁵. Isso vai significar a aplicação da interpretação reconstrutiva e a metódica do Juiz Hércules, agora, pelos juízes reais, utilizando outro tipo de material para identificação das melhores razões que devem definir a solução do caso controverso, a partir da articulação de argumentos de princípio²⁵⁶, mas tendo como diretriz necessária a integridade e a coerência no direito²⁵⁷.

Para o autor, o material de trabalho dos tribunais, principalmente, em se tratando de questões difíceis, das cortes constitucionais, deve se limitar a argumentos de princípio²⁵⁸, isto é, de questões substanciais “que justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”²⁵⁹.

A ideia central é não reconhecer possível aos tribunais e juízes a articulação de argumentos políticos, tendo em vista que consistem na adoção de determinados objetivos em proveito da comunidade, sendo atividade específica do Poder Legislativo, associada a uma relação de legitimidade evidente, visto que seus integrantes são escolhidos por meio do voto majoritário. O Poder Judiciário não possui a mesma relação de legitimidade com a comunidade. Não da mesma forma. A legitimidade, especificamente no manejo de princípios, fundamentais nos casos difíceis, está associada a uma fiel leitura dos valores, amparada de uma forma mais ampla em teorias moral e política da história da comunidade²⁶⁰.

²⁵⁵ “Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever de, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes e não de inventar novos direitos retroativamente”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

²⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 132.

²⁵⁷ “O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz”. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 263).

²⁵⁸ “A integridade diz respeito a princípios, e não exige nenhuma forma simples de coerência em termos políticos”. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 266).

²⁵⁹ Enquanto os argumentos de princípio são o material de trabalho dos juízes e tribunais ao lidarem com questões complexas, os argumentos de política são aqueles trabalhados pelo Poder Legislativo, de modo que a decisão por eles fundamentada revela o fomento ou proteção de algum objetivo específico em favor de toda a comunidade. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 129).

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 305-6.

Deve-se ainda ressaltar que a junção dos critérios avaliativos e descritivos, por Dworkin, no cerne de sua teoria interpretativa, significa, na apreciação de casos difíceis, a possibilidade de consideração de todos os interesses, argumentos e questões suscetíveis, no contexto da liberdade de apreciação no fórum do princípio, sem as pressões de grupos majoritários²⁶¹, suplantando a relevância de argumentos de política, na prevalência da análise de direitos individuais e coletivos já consagrados, na expressão de Dworkin, como *trunfos políticos*²⁶².

A única resposta correta em casos difíceis está umbilicalmente associada à determinação das condições de validade de um discurso. No caso do fórum do princípio isso significa encontrar um ponto de equilíbrio que redunde no ajuste ideal dos princípios e valores de influência verificada no caso em análise. Esse processo de ajuste ou ponderação acontece por meio da argumentação. Nesse sentido, a articulação dos princípios pertinentes é naturalmente mais fluida a ensejar a plasticidade necessária ao encadeamento gradativo que se confunde com o fluxo da história de certa comunidade.

A tese ou o ideal de uma única resposta correta em direito, especialmente em casos difíceis, não significa a possibilidade de se determinar a solução *a priori*, como criticado por Hart²⁶³. Esse ideal deve ser compreendido dentro da perspectiva teórica global do autor, como produto da aplicação de sua teoria interpretativa, a partir da noção de complementariedade entre Direito e Moral, e, necessariamente, por satisfazer o ideal de integridade no direito, isto é, a resposta deve estar coadunada com toda a tradição jurídica, representando um encadeamento atualizado dos valores no contexto da comunidade, como resultado da busca pelo melhor argumento²⁶⁴.

Entretanto, o pensar cético, sempre em busca de uma noção de objetividade desses argumentos, como sendo possível sempre determinar a relação de validade ou de correção a partir do encontro de um ponto de apoio ou referencial externo (portanto, arquimediano), não foi pensado por Dworkin como etapa necessária para essa finalidade, mas, ao contrário, foi por ele descartada. Para o autor, afirmações interpretativas são sempre interpretativas, assim como as proposições morais são,

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 134.

²⁶² *Ibid*, p. XV.

²⁶³ HART, H. L. A.; BULLOCH, Penelope A.; RAZ, Joseph. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009, p. 171.

²⁶⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 212.

necessariamente, morais, dispensando qualquer dependência de objetividade para determinar a validade, correção ou mesmo o melhor argumento interpretativo ou moral aplicável para a solução da controvérsia. Nas elucidativas palavras do filósofo:

Não vejo por que tentar encontrar algum argumento geral no sentido que os julgamentos interpretativos morais, políticos, jurídicos ou estéticos são objetivos. Os que pedem algum argumento dessa natureza querem algo diferente do tipo de argumentos que eu e eles produziríamos a favor de exemplos ou casos particulares de tais julgamentos. Mas não vejo como poderiam existir tais argumentos diferentes. Não tenho 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 diante²⁶⁵.

Em sua última obra, Dworkin não apenas desistiu de pensar a objetividade na articulação de argumentos de moralidade política, mas afirmou sua irrelevância²⁶⁶. Contudo, a carência de objetividade e a suposta indeterminação do direito nesses casos, parece favorecer ainda mais o discurso positivista de inexistência de respostas corretas nos *hard cases*. Essa afirmação se justifica na própria definição do significado de indeterminação do direito, que geralmente está atrelado a problemas de incomensurabilidade e equipolência²⁶⁷.

Tanto a equipolência, como situação paradoxal que complicaria ou impossibilitaria a escolha diante das ofertas de opções indistintas, quanto a incomensurabilidade, como problemas cujas implicações ou resultados seriam impossíveis de determinar, são questões que revelam a inexistência de um cálculo ou métrica a partir da qual seja possível determinar ou mensurar quais resultados seriam possíveis de modo a indicar parâmetros ou direcionamentos para orientar a escolha ou decisão²⁶⁸.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald William. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 257.

²⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 58-9.

²⁶⁷ STRUCHINER, Noel, Indeterminação e objetividade, p. 119-151, *In*: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. Org. Ronaldo Porto de Macedo Júnior e Catarina Helena Cortada Barbieri. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

²⁶⁸ O paradoxo da equipolência ou de escolhas equivalentes é exemplificada pela estória do asno de James Buridan, que morreu paralisado, faminto, por não conseguir decidir dentre qual dos montes idênticos de feno escolheria para saciar sua fome. Sartre trabalha a questão da incomensurabilidade a partir de sua filosofia existencialista como um problema que não corresponde a nenhuma fórmula ou métrica que redunde na resolução desses dilemas. SARTRE, Jean-Paul. **Jean-Paul Sartre: basic writings**. Edit. Stephen Priest. Londres: Routledge, 2001, p. 36. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=khXv5xcljUsC&lpg=PP7&hl=pt-BR&pg=PP7#v=onepage&q&f=false>. Acessado em 15/06/2019.

Para Dworkin, esses problemas de incomensurabilidade, nos quais as razões para guiar a escolha seriam indistintas, estão contidos dentro da afirmação cética de que tais questões possuem respostas indeterminadas²⁶⁹. Para o direito, em casos difíceis, a resposta ou juízo-padrão para questões de fundo moral, ético e mesmo jurídico seriam qualificadas pelo mesmo juízo-padrão. Diante do indeterminado ou indeterminável não há alternativa a não ser sucumbir e admitir que não existem argumentos apropriados para qualquer tipo de solução. O fracasso argumentativo é patente, quando se afirma que esses tipos de questões possuem uma mesma ordem de respostas indeterminadas.

O autor vai superar essa linha argumentativa ao diferenciar os conceitos de indeterminação e de incerteza. Para ele, o mais apropriado nessas questões não é a fuga para a indeterminação, mas perceber que existem diversos (ou mesmo apenas alguns) argumentos dentro de certa questão problemática, tanto de um lado quanto de outro, a permitir a inferência de que, diante da dificuldade ou momentânea impossibilidade de discernir quais seriam os melhores argumentos dentre os então articulados, sobressai-se um estado de incerteza, que se traduz na singela e sincera declaração: “eu não tenho certeza”. Por isso, o autor assevera que afirmar “não sei se a proposição em questão é verdadeira ou falsa”, assim como “ela pode ser uma coisa ou outra”, é completamente diferente de alegar que “a proposição em questão não é nem verdadeira nem falsa”. Incerteza, portanto, é diferente de indeterminação²⁷⁰.

Assim, Dworkin sustenta que as questões difíceis em direito, por ausência normativa ou mesmo de inadequação das normas vigentes, seriam casos em que há incerteza na precisão de quais seriam os melhores argumentos disponíveis para solução da controvérsia. Ele admite, porém, que os poucos casos de indeterminação são resolvidos pela positivação, na verdade, esses casos dependem disso, do direito legislado. A confissão da incerteza deve ser o juízo-padrão que, conceitualmente, melhor substitui a articulação positivista da indeterminação como ambiência para escolhas autênticas que implicam na criação do direito em cada solução atribuída a casos difíceis²⁷¹.

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 142.

²⁷⁰ Ibid, p. 137.

²⁷¹ Ibid, p. 143.

Defender a existência da tese da única resposta correta em direito significa, na prática, não considerar a existência de verdades óbvias ou de fatos concretos a indicar uma resposta correta “exclusiva”, como se isso somente fosse possível a partir de determinada perspectiva ideológica, religiosa ou cultural, isto é, de um ponto de vista arquimediano. Ao contrário disso, significa se concentrar na busca pelos melhores argumentos para a resolução do caso sob análise, de modo a afastar a incerteza que lhes são característicos. Nas palavras do autor:

A confiança ou a clareza absolutas são apanágios dos loucos e dos fanáticos. Já nós temos de fazer o melhor que podemos: temos de escolher entre todas as opiniões substantivas oferecidas, perguntando-nos qual delas, após a devida reflexão, nos parece mais plausível que as demais. Se nenhuma delas nos parecer assim, temos de nos contentar com o verdadeiro juízo-padrão, que não é a indeterminação, mas a incerteza²⁷².

Aqui vale abrir um rápido parêntese: a busca do melhor argumento envolve principalmente questões relativas à fundamentação externa das decisões. A fundamentação ou justificação interna das decisões está atrelada ao sentido de coerência argumentativa interna, sob o ponto de vista da lógica em sentido estrito²⁷³. Nas controvérsias dos casos difíceis, há uma demanda por prova ou demonstração dessa coerência interna apoiada, necessariamente, em uma justificação externa, que se propõe a ir além dos limites da lógica em sentido estrito. É nesse sentido que podem ser situados os argumentos com base em princípios que, sob a perspectiva dworkiana, encontra significado na busca da adequada conciliação da tradição jurídica com uma pretensão de atualização proveniente das alterações valorativas que ocorrem na tessitura social da comunidade, almejando a realização de um ideal de justiça e equidade, concomitantemente, do direito como integridade e, portanto, de coerência no direito.

A busca dos melhores argumentos está pautada, por um lado, sob o prisma da integridade. O ideal de haver respostas corretas em direito passa pelo objetivo de reconstruir o sentido do direito, como prática social, exigindo do intérprete e aplicador do direito o cuidado e diligência de modo a atender, como etapa teleológica, a

²⁷² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 144-145.

²⁷³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 29-36.

promoção da integridade. Se a pretensa resposta encontrada, como ideal de resposta correta, pareça estar estruturada sob os melhores argumentos, mas não expressa os ideais de justiça, equidade e, principalmente, do direito como integridade, o ideal de resposta correta estará comprometido, deslocado e sem sentido. Nas palavras do autor:

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 vez que entendamos a diferença entre a integridade e coerência estrita, esse contraste torna-se cada vez mais complexo. A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia no início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental²⁷⁴.

O imperativo da integridade como desiderato interpretativo deve estar associado a outro elemento importante a possibilitar a identificação da resposta correta: a responsabilidade moral²⁷⁵. A responsabilidade enunciada por Dworkin é elemento essencial, enquanto virtude, que marca a postura e o pensamento do intérprete por sua integridade e autenticidade²⁷⁶. Significando que o intérprete e aplicador do direito deve avaliar os argumentos de moralidade política a partir de suas próprias convicções, e não apesar delas, como vetor por coerência e integração, para identificar quais são as melhores razões argumentativas para resolução da controvérsia²⁷⁷. Nesse sentido, é exigido dele a apropriação de uma epistemologia interpretativa, de modo a encarar a responsabilidade moral como um trabalho sempre em andamento: “é responsável aquele que aceita a integridade e a autenticidade moral como ideais apropriados e empenha um esforço razoável para realizá-las”²⁷⁸.

A responsabilidade moral é apresentada por Dworkin como forma adicional de resolver o problema do ceticismo interno em relação ao ideal da busca pela verdade no direito, pelo ideal de resposta correta. Nesse ponto, vale fazer um prevê parênteses.

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 266-7.

²⁷⁶ “Devemos, tanto quanto possível, interpretar cada uma dessas convicções à luz das demais e também à luz daquilo que naturalmente se nos afigura como um modo adequado de levar a vida”. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 164.

²⁷⁷ Ibid, p. 171.

²⁷⁸ Ibid, p. 164.

Basicamente, os críticos de Dworkin podem ser classificados em duas vertentes céticas fundamentais, os céticos internos e externos. Eles possuem em comum a conclusão de que não existe uma resposta correta para cada controvérsia em direito, notadamente porque isso iria implicar reconhecer que essa noção de certeza única demandaria a mesma ilação acerca da possibilidade de definir a verdade em juízos de valores morais e estéticos, de onde se extrairia a pretensão, a partir da interpretação, de uma unicidade de significado²⁷⁹.

De um modo geral, essas críticas guardam em comum uma visão que se destina a duvidar e questionar, de forma indiscriminada, as possíveis noções de verdade que se tenham, incluídos também os raciocínios ou interpretações científicas, de amplo e abrangente aspecto, por considerarem que o conceito de verdade dependente da existência de um dado objetivo referenciável. Além de existir uma versão menos abrangente, mais seletiva, que se limita a aceitar as verdades ditas objetivas, relativas às afirmações descritivas científicas de um modo geral, mas exclui a possibilidade de que verdades sejam extraídas de proposições morais, éticas ou interpretativas, restando apenas a ilação de que tais verdades seriam subjetivas ou relativas²⁸⁰. O ceticismo mais abrangente é chamado pelo autor de ceticismo externo, e o segundo tipo de ceticismo é o interno²⁸¹. O argumento deve ser retomado após a rápida digressão.

Se o conteúdo moral que norteia as controvérsias das proposições jurídicas somente pode ser encarado apenas por meio da discussão com base em argumentos morais, revelando uma plataforma de discussão numa metódica essencialmente interpretativa, então é necessário assegurar o compromisso do intérprete na avaliação e escolha dos melhores argumentos apresentados para estruturar a resposta dita como correta.

Assim, a responsabilidade será situada pelo autor como vetor, junto com a integridade, na busca pela verdade como resposta, isto é, da resposta correta. Se os valores são, naturalmente, plurais e incomensuráveis, como seria possível encontrar uma verdade moral sem que fosse pressuposta a possibilidade de uma resposta

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 96-7.

²⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Objectivity and Truth: You'd Better Believe it**, in *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2, p. 87-139. <http://links.jstor.org/sici?sici=0048-3915%28199621%2925%3A2%3C87%3AOATYBB%3E2.0.CO%3B2-XP>. Acesso em 19/05/2019, p. 88-89.

²⁸¹ A terminologia utilizada pelo autor na língua original inglesa sofre pequena variação para o português: interno ou interior, externo ou exterior. As variações possuem o mesmo sentido.

arquimediana, isto é, dependente de algo situado no mundo, um fato físico, independentemente verdadeiro?

Aqui vale retomar que há uma diferenciação entre o ideal de verdade nas ciências formais e nos juízos de valor. O propósito das ciências naturais é de determinar a verdade por meio de provas e indícios específicos a evidenciar, com probabilidade, a verdade²⁸². Isso porque ela é verificável sob uma perspectiva empírica. Enquanto um juízo de valor, para ser considerado verdadeiro, deve estar subsidiado numa razão pela qual possa ser assim considerado²⁸³, isto é, os juízos morais e de valor dependem de argumentos adequados que os corroborem e que devem ser apresentados e estruturados no discurso à exaustão²⁸⁴, revelando uma relação de validade e não de veracidade. Por isso, “a possibilidade de algo ser usado como argumento em favor de uma convicção moral é uma questão substantiva”, requerendo a correspondente apreciação²⁸⁵.

Portanto, a responsabilidade moral impõe que o intérprete desenvolva através dos vários argumentos disponíveis, em um trabalho que sempre aspira ser acabado, a busca pela coerência endossada pela convicção, isto é, pela certeza que credita a suas convicções, não compartimentadas e de ampla coerência²⁸⁶, e no seu encaixe ou ajuste na estrutura da rede interligada dos valores compreendidos na cultura e linguagem na perspectiva do intérprete²⁸⁷, afastando convicções insinceras e meras racionalizações. Nas palavras do filósofo do direito:

Somos moralmente responsáveis na medida em que nossas diversas interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de tal modo que cada uma delas sustente as outras numa rede de valores que abraçamos autenticamente. Na medida em que fracassamos nesse projeto interpretativo – e parece impossível obter nele um sucesso total –, nós não agimos a partir de uma convicção plena, e nesse sentido não somos plenamente responsáveis²⁸⁸.

Assim, o sucesso da teoria interpretativa do autor e da metódica do Juiz Hércules depende intrinsecamente desses dois elementos, a integridade e a

²⁸² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 175.

²⁸³ Ibid, p. 173.

²⁸⁴ Ibid, p. 176.

²⁸⁵ Ibid, p. 178.

²⁸⁶ Ibid, p. 162-3.

²⁸⁷ Ibid, p. 182-3.

²⁸⁸ Ibid, p. 153.

responsabilidade moral. É pela conjugação desses dois elementos que será possível afastar o mal do relativismo e dos decisionismos que possam se expressar por meio de uma razão instrumentalista, que torna o direito e as proposições jurídicas maleáveis à determinação da vontade, ou pelo panprincipiologismo como manejo de proposições indevidamente alçadas a categoria de princípios com o mesmo objetivo de alcançar a consecução de um objetivo, negando qualquer possibilidade de integridade e coerência normativa. Essas duas formas comuns de relativismo têm em comum a superação da busca pela identificação do que “diz” o direito para atribuir um sentido próprio que corrobore certos interesses.

Situada a busca pela resposta correta, sob a perspectiva do autor, parece de algum modo persistirem dificuldades quando esquecemos que o Juiz Hércules não julgando os casos emblemáticos do direito, mas juízes reais sem as vantagens de um herói de capacidades sobre-humanas. Mesmo que as controvérsias não sejam baseadas apenas em questões de direito, mas também seja necessário escolher dentre argumentos substantivos, morais ou éticos, subsiste aos juízes o dever de apreciar e julgar as causas que lhe são submetidas, estando incumbidos de superar a incerteza, sem poder, de fato, acomodarem a si mesmos e as partes à incerteza e dúvida, numa expressão de honestidade que simplesmente afirmaria não saber como decidir.

Talvez resida aí a grande dificuldade dos juízes. Sob o ponto de vista deles haveria alguma vantagem em decidir segundo o arbítrio positivista da escolha baseada em sua própria autoridade, por parecer um terreno mais sólido para a tomada da decisão. No entanto, mesmo que essa vantagem pareça ser parcial, é incomparavelmente mais problemática por causa da crise de legitimidade e dos pressupostos falhos que assume para possibilitar essa afirmação, conforme já demonstrado em linhas anteriores.

O modelo de juiz apresentado por Dworkin para efetivar o ideal de um direito como integridade é dependente de um juiz cujo maior predicado seja o incondicionado acesso, identificação e ponderação perfeita de valores morais, éticos e políticos para a solução dos casos difíceis. Por isso, Hércules não precisa dialogar. Ele pode permanecer insulado.

Contudo, a grande dificuldade dos juízes está associada intrinsecamente à abdicação do suposto privilégio cognitivo (eles pensam que são Hércules?) em relação aos demais sujeitos processuais, a permitir que, concomitantemente a essa

abdicação, também possam admitir a necessária cooperação em relação às partes na busca dos melhores argumentos. Esse será o ponto principal da abordagem da próxima seção.

5.2 COMO A BUSCA PELOS MELHORES ARGUMENTOS DEPENDE DA LINGUAGEM GARANTIDA PELO PROCEDIMENTO: A NECESSÁRIA SUPERACÃO DO PARADIGMA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E A POLICONTEXTUALIDADE DAS SOCIEDADES PÓS-CONVENCIONAIS.

O ideal de uma única resposta correta está em direta correspondência com aquilo que se pode exigir e esperar do próprio Juiz Hércules. Ele certamente daria uma resposta certa para todos os casos, por conseguir sintetizar e aplicar para o caso em apreciação a melhor conjugação que pode ser obtida dos valores morais e políticos da história da comunidade, em ótima adequação de todos os princípios envolvidos na controvérsia submetida ao poder judiciário, como se deixou bastante evidente na exposição de sua metódica e de seus critérios no capítulo anterior.

Essa facilidade técnica e, principalmente, filosófica, intrínseca à figura do Juiz Hércules, justifica-se em sua própria figura idealizada. O empreendimento hercúleo de encontrar a melhor e única resposta para cada caso difícil em direito não se explica apenas pelo recurso ilimitado de tempo, mas principalmente por ele deter uma capacidade sobre-humana, que não reconhece os mesmos limites e possibilidades restritas impostas pela linguagem a todos nós, homens mortais. Dessa discrepância, entre a figura idealizada criada pelo autor e a realidade dos juízes, permaneceu problematizada a tese da única resposta correta para os *hard cases* e a questão da legitimidade dessas decisões.

O recorte dessa pesquisa é especificamente sobre o problema da discricionariedade judicial, dos decisionismos que ocorrem sob uma perspectiva teórica alinhada com os rudimentos de uma teoria positivista ainda muito presa aos seus ideais clássicos de separação entre Direito e Moral e, notoriamente, na defesa, de um molde relativista, de que não existem respostas corretas no direito.

A partir da teoria do direito, afirmando que o Direito e a Moral são como ramos de uma mesma árvore, e da teoria interpretativa de matiz reconstrutiva, Ronald Dworkin aponta para o Juiz Hércules como meio encontrado de conjugação prática dessas contribuições e propostas críticas ao positivismo, tendo como elemento

resultante específico a concepção do direito como integridade, de modo que as respostas que ele dá às controvérsias são todas exemplos de únicas respostas possíveis em direito²⁸⁹.

Particularmente, o Juiz Hércules, no processo de apreciação e decisão da controvérsia, consegue identificar e extrair, a partir de suas próprias convicções e, por isso, de uma perspectiva própria, as tradições e valores morais da história jurídica da comunidade, por meio da análise do conjunto do registro institucional, prosseguindo por meio de suas convicções pessoais de moralidade política, a partir das quais consegue uma via de acesso à moralidade institucional, obtendo aí os argumentos substanciais para formular o fundamento de sua decisão.²⁹⁰

O caminho percorrido por Hércules parece estar claro, porém, além disso, o mais importante está em saber que ele conseguirá completar a missão de encontrar as razões morais, éticas e políticas, todas em consonância com o ideal de direito como integridade, solucionando a controvérsia concreta. A questão que se coloca, dando um passo adiante, é de saber se os juízes reais conseguem o mesmo.

Dworkin é assertivo na declaração de que, diante do argumento da falibilidade judicial, não é possível esperar que os juízes, todos eles, tomem decisões idênticas nesses casos dilemáticos e, avançando um pouco além, que dificilmente não haveria erro em tais decisões²⁹¹. Na verdade, é muito comum já haver divergência na aplicação do direito em casos simples, quanto mais em casos de difícil resolução por anomia ou inadequação das normas existentes. Por outro lado, em vista dessas dificuldades, restaria a confiança “nas técnicas de decisão judicial que, a nosso juízo, possam reduzir o número de erros, com base em algum juízo a respeito das capacidades relativas dos homens e das mulheres [...]”²⁹².

Além da confiança na redução do número de decisões erradas e ainda diante da falibilidade, Dworkin nega optar por dois caminhos distintos na tentativa resolver o problema: diante da admissão dessa fragilidade, os juízes desistiriam de aplicar a técnica em busca da melhor leitura dos direitos institucionais, decidindo apenas com

²⁸⁹ “Também é necessário conceber a estrutura da moral em geral como semelhante à de uma árvore: o direito é um ramo da moral política, que é um ramo de uma moral pessoal mais geral, que é por sua vez um ramo de uma teoria ainda mais geral do bem viver”. (DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 10).

²⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 196-200.

²⁹¹ Ibid, p. 201-2.

²⁹² Ibid, p. 203.

base em meras razões políticas, o que implicaria em abdicar e negar todo seu projeto teórico, afirmando os rudimentos do positivismo; ou, numa segunda possibilidade, manter o esforço no empreendimento da aplicação da metódica do Juiz Hércules e confiar na avaliação de outros para verificação da correção de suas decisões, o que esbarraria na impossibilidade de reconhecer em outro ser humano ou grupo uma maior capacidade argumentativa e avaliativa²⁹³. A solução, então, talvez resida, afirma ele, na honestidade intelectual e humildade como apanágios do homem juiz na realização de seu mister público. Essas são suas palavras:

Assim, essa forma de ceticismo não configura, em si mesma, um argumento contra a técnica de decisão judicial de Hércules, ainda que sem dúvida sirva, a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade²⁹⁴.

Ressaltar a importância de um procedimento interpretativo, precedido de toda sua contribuição da teoria do direito, como nortes para orientar a atividade jurisdicional é, de fato, muito importante. Certamente é possível afirmar que isso reduz, em tese, a possibilidade dos erros judiciais e, de algum modo, sirva de método para apontar se as decisões seriam discricionárias. Em um juízo de revisão judicial, quando possível, cumprir-se-ia a função de afastar e corrigir algumas decisões discricionárias. Contudo, apenas esses efeitos não servem de sustento teórico e metodológico para continuar afirmando a tese de única resposta correta como exigência finalística da atividade dos juízes. Antes disso, seria forçoso afirmar que o ideal da única resposta correta permaneceria no imaginário do Juiz Hércules, sem qualquer implicação realmente significativa para os juízes reais, que continuariam cometendo erros na tentativa esforçada de cumprirem esse ideal, ou mesmo cometendo descaradamente decisionismos sob o pretexto de estarem efetivamente aplicando a metódica do Juiz Hércules.

Esse risco de arbitrariedades e decisionismos como resultado equivocados da aplicação duvidosa (intencional ou não) já foi denunciada na literatura jurídica como o problema do panprincipiologismo. A criatividade judicial é tamanha que certos enunciados gerais são erguidos como verdadeiros princípios, como um *standard*

²⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 203.

²⁹⁴ *Ibid*, p. 203.

valorativo, sem qualquer densidade deontológica, destituídos de força normativa²⁹⁵, com o intuito, muitas das vezes, de apenas resolver certos problemas percebidos na prática judicial, mas que são verdadeiros sintomas de arbitrariedades. Esses princípios destituídos de normatividade são considerados na argumentação para ampliar o leque de possibilidades na interpretação, provocando verdadeira abertura interpretativa, quando, em verdade, os princípios pensados e defendidos por Dworkin, com reconhecida normatividade, têm como uma de suas finalidades o fechamento interpretativo, não o contrário²⁹⁶.

Assim, a mera aceitação ou concordância em relação à teoria, pressupostos e métodos interpretativos apresentados por Dworkin, assim como o esforço sempre válido e produtivo empregado na tentativa de, à semelhança do Juiz Hércules, fazer dar certo o método e obter uma decisão judicial que reflita justiça, equidade e o direito como integridade, não são suficientes.

Duas dificuldades ou objeções principais podem ser levantadas diante da tentativa de se reproduzir nos juízes reais o mesmo paradigma que é particular do Juiz Hércules: (a) a superação do paradigma da filosofia da consciência, como modelo orientativo de perceber e entender a razão humana, bem como seus limites; (b) e o fenômeno de complexificação e pluralismo próprio das sociedades pós-convencionais.

O primeiro problema ou objeção levantada contra a perfeita recepção e aplicação do método dworkiano pelos juízes pode ser observado na internalização dos pressupostos da filosofia da consciência. A implicação mais relevante desse superado paradigma filosófico e linguístico se manifesta na desnecessidade enxergada pelos juízes de que o ofício jurisdicional é uma atividade dependente, inerentemente, da participação ativa de outros sujeitos processuais. Dito de outro modo, os juízes, nessa perspectiva, não necessitariam de outra coisa a não ser sua própria capacidade cognitiva e seu subjetivismo para resolver as controvérsias

²⁹⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de filosofia: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, 210-11.

²⁹⁶ É importante que se diga que o fechamento interpretativo aqui mencionado não se trata de “fechamento semântico”, mas notadamente no tocante ao conteúdo deontológico e axiológico do substrato argumentativo do trabalho do intérprete e aplicador do direito. (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 77.

judiciais. Forma expressada por dizeres do tipo “decido conforme minha consciência” ou de compreender a sentença como um *sentire*²⁹⁷.

A filosofia da consciência representava o paradigma de uma racionalidade centrada no sujeito, em sua subjetividade. Suas percepções sobre o mundo, a partir de suas convicções e compreensões, do intramundano, dava-se a formulação de uma concepção objetivista. A linguagem, portanto, era apenas a via instrumental para articulação desse racionalismo para a descritividade dos objetos percebidos pelo sujeito, cujas caracterizações se baseavam numa hermenêutica também dependente do mesmo paradigma: as aparentes certezas decorrentes da percepção do mundo pelo sujeito eram suficientes para subsidiar a realidade como sendo objetiva. Aqui, mais uma vez, a subjetividade é o meio para conhecer toda a realidade e de assujeitar o mundo. O mundo, a partir da referência intramundana do sujeito, é afirmado como realidade objetiva completa e fidedignamente percebida por ele mesmo²⁹⁸.

A concepção moderna de objetificação do conhecimento por meio da capacidade cognitiva do sujeito, originada primeiro em Descartes, passou por diversos estágios e culminou numa teoria do conhecimento preocupada com a precisão e os limites do conhecimento humano²⁹⁹. Assim, nesse contexto, a filosofia analítica e os teóricos da pragmática compreendiam a linguagem como capacidade eminentemente individual e subjetivista, caracterizado por um solipsismo que transbordava para o intersubjetivo, por meio do uso convencionalizado da linguagem. Como pressuposto dessa concepção, era possível afirmar a existência de um mundo objetivo, que se confunde com o mundo aí, em exata conformidade com o descrito pela linguagem. Essa forma específica de enxergar a linguagem estava associada ao primeiro Wittgenstein³⁰⁰, da obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, que remetia à importância

²⁹⁷ “Mas, atenção, porque, ao mesmo tempo, forjou-se um imaginário no interior do qual, sob pretexto de superar a figura do juiz-boca-da-lei – que era o protótipo do juiz do positivismo primitivo-exegético-sintático – passou-se a apostar no protagonismo judicial. Com isso, sentença viria de ‘sentire’, e as decisões seriam proferidas a partir da consciência do juiz. Enfim, o triunfo do juiz solipsista, que coloca o sujeito da relação Sujeito-Objeto como o ‘senhor dos sentidos’. Ou seja, do objetismo os juristas passa(ra)m rapidamente para o subjetivismo [...]”. (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed., rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 191).

²⁹⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de filosofia: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 73-76.

²⁹⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 445-6.

³⁰⁰ A obra de Wittgenstein é utilizado como autor-guia para a evolução teórica das concepções acerca da linguagem. Importa justificar que esse autor é fundamental, pois as suas duas principais obras, o *Tractatus Logico-Philosophicus* e as *Investigações Filosóficas*, representam esse caminho das teorias da linguagem até culminar no giro linguístico-pragmático, que foi determinante para tornar insustentável a filosofia da consciência e suas implicações para as ciências sociais aplicadas como o

do uso preciso e técnico da linguagem como forma para alcançar o conhecimento em função de seu aspecto instrumental, uma vez que se considerava a linguagem em sua função designativa e o conhecimento humano como algo não linguístico³⁰¹.

No segundo Wittgenstein, a partir de suas reflexões no livro *Investigações Filosóficas*, ele passa a denunciar a parcialidade da concepção instrumentalista da linguagem, firmada em sua primeira obra, para afirmar a linguagem como condição de possibilidade³⁰² para o conhecimento humano, isto é, não é possível haver pensamento sem linguagem nem conhecer o mundo em si, mas apenas o mundo possível e percebido por meio da linguagem³⁰³. O ideal de exatidão da linguagem é abandonado, cedendo espaço para a observância das situações reais de uso comum da linguagem, em cujo contexto o que é dito só tem sentido diante do contexto sócioprático em que são usadas, situada em um certo tempo e em determinado lugar, isto é, naquilo que passou chamar de “forma de vida”³⁰⁴.

Diante dessas alterações paradigmáticas, tornou-se impossível sustentar os paradigmas da filosofia da consciência. Não é mais possível compreender que o sujeito, apenas a partir de sua subjetividade, consiga entender o mundo que o rodeia, considerando esse entendimento como expressão de uma objetividade e de uma certeza. A sempre permanente possibilidade de não conseguir perceber o todo e, ao mesmo tempo, a integralidade dos detalhes que constitui a complexidade do “real”, como contrariamente foi afirmado ser predicado da capacidade humana, apregoada na filosofia da consciência, torna-se paulatinamente insustentável, cedendo lugar a

direito.

³⁰¹ “Já que a linguagem não passa de um reflexo, de uma cópia do mundo, o decisivo é a estrutura ontológica do mundo que a linguagem deve anunciar. A essência da linguagem depende, desse modo, da estrutura ontológica do real, isto é, Wittgenstein parte da crença de que existe um mundo em si que nos é dado independentemente da linguagem, mas que a linguagem tem a função de exprimir”. (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 119-121).

³⁰² Lênio Streck define o giro linguístico da seguinte forma: “Numa palavra: a viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido. Trata-se da superação do elemento apofântico, com a introdução desse elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento. Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 405).

³⁰³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 124-8.

³⁰⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, proposição nº 23.

uma noção de compreensão baseada não mais no elemento subjetivo, mas, necessariamente, no intersubjetivo. As percepções apriorísticas são todas mediadas e possibilitadas pela linguagem, que é um fenômeno intrinsecamente coletivo. Lênio Streck é percuciente quando afirma:

O sujeito da subjetividade assujeitadora – instituidor da filosofia da consciência – não tem mais lugar nesse giro. Daí o devido cuidado, para que não se confunda a ‘morte do sujeito’ (solipsista) com a morte do sujeito da relação de objetos, enfim, o sujeito da enunciação. Quem morre é o sujeito da subjetividade; nesse novo paradigma, o sujeito (solipsista) não é substituído por uma estrutura ou por um sistema; ele ‘simplesmente’ não mais “assujeita” as coisas, os sentidos e o conhecimento; ele agora responde a uma relação intersubjetiva, em que existe um *a priori* compartilhado, lócus dos sentidos que se antecipam a esse “sujeito”³⁰⁵.

As implicações da aplicação desse paradigma se tornam ainda muito mais sérias na transição filosófica da racionalidade de Descartes ao apogeu da metafísica com Nietzsche. Para este último, a razão protagonista do sujeito, a partir de seu subjetivismo, que se lançaria a pretexto da realização de certos valores, como a virtude ou a justiça, é permeada e movida por seus impulsos e desejos³⁰⁶. Isso vai significar que a subjetividade do sujeito, onde está concentrada toda a potência de seu protagonismo, move-se, no íntimo, em função da vontade ou, na expressão de Nietzsche, na *vontade de poder*³⁰⁷. Admitir que a vontade está no cerne desse subjetivismo é importante para discernir o caráter relativista das “verdades” por ela orientadas, ou seja, as percepções particulares de mundo provenientes do sujeito, além do componente subjetivo, são muitas das vezes afirmadas como verdade segundo um voluntarismo que as antecede. Essa é a resultante final da filosofia da consciência³⁰⁸. E esse voluntarismo, vale dizer, está no cerne da discricionariedade judicial.

³⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 402.

³⁰⁶ HEIDEGGER, Martin. **Nietzsche**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 142.

³⁰⁷ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Vontade de potência**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

³⁰⁸ Streck faz importante comentário: “Explico: de Descartes a Hegel e Kierkegaard, a subjetividade é entendida como um ponto onde aparecem os outros entes com os quais entramos em contato. Isso não significa afirmar, de todo modo, que a subjetividade, antes de Nietzsche, não seja relativista. Na Introdução à Filosofia, Heidegger vai dizer que “se a verdade pertence ao sujeito enquanto sujeito e apenas a ele, ou seja, se de acordo com sua própria essência a verdade reside no sujeito, então ela é necessariamente algo ‘subjetivo’, enquanto não houver algo que mantenha uma certa intersubjetividade”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração**

Ora, se a razão não é mais o elemento central e condutor do pensamento, mas a vontade, não é difícil compreender que esta última está no cerne dos decisionismos e da discricionariedade judicial. Mesmo a vontade de fazer o bem ou de fazer o certo, também dentro de uma perspectiva naturalmente relativa, pode desbordar com certa facilidade a linha tênue que margeia a legalidade e os limites dispostos no próprio direito positivo para afirmação, por meio de uma razão instrumental, a pretexto de realizar boas intenções, da vontade do julgador, ainda que isso contrarie o que “diz” o direito. Essas vontades se manifestam por meio de dizeres como “faça a coisa certa” ou “o juiz deve fazer justiça, mesmo contra o que dispõe a lei”, as quais podem facilmente dar lugar a expressões do tipo “fiz de meu jeito a coisa certa, mesmo que por meios errados”³⁰⁹.

O modelo de atuação judicial do tipo “Spike Lee”, no qual impera a vontade de se fazer o que seria a coisa certa, a partir de uma avaliação subjetivista, seria um exemplo de realização da vontade do julgador, a pretexto de realização de uma justiça³¹⁰. Nesse modo de atuação se paga o preço interpretativo de superar a restrição clara ou primeira imposta no texto legal, isto é, ignorando o elemento formal e, com isso, a razão pública a ele associada, quando da edição do texto pelo legislativo. Essa atividade seria determinada em função de uma boa intenção moral – limites esses que Dworkin mantém intacto numa análise inicial dos elementos preliminares de sua teoria da interpretação reconstrutiva³¹¹, reconhecendo uma primeira limitação às possibilidades da interpretação pelo texto escrito. A superação dos limites impostos pelo formalismo, por razões diversas, teria uma conotação subjetivista e instrumental, alinhada ao paradigma da filosofia da consciência,

hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 327).

³⁰⁹ Alexander e Schauer comentam: “It is clear in the Model Penal Code that ‘lesser evils’ refer to lesser moral evils. But if that is true, the following problem arises: every criminal law can be reformulated as ‘Don’t do X unless it is morally better that you do X.’ And that rule can be translated into one master criminal law, the Spike Lee law – ‘Do the right thing.’ (...) Or, to put the same point differently, formalism-in just the sense of treating legal prohibitions as at least partially opaque to all-things-considered morality-is a defining characteristic and morally desirable feature of law itself”. (ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. **Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire.** 48 Wm. & Mary L. Rev. 1579 (2007), p. 1598-9. Disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol48/iss5/4>. Acessado em 20/06/2019).

³¹⁰ A referência à justiça enquanto concepção moral específica e subjetiva.

³¹¹ Dworkin afirma na fase pré-interpretativa a necessidade de identificação das normas aplicáveis ao caso e, com isso, já delimita ou restringe o âmbito da interpretação, respeitando seus limites, conforme impostos pelo texto. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 81).

subvertendo as razões dos discursos de fundamentação por mais que seja a pretexto de uma boa razão, pois contrária ao que diz o direito legislado.

Como demonstrado em linhas pretéritas, as contribuições teóricas de Wittgenstein e de outros teóricos, como Gadamer e Habermas, foram considerados por Dworkin. Por isso, a adoção de um ponto de vista interno e engajado, próprio dos partícipes das práticas sociais (como o é o Direito), a consideração da consciência histórica efetiva e o caráter construtivo da linguagem, são todos elementos fundamentais percebidos por meio da compreensão da linguagem como fenômeno intersubjetivo desvelador do mundo, no sentido apregoado pelo giro linguístico-pragmático³¹².

Nesse estágio da crítica, o paradigma da filosofia da consciência se apropria e entende a linguagem apenas como instrumento a serviço da descritividade do intramundano, de uma razão instrumental. Ela está vinculada à representação de uma dualidade entre considerações transcendentais, metafísicas, atinentes à razão pura, e relativas às considerações empíricas e cientificistas, o que revelaria um sintoma de esgotamento e de inadequação diante dos novos saberes e da policontextualidade da pós-modernidade³¹³. Isso porque “entre a posição extramundana do eu transcendental e a intramundana do eu empírico nenhuma mediação é possível”³¹⁴, a menos que a filosofia da consciência seja substituída por um paradigma no qual seja possível a formação de um entendimento recíproco, isto é, considerações formuladas a partir do intersubjetivo, pela mediação da linguagem.

A vocação da razão na filosofia da consciência, centrada no sujeito, desde Descartes a Kant³¹⁵, era dirigida ao conhecimento do mundo objetivo com pretensão de verdade, acessando o transcendental ou o empírico. A crítica dessa vocação é consistente em Horkeheimer e Adorno, que afirmarão que essa “razão centrada no sujeito é produto de uma separação e usurpação, ou seja, de um processo social em cujo curso um momento subordinado ocupou lugar do todo”. Na visão desses autores da Escola de Frankfurt, “o potencial comunicativo da razão é simultaneamente

³¹² Dworkin comenta a dependência de sua teoria em relação as alterações de concepções decorrentes do giro linguístico, citando Gadamer, Heidegger e Habermas. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 62-3).

³¹³ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 414.

³¹⁴ Ibid, p. 415.

³¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 432.

desdobrado e deformado”, a indicar sua incompatibilidade com novos desafios que não eram próprios da modernidade³¹⁶.

O cerne da teoria crítica está fundado na noção de racionalidade emprestada por Descartes. Neste último, a racionalidade é sobrevalorizada em detrimento da percepção dos sentidos. O problema dessa racionalidade, no nível de radicalização iniciada em Descartes, enaltecida no Iluminismo e provada no século XX, assenta-se na reificação do sujeito e na reconversão do mundo à dimensão dele próprio³¹⁷. Esse resultado também seria decorrente do distanciamento dos métodos científicos, originários das ciências naturais e reproduzidos nas ciências do espírito, perdendo o sentido de sua destinação humana, isto é, a racionalidade passa a servir aos progressos técnicos científicos que encontram seu sentido numa dinâmica focada no capital e no atendimento dos interesses do mercado, realizados ainda no fetichismo e na reificação³¹⁸.

Por isso, o ideal de emancipação calcada essencialmente no racionalismo, como promessa iluminista, vai ser denunciada pela Escola de Frankfurt, enquanto trunfo do marxismo, que findou como projeto decepcionante e desenganado³¹⁹. A racionalidade deverá ser redesenhada como projeto coletivo, a partir dos avanços nas áreas da linguagem e da pragmática, a partir das quais o homem é percebido em toda sua existência e condição, isto é, a percepção do mundo e da natureza pelo sujeito é, ao mesmo tempo, condicionada por seu subjetivismo. Somente uma racionalidade baseada e mediada pela comunicação, na superação da mera relação entre sujeito-objeto, ensejará o firme terreno necessário para os desafios da contemporaneidade.

Para Habermas, o contexto desses novos desafios vocaciona uma racionalidade procedimental centrada na razão comunicativa. Nesse novo paradigma, o saber deve ser decorrente do processo de mediação pela comunicação, “a racionalidade encontra sua medida na capacidade de os participantes responsáveis

³¹⁶ Ibid, p. 438-9.

³¹⁷ MATOS, Olgária C. F. **A Escola de Frankfurt: luzes e sombras do iluminismo**. São Paulo: Moderna, 1993, p. 41-2.

³¹⁸ A fetichização se perfaz como feitiço ou magia das mercadorias criadas e desejadas, ignorando sua condição de produto da criação humana para se tornar fator determinante das relações entre os homens. Na reificação, há a radicalização da fetichização na inversão da relação do homem com a coisa criada, prevalecendo a indiferença ontológica entre ambos, passando o homem também ser considerado o próprio produto que também é comercializado no mercado.

³¹⁹ Ibid, p. 30-7.

da interação orientarem-se pelas pretensões de validade que estão assentadas no reconhecimento intersubjetivo”, a partir de uma visão descentrada de mundo³²⁰.

Habermas parte da afirmação de que o mundo da vida se articula no *médium* da linguagem, tornando possível para seus integrantes um horizonte de participação interpretativa para tudo o que pode ser experimentado, o que envolve o que pode ser aprendido e entendido, inclusive como pano de fundo que fornece os contextos e recursos, mais adequados ou não, para as tentativas de entendimento mútuo e solução de problemas³²¹. Afirmada essa estruturação do mundo da vida pela linguagem, ele explica a forma de expressão da razão comunicativa: “a racionalidade comunicativa exprime-se numa práxis de fala que, com seus papéis dialogais e pressupostos comunicativos, é talhada para uma meta ilocucionária: o reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade”³²².

Importa citar literalmente o comentário esclarecedor de Ricardo Tinoco de Góes sobre a função da linguagem e, nesse contexto, da razão comunicativa:

A mudança paradigmática de racionalidade que antes era radicada na consciência do sujeito e agora se ancora na linguagem justificou-se, ainda mais, em função da necessidade de se propor uma profunda transformação no modo peculiar de conceber as relações entre as pessoas, antes submetidas ao sentido de dominação da natureza e das coisas do mundo para, agora, voltar-se a um projeto de reconstrução e de emancipação do cidadão e dos seus iguais. Com esse propósito, a opção habermasiana pela *racionalidade comunicativa* teve em mira a necessidade de substituir-se o modelo de dominação proporcionado pela filosofia da consciência por um modelo de *abertura do mundo* permitido pela linguagem. Fala-se, assim, de uma racionalidade predisposta ao consenso, pois “*alcançar o entendimento é o telos inerente da fala humana*”³²³.

Por essas razões, não é possível considerar o ofício jurisdicional a partir de uma compreensão solipsista de juiz, baseado apenas na vontade, ainda que permeada de racionalismos. Além de ser dependente de um ponto de vista interno e engajado, a partir do qual é possível compreender o real sentido normativo das regras

³²⁰ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 437-8.

³²¹ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 127-8.

³²² Ibid, p. 127-8.

³²³ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 65.

e princípios, pois intrínsecos a uma *forma de vida*, não é possível afirmar que a possibilidade de acesso aos valores e princípios da moralidade política sejam, de fato, livre de equívocos, identificados e avaliados, sozinho pelo juiz, utilizando apenas o ferramental interpretativo e metódico do Juiz Hércules. Se a linguagem é condição de possibilidade para o mundo, notadamente dependente da intersubjetividade, seria mera ilusão considerar possível aos juízes reais a realização dessa tarefa assim como é levada a efeito pelo Juiz Hércules, insulado, separado como em um pedestal, sem dialogar com quem quer que seja.

Ainda vale fazer um último comentário pertinente. É possível traçar uma relação comparativa entre a racionalidade de Dworkin, enquanto racionalismo que se coloca para além dos limites da razão científica, mas mais adequada para determinação de como deve ser a vida prática. Essa razão prática está intimamente associada às leis da moralidade (moral enquanto dever que movimenta a ação) e aqui não se pode deixar de reconhecer a influência do pensamento de Immanuel Kant sobre Dworkin³²⁴. Ora, a própria dependência da dialética Kantiana de um princípio metafísico³²⁵, enquanto conhecimento sintético originário e puramente racional³²⁶, recobra a mesma noção firmada em Dworkin de acesso à comunidade de princípios que torne viável seu projeto de definição da melhor resposta, a partir de sua concepção de direito como integridade, para os casos de controvérsia teórica. No entanto, essa dependência de um racionalismo eminentemente metafísico não se revela como última etapa necessária para viabilizar seu arrojado projeto integrado de teoria do direito e de interpretação reconstrutiva, na medida em que a afirmação desse racionalismo, como já exposto, carrega em si uma limitação que somente seria

³²⁴ MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 164-5, 501.

³²⁵ O professor Juan Adolfo Bonaccini parece acertar ao perceber o problema da dialética kantiana, enquanto limitação na resolução de um problema axiológico na determinação do melhor arranjo entre princípio, nesta passagem: “Ora, contudo, e na medida em que o problema consiste na escolha, na decisão, por assim dizer, de admitir algo que não se pode provar, em detrimento de algo outro, o modo em que o problema aparece parece sugerir um problema axiológico. Pois essa escolha deve supor necessariamente um valor; não necessariamente um valor no sentido moral, mas no sentido daquilo que faz privilegiar um princípio contra os outros possíveis sem poder fornecer uma fundamentação última para isto. Todavia, isto não resolve a dificuldade, mas parece agravar o problema. Pois que se faz mister encontrar uma saída filosófica que possa explicar estes ‘valores antinômicos’ que estão à base de princípios coerentes e são a única causa da dissidência consigo mesma em que a própria razão incorre em seus discursos”. (BONACCINI, Juan Adolfo. **A dialética em Kant e Hegel: ensaio sobre o problema da relação entre ser e pensar**. Natal: EDUFRRN, 1999, p. 419).

³²⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 324-6.

totalmente superável pelo Juiz Hércules. A passagem da idealidade desse projeto, firmado na metódica hercúlea, para uma estatura minimamente realizável e viável, isto é, como teoria apta a efetivamente reder resultados que alterem o paradigma atual ainda muito marcado por decisionismos e voluntarismos judiciais – calcados na mera autoridade jurisdicional – requer uma racionalidade que se perfaz e se desdobra necessariamente pelo contributo da intersubjetividade, e esta parece ser percebida na racionalidade comunicativa.

O segundo elemento complicador ou dificultoso para a realização dessa empreitada hercúlea se verifica em função das características das sociedades pós-convencionais, por causa de sua complexidade e pluralismo inerente. O problema parece se concentrar, numa primeira reflexão, nas limitações cognitivas dos juízes que, diferentemente de Hércules, não teriam a mesma capacidade de fazer a leitura institucional adequada e precisa dos valores morais e políticos, diante de uma sociedade cuja complexidade e pluralismo dificultam e muito a identificação de quais os princípios seriam pertinentes a incidir no caso em apreciação e, além disso, como conseguir obter a conjugação correta na estrutura da argumentação para favorecer e possibilitar uma correta justificação interna e externa para a solução dos *hard cases*.

Para Jean-François Lyotard, a sociedade do final do século XIX, denominada de sociedade pós-moderna, pode ser caracterizada por uma incredulidade nas metanarrativas ou metarrelatos, isto é, nas concepções filosóficas e ideológicas que marcaram de tempos em tempos os discursos de legitimação na estrutura da sociedade, abrangendo concepções fundamentais como justiça e verdade. Esses metarrelatos vão sendo descartados pela incredulidade e inadequação com a nova realidade social. O sentido de unicidade presente na sociedade moderna cede espaço a “partículas de linguagem”, com jogos de linguagem distintos, como característica irremediável do pós-moderno.

A função narrativa perde seus atores (*functeurs*), os grandes heróis, os grandes perigos, os grandes périplos e o grande objetivo. Ela se dispersa em nuvens de elementos de linguagem narrativos, mas também denotativos, prescritivos e descritivos etc., cada um veiculando consigo validades pragmáticas *sui generis*³²⁷.

³²⁷ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa; 12ª Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009, p. XV e XVI.

Isso significa que os mecanismos tradicionais e modernos de estruturação dos valores éticos, morais e políticos sofrerá forte crítica na nova realidade social. Não é tão mais fácil identificar valores tradicionais ou imperativos que eram antes facilmente percebidos como regras-mestras de condução da vida comum. A realidade social que era muito homogênea, com uma única ambiência linguística, agora se dilui numa multiplicidade de esferas de valores que leva para o direito a aparência de uma conflituosidade insolúvel. São diferentes gramáticas e diferentes níveis de linguagem em colisão que desafiam a capacidade da jurisdição de conseguir entregar, ainda de forma justa e equânime, o bem da vida disputado em cada contexto. Isso se tornar realmente mais difícil quando se é verificado que também existe uma multiplicidade de concepções de justiça e de determinados princípios morais que colocam o judiciário à prova³²⁸.

O positivismo normativista, do tipo teorizado por Hans Kelsen, centrado no direito positivo, de afastamento bem nítido em relação à moral, não atende mais às necessidades das sociedades atuais. Não se está falando de uma renúncia ao formalismo, mas de um repensar a dinâmica jurídica a partir das novas realidades que estão dotadas de “dimensões conflitivas que desbordam da formalidade e da univocidade de sentido com que o racionalismo puro logrou universalizar e positivar nos sistemas jurídicos legislados”³²⁹.

A sociedade pós-moderna ou pós-convencional também é fortemente marcada pela distinção dos riscos que estão envolvidos na tomada de decisões de importante impacto social, aprofundando ainda mais suas diferenças com outros estágios da sociedade e de sua relação com o Estado, quer em um estágio ainda delineado pelo contratualismo, quer pelas características das constituições e Estado liberais em um momento posterior. O estágio atual de participação mais ativa da sociedade em novos rumos e desafios na busca da concretização de um discurso emancipatório e de valorização da cidadania, agrega ainda mais a multiplicidade de resultados possíveis na implementação de políticas, ainda mais quando se considera a influência efetiva do mercado na tomada de decisões. O risco é basicamente o elemento central a ser observado nessas relações e opções que são identificadas

³²⁸ TEUBNER, Gunther. Politeísmo e (pós-) modernidade. **Do politeísmo à Policontextualidade**. In: LINDGREN ALVES, J.A. **Direito e cidadania na pós-modernidade**. Piracicaba: Unimep, 2002, p. 96 e 98.

³²⁹ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 170.

diante das situações dilemáticas desse novo contexto. Nas palavras de Raffaele de Giorgi:

O risco, então, é uma característica estrutural da complexidade da sociedade moderna, de sua temporalização, da simbiose com o futuro do paradoxo do presente, da ecologia do não-saber. O risco dos modernos não tem qualquer relação com o perigo dos antigos. O risco dos modernos expande o potencial para as decisões, duplica a possibilidade de escolha, racionaliza a incerteza (no sentido de que permite ativar mecanismos de sua absorção), bifurca os caminhos do agir possível e duplica suas bifurcações. As alternativas multiplicam-se e, em relação ao futuro, esta multiplicação é racional. Observa-se, assim, como esta característica estrutural da sociedade moderna elimina os pressupostos da racionalidade clássica, torna-a impotente, desacredita de suas certezas, despedaça sua ontologia, impõe aos sistemas sociais diferenciados pretensões de racionalidade que os constringe a urna contínua autotransformação³³⁰.

A relevância de conflitos individuais cede espaço para o reconhecimento de novas demandas de interesses coletivos, difusos e homogêneos. O sentido de complexificação da sociedade encontra parte de sua explicação no surgimento desses interesses e demandas coletivos, mas também no aumento do nível de uma conflituosidade mais profunda, de discursos hermeticamente fechados e que se negam ao dialogismo, sem o qual essas diferenças e abismos se aprofundam ainda mais³³¹. É o aumento de uma característica fragmentada de democracia, na qual os diferentes discursos, por mais que sejam incompatíveis, forçam a criação de um contexto de antitotalitarismo e de tolerância, necessários à subsistência da nova estrutura social³³².

Atrelado a esse emaranhado de novas influências e da diversidade social, aparecem as fortes influências do mercado e da política, como marcas de um novo tempo, principalmente para o modo como a democracia deverá ser exercida.

Se não é mais possível evitar que outros tipos de racionalidade exerçam influência no direito, como a economia, a moral e a política, deve-se inverter a

³³⁰ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Trad. De Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 234.

³³¹ TEUBNER, Gunther. Do politeísmo à Policontextualidade. In: LINDGREN ALVES, J.A. **Direito e cidadania na pós-modernidade**. Piracicaba: Unimep, 2002, p. 100.

³³² SANTIAGO, Silvano. *A explosiva exteriorização do saber*. In: LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa; 12ª Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009, p. 127.

estratégia de pureza do direito, a fim de obter o aproveitamento das melhores influências que possam decorrer desse contato. Como afirma Gunther Teubner:

O direito não pode se livrar da ameaçadora *policontextualidade* da sociedade porque, primeiro, contribui para ela com a produção de sua própria racionalidade e porque, segundo, observa o pluralismo de outras racionalidades sociais através do espelho de sua própria racionalidade³³³.

O que uma visão ou postura mais cética percebe e afirma no tocante a essa nova realidade de pluralismos no contexto pós-moderno é o fatalismo de que os discursos jurídicos se perderiam nas diversas racionalidades, abrindo um grande (e talvez único) espaço para o relativismo ou até mesmo para o niilismo. Por outro lado, Gunther Teubner afirma o momento como uma importante oportunidade de investir na reversão dessa ideia de modo a favorecer uma postura e um olhar direcionados de modo construtivo³³⁴.

Por isso, mesmo diante de uma realidade policontextual e suas ameaças reais ao direito tradicionalmente pensado como sistema jurídico-positivo fechado, o desafio é de proporcionar uma ambiência jurídico-processual que acomode melhor esse pluralismo de racionalidades, evitando o problema do relativismo que, indubitavelmente, despontaria em decisionismos e no problema de legitimação.

O ideal, portanto, é favorecer a criação de espaços e possibilidades discursivas dentro e fora do âmbito jurídico, tanto na elaboração de normas de fundamentação, quanto de normas de aplicação, todas permeadas pela aceitação desse policontextualismo. Assim, haveria como resultante a possibilidade de confronto produtivo dos discursos, num contexto de aceitabilidade dos diferentes discursos e racionalidades, criando um diversificado circuito de referências e contra-referências, caracterizado pela abertura de horizontes e perspectivas, em igualdade de autoridade e importância, reconstituindo o ambiente social conflitivo, no tocante à diversidade e multiplicidade de jogos de linguagem³³⁵, a favorecer a peroração argumentativa e racional em um fórum que, de algum modo, faz lembrar o fórum do princípio imaginado por Dworkin.

³³³ TEUBNER, Gunther. Um novo conflito no direito. In: LINDGREN ALVES, J.A. **Direito e cidadania na pós-modernidade**. Piracicaba: Unimep, 2002, p. 102.

³³⁴ Ibid, p. 103.

³³⁵ TEUBNER, Gunther. Um novo conflito no direito. In: LINDGREN ALVES, J.A. **Direito e cidadania na pós-modernidade**. Piracicaba: Unimep, 2002, p. 105-7.

Entretanto, as diferenças aqui imaginadas, decorrentes do reconhecimento da multiplicidade dessas formas de pensar, necessariamente, redundam na rendição imaginativa da figura do Juiz Hércules: não é possível imaginar e insistir no modelo figurado de um juiz que, mesmo estando inserido no contexto de discussão, não prescinde da participação ativa de outros atores, numa interlocução ativa, a possibilitar o que nenhum juiz sozinho pode acessar e compreender sem a participação do outro, a particularidade do jogo linguístico e o sentido de uma gramática lógica de que ele nunca foi participante ativo³³⁶. E não basta isso: os juízes não possuem condições de dimensionar a amplitude desses jogos de linguagem sem a mediação ofertada pelo diálogo e isso pressupõe primeiro saber ouvir e saber ponderar os diferentes argumentos da multiplicidade de discursos possíveis, como produto de uma atividade linguística, isto é, notadamente intersubjetiva.

Portanto, reconhecida a necessidade de superação dos paradigmas da filosofia da consciência e evidenciada a nova realidade policontextual das sociedades pós-convencionais, torna-se imperativo reconhecer a dependência dos juízes reais de um procedimento que possibilite e favoreça a amplitude cognitiva dos juízes por garantir a efetiva participação dos atores processuais e interessados na resolução da causa, por meio da qual serão expostas as razões argumentativas da singularidade de cada controvérsia, notadamente por expressarem um jogo linguístico relativo a uma forma de vida própria que por vezes não é fácil e completamente acessível aos julgadores.

Por essa razão, faz-se compreender como imprescindível admitir que haja, primeiro, o reconhecimento da dependência da racionalidade desenvolvida no aspecto intersubjetivo da linguagem, isto é, a razão desenvolvida no âmago da subjetividade firmada na transcendência metafísica ou no empirismo cede espaço para as possibilidades abertas por uma racionalidade que se desenvolve de forma dependente dos processos de comunicação.

Aliado ao reconhecimento dessa racionalidade comunicativa, faz-se necessário pensar e, além disso, garantir um procedimento que enseje o adequado embate discursivo-argumentativo, no qual as partes envolvidas no litígio, principalmente nos casos de anomia e inadequação normativa, possam tornar conhecidos seus argumentos, construindo em comum uma cadeia argumentativa que

³³⁶ COSTA, Claudio Ferreira. **Wittgenstein e a gramática do significado**. Natal: Servgráfica, 2005.

deverá ter o juiz como primordial participante, tornando possível o acesso e entendimento a argumentos relativos a princípios de moralidade política que devem ter incidência analisada para solução do caso concreto e, não apenas isso, mas principalmente como esse conjunto de princípios e proposições lógicas articuladas pelas partes, de conteúdo moral, ético, econômico e político, podem ser e como devem ser ponderados.

Nesse contexto participativo, o juiz deverá empregar as contribuições de Ronald Dworkin tanto na teoria do direito quanto na teoria interpretativa, aproximando-se da metódica do Juiz Hércules, para, preenchendo as lacunas expostas por suas limitações, elaborar uma decisão que possa galgar o degrau singular de única e mais adequada resposta em direito.

5.3 HÉRCULES HUMANIZADO PELA ABERTURA DIALÓGICA DA LINGUAGEM: DEFESA DE UM APORTE ESPECÍFICO E NECESSÁRIO NA RACIONALIDADE COMUNICATIVA HABERMASIANA.

A racionalidade comunicativa de Habermas é elemento necessário ao reconhecimento de um procedimento comunicativo imprescindível no contexto judicial. A aplicação de um procedimento vertido pela razão comunicativa significa que serão facultados aos sujeitos implicados na causa judicial em debate a franca possibilidade de não apenas se manifestar, mas de exercer real influência no resultado do julgamento, por meio da efetiva participação no debate, fornecendo argumentos baseados nas particularidades de cada perspectiva assumida nos jogos de linguagem, ainda que tais argumentos sejam exclusivamente soerguidos em função do proveito pessoal de cada um.

A abertura dialógica do Juiz Hércules é etapa necessária para a adequação da metáfora dworkiana de um tipo de juiz que, embora ainda sirva de modelo às aspirações teóricas do filósofo americano, possa guardar uma relação comparativa mais apropriada de identidade com o ofício jurisdicional, de modo a tornar-se realizável por parte de quem não dispõe dos mesmos predicados sobre-humanos. Dito de outro modo: se o Juiz Hércules foi criado como metáfora da aplicação da teoria do direito e interpretativa de Dworkin para os juízes, é fundamental que os elementos essenciais da metáfora sejam comunicáveis entre estes e aquele. Se o modelo de juiz estabelecido por Dworkin é norteado por um princípio monológico, porquanto não

precisa dialogar para ter acesso aos melhores argumentos e perceber as particularidades das realidades de cada um, na busca por uma tutela judicial satisfativa, não é possível, no objetivo comparativo da metáfora, pressupor o mesmo privilégio cognitivo dos juízes.

Esse aspecto da incompatibilidade da metáfora, é sustentada nos juízes por uma suposição presunçosa de um solipsismo que, ignorando os limites da linguagem, enquanto condição de possibilidade para percepção do mundo da vida e de sua historicidade, pretende encontrar em suas próprias elucubrações uma resposta para os *hard cases*, o que, na prática, como demonstrado, encaminharia a aplicação equivocada de todo o arcabouço teórico dworkiano para a obtenção de um resultado que denotaria um teor de voluntarismo ou de discricionariedade, disfarçado de única resposta correta. Isso porque muito dificilmente seria possível prescindir ou simplesmente abrir mão de um procedimento que enseje a razão comunicativa como meio de obtenção de todos os argumentos disponíveis e possibilite a melhor conjugação dos princípios e valores morais e políticos envolvidos na controvérsia.

Então, desmanchada essa estrutura baseada na filosofia da consciência, apresentadas as concepções do direito como integridade e a responsabilidade moral do juiz, faz-se necessário admitir a aplicação do recorte epistemológico específico da razão comunicativa de Habermas. Neste sentido, a partir de uma leitura mais ampla da proposta Dworkiana através da visão habermasiana sobre a linguagem em seu aspecto dialógico queda a imanente solução linguística ao problema da legitimidade decisória apresentada como ponto de superação. Feito isso, o passo seguinte é a abordagem mais detida de quais são as críticas decorrentes do filósofo alemão à Ronald Dworkin, notadamente à metáfora do Juiz Hércules, num acréscimo crítico-teórico da racionalidade comunicativa ao modelo de juiz. Em seguida, serão apresentadas as implicações de uma visão procedimentalista de direito no contexto da jurisdição constitucional, sendo, por fim, justificado o recorte epistemológico da razão comunicativa do cerne da proposta procedimentalista, colmatando-a em complementação à visão substancialista de Ronald Dworkin.

Pois bem, Habermas entende que a própria sustentação da concepção do direito como integridade, nos termos propostos por Dworkin, significa ter que “libertar [o Juiz] Hércules da solidão de uma construção teórica empreendida

monologicamente”³³⁷, isto é, de um isolamento decisório que é expressão dessa proposta teórica. Essa afirmação de Habermas está baseada na simples constatação de que a única resposta correta perseguida pelo Juiz Hércules somente é possível a partir da participação efetiva de todos no processo argumentativo, isto é, além de todos poderem argumentar, devem, concomitantemente, considerar os argumentos uns dos outros no seu próprio processo argumentativo, de modo que a perspectiva de cada um seja compartilhada e compreendida por todos, corroborando legitimidade ao processo decisório. Não há privilégio cognitivo reconhecido, mas, ao contrário, a razão ou o agir comunicativo deve ser pressuposto a garantir e possibilitar ao juiz material suficiente para aquilatar os valores e resolver as questões que lhe foram submetidas. É certo dizer que o esforço cognitivo de um juiz de atitude e postura solipsistas deve ser orientado à busca de paradigmas interpretativos que repousam em concepções consideradas válidas, porquanto em conformidade com o direito legislado e com a jurisprudência dos tribunais, que são reconhecidos por uma comunidade de intérpretes. É evidente que esses limites serviriam de norte a conduzir a atividade jurisdicional adjudicativa na tentativa de obtenção de uma resposta correta para a solução da controvérsia.

Essa compreensão foi percebida por Owen Fiss que delineou o sentido de objetividade na interpretação assentada nas contribuições de uma comunidade de intérpretes, extraído disso um sentido que excede a mera orientação, mas que exerce a ação de constranger o intérprete a respeitar certos limites e adotar determinados paradigmas interpretativos, afugentando (ou constrangendo) as alegações nihilistas de absoluta liberdade interpretativa³³⁸. Não parece haver discordância, nesse ponto, em relação à teoria reconstrutiva de Dworkin. Ele também considera haver a necessidade de acordos mínimos no estágio pré-interpretativo e, além disso, a existência de diretrizes normativas mínimas fornecidas pelas regras legisladas que forneceriam o cabedal orientativo mínimo, reconhecendo a possibilidade de uma comunidade de intérpretes, a possibilitar partir de um estágio de

³³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 277.

³³⁸ “The nihilism that I have addressed is based on the premise that for any text there are any number of possible meanings and the interpreter creates a meaning by choosing one. I have accepted this premise, but have tried to deny the nihilism by showing why the freedom is not absolute. I have argued that legal interpretations are constrained by rules that derive their authority from an interpretive community that is itself held together by the commitment to the rule of law”. (FISS, Owen. **Objectivity and Interpretation**. Stanford Law Review, Stanford, v. 34, p. 739-763, abr. 1982. p. 762-3).

fundamentação interna da decisão judicial para escorá-la em uma fundamentação externa, desenvolvida argumentativamente, e integralmente baseada em sua teoria do direito e concepção do direito como integridade³³⁹.

Habermas, por outro lado, vai mais além, denunciando o fundamento cíclico da interpretação baseada apenas em *standards* corretos, visto que “a racionalidade que, sem dúvida alguma, habita nas prescrições conformes ao direito do procedimento, é parte integrante do direito vigente carente de interpretação, ou seja, cuja interpretação está em questão”³⁴⁰. A solução reconhecida por Habermas é fornecida por Dworkin: “a reconstrução de uma prática de interpretação pelo caminho de uma teoria do direito”, por meio de uma teoria da argumentação jurídica. Contudo, a hipótese coincidente de Habermas está associada à afirmação crítica que o modelo adotado por Dworkin, concentrado na figura ideal do Juiz Hércules, estaria sobrecarregado, pois a superação dos esforços de uma justificação interna pela reconhecida e necessária adoção de uma justificativa externa mais abrangente, no cerne da teoria interpretativa do filósofo americano, culminaria na exposição da ineficácia de seu modelo, caso não sejam observadas as exigências mínimas de um processo cooperativo na busca pela resposta correta³⁴¹.

Para o Habermas, o sentido de correção normativa está associado à aceitabilidade racional apoiada em argumentos, isto é, as condições de validade de um discurso somente são verificadas por meio do próprio discurso e sua estrutura desenvolvida argumentativamente. Para ele, o critério de validade do discurso é umbilicalmente dependente dos argumentos que lhe servem de lastro, formando uma estrutura coerente que não pode mais ser fechada idealmente por duas razões: não é possível fazer esse fechamento lançando mão de uma teoria idealmente fechada, de cariz metafísico, nem por meio da aproximação da cadeia argumentativa de um valor considerado limite, como se fosse possível estancar de forma definitiva o processo argumentativo³⁴². Para o filósofo alemão, somente seria possível um fechamento provisório, baseado na exaustão momentânea do processo argumentativo, encontrando uma resposta correta, segundo esse estágio da argumentação, mas

³³⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 81.

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 280.

³⁴¹ Ibid, p. 281.

³⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 282.

ancorada, essencialmente, no pressuposto da busca cooperativa da verdade, estruturada numa teoria discursiva do direito que situa a aceitabilidade racional dos juízos na qualidade dos argumentos e na estrutura do processo argumentativo, associando como elemento fundamental desse juízo uma racionalidade procedimental calcada em um tripé: “a dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação”³⁴³. Ora, além desses dois primeiros elementos exigidos pelas teorias interpretativas positivistas, nos níveis de coerência lógica interna e no tocante ao aspecto semântico das proposições jurídicas, o ideal de resposta correta, ou dito de outra perspectiva, a correção de juízo normativo, enquanto aceitabilidade racional apoiada em argumentos, somente pode ser alcançado, sob o ponto de vista da atividade jurisdicional, por meio da avaliação pragmática dos argumentos, isto é, qual o papel que cada argumento exerce no contexto linguístico em que foram articulados e nos quais estão estruturados, em um jogo de argumentação específico³⁴⁴.

Assim, os requisitos da resposta correta ou da aceitabilidade racional de uma pretensão normativa deve estar alicerçada sob a perspectiva da busca pelos melhores argumentos e, necessariamente, associada ao melhor arranjo argumentativo, diante do debate da comunidade linguística envolvida, que possa ser desenvolvido para alcançar essa finalidade, que garante a efetivação da legitimidade no processo decisório, como anteparo da realização da Justiça. Para Habermas, a racionalidade comunicativa que possibilita a busca cooperativa pela verdade propicia o fechamento ideal da pretensão dworkiana da única resposta correta.

Para o filósofo da Escola de Frankfurt esse procedimento discursivo deve ser garantido pelas condições próximas às ideais da situação de fala, nos quais não sejam admitidos quaisquer tipos de repressão ou desigualdade:

A intuição básica que ligamos a esta prática de argumentação caracteriza-se pela intenção de conseguir o assentimento de um auditório universal para um proferimento controverso, no contexto de uma disputa não-coercitiva, porém regulada pelos melhores argumentos, na base das melhores informações.”³⁴⁵

³⁴³ Ibid, p. 282-3.

³⁴⁴ Ibid, p. 283.

³⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 284.

Além da afirmação crítica ao Juiz Hércules, em relação a qual se acresce a racionalidade comunicativa, enquanto procedimento, a fornecer a adequação metodológica para as ambições do projeto interpretativo de Dworkin, é possível enxergar uma apropriação teórica de Habermas das contribuições daquele para a formação de uma nova proposta de teoria do direito que é oportuna ao projeto teórico procedimentalista habermasiano.

Assim, parece haver uma concordância teórica entre os dois filósofos no que tange ao estabelecimento de bases teóricas semelhantes. A crítica às teorias semânticas ou convencionais do direito é um alvo comum, dentre as quais cita o realismo e o positivismo jurídico, além de abranger uma crítica hermenêutica³⁴⁶. Essa crítica se alicerça na negação da tese da neutralidade do positivismo, por meio do reconhecimento da aproximação entre direito e moral e da abertura do direito a argumentos de ordem distinta, provenientes da moral e da ética³⁴⁷.

O fundamento amparado em argumentos substantivos também parece ser um tópico comum em ambos. Habermas cita as contribuições de Aulis Aarnio³⁴⁸, Klaus Günther³⁴⁹ e de Robert Alexy³⁵⁰ no tocante ao peso da justificação externa enquanto premissa da decisão, baseada em razões substantivas. Some-se a isso que importará a Habermas o modo com que Dworkin concebe os direitos deontologicamente e como essa perspectiva pode ser captada por uma prática judicial³⁵¹. Ademais, ambos os filósofos adotam um denominador comum enquanto condição ética para o discurso: a igualdade para Habermas, enquanto uma das condições ideal do discurso, é, para

³⁴⁶ “No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios”. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 252).

³⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 257-8.

³⁴⁸ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: um tratado sobre la justificación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios COnstitucionales, 1991.

³⁴⁹ GÜNTHER, Klaus; MOLZ, Claudio; MOREIRA, Luiz. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

³⁵⁰ ALEXY, Robert; SILVA, Zilda Hutchinson Schild. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

³⁵¹ “Considerando essas convergências, interessará a Habermas colher de Dworkin o especial modo com que este autor concebe os direitos deontologicamente e como essa perspectiva pode ser bem captada por uma prática de decisão judicial”. (GÓES, Ricardo Tinoco de. *Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 186).

Dworkin, o princípio da igual consideração e respeito³⁵². Em Dworkin, esse princípio servirá de sustentação para seu projeto teórico³⁵³, como princípio basilar de observância obrigatória pelo Estado, cujo cerne seria constitutivo de todas as ordens jurídicas republicanas. Esse projeto é amplo e pressupõe a adoção de um modelo político de cariz liberal de comunidade, um modelo particularmente concebido pelo filósofo americano³⁵⁴.

Habermas concorda com o propósito de uma atividade reconstrutiva do direito, de modo a readequar as concepções vigentes de validade ao ideal do direito como integridade e da possibilidade de obtenção da resposta correta, mas em Habermas o que fica em evidência é a assimilação do direito a partir de uma perspectiva deontológica, o que significa que as decisões judiciais devem encontrar fundamento em argumentos substanciais, constituindo uma justificação externa, ultrapassando os meros referenciais de autoridade admitidos no cerne das teorias juspositivista, tanto na matriz teórica kelsiana, com a norma hipotética fundamental, quando na teoria de Hart, com a suposição da regra de reconhecimento, que forneciam ambas a ambiência propícia para resolver os casos difíceis a partir da discricionariedade judicial.

No universo da atividade jurisdicional, a afirmação desses pressupostos, tanto o reconhecimento da necessidade de uma via procedimental, calcada no racionalismo comunicativo habermasiano, quanto a adoção da concepção do direito como integridade e de seus pressupostos elementares, são fundamentais para a resolução do problema da legitimidade das decisões judiciais, particularmente no tocante ao dever de fundamentação que vincula os magistrados, também nos *hard cases*.

Esses pontos de convergência entre Habermas e Dworkin se restringem na medida em que partimos para as considerações consequenciais de suas propostas teóricas, mais claramente quando percebido o modo como são concebidas as atribuições da jurisdição constitucional.

Diante da bifurcação que divide o modelo de jurisdição constitucional, Habermas avança em caminho oposto a Dworkin, optando por um modelo teórico

³⁵² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 286-7.

³⁵³ Levando os direitos a sério, p. 278-282.

³⁵⁴ Esse aspecto da teoria dworkiana, de base liberal, será abordado na próxima seção. Importa adiantar que os pressupostos liberais e as implicações dentro de uma filosofia política não estão presos e limitados àquele do Estado Liberal, mas concebido a partir das atualizações das fases do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.

procedimentalista, pelo qual os tribunais constitucionais devem apenas garantir o equilíbrio entre autonomia pública e privada, garantindo as condições ideais de realização do discurso a partir de sua teoria do agir comunicativo, para o correto exercício da democracia, em sua plena expressão por meio do parlamento.

Essa opção denota o evidente compromisso de Habermas com sua concepção sobre a efetivação da legitimidade pela efetiva participação popular, nos moldes de um procedimentalismo, determinando o delineamento das competências dos tribunais constitucionais em função desse modelo. Para isso, tece duras críticas às funções dos tribunais constitucionais definidas segundo uma arquitetura liberal, problematizadas após a transição do Estado de cariz liberal para a promoção do bem-estar social. Com essa mudança de paradigma, as competências que eram muito bem definidas e estáticas no modelo liberal, agora já não são tão precisas, em função do deslocamento de questões políticas para o judiciário, movidas no afã de concretização de direitos. Assim, a competência jurisdicional deveria se limitar apenas em garantir a procedibilidade do processo deliberativo do parlamento. Conrado Hubner Mendes e Virgílio Afonso da Silva sintetizam esse raciocínio:

Para explicar este prisma [democracia deliberativa], contrapondo-se ao modelo liberal, Habermas inicia por uma descrição mais densa do republicanismo, cujos elementos informa uma sensibilidade política diversa da liberal, para construir outras bases de legitimidade da jurisdição constitucional. Sua intenção, por este caminho, é encontrar as condições procedimentais que o tribunal constitucional deve assegurar à democracia [...]. Seu ponto de partida [...] é a proposição de que o tribunal constitucional deve assegurar a autodeterminação deliberativa da elaboração do direito. Nesse sentido, o tribunal deve dispor de ferramentas para mensurar se a decisão legislativa se realizou em condições ideais de deliberação³⁵⁵.

Habermas enxerga a justiça constitucional atrelada apenas às funções relativas ao controle de constitucionalidade, à disputa entre órgãos e entes públicos e ao julgamento de recursos constitucionais. Para ele, o exame de constitucionalidade pela via abstrata, inclusive, não deve ser exercido pela jurisdição, que deve apenas se ater aos casos de controle concreto. Habermas, inclusive afirma que o “o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente

³⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 205.

destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador[...].³⁵⁶

Os tribunais constitucionais deveriam ter competência jurisdicional limitada, no que tange ao controle de constitucionalidade, à análise relativa a casos concretos, sempre a partir das normas constitucionais pressupostas como válidas (tendo em vista o certo discurso de fundamentação que a precede), firmando o exame e o discurso de aplicação no reconhecido código binário do direito (validade/invalidade)³⁵⁷. Para Habermas, a aceitação de uma competência própria de controle abstrato na jurisdição constitucional ensejaria a superação do esquema racional pautado por essa díade da pretensão de validade, por abrir os discursos de aplicação para uma fundamentação em uma pretensão à precedência calcada em valores, reduzindo o aspecto deontológico dos princípios pela afirmação teleológica de determinados bens jurídicos, exposta como avaliação de custos e benefícios, o que representaria um grave problema de legitimidade, por ser considerada a área específica de atuação legislativa³⁵⁸.

O ideal pensado por Habermas é fruto de sua crítica ao Tribunal Federal Alemão e à *jurisprudência dos valores*, pois teriam resultado na prática de possíveis decisionismos substitutivos do processo democrático enquanto vocação do parlamento. A concepção da constituição como ordem concreta de valores, abrindo a possibilidade de reconhecimento de um direito além do positivado, com algum amparo na ordem constitucional, instrumentalizado pela abertura da análise de argumentos de princípio, valores e política, resultaria no abandono da escolha do legislador e na moralidade política, que se assenta na legitimidade do processo racional imanente, que lhe é subjacente, consubstanciada na lei, para dar lugar à escolha parcial subscrita pelo judiciário, tendo como pano de fundo o reconhecido pluralismo moral nas sociedades pós-convencionais. Para Habermas, ressalta-se mais uma vez, os tribunais constitucionais deveriam ser ativistas apenas na mediação entre o ideal político republicano e a prática degenerada existente no seio da política, isto é, como mediador-estabilizador da tensão entre facticidade e validade³⁵⁹, entre a realidade e a pretensão ideal de legitimidade.

³⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 299-301.

³⁵⁷ Ibid, p. 323-4.

³⁵⁸ Ibid, p. 320-2.

³⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In:

A legitimidade em Habermas não está associada ao conteúdo, essencialmente, mas notadamente vinculada ao procedimento deliberativo que deve ser resguardado a quem de direito, o parlamento. A justificativa se assenta na impossibilidade de afirmar a existência de valores e de uma moral universal, bem como de aceitar os processos de consolidação histórica de determinados valores, visto que nas sociedades pós-convencionais esses aspectos perderiam importância em função do pluralismo³⁶⁰. É a garantia da participação de todos os representantes do povo no parlamento, respeitadas as condições ideais do discurso, que possibilitará a escolha valorativa estampada na edição do texto legal. O menor risco de inobservância dessa sistemática pela jurisdição constitucional é reputado por Habermas como ilegítimo, porquanto delineadas a despeito dos ditames procedimentalistas.

O autor alemão se vale das contribuições teóricas de John Hart Ely³⁶¹, para afirmar serem formais, ao invés de materiais, os regulamentos nos quais está consubstanciada a substância da constituição. Seu ceticismo vai orientar a afirmação de que a jurisdição constitucional não deve dispor de argumentos de princípio e muito menos de juízos de valores morais, o mais importante é garantir um procedimento que salvguarde intactos os canais de formação inclusiva e democrática da opinião e da vontade, tendo como norte a efetiva participação formalmente igualitária de todos os grupos sociais relevantes.

A articulação de uma interpretação construtiva, nos moldes dworkianos, que supere a operacionalização de princípios procedimentais e delineie uma teoria substantiva de direitos, baseada em valores, é considerado um problema de imparcialidade dos tribunais, firmando uma posição radicalizada no procedimentalismo³⁶². Por isso, seria pouco importante fazer a distinção entre princípios e valores para efeito de determinar a possibilidade ou os termos da fundamentação judicial nos casos de anomia e inadequação normativa. Na verdade, a discussão sobre princípios e valores, ou entre argumentos de princípio e de política,

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 206.

³⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326

³⁶¹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins, 2010.

³⁶² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 328.

como distinguidos por Dworkin, nesses casos, perderia seu sentido no âmbito do poder judiciário, segundo um modelo procedimentalista de jurisdição constitucional, pois limitaria sua atuação aos casos de controle concreto de constitucionalidade e na garantia de efetivação gradual do ideal republicano de democracia deliberativa.

Entretanto, as críticas de Habermas dirigidas ao Tribunal Constitucional Alemão, fundadas na tônica procedimentalista, são contestadas por outros autores, na medida que sobrelevam o papel desempenhado por aquela corte constitucional num período de transição do Estado Alemão, após o segundo pós-guerra, principalmente por ser determinante na transição de um modelo de constituição ainda liberal para um constitucionalismo dirigente norteado pelo reconhecimento dos direitos fundamentais.

Por isso, grande parte de seus críticos o acusam de desconhecer o real papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional Alemão, de simplificar a forma pela qual se dá o sopesamento ou ponderação de valores ou princípios na jurisdição constitucional e, por último, por superestimar a possibilidade das normas jurídicas encerrarem uma racionalidade incondicional e suficientemente abrangente. Sobre isso, Conrado Hubner Mendes e Virgílio Afonso da Silva afirmam:

[...] é ponto quase pacífico na literatura jurídica alemã que o Tribunal Constitucional nunca quis se referir a alguma teoria concreta sobre valores e, sobretudo, nunca pressupôs uma ordem fechada de valores, na qual houvesse alguma hierarquia pré-definida baseada em uma ou outra teoria axiológica. Nesse sentido, é possível dizer que Habermas, ao tomar o recurso a valores no sentido descrito passa ao largo do seu significado no discurso jurídico e sobretudo na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. O recurso a uma 'ordem de valores', sobretudo na década de 1950, foi uma estratégia do Tribunal para expandir os efeitos dos direitos fundamentais a outras áreas e relações jurídicas não previstas pela redação estritamente liberal que esses direitos tiveram na constituição alemã de 1949"³⁶³.

De toda forma, como já mencionado, ressalta-se mais uma vez que Dworkin e Habermas possuem pontos importantes em comum. O reconhecimento da interconexão entre direito e moral é um deles e, como visto, o desdobramento disso é o enriquecimento da fundamentação das decisões judiciais que serão estruturadas,

³⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 218-20.

além de apoiar suas premissas internas numa justificação externa baseada nesses argumentos morais e éticos.

Reconhece-se, por outro lado, que o problema apontado por teóricos procedimentalistas não estava fortemente associado ao paramento argumentativo das decisões judiciais em outras fontes, aproximando o direito da moral, mas principalmente em função do afastamento das cortes constitucionais da vontade popular e, com isso, a carência de legitimação das decisões judiciais, enquanto autorizadas da atuação estatal, lastreada ou não, especificamente, em normas legais.

É evidente que o problema de decisões judiciais fundadas apenas na autoridade formal dos magistrados, e exercida através da discricionariedade, conforme a aceitação das teorias juspositivistas, é um dos problemas atacados por Dworkin, desde os primeiros textos por ele publicados, como já abordados nesta dissertação, soma-se ao esforço procedimentalista na identificação de um problema comum – a falta de legitimidade dessas decisões judiciais, principalmente nos *hard cases* –, mas divergirá quanto ao encaminhamento da solução teórica que deve ser empregada.

Nesse ponto, importa agora justificar a necessidade de ruptura com os corolários da contribuição procedimentalista habermasiana que se seguiram da apresentação da racionalidade comunicativa para, enfim, reafirmar, na seção final deste trabalho os pressupostos de uma resposta substancialista para a tematização desta pesquisa, fundada essencialmente em Ronald Dworkin.

Os problemas que devem ser apontados à proposta procedimentalista de Habermas reside em pelo menos dois pontos iniciais: ele pressupõe que seu projeto ideal de democracia deliberativa pode e deve ser implementado, a possibilitar ao parlamento as condições ideais de resolutividade de questões não normatizadas, procedimentalmente asseguradas pelo judiciário; acresça-se a isso a assunção de aspectos teóricos inerentes à compreensão da democracia que ainda remontam uma filosofia política liberal. A conjunção desses dois fatores encaminha o projeto habermasiano à proximidade de um idealismo utópico e falha enquanto projeto pertinente aos desafios do Estado Democrático de Direito³⁶⁴.

³⁶⁴ Nas palavras de Luiz Felipe Miguel: “A aceitação acrítica da fixação de uma esfera política isolada das restantes esferas sociais é a própria capitulação diante do constitucionalismo liberal”. (MIGUEL, Luiz Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. 1ª Ed. São Paulo: Unesp, 2014,

As premissas dos teóricos liberais são reproduzidas na teoria habermasiana ao estruturar um modelo de esfera pública que parte da igualdade formal como condição necessária a instauração de um modelo de democracia deliberativa. No entanto, a igualdade formal é uma premissa nativa do constitucionalismo liberal, enquanto condição considerada suficiente para efetivação do debate público. Habermas não tematiza as condições de acesso ao debate no parlamento e nem como é possível e operacionalizada essa participação. A elevação da igualdade formal como condição suficiente para realização de seu projeto de democracia republicano parte também de outra premissa liberal: a separação ideal entre a economia, na qual está situada grande parte das origens das desigualdades substanciais, e a política, enquanto espaço formalmente igualitário, que corresponderia a um ideal de liberdade também liberal e de forte conteúdo metafísico³⁶⁵.

A implementação da democracia deliberativa parece ser mais problemática quando percebidas as discrepâncias entre o delineamento da democracia, sob uma perspectiva republicana e deliberativa, para a realização de seus pressupostos na prática discursiva no parlamento.

A própria “situação ideal de fala” também é marcada de fortes características liberais, pois, enquanto ideal normativo, garantiria a ausência de repressão e exclusão dos participantes no debate democrático, mas na realidade não passaria de “um artifício que produz uma situação em que todos são abstratamente iguais, elidindo o desafio de como gerar uma sociedade igualitária a partir de uma condição de radical desigualdade”, situando a possibilidade de realização do modelo habermasiano de democracia deliberativa presa numa idealidade utópica³⁶⁶.

Além do idealismo teórico dessas situações ideais de fala, parece haver ainda problemas relativos a características do próprio processo democrático no parlamento. Esses problemas podem ser percebidos na forma de exercício da democracia por meio de representantes eleitos (sem ser de forma direta ou face a face) e a existência de grupos políticos importantes movidos por interesses, o que não permite simplificar

p. 68).

³⁶⁵ A liberdade aqui é concebida como um ideal apartado das demais condições reais da vida que favorecem ou impossibilitam o sujeito de uma participação efetiva na política, como as condições educacionais de acesso ao discurso praticado no parlamento e as próprias condições materiais e financeiras que garantiriam visibilidade eleitoral. (MIGUEL, Luiz Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. 1ª Ed. São Paulo: Unesp, 2014, p.69-70)

³⁶⁶ MIGUEL, Luiz Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. 1ª Ed. São Paulo: Unesp, 2014, p. 73.

o procedimento deliberativo apenas pela articulação racional de argumentos na busca cooperativa por consenso³⁶⁷.

A posição dos interlocutores também é marcada por uma assimetria no cerne dessa igualdade formal que não é considerada mesmo quando garantido o direito à efetiva participação de todos no debate democrático. As diferenças de posições sociais estão na gênese dessa assimetria que é sutilmente verificada em função do

status, dinheiro, poder ou o domínio do padrão linguístico culto [que] condicionam, de forma muito sutis, o acolhimento dado à intervenção de cada um dos falantes, ainda que, na aparência, não agridam as exigências do “livre debate entre iguais”³⁶⁸.

O diagnóstico de Pierre Bourdieu, nesse ponto, parece ser correto, quando afirma que a interação comunicativa manifesta e dissimula relações estruturais que não se esgotam nela³⁶⁹.

O agir comunicativo, no modelo de democracia deliberativa, focado no consenso, ocupa na prática um lugar compartilhado pela existência de ações racionais instrumentais e estratégicas, estas voltadas para o sucesso no embate parlamentar, deixando entrevisto que o debate racional também é ladeado por conflitos de interesses e de valores que, naturalmente, não possuem uma aptidão natural para o consenso, sendo resolvidas sempre, no parlamento, por meio do princípio majoritário, isto é, pela imposição da vontade de uma maioria, pelo menos circunstancial.

A flexibilidade a possibilitar a alternância de grupos em situação de dominância nem sempre é uma realidade a permitir que os grupos dominados ou minoritários obtenham algum sucesso com a exposição de suas demandas e o atendimento de suas solicitações. Essa tensão social, baseada no sistema representativo atual, orientado à consecução de interesses políticos, não é nem de longe resolvido pela proposta da democracia deliberativa.

Outros problemas associados à realidade dos processos legislativos se situam na proeminência dos discursos de quem é detentor de privilégios sociais em detrimento de quem sofre com preconceitos, de qualquer gênero. Mesmo que a

³⁶⁷ MIGUEL, Luiz Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. 1ª Ed. São Paulo: Unesp, 2014, p. 74-5.

³⁶⁸ Some-se a isso os títulos, as posições de poder e outras formas de capital simbólicos que, na prática, dão diferentes pesos à fala de cada representante eleito.

³⁶⁹ BOURDIEU, Pierre. **Sur l'État: cours au Collège de France (1989-1992)**. Paris: Seuil, 2012, p. 179-80. *Apud*: MIGUEL, Luiz Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. 1ª Ed. São Paulo: Unesp, 2014, p. 75.

racionalização do processo político permita ignorar o fato da impermeabilidade dos discursos legislativos à abrangência necessária de todos os interlocutores desse processo, os discursos racionais generalistas dos grupos de interesses dominantes possuem o papel de dissuadir os dominados por meio de uma retórica adequada ao cenário de um legislativo muito vinculado a interesses e privilégios.

Por essas razões, a assimetria substantiva entre os grupos de representação no parlamento, ainda mais acentuada em países periféricos como o Brasil, inviabiliza a implantação do modelo de democracia deliberativa. Vale citar mais uma vez Luiz Felipe Miguel:

Mais do que postular a superioridade da ação comunicativa e exorcizar a ação estratégica ou, ainda, fantasiar um espaço em que a racionalidade pura dos indivíduos dialogue consigo mesma até alcançar o consenso, é necessário entender que desigualdades estruturais desequilibram as interações entre os diferentes agentes sociais. (...) Fica claro que o modelo deliberativo postula uma forma legítima de produção de decisões coletivas – legítima por preencher seus próprios critérios de inclusão de todos os envolvidos e de ausência de desigualdade formal e de coação – mas ignora vieses que viciam seus resultados. (...) o mero acesso de todos à discussão é insuficiente para neutralizar a maior capacidade que os poderosos têm de promover seus próprios interesses³⁷⁰.

O resultado do processo legislativo, confrontado o idealismo do filósofo alemão com as vicissitudes existentes na realidade, isto é, a posição que se sagra vitoriosa é aquela que, na prática, independentemente dos melhores argumentos que se possa fornecer e obter nesse processo, angaria o maior número de votos para confirmação da vontade majoritária do parlamento, quase sempre coincidente com os interesses dos grupos dominantes.

Em Dworkin, a busca e a adoção de uma resposta correta como resultado do processo argumentativo/interpretativo, supostamente independente dos possíveis interlocutores, como pensado na saturação da metáfora do Juiz Hércules, somente pode ser realizada enquanto ideal, preso no contexto metafórico, pois na prática judicial esse ideal da resposta correta, quando prescindido de um procedimento discursivo, realiza-se muito comumente em respostas decepcionantes que traduzem a limitação cognitiva de juízes, os quais não compartilham a mesma capacidade daquele juiz ideal.

³⁷⁰ MIGUEL, Luiz Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa**. 1ª Ed. São Paulo: Unesp, 2014, p. 86, 93.

De forma semelhante, o procedimentalismo habermasiano, garantidor (formal) das condições de fala não coercitivas e igualitárias, está sujeito às peculiaridades do processo legislativo comum, e longe de alcançar esse ideal na prática, resulta em escolhas legislativas ultimadas pelo princípio majoritário, no qual a natureza substantiva do argumento cede espaço àquele paradigma, na transição da idealidade procedimentalista à realidade do processo político legiferante. Dito de outro modo, a restrição da atividade dos tribunais constitucionais apenas como garantidor de um *medium* qualitativo da atividade legislativa em sentido amplo, com o fim de garantir a ampla participação discursiva, não torna possível a garantia da realização desse ideal, porquanto não seja possível efetivar um controle das razões ou motivações que deveriam encaminhar ao consenso, deixando a tão festejada legitimação pelo procedimento de uma democracia deliberativa refém de um processo que encobre sérias relações de dominação e uma assimetria estrutural, as quais passam longe do ideal proclamado no Estado Social de concretização de direitos e ainda mais distante do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Lênio Luiz Streck:

o assim denominado Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, repita-se, um simulacro), onde a função intervencionista do Estado serviu para aumentar ainda mais as desigualdades sociais, parcela expressiva dos mínimos direitos individuais e sociais não vem sendo cumprida; o controle concentrado e difuso de normas aponta para um déficit de eficácia, decorrente de uma “baixa constitucionalidade”; os preceitos fundamentais que apontam para o acesso à justiça continuam ineficazes [...] no âmbito do parlamento, aprovam-se leis por voto de liderança; um voto de um eleitor de uma pequena unidade federativa chega a valer dezesseis vezes o voto de um cidadão das unidades federativas maiores, fazendo com que a maioria se transforme em minoria, a partir de uma estranha matemática eleitoral; a amplamente divulgada (e não investigada) prática parlamentar de “troca de favores”, como se pôde perceber na discussão sobre a emenda de reeleição do Presidente da República e da eleição do Presidente do Congresso Nacional para o biênio 2001-2002, assim como nas sucessivas “chantagens” que o Parlamento faz ao Presidente da República para liberação de emendas parlamentares, do mesmo modo, os mistérios que envolveram o episódio conhecido como “Mensalão”; tais fatores – entre tantos outros que poderiam ser aqui assinalados – denotam a dificuldade de restringirmos a jurisdição constitucional às teses procedimentalistas, as quais, por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, onde a primazia (ainda) é a de proceder à inclusão social [...] e o resgate das promessas da modernidade,

*exurgente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte de 1988.*³⁷¹

Portanto, acatar a proposição habermasiana de deslocar a jurisdição constitucional para um legislativo especializado parece ser a construção consequente de um idealismo ainda mais saturado que escamoteia a natureza pujante de um processo político na realidade dos países periféricos que caminha distante do ideal republicano, reforça o formalismo próprio do constitucionalismo liberal e é ineficiente e ineficaz para solução dos problemas de concretização de direitos exigido como desafio na pós-modernidade³⁷².

Diante de toda essa exposição crítica e a ilação de impertinência das contribuições procedimentalistas do projeto habermasiano, vale ressaltar um sentido único e estrito de legitimação democrática do projeto teórico de Habermas, pertinente e válido quanto às inquições da presente pesquisa, nas percucientes palavras de Ricardo Tinoco de Góes:

O que o procedimentalismo habermasiano se opõe e, nesse sentido, a ele emprestamos nossa adesão, é a substituição da tarefa legiferante ao sabor de uma interpretação proveniente da Jurisdição, sem que se ateste claramente, sua sintonia com uma vontade pública, que democrática e discursivamente deveria ser observada, relativamente à matéria substancial posta ao exame e à decisão do Poder Judiciário³⁷³.

O sentido de legitimação democrática das decisões judiciais sempre foi uma tônica na teoria do direito de Dworkin, de modo a garantir sempre a precedência de uma ordem jurídico-normativa que sirva de fundamento de validade e, por isso, de legitimação para as decisões judiciais. Nos casos de anomia ou de inadequação normativa, antinomias de todas as ordens que geram insegurança jurídica, fissura no

³⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 190-1.

³⁷² Paulo Bonavides indica que a passagem do Estado Social para o Democrático de Direito rendeu o surgimento de uma Nova hermenêutica alinhada com novos padrões hermenêuticos compromissados com a concretização de direitos, principalmente com a implementação dos direitos fundamentais inseridos nas constituições. Essa agenda de concretização é precedida pelo reconhecimento da juridicidade como marca das normas que antes eram meramente programáticas, exigindo um dever de reconhecimento da supremacia constitucional, com vetores específicos de transformação social. Esse senso de concretização e de transformação se apoia no reconhecimento da força normativa da constituição, de Konrad Hesse, e do delineamento do constitucionalismo dirigente de Peter Lerche, desenvolvido por Gomes Canotilho. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 582-3, 591.

³⁷³ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 234.

processo decisório, a questão da legitimidade das decisões não deve perder o sentido substantivo de alinhamento democrático, de modo a conferir validade e legitimação à decisão nesses casos. A divergência entre procedimentalistas e substancialistas, no entanto, além de aprofundar, se distanciando uma da outra, no debate metodológico, tentam preencher, com a adequação necessária, esse espaço de legitimação democrática de formas distintas.

O percurso anunciado e agora apresentado, desde a importância da adoção de uma racionalidade comunicativa substitutiva de racionalidades instrumental e metafísica, imbuídas de um solipsismo e desatualizada em relação ao giro linguístico-pragmático, deve fornecer o aspecto procedimental necessário para a adequação da figura metafórica do Juiz Hércules, no necessário compromisso de transpor sua metódica ferramental aos juízes reais, de modo a possibilitar o alcance do ideal de resposta correta nos *hard cases*.

Entretanto, ao mesmo tempo em que a racionalidade comunicativa se faz necessária, torna-se imprescindível abandonar os desdobramentos e aplicações apresentadas por Habermas em sua teoria da democracia deliberativa, notadamente todo o modelo procedimentalista e suas premissas, o que justifica um recorte epistemológico específico e necessário da razão comunicativa e de suas bases pragmáticas para aplicá-la como complementação do empreendimento interpretativo e teórico de Dworkin.

Somente assim será possível garantir que essa racionalidade, desvelada no discurso, possa encontrar uma ambiência apropriada no contexto do processo judicial, onde haja uma orientação e uma finalidade vinculantes de encontrar a resposta sob os melhores argumentos, própria do ofício jurisdicional. Em nome da concepção do direito como integridade, a atividade intelectual responsável empreendida pelo magistrado deve se apropriar de todo o material argumentativo produzido na relação dialógica instituída com as partes, de modo a possibilitar a construção de uma decisão que reflita o ideal de resposta correta, reduzindo a possibilidade de erros e a frustração de um parâmetro teórico e hermenêutico apropriados para essa finalidade, gerando o aprimoramento da jurisdição, por meio da adequada imbricação das teses habermasianas e dworkianas.

5.4 RONALD DWORKIN E A DEFESA DE UMA CONCEPÇÃO SUBSTANCIALISTA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

A definição ou delineamento a partir de Dworkin de um modelo substancialista para nortear a atividade das cortes constitucionais não é tão simples. Ao longo do tempo, o filósofo americano estabeleceu as bases de sua crítica ao positivismo jurídico em uma sólida construção teórico-filosófica fundada em uma teoria substancial de justiça atrelada a um projeto de liberalismo abrangente³⁷⁴, numa empreitada teórica mais extensa, por desenvolver contribuições específicas em filosofia política, filosofia moral, ética, teoria do direito e direito constitucional³⁷⁵, valendo-se dos principais avanços da filosofia da linguagem, para constituir um projeto arrojado que corrobora sua concepção de direito como integridade e sua teoria interpretativa.

Uma crítica apressada do autor vai se referir a seu liberalismo, enquanto base da filosofia política de sua teoria do direito, como sendo problemática, precisamente por reproduzir as tônicas de um constitucionalismo liberal, isto é, marcada pelo valorização dos discursos de liberdade negativa, de restrição da atuação estatal, em proveito da liberdade individual e da autodeterminação de cada um. Contudo, essa conclusão é apressada e, por isso, injusta, por ignorar o projeto político do autor, numa matriz política que não deve ser confundida com o liberalismo clássico, pois a concepção liberal de Dworkin está atualizada no tocante às etapas de evolução político-sociais galgadas desde o Estado liberal, passando pelo Estado social, até um estágio mais compatível com o Estado Democrático de Direito³⁷⁶.

³⁷⁴ Rawls menciona a possibilidade de um liberalismo abrangente por ultrapassar a questão dos delineamentos de uma teoria política da justiça, alcançando aspectos da moral e da ética. (RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª Ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 35).

³⁷⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Apresentação do livro. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

³⁷⁶ Ao contrário que se possa pensar, os estágios políticos do Estado e, por conseguinte, do constitucionalismo correspondente, devem expressar estágios de evolução político-social. Por isso, o Estado liberal não é negado pelo Estado social, mas este último funda nele suas bases, caracterizando-se pela existência de direitos que requerem do Estado uma prestação positiva, constituindo também o ideal de liberdade positiva. Os direitos sociais são exemplos disso. Não há um sentido de ruptura e descontinuidade, mas de continuidade e adequabilidade às novas necessidades da sociedade civil e de sua relação com o Estado. De modo semelhante, pode-se perceber no Estado Democrático de Direito a superação e aperfeiçoamento das premissas da estrutura e atuação estatal anteriores, significando ao mesmo tempo continuidade e ruptura.

Nas palavras de Lênio Streck e Luis Bolsan: “A novidade do Estado Democrático de Direito não está em uma revolução das estruturas sociais, mas se deve perceber que esta nova conjugação incorpora características inéditas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. [...] À diferença dos modelos anteriores, o Estado Democrático de Direito,

Ao contrário dos teóricos do liberalismo com base comum firmada no contratualismo (Hobbes e Rousseau³⁷⁷), o liberalismo abrangente de Dworkin está fundado em concepções substantivas de uma moralidade política. Isso significa que não há uma concepção consensual de escolha de princípios, como no véu de ignorância de Rawls³⁷⁸, nem é possível identificar por suposição, enquanto premissa teórica, um contrato comum imaginário, aceito por todos, para subsidiar o ideal de igualdade, justiça e liberdade³⁷⁹.

Na verdade, esses conceitos substantivos estão associados a uma comunidade de princípios mais gerais, vinculados que são à moralidade pessoal. É em decorrência da moral pessoal que as pessoas agem como agem, a partir da qual se desdobram as considerações de moralidade política, norteando o agir em comunidade³⁸⁰. Esses conceitos são interpretativos, exigindo sempre a adequada inteligência para o ajuste de um aparente conflito conceitual e normativo para determinar, enquanto razão prática, o comportamento que deve ser seguido ou orientado.

Para Dworkin, o cerne fundamental de qualquer comunidade não residiria em um ajuste coletivo de vontades, como preceituado pelo contratualismo de Rousseau, mas “no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes”, apontando para o fato de que a maioria das pessoas não escolhe suas comunidades políticas, já nascem nelas ou simplesmente migram³⁸¹.

Dworkin, então, vai afirmar, delineando sua concepção de comunidade a partir da integridade, que o formato associativo fraternal de uma sociedade política básica ocorre por meio de um modelo político que denomina de “modelo de princípio”, pelo qual as pessoas integrantes da comunidade “aceitam que são governadas por

mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 103-5).

³⁷⁷ Pelo ideal de contrato social, havia a renúncia individual das vontades para a expressão do poder da comunidade, por meio do soberano ou do Estado, numa forma de garantir a segurança dessa comunidade, diante de perigos ou desafios externos, ou, no dizer de Hobbes, dos problemas atinentes ao Estado da Natureza. (ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político: texto integral**. 3ª Ed. São Paulo: Martin Claret, 2000; HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983).

³⁷⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 146-52.

³⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 233-4.

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 230-5.

³⁸¹ DWORKIN, 2014, p. 250.

princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político”. Seus membros admitem que “seus direitos e deveres políticos 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”. Interessa ressaltar que nesse delineamento de comunidade está também englobado o conceito de desacordo moral, incluindo como naturalmente decorrente o pluralismo como em qualquer comunidade, pois “cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal”³⁸².

Assim, a concepção de direito com integridade do filósofo americano vai estender seu alcance não apenas em relação ao exercício da jurisdição, mas também sobre o legislativo que, na consecução de seu mister público e institucional, deverá atender ao sentido dessa integridade, promovendo o ideal da coerência legislativa, de modo que componha o ideal de expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade³⁸³. Nesse sentido, caberá à deliberação judicial não a última palavra sobre o modo de usar o poder de coerção do Estado, mas, partindo das diretrizes de sua interpretação reconstrutiva, afirma Dworkin competir à jurisdição dizer acerca da integridade “a primeira palavra, e normalmente não há nada a acrescentar àquilo que se diz”³⁸⁴.

Considerando esse ideal de integridade, a partir do modelo de comunidade de princípio, Dworkin considera pelo menos dois princípios fundamentais que são notadamente conceitos interpretativos decorrentes do princípio da dignidade humana. Ele advém da matriz kantiana, e “pressupõe que existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com seu reconhecimento como membro pleno da comunidade humana, e sustenta que tal tratamento é profundamente injusto”³⁸⁵.

Desse princípio geral da dignidade, desdobram-se dois outros: o princípio basilar, na concepção política dworkiana, da igualdade político-substancial, o princípio de igual consideração e respeito, exemplificado no fato de que “os membros mais frágeis da comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a seus membros mais poderosos”³⁸⁶. Este princípio também decorre do princípio do valor intrínseco, da mesma matriz kantiana.

³⁸² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 254-5.

³⁸³ Ibid, p. 261-2.

³⁸⁴ Ibid, p. 263.

³⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 304

³⁸⁶ Ibid, p. 305.

O segundo, o princípio do autogoverno, pensado por Dworkin também em decorrência do princípio da dignidade humana, mas diretamente do princípio da responsabilidade pessoal. Ele tem seu sentido determinado na indispensabilidade de que as escolhas e arranjos políticos devem considerar e respeitar o fato de a responsabilidade pessoal de cada indivíduo identificar valor em suas próprias vidas³⁸⁷. A ideia de autogoverno está intrinsicamente associada à liberdade positiva, segundo a qual cada indivíduo deve desempenhar um papel essencial em sua autodeterminação, no governo de si mesmo. Essa ideia de liberdade positiva se contrapõe a uma liberdade negativa, pela qual a liberdade seria apenas pensada a partir do rol de limitações da atuação estatal e de tudo aquilo que, nesse contexto, seria permitido fazer.

Lançadas as bases de sua concepção de comunidade, baseada no ideal de integridade, Dworkin apresenta sua concepção de filosofia política baseada num liberalismo que depende intrinsecamente dessa base de princípios. O princípio da dignidade humana³⁸⁸ se desdobra no princípio de igual consideração e respeito e no princípio da responsabilidade individual (ou autogoverno) e são eles levados em conta pelo autor. Esses dois princípios servem de esteio para toda e qualquer atuação estatal: “o governo não tem autoridade moral para coagir ninguém, nem mesmo com a finalidade de aperfeiçoar o bem-estar da comunidade como um todo, a menos que respeite essas duas exigências no que se refere a cada indivíduo”³⁸⁹.

E vale dizer: isso não significa ter apenas como pressuposto um liberalismo político à semelhança do constitucionalismo liberal, enquanto liberdade negativa ou limites de atuação estatal em função da existência de trunfos³⁹⁰. Por um lado, o princípio da responsabilidade ética pessoal, decorrente da dignidade humana, deve conduzir o indivíduo à busca de seu ideal particular de vida boa e de viver bem³⁹¹,

³⁸⁷ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. – 2014. 291f. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3148>. Acesso em 25/06/2019. p. 78-9.

³⁸⁸ Vale a pena apenas comentar que Dworkin associa a dignidade pessoal a outros dois princípios que constituem sua concepção: o princípio do respeito por si mesmo e o princípio da autenticidade. (DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 311).

³⁸⁹ Aqui o autor se refere especificamente aos princípios que definem o conteúdo da dignidade humana e o princípio da igual consideração e respeito. (Ibid, p. 504).

³⁹⁰ “[...] podemos afirmar que os direitos políticos atuam como trunfos contra justificativas de ação política que, de outro modo, seriam inadequadas”. (Ibid, p. 502).

³⁹¹ Ibid, p. 297-9.

mas também, por outro, o princípio de igual consideração e respeito deve pressupor um sentido de neutralidade por parte do Estado, como ambiência para o pluralismo.

O autor americano vai além, de modo a superar um ideal de igualdade meramente formal³⁹², para afirmar que existem desequilíbrios econômicos que condicionam o tipo de vida dos indivíduos, mesmo a despeito de suas escolhas e de seu esforço na tentativa de perseguir seus ideais de vida boa e de bem viver³⁹³. Por isso, vai afirmar a necessidade de programas de redistribuição de renda que possibilite reequilibrar as condições injustas do mercado, reduzindo as desigualdades geradas³⁹⁴. O autor retorna para a mesma ideia em sua última obra, ao tratar da implicação da igual consideração e respeito como igualdade de recursos³⁹⁵.

Pois bem, a importância de fazer menção à forma como Dworkin entende a democracia e, consecutivamente, como deve ser o funcionamento e a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional passa necessariamente pela importância desses conceitos fundamentais em seu pensamento. O arranjo sistêmico desses princípios,

³⁹² Essa espécie de igualdade formal ou procedural é próprio das primeiras constituições de cariz liberal, como já mencionado em diversas partes do texto.

³⁹³ DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 607-616, jul. 2011. ISSN 2317-6172. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24010>. Acesso em: 26/07/2019.

³⁹⁴ “For treating people as equals requires that each be permitted to use, for the projects to which he devotes his life, no more than an equal share of there sources available for all, and we cannot compute how much any person has consumed, on balance, without taking into account the resources he has contributed as well as those he has taken from the economy. [...] So a liberal cannot, after all, accept the market results as defining equal shares. His theory of economic justice must be complex, because he accepts two principles which are difficult to hold in the administration of a dynamic economy. The first requires that people have, at any point in their lives, different amounts of wealth insofar as the genuine choices they have made have been more or less expensive or beneficial to the community, measured by what other people want for their lives. [...] Obviously any practical program claiming to respect both these principles will work imperfectly and will inevitably involve speculation, compromise, and arbitrary lines in the face of ignorance. There is therefore no such thing as the perfectly just program of redistribution. We must be content to choose whatever programs we believe bring us closer to the complex and unattainable ideal of equality, all things considered, than the available alternatives, and be ready constantly to reexamine that conclusion when new evidence or new programs are proposed”. (DWORKIN, Ronald. Why Liberals Should Believe in equality. *New York Review of Books*, vol. 30, no. 1, 1983, p. 5. Disponível em http://homepage.westmont.edu/hoeckley/readings/symposium/pdf/301_400/364.pdf. Acesso em 30/07/2019).

³⁹⁵ “A igualdade de recursos, entendida segundo a minha descrição, pode recompensar as qualidades de inteligência produtiva, diligência, dedicação, astúcia ou a capacidade de contribuir para a riqueza alheia. Mas não é esse o seu objetivo. Ela nem chega a supor que essas qualidades são virtudes; certamente não supõe que a vida que visa ao maior lucro monetário é a melhor vida ou a mais bem-sucedida. Presume somente que tratamos as pessoas com igual consideração quando deixamos que cada uma projete a própria vida tendo ciência de que suas decisões terão, entre outras consequências, um impacto sobre o seu grau de riqueza. Nesse entendimento, no entanto, é crucial que o caráter e o grau desse impacto reflitam os efeitos que as escolhas do indivíduo tiveram sobre os destinos das outras pessoas: o custo que suas diversas decisões impuseram aos outros na medida em que lhes fizeram perder oportunidades”. (DWORKIN, 2014, p. 555-6).

criando uma estrutura coerente de apoio lógico recíproco, denota um sentido conciliador ou de cooperação, afastando a ideia geral de relação conflitiva entre princípios, o que vai amparar o projeto dworkiano de democracia, de filosofia política, fornecendo todo o substrato teórico para reforçar sua concepção de direito como integridade.

Dworkin não nega a concepção majoritária de democracia, mas a contrapõe com sua concepção de democracia como coparticipação. Para o autor a concepção majoritarista corresponderia, para seus defensores, a um princípio geral de equidade procedimental, ou seja, para eles o princípio majoritário é a aplicação da democracia na política, pela óbvia impossibilidade de assegurar direito de voz e voto em todas questões políticas a todos os cidadãos³⁹⁶. No entanto, para Dworkin, não é possível reconhecer um princípio fundamental de equidade decorrente da mera contagem de votos, ainda que isso sempre expresse a ideia de uma maioria. Dworkin argumenta que a “a maioria não tem nenhum peso moral a menos que a comunidade dentro da qual aquele grupo é majoritário seja a comunidade correta”, e mesmo que correta, a decisão nem sempre se revela equitativa³⁹⁷.

Diante da visível insuficiência substantiva do critério majoritário expressar o ideal democrático, o autor estabelecerá condições democráticas a partir das quais será possível a participação moral dos cidadãos numa comunidade política. Sem essa participação moral, calcada nas premissas dos princípios do autogoverno e da igual consideração e respeito, não é possível pensar em democracia. Para tanto, o autor vai contrapor à concepção majoritária sua concepção de coparticipação (ou *partnership conception*), segundo a qual “o autogoverno não é o governo de uma maioria que exerce sua autoridade sobre todos, mas o governo de todas as pessoas atuando como parceiras”. Essa coparticipação depende das condições democráticas, enquanto condição de participação. Isso significa que os membros de uma comunidade devem ter igual oportunidade no tocante ao direito ao voto e à voz³⁹⁸. A ideia de legitimidade depende da realização das condições de participação democrática³⁹⁹.

³⁹⁶ O maior defensor da concepção majoritária, e debatedor das ideias de Dworkin, é Jeremy Waldron, que expõe suas posições nos seguintes livros: WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003; WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University, 1999.

³⁹⁷ DWORKIN, 2014, p. 590-1.

³⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 190-1.

³⁹⁹ Conrado Hübner comenta com acerto: “O princípio da participação também explica por que as

Para Dworkin, isso já significou afirmar que essas condições ideais devem se refletir na prática. No entanto, em sua última obra, suas concepções sobre democracia coparticipativa parece deduzir, pelo menos, um ideal inteligível⁴⁰⁰. Isso porque se sabe inviável haver um modo de participação efetiva de todos os membros da comunidade, notadamente se essa comunidade for complexa e imensa. Sua concepção parte do ideal de autogoverno de cada cidadão e isso significa que cada um é independente em relação aos demais e deve ser tratado com o mesmo grau de respeito e consideração. Por isso, nessa equação, não deve haver distinção na relevância entre as proposições de uma minoria e de uma maioria, todas devem ser igualmente consideradas. É evidente que a escolha ou deliberação ocorrerá pelo majoritarismo⁴⁰¹, mas obrigatoriamente deverá haver o enfrentamento dos argumentos propositivos de todos e com igualdade de consideração e respeito. Assim, a partir dessa condição de legitimidade, as minorias teriam particular atenção, contrariamente ao que ocorre na concepção majoritária⁴⁰². Nesse particular, somente é possível apreender um sentido do justo a partir da avaliação substantiva do que é dito e levado em conta. A manifestação do voto não qualifica a substantividade dos argumentos e proposições, não realizando, em si, a justiça e a equidade.

O autor analisa as afirmações de realização da concepção majoritária, no contexto de um sistema de governo representativo, fundadas nos ideais de igualdade política de influência e de impacto de todos os cidadãos, asseverando que, na prática, não é possível ignorar que diferentes pessoas possuem níveis diferentes de influência e suas opiniões também geram distintos níveis de impacto na comunidade⁴⁰³, não sendo possível assegurar um ideal de igualdade aritmética de influência nem de

liberdades políticas fazem parte da idéia de democracia. Se cada cidadão desempenha um papel genuíno, que lhe permita fazer a diferença, ele precisa ter voz, assim como o voto (liberdade de manifestação). Essa exigência não se confunde com a já combatida idéia de igualdade de influência. Democracia comunal exige que a pessoa esteja numa posição para fazer diferença. Esse poder não pode sofrer restrições que violem a idéia de igual respeito.

No entanto, disso não se infere que deva ter o mesmo poder de influência". (MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 67).

⁴⁰⁰ DWORKIN, 2014, p. 587.

⁴⁰¹ Vale anotar que Dworkin não tem o objetivo de desqualificar a concepção majoritária enquanto procedimento, pois ele de fato reconhece no voto majoritário o modo óbvio da manifestação do processo de escolha dos cidadãos, possibilitando o governo representativo a partir da vontade expressa pela maioria. A intenção específica do autor é mostrar que essa concepção não encerra um sentido de igualdade substantiva, o que deve ser alcançado pela concepção de democracia coparticipativa.

⁴⁰² DWORKIN, 2014, p. 591-2.

⁴⁰³ O autor indica que os diferentes tipos de influência dependem do nível de carisma ou de algum fator social que justifique isso, citado o caso de um herói político, um pregador carismático, ou mesmo um *pop star*.

impacto⁴⁰⁴. A não realização de uma igualdade formal de impacto somente se traduziria contrária à democracia, caso se representasse um insulto, contrariando o princípio da igual consideração e respeito.

Para Dworkin, o ideal de igualdade política não se realiza de forma matemática (pela contagem do voto majoritário), mas, essencialmente, por meio da atitude de considerar as pessoas substantivamente iguais:

[...] podemos considerar que a igualdade política significa algo muito diferente: que nenhum cidadão adulto tenha um impacto político menor que o de qualquer outro cidadão por razões que comprometam sua dignidade – razões que tratem sua vida como se ela merecesse menos consideração ou tratem suas opiniões como se fossem menos dignas de respeito⁴⁰⁵.

Por isso, seu ideal de legitimidade exige um padrão mínimo de distribuição do poder político que reflita a igual consideração e respeito que deve haver pelos cidadãos. Isso significa que toda diferença significativa no impacto político no exercício do voto por cada cidadão deverá ser considerada antidemocrática e injusta, a menos que atenda duas condições: não deve haver a pressuposição de que existem pessoas que nasceram para governar sobre outras, isto é, inadmitindo e afastando a possibilidade da aristocracia, seja de qualquer tipo, como forma de governo; e, além disso, o arranjo constitucional que cria essa diferença deve direcionar o aperfeiçoamento da legitimidade da comunidade⁴⁰⁶.

A partir da apresentação das concepções do autor sobre democracia, tendo como pressupostos os princípios que a estruturam, no contexto de uma proposta liberal abrangente, intrinsecamente interligadas por concepções substantivas de legitimidade e igualdade, que superam compreensões meramente formais, o autor apresentará a *judicial review* como estratégia de promoção da legitimidade, principalmente por resguardar a independência ética e a responsabilidade moral das minorias, garantindo sua autoridade moral e seu autogoverno, enquanto liberdade positiva⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ DWORKIN, 2014, p. 593-9.

⁴⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 593.

⁴⁰⁶ Ibid, p. 600.

⁴⁰⁷ Ibid, p. 592.

O controle de constitucionalidade exercido, essencialmente, pelas cortes constitucionais, principalmente nos casos de controle abstrato, concentram grande parte da apreciação judicial dos *hard cases*. O tensionamento existente entre a legislação que, com o transcurso do tempo, por morosidade ou por resistência do poder legislativo, não é atualizada com os novos ajustes e perspectivas sociais surgidas na comunidade, mormente em tempos de grande pluralismo moral, e as diversas promessas e garantias constitucionais de igualdade, justiça e equidade, lançam ao poder judiciário, e mais claramente às cortes constitucionais, a esperança própria de último bastião do ideal de concretização de direitos e de encurtamento da distância entre a normatividade dos textos legais estanques e a dinamicidade dos fatos (ou na relação entre facticidade e validade traduzida por Habermas)⁴⁰⁸.

O exercício da jurisdição constitucional, por meio de suas decisões, deve refletir o sentido de posição que deve assumir enquanto forma ideal de implementar o projeto reconstutivo do direito, na concepção da integridade de Dworkin, associada diretamente ao que Dworkin denominou de leitura moral da constituição⁴⁰⁹. Dada à natural abertura de linguagem do texto constitucional, a sua maleabilidade ou ductibilidade⁴¹⁰, a possibilitar o meio de permanente evolução dos sentidos que possam ser empregados a partir da percepção do estágio evolutivo da comunidade, cabe ao Tribunal Constitucional tentar perceber os caminhos da moralidade política a direcionar suas razões à atualização dos sentidos do texto constitucional, numa interpretação reconstitutiva que traduza a concepção de direito como integridade, e que esteja atrelada ao ideal de supremacia e de força normativa da Constituição⁴¹¹.

Como já justificado, a realidade de países periféricos não justifica o reconhecimento de uma competência legislativa “extraordinária” facultada aos

⁴⁰⁸ “Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. rev. e ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 135).

⁴⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 25-33.

⁴¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dútil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1999.

⁴¹¹ “Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida.” (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Ed. Safe, 2004, p. 9)

tribunais para criarem o direito nos casos de anomia e inadequação da norma existente. Ao poder legislativo cabe o papel precípua de editar novos instrumentos normativos e de concentrar discussões de tematizações importantes para o Estado e a sociedade civil, com implicações nas esferas pública e privada. Ao mesmo tempo, é fundamental reconhecer o papel das cortes constitucionais no manejo da razão pública⁴¹², por trabalhar com mais liberdade (relativamente ao afastamento de interesses e de parcialidades que naturalmente conduzem o processo legislativo) temas fronteira que devem ser abordados a possibilitar uma resposta adequada para controvérsias reais, existentes no mundo da vida, cuja urgência e relevância dispensam aguardar o despertamento da sensibilidade democrática do parlamento.

O instrumental interpretativo necessário para a jurisdição constitucional, notadamente para a apreciação e resolução dos *hard cases*, foi fornecido por Dworkin para tornar possível a contínua reconstrução do direito que, na forma metafórica do romance encadeado, mantém o sentido da integridade e coerência vinculados à ideia de continuidade ou atualização deontológica do texto constitucional. Associado a isso, o questionamento dos procedimentalistas sobre o esvaziamento do conteúdo democrático de suas decisões está vinculado ao critério majoritário. A legitimidade das decisões da Suprema Corte é reafirmada nas concepções de democracia e de igualdade política substantivas, isto é, o Tribunal satisfaz a condição de legitimidade reconhecendo e garantindo as liberdades negativas e, principalmente, a liberdade positiva:

A defesa da democraticidade do controle judicial de constitucionalidade deve assumir uma outra forma: deve afirmar que esse tipo de controle aperfeiçoa a legitimidade geral na medida em que aumenta a probabilidade de que a comunidade aceite e imponha uma concepção adequada da liberdade negativa, de uma distribuição equitativa dos recursos e oportunidades e da liberdade positiva [...] ⁴¹³.

Observa-se que a legitimidade das Cortes Constitucionais, na hipótese de resolução dos *hard cases* não se dá *a priori*, pois os cargos dos juízes dessa

⁴¹² Dworkin critica a doutrina de Rawls sobre a razão pública, concluindo não servir aos propósitos de desenvolver uma concepção de legalidade e de decisão judicial. Para Dworkin, não seria possível avançar no projeto de direito como integridade se não houve o envolvimento discursivo com questões que ultrapassem o âmbito da política, alcançando também, assim, a moralidade e a ética. (DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 356-69).

⁴¹³ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 609.

instituição não são preenchidos por eleição, por meio do voto direto do povo. A decisão passa a ser legítima em função de seu conteúdo: à medida que garante direitos, assegura o usufruto de liberdades, encontra a resposta mais adequada para a resolução desses conflitos, coincidindo com a melhor expressão dos argumentos da moralidade política, afirma-se seu conteúdo democrático e, por isso, fica demonstrada sua legitimidade.

Entretanto, o problema da ausência de legitimação prévia assombra as concepções substantivas de democracia e legitimidade em função do risco real de danos à própria democracia por decisões erradas, ou dito de outra forma, que expressam um sentido equivocado de moralidade política em descompasso com o estágio da comunidade política em proveito de quem deveria servir a decisão. Esse problema é enfrentado por Dworkin, admitindo os mesmos riscos que foram aqui analisados quando feita a transição da metódica do Juiz Hércules para os juízes reais. Dessa vez, a solução que é apontada por Dworkin em seu último livro não tem a mesma complexidade de outras soluções normalmente desenvolvidas para dar amparo a suas teorias. Sua honestidade intelectual é notável: “Não pode nos garantir de antemão que o controle judicial de constitucionalidade vai ou não vai tomar mais legítima e democrática uma comunidade majoritária”⁴¹⁴.

Para Dworkin, a possibilidade de efeitos colaterais danosos de decisões equivocadas da Suprema Corte seria muito inferior àqueles decorrentes de decisões tomadas pelo Poder Legislativo no exercício de sua competência legiferante. Ele insiste que a legitimidade direta e prévia pelo voto direto popular não afasta esse tipo de risco, inclusive sua maior frequência. Para ele, os juízes das Cortes Constitucionais, além de estarem impedidos por conflitos de interesses ou por razões pessoais, teriam seus poderes limitados apenas pela necessidade de convencer seus pares, pelo menos a maioria deles, de que sua opinião jurídico-constitucional é a mais correta, o que reduz muito a possibilidade de decisões antidemocráticas e ilegítimas⁴¹⁵.

Por evidente, esse cenário apresenta contornos ideais quando defrontado com a realidade jurisdicional, mormente a brasileira. O tensionamento desse ideal sustentado por Dworkin é ainda mais dramático quando se verifica a frequente utilização de uma linguagem judicial dotada de argumentos de autoridade,

⁴¹⁴ Ibid, p. 610

⁴¹⁵ Ibid, p. 607-8.

principalmente na apreciação de casos difíceis, revelando o descompromisso com uma argumentação sólida o suficiente, como naturalmente seria de se esperar de decisões substantivas. Além disso, o insulamento dos juízes que compõem a Corte Constitucional, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, é o único predicado realmente comunicável com o Juiz Hércules: o esforço que deveria ser comum para render frutos institucionais para toda a sociedade é, na prática, substituída pelo trabalho individual de juízes que compõem uma justiça opinativa⁴¹⁶, divorciada do sentido de racionalidade constituída intersubjetivamente, como se viu compreendido em Habermas.

Associado a essa questão está o problema já diagnosticado neste trabalho, não desconhecido por grande parte dos críticos de Dworkin, que os predicados – realmente positivos e proveitosos da metáfora – do Juiz Hércules não são totalmente compartilhados pelos juízes reais, notadamente o privilégio cognitivo daquele que o habilita a acessar os melhores argumentos e conseguir traduzir a melhor estrutura argumentativa do manejo dos princípios, tornando realizável, sem incertezas, o ideal de direito como integridade e de obter a resposta correta para os casos sob sua análise. Se na seção anterior essa tensão inerente à metáfora foi diagnosticada e encaminhada à tentativa de solução, ou pelo menos, feita a tentativa de torna-la mais próxima de ser realizada pelo juízes reais, aqui, ao tratar da jurisdição constitucional, e na espécie, em grande parte dos casos, no exercício da competência jurisdicional do controle de constitucionalidade em abstrato, a solução não parece ser encontrada na interlocução entre os sujeitos processuais, mas parecer ser necessário transbordar os limites subjetivos do processo, tornando-o permeável a outros interlocutores, cuja vida é diretamente afetada pela decisão que se está a produzir nesses casos de controle abstrato.

O caminho parecer o mesmo da afirmação da racionalidade comunicativa. Mas em nível de jurisdição constitucional sua ambiência parece se adequar melhor por meio de um aporte em Peter Häberle: o reconhecimento que os possíveis envolvidos ou atingidos pela norma são co-habilitados a interpretar a Constituição e, com isso, a Corte Constitucional deve estar atenta a ouvir o que essas pessoas têm a dizer, mesmo estando elas fora do processo judicial, mas reconhecidamente no

⁴¹⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 62-3.

contexto da tematização abordada que está distante da realidade dos integrantes da Corte Constitucional. Nas palavras do autor alemão:

A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!) [...] A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade⁴¹⁷.

O reconhecimento de uma sociedade aberta aos intérpretes da Constituição parece tornar ainda mais realizável o projeto do filósofo americano, alterando a amplitude e a direção das possibilidades interpretativas e intelectivas da norma constitucional para um contexto fático que requer sua conformação. Somente o reconhecimento da necessidade da aplicação de uma etapa procedimental, geneticamente fundada na premissa da racionalidade comunicativa habermasiana, deve ser traduzida agora na abertura da jurisdição aos novos integrantes dessa sociedade de intérpretes, no dizer de Peter Häberle. Assim, será possível, na compreensão da controvérsia, abstratamente considerada pela Corte, mas concretamente vivenciada pelo povo, definir a resposta correta em direito.

Esse reconhecimento é benéfico não apenas à jurisdição constitucional, mas também ao Poder legislativo, focalizando a necessária aproximação entre os estamentos parlamentares e o povo⁴¹⁸, os que efetivamente serão afetados e beneficiados com a regulamentação da situação hipoteticamente considerada devem ser ouvidos.

⁴¹⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 30-1.

⁴¹⁸ “Impende, portanto, frisar esse aspecto da contribuição de Peter Häberle, ou seja, a ausência de interloção entre a esfera pública e o Legislativo, não pode ser compensada apenas pelo reconhecimento de que a Jurisdição pode e deve interpretar a Constituição, a fim de solucionar os casos difíceis. É que esse agir monológico da Jurisdição seria, em tal caso, tão antidemocrático, como aquele resultante da atuação isolada dos estamentos parlamentares”. (GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 215).

Além disso, comparativamente às discussões e decisões que se seguem no ambiente do parlamento, como já se ressaltou, nem sempre são definidas, na expressão do voto majoritário, pela busca do atendimento do ideal de respostas corretas no direito. Quer seja em discursos de fundamentação, os quais se expressam no ideal de integridade e coerência de todo o corpo do direito legislado, quer em discursos de aplicação, que devem se pautar pelo direito como integridade desvelado pela história do romance encadeado, são reconhecidas por Dworkin como aplicações de sua concepção do direito como integridade, vinculando tanto um quanto o outro tipo de discurso.

De todo modo, o ideal de resposta correta parece ecoar apenas em direção ao Poder Judiciário, instituição de quem sempre se espera uma resposta. O legislador também deve dar respostas à comunidade que lhe confiou, por meio do voto, sua representação, mas sua resposta, essencialmente, projeta-se para o futuro, enquanto discurso de fundamentação. É na figura do juiz, e não do legislador, que deve ser reconhecida, ao mesmo tempo, a vocação de ter que responder e a obrigação funcional que o vincula a demonstrar as razões que o levam a firmar seu convencimento, conforme despontado na resposta à controvérsia que se arrasta do passado dos interessados ao tempo presente do magistrado no momento da decisão, enquanto discurso de aplicação.

Esse mister encontra ainda maior relevância (e necessidade) diante do contexto brasileiro de descumprimento massivo dos direitos e garantias fundamentais e de uma legislação elaborada muitas das vezes em dissonância com o ideal de democracia substantiva, na qual certos interesses privados sobrelevam-se ao interesse público e dos valores republicanos⁴¹⁹.

Portanto, é importante afirmar, por fim, que a relevância do modelo substancialista de jurisdição constitucional encontra em Dworkin o ferramental teórico e interpretativo necessário para sua realização. Para tanto, deve ser observado, na consecução do ideal de resposta correta em direito, um procedimento que possibilite

⁴¹⁹ “O que ocorre é que, em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle de constitucionalidade de privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos fundamentais de várias dimensões”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. rev. e ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 136).

a admissão de outros interlocutores legitimados, porque vivenciam a “realidade constitucional”⁴²⁰, a fornecer sua “interpretação” constitucional, no sentido exigido a ensejar a conformação constitucional, a fim de promover o ideal de democracia substantiva, reduzindo os riscos de decisões judiciais que, a despeito da diligência e rigor técnico empregados pelos magistrados, podem ser discrepantes com esse ideal.

⁴²⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 12.

6. CONCLUSÃO

Ronald Dworkin é muito criticado pelos acadêmicos de formação positivista como filósofo moralista ou propositor de uma teoria do direito influenciada pelo moralismo. O termo moralismo não é bem associado à ideia de moralidade política, e grande parte das afirmações não são baseadas em um conhecimento mínimo das obras e teorias do autor. A intenção crítica é decorrente do estranhamento causado pela recepção da quebra de paradigma por ela causada.

Ficou bem definido logo no início do presente trabalho que o juspositivismo, não possuía a atualização teórica necessária para conseguir prover critérios mínimos para resolução dos *hard cases*, notadamente para efeito de subsidiar uma teoria da decisão judicial, cuja fundamentação deva se apoiar em argumentos de justificação externa, o que se torna possível pelas contribuições teóricas engendradas por Dworkin. Ficou claro que essas contribuições, como a aproximação entre o Direito e a Moral, deve ser vista com naturalidade e se justifica por reconhecer que a prática jurídica em certos casos envolve divergências teóricas do direito, cuja resolução deve ser pensada a partir da busca pelos melhores argumentos no contexto do fórum do princípio. Essa ilação é fundamental, diante da percepção da insuficiência do sistema positivista baseado unicamente na interpretação e aplicação de regras legais. Contudo, essa constatação crítica não é o único problema, como visto, mas soma-se como pressuposição a afirmação do poder discricionário dos juízes como requisito essencial para a enfrentamento da indeterminação do direito e para a resolução dos *hard cases*.

Atrelado à reaproximação entre o Direito e a Moral, é essencial ressaltar a concepção do autor de imputar aos juízes, enquanto intérpretes, a adoção de um ponto de vista interno da prática jurídica, sobrelevando a importância da maneira como cada um, no contexto social correspondente, compreende as razões pelas quais deve se submeter ao sistema deontológico que, inerente à Moral ou ao Direito, vincula a prática de cada um, a partir de razões que são refletidas e que devem ser pensadas, pois naturalmente interpretativas. Disso deduz-se o autor que o direito é também uma prática interpretativa, atrelada que está à consideração de argumentos necessários para determinar o modo da razão prática ou, em maior nível, para justificar a ação estatal coercitiva.

Assim, se o direito é uma prática interpretativa, então é necessário reconhecer a associação de elementos positivos-normativos (na lei ou nos precedentes judiciais) a outros de natureza avaliativa ou interpretativa, isto é, mesmo nos casos simples, resolvidos pelo positivismo por meio da subsunção, é imprescindível perceber como a atuação dos princípios deve ser reconhecida para conferir o norte interpretativo adequado das normas legais, possibilitando o fechamento do âmbito interpretativo da norma jurídica.

Sua concepção de direito como integridade será fundamental para amparar a proposição de que as decisões judiciais sejam elaboradas sob o norte da busca ideal de única resposta correta em direito. Isso parece se realizar com certa facilidade nos casos simples, sem que sejam empreendidos esforços superiores à aplicação da técnica de subsunção, colmatada com o fechamento hermenêutico pelos princípios, uma vez fornecidos ao juiz as informações suficientes para sua apreciação. Dworkin refuta a alegação genérica que nega haver no direito a possibilidade de respostas corretas. Entretanto, se o projeto teórico do autor envolve, em sua base, a concepção do direito como integridade, então deve ser correspondida por todos os interlocutores do processo, em um efetivo procedimento dialógico, inclusive e principalmente os juízes, para que o direito possa sempre se expressar de maneira coerente, entregando a mesma resposta, quando as circunstância de fato e de direito forem idênticas, manifesto no sentido metafórico de romance em cadeia, enquanto sistema descritivo e avaliativo de normas, articulado de forma coerente e íntegro.

Quando o autor americano, por outro lado, afirma que deve ser atendido o mesmo ideal para respostas a casos de anomia e inadequação legislativa, parece evidente que essa afirmação tende a não se realizar na maior parte dos casos. As dificuldades na transição da metáfora do Juiz Hércules para os juízes reais não são superadas com facilidade pelo próprio autor, ao admitir haver a possibilidade de que os juízes decidam por meio de respostas materialmente ilegítimas, discrepantes com a integridade, a despeito da aplicação das etapas de seu método reconstrutivo do direito.

A saída parece ser encontrada na apreensão das principais contribuições teóricas provenientes do giro linguístico-pragmático, firmada no papel da historicidade na hermenêutica gadameriana, mas assumida, enquanto ponto de superação, na racionalidade comunicativa de Jürgen Habermas, de modo que sua aplicação renda a necessária participação de todos os sujeitos processuais numa relação dialogada

com o juiz, de modo que os argumentos deduzidos desse debate sejam considerados por todos os participantes, suprimindo as limitações cognitivas dos juízes reais, porquanto não seja possível afirmar a estes a comunicabilidade dos mesmos predicados inerentes à figura no Juiz Hércules.

Esse aporte em Habermas vai se somar, no âmbito da jurisdição constitucional, notadamente nos casos de controle de constitucionalidade em abstrato, às contribuições teóricas de outro alemão, Peter Häberle. A adoção de um procedimento no qual seja indispensável a interlocução com outras pessoas que, enquanto possíveis afetados pela futura decisão judicial, sejam devidamente ouvidas e tenham suas opiniões e argumentos considerados, de modo que a realidade tensional que se contrapõe e desmente a idealidade constitucional, enquanto realidade deontológica que pretende ser hipostasiada, alterando o contexto e a vida dos envolvidos, encontre na decisão judicial um sentido de realização adequada à realidade de vida de quem será por ela afetado. A justificativa também parece ser a mesma: os juízes reais não conseguem sozinhos, insulados, como o Juiz Hércules, perceber a “interpretação” ou o sentido da norma constitucional por quem vivencia uma realidade que não é por eles facilmente percebida.

Assim, é essencial para complementar a metáfora do Juiz Hércules, tornando-a realizável, a adoção de um procedimento dialógico no âmbito do processo, quer limitado *inter partes*, nos casos de demandas judiciais de cariz individual, ou mesmo em sede de controle de constitucionalidade, na competência jurisdicional das Cortes Constitucionais, envolvendo a multiplicidade de sujeitos, sendo essencial que o processo, principalmente neste último caso, esteja aberto à participação popular de quem possui real interesse em contribuir argumentativamente para a solução que será desenhada a partir da miríade de argumentos surgidos dessa participação, na passagem de uma mera idealidade para um projeto teórico realizável na prática.

Por outro lado, nega-se, por incompatibilidade teórica, o aporte nas concepções procedimentalistas de jurisdição constitucional, uma vez que se distanciam da proposta de Dworkin de legitimidade por meio do conteúdo substancial de cada decisão proferida pelo Poder Judiciário. Nesse aspecto, o reconhecimento da contribuição de Habermas é restrita ao desenvolvimento da racionalidade comunicativa, enquanto constatação de outra espécie de racionalidade, constituída intersubjetivamente, distinta da razão instrumental e estratégica ou mesmo da metafísica, proveniente da reviravolta linguístico-pragmática, e predisposta à

superação do solipsismo judicial e do fechamento insular que constituíam a imagem metafórica-conceitual do Juiz Hércules.

Ressalta-se, entretanto, não ser possível simplesmente dispor do conteúdo das decisões judicial, entregando-a à livre consideração dos participantes desse procedimento dialógico. Esse procedimento deve servir apenas como meio de realização da racionalidade comunicativa, enquanto ambiência adequada à contribuição argumentativa, mas o conteúdo decisório deve permanecer sob a responsabilidade moral do julgador vinculado que é à concepção do direito como integridade e comprometido a deduzir a melhor resposta para solução da controvérsia. Essa vocação é própria da jurisdição.

Assim, o cerne de uma resposta substancialista, como decorrente do direito como integridade de Dworkin e da responsabilidade moral de cada julgador, definidores de seu compromisso e engajamento na construção de uma resposta correta, deve realizar-se a partir desses pressupostos, revelando uma relação substantiva de legitimidade democrática, pela efetiva consideração dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igual consideração e respeito.

Portanto, as respostas às inquirições iniciais são encontradas no presente trabalho, tornando realizável o projeto de decisão baseada no ideal de resposta correta, que não se confunde com resposta absoluta, mas como conjugação dos melhores argumentos jurídicos, baseados em regras e princípios, que estejam disponíveis e sejam frutos da necessária interlocução judicial de todos os interessados – inclusive da esfera pública. Somente pela adoção de todo esse paramento teórico e instrumental disponibilizado por Ronald Dworkin, será possível superar a necessidade de afirmação de um poder discricionário aos juízes, possibilitando, por outro lado, o melhor controle dos argumentos lançados como justificativa externa para subsidiar as decisões dos juízes e das instâncias revisionais.

É evidente que existe um longo caminho que separa a realização viável do ideal dworkiano da prática decisória de juízes e, notadamente, de tribunais, que não poderia prescindir da necessária abdicação de voluntarismos e decisionismos no exercício da jurisdição para a assunção do compromisso e da responsabilidade com uma concepção do direito como integridade. A insistência no insulamento e na elaboração de decisões judiciais que expressam um sentido equivocado e pretensioso, ainda baseado na suposição de um privilégio cognitivo, é herança de nossas raízes e tradições positivistas. Paulatinamente, as decisões antidemocráticas

baseadas no subjetivismo e na mera autoridade judicial vão perdendo significado e reconhecimento por uma sociedade que não mais tolera ranços totalitários, antidemocráticos e antirrepublicanos.

A contribuição deste trabalho se insere nesse contexto de irrisignação com um estado de coisas que precisa, pelo menos, ser encaminhado como um processo de (re)legitimação das instituições judiciais responsáveis pela interpretação e aplicação do direito. A proposta teórica apresentada por Ronald Dworkin é um caminho. E o amálgama entre suas ideias e o recorte da racionalidade comunicativa habermasiana oferece uma interface sugerida como contribuição que torne esse projeto teórico mais viável. Ainda assim, o ajuste na direção correta que deve ser dado à abordagem do fenômeno jurídico depende de seus principais atores, numa importante mudança de postura, como disseminadores e propagadores de um imaginário esperado por todos.

7. REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: um tratado sobre la justificación jurídica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. **Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire**. 48 Wm. & Mary L. Rev. 1579 (2007), p. 1598-9. Disponível em <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol48/iss5/4>. Acessado em 20/06/2019.

ALEXY, Robert; SILVA, Zilda Hutchinson Schild. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONACCINI, Juan Adolfo. **A dialética em Kant e Hegel: ensaio sobre o problema da relação entre ser e pensar**. Natal: EDUFRN, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ. **Diário Oficial da União**: 09 set. 1942, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em 07/07/2019.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8649>. Acesso em 10/05/2019.

COMTE, Auguste; GIANNOTTI, José Arthur. **Curso de filosofia positiva; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

COSTA, Claudio Ferreira. **Wittgenstein e a gramática do significado**. Natal: Servgráfica, 2005.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

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

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

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

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Objectivity and Truth: You'd Better Believe it**. *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2, p. 87-139. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0048-3915%28199621%2925%3A2%3C87%3AOATYBB%3E2.0.CO%3B2-XP>. Acesso em 19/05/2019.

DWORKIN, Ronald. **Why Liberals Should Believe in equality**. *New York Review of Books*, vol. 30, no. 1, 1983, p. 5. Disponível em http://homepage.westmont.edu/hoeckley/readings/symposium/pdf/301_400/364.pdf. Acesso em 30/07/2019.

DWORKIN, Ronald. **O que é uma vida boa?** *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 607-616, jul. 2011. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24010>. Acesso em: 26/07/2019.

ECO, Humberto. **Interpretação e superinterpretação**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A hipótese do legislador racional e a noção de justiça**. Cadernos Direito GV, São Paulo, v. 6, n. 3, p. 40, maio, 2009. Disponível em:
<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2830/caderno%252029.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10/05/2019.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FISS, Owen. **Objectivity and Interpretation**. Stanford Law Review, Stanford, v. 34, p. 739-763, abr. 1982. p. 740-745. Disponível em:
https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1217/. Acesso em 14/07/2019.

FISS, Owen. **Objectivity and Interpretation**. Stanford Law Review, Stanford, v. 34, p. 739-763, abr. 1982.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GALLIE, W. B.. Essentially Contested Concepts, **Liberal Morality and Social Morality**. Philosophy, Vol. XXIV, No. 91, 1950, pp. 318-33. Disponível em:
<https://www.jstor.org/stable/4544562>. Acesso em 05/04/2019.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GÜNTHER, Klaus; MOLZ, Claudio; MOREIRA, Luiz. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Por Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HART, H. L. A; BULLOCH, Penelope A.; RAZ, Joseph. **O conceito de direito**. 1. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Nietzsche**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LINDGREN ALVES, J.A. **Direito e cidadania na pós-modernidade**. Piracicaba: Unimep, 2002.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa; 12ª Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **A integridade no direito e os protocolos de Hércules: comentários à integridade no direito (Império do Direito-Capítulo VII)**. Revista Direito Mackenzie. V. 10, n. 2, ano 2016, p. 71-103. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10434/6413>. Acesso em 06/05/2019.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. Org. Ronaldo Porto de Macedo Júnior e Catarina Helena Cortada Barbieri. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMOR, Andrei (ed). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MEDEIROS, Marcus Vinícius de. O dever de fundamentação das decisões judiciais e o neoconstitucionalismo, p. 59-88. *In* ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro (org.). **Jurisdição, Processo e decisão judicial**. 1ª Ed. Manaus: Elucidar, 2019.

MEDEIROS, Marcus Vinícius de; SOUSA, Hioman Imperiano. Constitucionalismo e legitimidade. p. 59-88. *In* ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro (org.).

Constitucionalismo(s) e Constituição. 1ª Ed. Manaus: Elucidar, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIGUEL, Luiz Felipe. **Democracia e representação: territórios em disputa.** 1ª Ed. São Paulo: Unesp, 2014.

MATOS, Olgária C. F. **A Escola de Frankfurt: luzes e sombras do iluminismo.** São Paulo: Moderna, 1993.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis.** Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo.** 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática.** Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. – 2014. 291f. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3148>. Acesso em 25/06/2019.

NAGEL, Thomas; VIEIRA, Silvana. **Visão a partir de lugar nenhum.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Vontade de potência.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

NOBRE, Marcos. **Apontamento sobre a pesquisa em direito no Brasil.** Cadernos DIREITO GV; 2005, v. 1, n. 1. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/2779>. Acesso em 22/07/2019.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** São Paulo: Edições Loyola, 2001.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica.** Trad. de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

POZZOLO, Susana; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição.** São Paulo: Landy Editora, 2006.

RAWLS, John. **O liberalismo político.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª Ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social: princípios do direito político: texto integral**. 3ª Ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **A teoria da interpretação em Hans Kelsen**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 17, n 66. Revista dos Tribunais, 2009.

SARTRE, Jean-Paul. **Jean-Paul Sartre: basic writings**. Edit. Stephen Priest. Londres: Routledge, 2001. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=khXv5xcljUsC&lpg=PP7&hl=pt-BR&pg=PP7#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 15/06/2019.

SHAPIRO, Scott J.. **The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed**. (March 5, 2007). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em 03/03/2019.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

STEIN, Ernildo. **Crítica da ideologia e racionalidade**. Porto Alegre: Movimento, 1986.

STRECK, Lênio Luiz. **Contra o neoconstitucionalismo**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, p. 9-27, 2011, n. 4, Jan-Jun. Disponível em: http://www.abdconst.com.br/revista/revista_final4.pdf. Acesso em 15/07/2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de filosofia: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed., rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência? – 4. ed. rev.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. rev. e ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University, 1999.

WALUCHOW, W. J. "The Many Faces of Legal Positivism." **The University of Toronto Law Journal**, vol. 48, no. 3, 1998, pp. 387–449. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/826047. Acessado em 10/05/2019.

WALUCHOW, Wil; SCIARAFFA, Stefan (edit). **The legacy or Ronald Dworkin**. Oxford Scholarship: May/2016. ISBN-13: 978019046641.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. V. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**. v.2. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1995.

WEBER, Max; BARBOSA, Regis; BARBOSA, Karen Elsabe. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 4. ed. Brasília, DF São Paulo: Universidade de Brasília Imprensa Oficial, 2004.

WINCH, Peter. **A idéia de uma ciência social: e sua relação com a filosofia**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico: investigações filosóficas**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

XXII CONGRESO MUNDIAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO Y FILOSOFIA SOCIAL. DERECHO Y JUSTICIA EN UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA. 24-29, MAYO, 2005. GRANADA-ESPAÑA. CELLA, José Renato Gaziero. **A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen**. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/Habermas-IVR-01.pdf>. Acesso em: 03/08/2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dútil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1999.