

SOBRE A INTERPRETAÇÃO E A DISTINÇÃO “REGRAS E PRINCÍPIOS”: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA FILOSOFIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN

*About the Interpretation and Distinction "Rules and Principles": constitutive elements of
Ronald Dworkin's right philosophy*

Lucas Duarte Silva¹
lucasfilo@gmail.com

Resumo: neste estudo buscaremos evidenciar a distinção entre regras e princípios na teoria do Direito de Ronald Dworkin, bem como o processo de interpretação para os casos difíceis (*hard cases*). Para tanto, dividiremos este texto em três seções: na primeira seção, apontaremos duas críticas de Dworkin à teoria de Hart; para, a partir disso, apontar a sua proposta na segunda e terceira seções, onde abordaremos como o filósofo do direito entende que o juiz deva proceder para encontrar a melhor resposta, evidenciando, sobretudo, o processo de interpretação.

Palavras-chave: regras; princípios; juiz; interpretação; casos difíceis.

Abstract: this study will seek to highlight the distinction between rules and principles in legal theory of Ronald Dworkin, as well as, the interpretation process for hard cases. Accordingly, we divide the text into three sections: the first section, we consider two criticisms of Dworkin's theory Hart; to with them point out his proposal in the second and third sections, where we approach how the legal philosopher believes that the judge should proceed to find the best answer, showing especially the interpretation process.

Keywords: rules; principles; civil judge; interpretation; hard cases.

Considerações iniciais

Quando um juiz se depara com um caso em que não há uma lei específica no ordenamento jurídico, ou ainda a lei se mostra injusta, pois traz benefício ao malfeitor, como o juiz deve proceder sem o amparo das regras jurídicas? É possível encontrar uma resposta neste caso? Se sim, como saber se ela está correta ou se é a justa? Estas indagações podem ser feitas aos teóricos do Direito. Neste estudo buscaremos evidenciar as respostas de Ronald Dworkin para estas questões. Abordaremos alguns pontos fundamentais de sua teoria do Direito para compreender a sua proposta para os casos difíceis (*hard cases*)², ou seja, aqueles casos que não são pautados por uma lei positivada ou quando a lei existente parece ser insuficiente.

¹ Acadêmico vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas, bolsista CAPES.

² Um caso difícil ocorre “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição” (DWORKIN, 2002, p.123). Segundo Guest, “um caso difícil é uma situação no direito que dá origem a discussão genuína a respeito da verdade de uma proposição de direito que não pode ser solucionada por recurso a um conjunto de fatos evidentes *determinantes* da questão” (2010, p.163).

Para isso, dividiremos este texto em três seções: na primeira seção apontaremos duas críticas de Dworkin à teoria de Hart³, a saber: a distinção entre regras e princípios, além do uso da discricionariedade pelo juiz ao decidir os casos difíceis. Para, a partir disso, apontar a sua proposta na segunda e terceira seções, onde abordaremos como o filósofo do direito entende que o juiz deva proceder para encontrar a melhor resposta.

O nosso fio condutor será a tese de que o ordenamento jurídico é constituído por regras e princípios. Esses elementos possibilitam que encontremos a resposta para o caso, bem como a justificação da mesma. Para tanto, Dworkin aproxima o Direito com a Literatura, comparando a prática jurídica ao exercício literário. Contudo, ele coloca condições que o juiz deve satisfazer para evitar o subjetivismo e o uso desenfreado do poder discricionário.

Por fim, cabe ressaltar que não é objetivo deste artigo esgotar o tema, muito menos abordar minuciosamente todos os elementos constitutivos do vasto pensamento de Ronald Dworkin. Pretendemos, apenas, trazer a lume, por meio de duas obras, *Levando os direitos a sério* (1977) e *Uma questão de princípio* (1985), alguns dos principais elementos de seu pensamento.

I. A distinção entre regras e princípios e o poder discricionário

Ao criticar a teoria do direito de Hart⁴, considerando-a como uma teoria onde há uma distinção da esfera moral e da esfera do direito, sendo constituída apenas por regras positivas, Dworkin constrói a sua teoria do direito como integridade. Segundo Dworkin, o ordenamento jurídico é constituído por regras e normas. As regras jurídicas têm a mesma conotação dos positivistas. Elas geram um dever e prescrevem uma ação; e quando infligidas geram algum tipo de punição. A diferença entre as duas teorias reside nas normas, pois para Dworkin elas abarcam princípios e políticas. Enquanto que as políticas visam metas, indicam objetivos de um determinado grupo e são aplicadas da mesma forma que as regras, os princípios são diretrizes ou parâmetros para ação. Deste modo, não visam nenhum fim nem obrigam uma

³ Não entraremos no debate entre os dois autores. Sobre este assunto ver: em Dworkin - *Levando os direitos a sério* (cap. 2 e 3) e *A justiça de toga* (cap. 6) - ; em Hart (principalmente na obra *O conceito do Direito*). Existem também outros trabalhos sobre o assunto, por exemplo: DMITRUK, Erika Juliana. O QUE É O DIREITO? Uma análise a partir de Hart e Dworkin. In: *Revista Jurídica da UniFil*, Ano I - nº 1, pp.71-89. PHANG, Andrew Boon Leong. Jurisprudential Oaks from Mythical Acorns: The Hart-Dworkin debate revisited. In: *Ratio Juris*. V. 3 - nº3 . 1990. pp.395-398.

⁴ Para Lima, o ataque de Ronald Dworkin ao positivismo “baseia-se principalmente na crítica à distinção rígida entre a moral e o direito, separação esta que está na base do positivismo em oposição ao velho jus naturalismo, mas que não se consubstancia de fato quando analisada a função judicial, as interpretações dos juízes no momento decisional” (2006, p.18).

decisão particular; além disso, eles permitem a agregação com outros princípios, fato que não ocorre com as regras positivas. Nas palavras dele,

denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]. Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade⁵.

Desta forma, pode ser considerado como política uma diretriz que visa atingir uma meta, por exemplo, uma política assistencial de um governo x que visa erradicar a fome em uma determinada região. Contudo, este padrão é diferente dos princípios. Para elucidar esta diferença, Dworkin cita em *Levando os direitos a sério* os casos⁶: *Riggs contra Palmer* (caso de 1889 em que o parâmetro adotado pelo juiz é um princípio) e também *Henningsen contra Bloomfield* (1969, em que foi adotado um conjunto de princípios e políticas). Em suma, em ambos os exemplos os juízes definiram os casos invocando do ordenamento jurídico princípios e não regras. A principal diferença entre princípios e regras reside no que ele chama de “natureza lógica”. Diz ele,

os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão⁷.

A regra deve ser observada e aplicada. Ao supor, por exemplo, que ela diga “~x, se x então y” (por exemplo, uma lei que diz: é proibido fumar em ambientes coletivos fechados; quando infligida, o cidadão será convidado a se retirar ou pagar uma multa, etc.), quando o juiz está perante a um caso particular deste tipo, cabe a ele julgar e aplicar tal regra⁸, sem, teoricamente, muitos problemas. A regra positivada e aceita no ordenamento jurídico gera necessariamente um dever, uma obrigação da pessoa envolvida na comunidade em que está inserida.

Com os princípios, o mesmo não ocorre necessariamente. Eles não estabelecem condições para que ocorra a sua aplicação⁹, mas apenas aponta uma razão, uma diretriz para uma determinada direção e tomada de decisão. Além disso, outros princípios, quando conveniente, podem agregar-se para colaborar na decisão do juiz; e mesmo que existam outras

⁵Cf. 2002, p.36

⁶DWORKIN, 2002, p.37s. Interessante notar que nos casos existiam regras, porém, eram consideradas injustas.

⁷Cf. 2002, p.39

⁸Dworkin admite que haja regras que podem ter exceções. Contudo, isso deveria constatar já no enunciado da mesma.

⁹DWORKIN, 2002, p.41.

políticas e princípios que apontam para outras direções, elas não se invalidam¹⁰. Isso ocorre porque, mesmo ela apontando para uma direção, ela não carrega a obrigação de uma decisão particular. Neste sentido, Dworkin irá afirmar que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm: a dimensão do peso ou da importância”¹¹. É justamente esta dimensão que possibilita que um juiz decida por um princípio (ou por uma política) em detrimento de outra. Ora, esta característica não se encontra nas regras, uma vez que, “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”¹², uma sobrepõe à outra. Entretanto, isso será objeto de controvérsia, com o agravante de que, muitas vezes, os princípios e as regras se confundem, reduzindo a diferença apenas à forma¹³.

Poderíamos questionar de onde surgem os princípios. Aqui transparece o Direito como integridade de Dworkin, já que as regras e as normas coabitam harmonicamente no sistema jurídico. Os princípios são as diretrizes que permeiam todo ordenamento jurídico, desde a sua construção. Eles subjazem regras positivas e derivam das práticas sociais que são comungadas em uma comunidade¹⁴. Deste modo, a tarefa do juiz será trazer ao lume, da melhor forma possível, estes princípios e ponderar de acordo com o princípio de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito.

É oportuno salientar que esta comunidade que Dworkin pressupõe é uma comunidade democrática liberal (como o modelo dos Estados Unidos da América), ou seja, que carrega valores de igualdade, de liberdade e de autonomia como sendo valores bons. Deste modo, o que ele parece defender é que o Direito é construído sobre o alicerce liberal, levando em consideração esses princípios morais. Por causa disso, os princípios serão a base para justificar as regras ou para a construção de outras, ou seja, eles não estão numa esfera exterior ao Direito, mas, sim, em seu interior. Mas qual é o papel dos princípios no Direito?

Em casos difíceis - em que o juiz não tem o respaldo de uma regra ou que esta é injusta - afirma o filósofo do direito, “os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicas

¹⁰ Diz ele que “[...] os princípios individuais não prescrevem resultados, mas isto é apenas uma outra maneira de dizer que os princípios não são regras. Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem” (DWORKIN, 2002, p.57).

¹¹ Cf. 2002, p.42.

¹² Cf. 2002, p.43.

¹³ Para elucidar este tópico, o autor relata a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Sherman Act*. Ver em 2002, p.44s.

¹⁴ Entenda comunidade, como um conjunto de pessoas que vivem sob o regimento de um ordenamento jurídico publicamente aceito, assim pode ser tanto um país como um estado.

particulares”¹⁵. Desta forma, eles fornecem argumentos para a tomada de uma decisão. Esta decisão não será definitiva, mas a melhor decisão para o caso em questão. A pergunta que fica é: após o término do caso surge uma regra particular? O que transparece é que, ao escolher tais princípios para a tomada de uma posição, o juiz estaria criando uma nova regra¹⁶. Na verdade, a investigação sobre os princípios que estão envolvidos em determinado caso fornece ao juiz que ele tome a melhor decisão¹⁷, ou a decisão mais justa - considerando aquela mais justa como a que não fere as virtudes liberais e os direitos individuais do cidadão. Pois, “depois que o caso é decidido, podemos dizer que ele ilustra uma regra particular [...]. Mas a regra não existe antes de o caso ser decidido; o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra”¹⁸.

Contudo, ao compreender que os princípios fazem parte do direito, pode-se questionar se eles geram uma obrigação na prática jurídica. Neste sentido, Dworkin coloca duas alternativas: a primeira de obrigação; e a segunda de adoção. Enquanto que a primeira “trata os princípios como obrigatórios para os juízes, de tal modo que eles incorrem em erro ao não aplicá-los quando pertinente”¹⁹; a segunda abordagem “trata os princípios como resumos daquilo que os juízes, na sua maioria, ‘adotam como princípio’ de ação, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados”²⁰. Esta distinção é importante, pois influenciará a decisão a ser tomada pelo juiz num *hard case*²¹. A posição do teórico do Direito será a primeira; pois, do contrário, estaria indo ao encontro do poder discricionário defendido, por exemplo, por Hart; algo que Dworkin busca se afastar.

Sobre este assunto, não cabe aqui reconstruir a crítica sobre o poder discricionário ao positivismo. Entretanto é oportuno entender o porquê Dworkin o rejeita. Diz ele sobre a doutrina positivista: “essa doutrina argumenta que se um caso não for regido por uma regra estabelecida, o juiz deve decidi-lo exercendo seu poder discricionário”²². Na verdade, assumir

¹⁵ Cf. 2002, p.46.

¹⁶ Além deste problema Guest aponta mais dois. Segundo ele “Os juízes não falam como se estivessem executando a mesma função que os legisladores e, além disso, se eles estão legislando, isto significa que suas decisões legislativas estão sendo aplicadas retrospectivamente”.

¹⁷ Posteriormente veremos como isso ocorre.

¹⁸ Cf. 2010, p.167.

¹⁹ Cf. 2002, p.48.

²⁰ Cf. 2002, p.48s.

²¹ Sobre a influência na direção do caso, afirma ele que se escolhermos a primeira direção “ainda temos a liberdade de argumentar que, como esses juízes estão aplicando padrões jurídicos obrigatórios, estão também aplicando direitos e obrigações jurídicos. Porém, se partimos da segunda alternativa, teremos abandonado a esfera dos tribunais no tocante a esse ponto e teremos que reconhecer que a família do assassino no caso *Riggs* e o fabricante, no caso *Henningsen*, foram privados de seus bens por um ato de poder discricionário do juiz, explicado *ex post facto*” (DWORKIN, 2002, p.49).

²² Cf. 2002, p.54.

isso não é problemático, pelo contrário, o autor de *Levando os direitos a sério* admite que “é tautológica a proposição segundo a qual, quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário para julgar. Além disso, ela não tem nenhuma relevância para o problema de como explicar os princípios jurídicos”²³. O ponto de discordância reside justamente no que Dworkin chama de “poder discricionário no sentido forte”²⁴.

Segundo Ronald Dworkin, Hart entenderia o direito como um sistema de regras jurídicas que resulta numa obrigação²⁵. Nos casos difíceis, de lacunas da lei ou de “textura aberta”, onde o juiz não tem apoio na lei, bem como os padrões ou os princípios jurídicos não geram uma obrigação, o juiz poderia criar uma nova regra por meio do poder discricionário para julgar o caso, legislando assim retroativamente (*ex post facto*)²⁶. Contudo, Dworkin não aceita isso: primeiro porque ao compreender que no ordenamento jurídico existem regras e normas (princípios e políticas), sendo assim, os princípios podem gerar uma obrigação jurídica²⁷ - do mesmo modo que uma regra estabelecida-; segundo, cada parte envolvida no processo possui o direito de ganhar a causa, ou seja, possui direitos individuais perante o Estado. O poder discricionário permite ao juiz uma liberdade absoluta para criar Direito e julgar, sem nenhum parâmetro objetivo, caindo assim numa espécie de subjetivismo. Mas isso, no nosso entender, não é a proposta do filósofo, que busca se afastar destes problemas estabelecendo a Virtude Soberana²⁸ como um parâmetro e exige, por meio das etapas de interpretação, a justificação da melhor resposta encontrada para um *hard case*.

II. A tese da resposta correta

Um dos componentes da teoria do Direito de Dworkin é a tese da resposta correta. Esta sustenta a existência de uma resposta certa para cada caso, mesmo se for um caso controverso. Neste item, buscaremos expor tal tese a partir da obra *Uma questão de princípio* (1985).

²³ Cf. 2002, p.55.

²⁴ Cf. 2002, p.56.

²⁵ DWORKIN, 2002, p.70.

²⁶ DWORKIN, 2002, p.71.

²⁷ Para Calsamiglia isto está vinculado em dois argumentos: “A) qualquer norma se fundamenta em um princípio; B) os juízes não podem criar normas retroativas. Têm a obrigação de aplicar os princípios porque formam parte essencial do direito. Os princípios não são pseudo-regras. Na análise dos princípios aparecem com clareza meridiana a relação entre a argumentação moral e a argumentação jurídica (CALSAMIGLIA, *apud*, LIMA, 2006, p.24).

²⁸ Não abordaremos o que seria e como chegamos até a Virtude Soberana. O certo é que ela obriga ao juiz uma tomada posição que seja justa. Sobre isso, preferimos ficar com as palavras de Guest, “podemos chamar de princípio fundamental, o de que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito” (2010, p.17).

Dworkin parte da premissa de que existem certos “dispositivos” que pautam a decisão jurídica. Diz ele,

certos conceitos jurídicos, como os de contrato válido, responsabilidade civil e crime, têm a seguinte característica: se o conceito é válido em determinada situação, os juízes têm o dever, pelo menos *prima facie*, de decidir certos pleitos num certo sentido, mas se não é válido, os juízes devem, *prima facie*, decidir os mesmos pleitos no sentido oposto²⁹.

De acordo com Lima, “a maneira como Dworkin se utiliza logicamente destes conceitos dispositivos é que dá sustentabilidade à sua tese da resposta correta à toda pretensão jurídica”³⁰. Pois, o que Ronald Dworkin parece estar chamando atenção é para o fato de que estes conceitos dispositivos³¹ (contratos, responsabilidade civil, crimes e outros) exigem uma resposta, por mais controverso que seja o caso, uma vez que, ele afirma:

se é verdade que uma troca de promessas constitui ou não um contrato válido, que alguém processado por um delito é ou não responsável por danos e que alguém acusado de um crime é ou não culpado, então todos os casos em que essas questões são dispositivas têm uma resposta certa. Pode ser incerto e controvertido qual é a resposta correta, assim como é incerto e controvertido se Ricardo III assassinou os príncipes³².

A questão que pode ser levantada neste momento é: se Dworkin admite que a resposta correta pode ser controversa, como saber se a resposta dada pelo juiz foi a resposta correta? Neste ponto queremos ressaltar a proximidade com a literatura.

Para responder esta pergunta o filósofo do direito pressupõe a existência de fatos que não são fatos concretos³³. Diz ele, “com ‘fatos concretos’ quero designar fatos físicos e fatos relativos ao comportamento (incluindo os pensamentos e atitudes) das pessoas”³⁴. Mas, se existe apenas fatos concretos, e se somente estes podem ser demonstrados como verdadeiros, então, em casos que a demonstração falhasse, não poderíamos ter uma resposta, pois a vagueza dos termos não permitiria. Dito de outra forma,

se, por exemplo, juristas discordam de como determinada lei pode ser interpretada devido à imprecisão dos termos, então, segundo a tese da demonstrabilidade³⁵, a

²⁹ Cf. 2001, p.176.

³⁰ Cf. 2006, p.29.

³¹ Ainda, segundo o autor de *Uma questão de princípio*, os juristas lançam mão da tese da “bivalência” com relação aos “conceitos dispositivos”, ou seja, “em todos os casos, ou a asserção positiva, de que o caso enquadra-se num conceito positivo, ou a asserção oposta, de que não se enquadra, deve ser verdadeira mesmo quando é controvertido qual delas é verdadeira” (p.176). Os que afirmam que não há nenhuma resposta para o caso negam a validade da tese da bivalência para os conceitos dispositivos importantes (DWORKIN, 2001, p. 177ss).

³² Cf. 2001, p.177.

³³ Esta distinção surge ao longo do exame sobre as duas versões que negam que existe uma resposta correta. Não abordaremos este tema, mas ressaltamos a distinção entre fatos concretos e a existência de outros tipos de fatos.

³⁴ Cf. 2001, p.176

³⁵ A tese da demonstrabilidade é entendida por Dworkin como um argumento a favor da segunda versão sobre a negação de que exista uma resposta certa. Ela diz que “se não se pode demonstrar que uma preposição é verdadeira, depois que todos os fatos concretos que possam ser relevantes para a sua veracidade sejam conhecidos ou estipulados, então ela não pode ser verdadeira” (2001, p.204).

proposição dispositiva de que o contrato de Tom é válido não pode ter sua veracidade demonstrada, o que acarretaria a impossibilidade de uma resposta correta neste caso. Claro que esta impossibilidade somente ocorrerá caso a tese da demonstrabilidade seja válida. Pode-se dizer que a mesma decorre de uma forma estrita de empirismo, pois considera válidos somente fatos concretos [...] ³⁶.

A saída apontada por Dworkin é pressupor a existência de outro tipo de fato que também podem justificar as preposições do direito. Este outro tipo será os fatos morais.

Suponha, por exemplo, que há fatos morais, que não são simplesmente fatos físicos ou fatos relativos a pensamentos ou atitude das pessoas. Não quero dizer que existam o que às vezes se denominam fatos morais ‘transcendentes’ ou ‘platônicos’, na verdade, não sei o que seriam. Pretendo apenas supor que uma determinada instituição social, como a escravidão, pode ser injusta, não porque as pessoas pensam que é injusta ou têm convicções segundo as quais ela é injusta, ou qualquer coisa do tipo, mas apenas porque a escravidão é injusta. Se existem tais fatos morais, então pode-se racionalmente supor que uma proposição de Direito é verdadeira mesmo que os juristas continuem a discordar quanto à proposição depois de conhecidos ou estipulados todos os fatos concretos. Pode ser verdadeira em virtude de um fato moral que não é conhecido nem estipulado ³⁷.

Embora defenda a existência de fatos morais, Dworkin não explica o que eles seriam, nem mesmo, como teríamos acesso a eles. Além disso, ele parece pressupor que eles são independentes dos fatos físicos e dos fatos relativos – aqueles que estão ligados ao pensamento das pessoas – o que nos poderia levar para um patamar metafísico e acarretar outros problemas. Por certo, isso não é a sua preocupação central. Segundo Lima,

Dworkin não pretende neste ensaio [*Uma Questão de Princípio*] fazer um exercício metafísico a respeito da existência de tais fatos morais, mas sim demonstrar que existem outros fatos juridicamente relevantes além dos fatos concretos, e que a tese da demonstrabilidade parece depender diretamente da pergunta acerca do que existe ³⁸.

Contudo, Dworkin precisará mostrar como estes fatos são relevantes para o Direito e como ocorre esta relação. Para isso, ele faz uma analogia da prática do Direito com a atividade literária destacando a “coerência narrativa”. Ele inicia chamando atenção para um exercício narrativo. O exemplo dado é o seguinte: suponha-se que pessoas estariam discutindo sobre o personagem David Copperfield, de Charles Dickens; com base no livro (nas preposições) surgiram algumas afirmações que serão aceitas e outras não, umas verdadeiras e outras serão descartadas, sobre o que o personagem fez ou pensou ³⁹. Deste modo, teremos várias interpretações, mas algumas serão mais satisfatórias do que as demais ⁴⁰; e, mesmo nas

³⁶ LIMA, 2006, p.43.

³⁷ Cf. 2001, p.205s.

³⁸ Cf. 2006, p.37.

³⁹ DWORKIN, 2001, p.206.

⁴⁰ De acordo com Guest “a ideia básica é simplesmente a de que você extrai o melhor daquilo que tem diante de si”. Este “melhor sentido” diz respeito ao âmbito moral, pois “devemos interpretar o direito de modo a tirar dele o melhor sentido “moral”. Em outras palavras, devemos sempre assumir, quando tentamos determinar o que o direito requer ou permite, que isso faça sentido *moralmente*” (2010, p. 17).

preposições divergentes, as pessoas envolvidas terão uma compreensão mínima e comum, mantendo assim uma “coerência” com a narrativa. Os participantes irão aceitá-las e reconhecê-las como válidas porque estão inseridas dentro do contexto. Este exercício literário pode, segundo Dworkin, ser empregado no Direito. Pois,

uma proposição de Direito, como a proposição de que o contrato de Tom é válido, é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária, de que o contrato de Tom não é válido, mas é falsa se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária⁴¹.

Contudo Dworkin admite que o nível de coerência entre as duas áreas são distintas, uma vez que a coerência exigida no Direito é normativa e bem mais complexa do que na Literatura. A coerência no Direito não é apenas a ausência de contradição lógica, mas expressa um modo único capaz de abranger a justiça. Além disso, ela exige o contato com o contexto, ou seja, para que nós possamos julgar se algo está coerente devemos estar familiarizados com entorno que cercam a afirmação. Por isso, Guest afirma:

a coerência captura o tom lógico da consistência, mas permite outros critérios de certo e errado. O relato incoerente que uma criança oferece de suas atividades da tarde vai mais longe que a inconsistência. Para que seu relato seja coerente, ele deve “fazer sentido”, não apenas ser consistente. [...] A coerência só é plenamente compreensível em um contexto específico⁴².

Alguns aspectos são interessantes e merecem destaque: i) Dworkin reitera a posição de que, no ordenamento jurídico, não existem apenas regras positivas e fatos concretos, mas também princípios e fatos morais; ii) a relação desses últimos com as preposições de Direito se dá por uma coerência com o ordenamento jurídico, possibilitando, assim, a justificação das preposições; iii) para isso, não necessitamos contar com uma esfera metafísica exterior, mas apenas pressupor que fatos morais existem; iv) por fim, pensar o Direito com o mesmo espírito que o exercício literário garante, no mínimo, duas coisas: primeiro, o juiz deve ter um envolvimento direto com o contexto – ordenamento jurídico e as práticas comuns aceitas em dada comunidade - para distinguir quais são as preposições coerentes das que não são; e em segundo lugar, que a justificação é interna, isto é, que os fatos morais não são exteriores ao ordenamento jurídico expressando-se por princípios previamente aceitos. Entretanto, cabe ressaltar que a tese da melhor resposta não é encarada como “a resposta certa”, mas sim, ela é o resultado de uma prática argumentativa. Sobre isso, parece certo a afirmação de Lima que diz,

⁴¹ Cf. 2001, p.211.

⁴² Cf. 2010, p.47.

provavelmente Dworkin teria sido menos criticado se tivesse colocado diferentemente as palavras, afirmando que há, em toda decisão judicial, uma resposta *mais* correta e, portanto, *mais* coerente com a integridade do sistema jurídico, fundamentada nos princípios e, em última instância, numa concepção moral⁴³.

Entretanto, se estes pontos estiverem corretos, ainda há razões para duvidarmos se a teoria dworkiana não caiu num relativismo ou subjetivismo. Pois, pressupõe-se que é o juiz que irá distinguir as preposições em busca da melhor resposta para o caso difícil. Buscaremos expor no próximo item que esta dificuldade é superada com a colocação de algumas “condições” que devem ser atendidas na hora da escolha, limitando a prática do juiz.

III. O processo de justificação e as etapas de interpretação

Neste item iremos expor como ocorre a justificação da resposta correta encontrada pelo juiz⁴⁴ para decidir um caso difícil. Mostraremos que este processo se dá em três momentos: i) *pré-interpretativo*; ii) *interpretativo* e o (iii) *pós-interpretativo*. Além disso, evidenciaremos que o processo de justificação é um processo intersubjetivo que reúne aspectos internalistas (a ponderação do juiz) e externalistas (a melhor resposta é aquela que está de acordo com as práticas morais de uma comunidade).

Como dissemos, a prática jurídica pode ser comparada com o exercício literário. Assim, o juiz pode ser entendido como um crítico literário que busca a interpretação mais coerente com o ordenamento jurídico. Mas, além de crítico e interprete do Direito, o juiz também é o autor do Direito⁴⁵. Isso ocorre porque, ao evocar princípios para resolver um caso, ele está escrevendo mais um capítulo na história do Direito. Isto parece estar explícito quando Dworkin expõe as incumbências do juiz, pois

ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então⁴⁶.

⁴³ Cf. 2006, p.40.

⁴⁴ O juiz de Dworkin é Hércules, um ideal a ser alcançado; portanto, ele é hipotético e normativo. Hércules aparece no *Levando os direitos a sério*, p.165.

⁴⁵ Isso nasce da importância que Dworkin parece dar a ideia de interpretação. Segundo Guest, “Dworkin não acha que possamos conseguir muita coisa simplesmente descrevendo ‘como é o direito’. Toda a nossa percepção de todas essas regras e instituições, que incluem os tribunais e as legislaturas, a política e etc. – que podem ser livremente descritas como ‘as práticas sociais do direito’ - deve ser colorida pelo nosso julgamento” (2010, p.16).

⁴⁶ Cf. 2001, p.238.

Este argumento ficou conhecido como a “metáfora do romance em cadeia” que também é apresentado no *Império do Direito*⁴⁷. Nela ele compara as decisões judiciais com os capítulos de um romance. A cada contexto histórico corresponderia a um capítulo em que os juízes deveriam analisar o ordenamento jurídico – com seus princípios e regras, bem como as práticas socialmente aceitas, para, a partir deste material, “escrever” de maneira coerente. De fato, o que Dworkin parece chamar atenção é para certas “condições” que o juiz deve atender na hora de julgar e justificar sua decisão⁴⁸.

A primeira condição é analisar o caso, partindo do pressuposto de que ambas as partes merecem ser julgadas com equidade. Se o caso em questão não se “encaixar” nas regras já positivadas e aceitas, o juiz, então, deverá analisar todo o conjunto de convenções, práticas e decisões anteriores, para elencar todos os tipos de princípios que estão envolvidos⁴⁹. Esta primeira etapa é da descoberta.

A segunda condição parece ser a da interpretação do juiz. Este, “enraizado” numa comunidade, carrega consigo crenças particulares. Contudo, ele não pode se restringir a elas, para garantir um julgamento equitativo e justo⁵⁰. Deste modo, ele deverá ponderar entre os princípios afim de encontrar a resposta mais correta para a solução do caso. O parâmetro utilizado para “medir” é a Virtude Soberana; o princípio em que todos, como pessoas, devem ser tratados com igual consideração e respeito. Além disso, uma interpretação jurídica visa também um ideal político para uma comunidade. Nas palavras do filósofo,

o Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas⁵¹.

⁴⁷ “Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista em cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade” (DWORKIN, 2003, p.276).

⁴⁸ Guest resume da seguinte forma a discricionariedade em Dworkin: “os juízes são legalmente limitados no exercício do seu poder de decisão final. Embora as práticas jurídicas existentes possam não fornecer uma resposta definitiva, o juiz, não obstante, deve fazer um juízo substantivo a respeito de qual decisão, no tocante à igualdade, *ajusta-se* melhor ao direito estabelecido. Portanto, o juiz é limitado (*bound*) pelo direito e não tem permissão para usar o seu poder de decisão em um sentido forte” (2010, p.18).

⁴⁹ É clara a passagem em que ele diz “[o juiz] deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, de maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então” (DWORKIN, 2001, p. 238).

⁵⁰ Sobre isso ele afirma: “o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor. As dimensões de ajuste fornecerão alguns limites. Não existe, é claro, nenhum algoritmo para decidir se uma determinada interpretação *ajusta-se* satisfatoriamente a essa história para não ser excluída” (DWORKIN, 2001, p.240).

⁵¹ Cf. 2001, p.239.

Ora, fica claro que o Direito não se restringe somente a área jurídica e as regras positivadas, mas se estende para a moral e a política, se é que tal distinção pode ser feita contemporaneamente. Transparece assim o Direito como *Integridade*.

A terceira condição imposta por Dworkin pode ser chamada de “pós-interpretativa”. Após a descoberta dos princípios, bem como a ponderação entre eles, o juiz deverá justificar a sua escolha e apresentar as suas razões em favor da resposta obtida. Para evitar um subjetivismo, esta resposta deve ser coerente tanto com o ordenamento jurídico como com as práticas morais aceitas. Ora, este último fator é externo ao juiz, por isso, dissemos anteriormente que Dworkin assume aspectos internalistas e externalistas para a justificação de uma resposta. Com isso, ele restringe o uso do poder discricionário do juiz perante um caso difícil. Existem condições que ele deve respeitar e satisfazer para encontrar uma resposta justa, equânime e coerente⁵². A decisão judicial envolve elementos da comunidade como um todo. Esta é a tese do direito como integridade, em que “ as proposições jurídicas são verdadeiras, se constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”⁵³.

A integridade, tema que aparece no *Império do Direito*, mostra o entrelaçamento entre os âmbitos jurídicos, político e moral. Uma decisão judicial envolve, necessariamente, ideais a serem perseguidos como:

os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Para ser breve, vou chamá-los de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo⁵⁴.

A integridade torna-se mais um ideal. Sobre isso, Lima diz: “Há para ele um quarto ideal, que se coloca ao lado destes e com eles se relaciona, ao qual ele denomina *integridade*”⁵⁵.

Considerações finais

De acordo com o que foi visto podemos afirmar que Dworkin propõe uma teoria original sobre o Direito. Compreende que este não é constituído apenas por regras positivas, mas também por princípios: padrões e políticas. A diferença entre eles se dá por sua natureza lógica que implica modos distintos de utilizá-los para justificar uma decisão judicial. Buscamos ressaltar que os princípios têm uma função especial na decisão do juiz em um caso

⁵² É claro que a resposta encontrada não será absoluta, mas será a melhor possível para o caso particular.

⁵³ Cf. 1999, p.272.

⁵⁴ DWORKIN, 1999, p.199s.

⁵⁵ Cf. 2006, p.43.

difícil, pois, sem o respaldo das regras, ele deve recorrer a eles. O que implica em evitar o poder discricionário – pelo menos num sentido forte – e buscar a justificação dentro do próprio ordenamento jurídico.

Deste modo a teoria dworkiana rompe com uma tradição positivista, pelo menos em dois pontos: i) não aceita que no ordenamento jurídico existem somente regras ou fatos concretos; e que somente estes são relevantes para a justificação e a determinação de quais as preposições são válidas ou não. Antes disso, pressupõe, embora não demonstre, que existem outros tipos de fatos, como os fatos morais, que coabitam o ordenamento jurídico e que podem ser evocados na justificação; ii) também não aceita o uso do poder discricionário – pelo menos num sentido forte, sentido que ele pensa que os positivistas usam-, pois o juiz poderia criar um direito e julgar retroativamente. Ora, um ação desta espécie seria injusta.

Por conta disso, Dworkin propõe que a prática do Direito é semelhante ao exercício literário. A proximidade com a literatura carrega consigo a tese da resposta correta; que não implica em uma resposta absoluta, mas tão somente, que é possível encontrar uma resposta para o caso – ou dado um contexto é possível decidir entre uma boa e uma má interpretação. Para tanto, Dworkin coloca condições que devem ser respeitadas e observadas pelo juiz na hora de julgar e escolher a resposta mais correta para o caso particular. Estas condições são tanto internas – ou psicológicas – quanto externas ao juiz. O juiz, entendido como crítico e autor do direito, tem a responsabilidade de analisar, ponderar e fornecer as razões de sua escolha; além de ser coerente com as práticas sociais e o ordenamento jurídico já aceitos.

Por fim, o Direito entendido deste modo implica numa integridade entre os âmbitos: jurídico, político e moral. Não há uma separação substancial. Uma decisão jurídica visa à regulamentação das práticas de uma comunidade, bem como visam um ideal político para a mesma.

Referências Bibliográficas:

CALSAMIGLIA, Albert. Prefácio. In: RONALD DWORKIN, **Derechos en Serio**. Trad. de Patrícia Sampaio. Barcelona: Editora Ariel, 1984.

DMITRUK, Erika Juliana. O que é o direito? Uma análise a partir de Hart e Dworkin. In: **REVISTA JURÍDICA da UniFil**, Ano I - nº 1, pp.71-89.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins fontes. 2001.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Trad: Nelson Boeira. São Paulo: Martins fontes. 2002.

_____. **Império do Direito**. Trad: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes. 1999.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier (campus jurídico), 2010.

LIMA, Marcio A. R. D. “O Direito como integridade em Dworkin: uma perspectiva interpretativa dos princípios e direitos fundamentais”. 2006. **Dissertação** (Pós-graduação em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.