

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

FRANCISCO JOSÉ BORGES MOTTA

RONALD DWORKIN E A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA
HERMENEUTICAMENTE ADEQUADA DA DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA

São Leopoldo
2014

Francisco José Borges Motta

RONALD DWORKIN E A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA
HERMENEUTICAMENTE ADEQUADA DA DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA

Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Doutor, pelo
programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade do Vale do Rio dos Sinos
– UNISINOS.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo
2014

M921r Motta, Francisco José Borges.
Ronald Dworkin e a construção de uma teoria
hermeneuticamente adequada da decisão jurídica
democrática / por Francisco José Borges Motta. – 2014.
291 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.
“Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.”

1. Dworkin, Ronald. 2. Hermenêutica (Direito).
3. Argumentação jurídica. 4. Democracia. I. Título.

CDU 340.12

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Fabiane Pacheco Martino - CRB 10/1256

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “RONALD DWORKIN E A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA HERMENEUTICAMENTE ADEQUADA DA DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA”, elaborada pelo doutorando Francisco José Borges Motta, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 25 de junho de 2014.

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior

Membro: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

Membro: Dr. Vicente de Paulo Barretto

Membro: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. **Lenio Luiz Streck**, com admiração, pela orientação, pela acolhida (ainda em 2006!) e pela amizade.

Ao **Adalberto Narciso Hommerding**, amigo de todas as horas e primeiro leitor de toda a tese.

Ao **Fernando Machiavelli Pacheco**, irmão de vida e ideias.

Ao **Maurício Ramires**, parceiro dessa caminhada, que continua.

A **Jaqueline Mielke Silva**, com quem pude contar sempre.

Ao **José Guilherme Giacomuzzi**, pela sinceridade, pela amizade e por Columbia.

A **Paula da Fontoura Acosta**, pela alegria, pelo carinho e pela força.

Aos meus amigos **Alexandre Morais da Rosa**, **André Karam Trindade**, **Clarissa Tassinari**, **Rafael Tomaz de Oliveira** e **Suelen Webber**, todos muito presentes ao longo do trabalho.

Aos Professores **Margit Cohn**, **Akhil Reed Amar** e, muito especialmente, **Philip Hamburger**, pelo período de estudos na Columbia Law School.

À minha família (**Alda**, **Francisco**, **Mariley**, **Katia** e **Alexandre**), por todos os dias.

Ao **Ministério Público**, pelo indispensável apoio institucional.

RESUMO

O presente trabalho visa a estabelecer as bases para a construção, a partir da obra de Ronald Dworkin, das premissas de uma teoria democrática da decisão jurídica que seja adequada para o Brasil. A ideia é identificar e discutir algumas das principais teses e hipóteses do jusfilósofo norte-americano, propondo uma apropriação de seus *conceitos interpretativos* no contexto da experiência constitucional brasileira. Para tanto, promove-se inicialmente uma discussão sobre o seu conceito de democracia (*partnership conception*) e sobre a sua concepção de revisão judicial da legislação (*judicial review*). A decisão jurídica é apresentada como uma questão de democracia, ideia que é defendida por meio de um contraste com o pensamento de Jürgen Habermas e Jeremy Waldron, e de uma aproximação com a perspectiva adotada, no Brasil, por Lenio Streck. Por meio de uma análise teórica e filosófica do debate Hart/Dworkin, são defendidas as seguintes premissas: a) a tarefa central da teoria jurídica contemporânea é *normativa*, no sentido de que deve fornecer critérios para a decisão; b) a *verdade* não é estranha ao domínio da Moral, sendo possível fazer juízos morais objetivos (há um debate, neste ponto, com o pensamento de Brian Leiter); e c) o Direito, desde um ponto de vista interpretativo, pode ser concebido como uma subdivisão da moralidade política, sem que isso prejudique a sua autonomia. O Direito é um conceito interpretativo e, no domínio da interpretação, são as ideias de *responsabilidade* e de *valor* que aproximam o argumento da *verdade*. Defende-se, assim, a *epistemologia da responsabilidade* proposta por Dworkin: quando se adere a uma prática interpretativa (um *gênero* interpretativo), atribui-se a esta um *propósito* e assume-se a *responsabilidade* de promover aquele *valor*. Este argumento pode ser iluminado pela Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, cujos pontos de contato com o *interpretativismo* dworkiniano são investigados. Transportadas estas ideias para o âmbito do Direito, passa-se a defender a estratégia de *leitura moral (moral reading)* de dispositivos constitucionais. De acordo com a leitura moral, as decisões jurídicas devem ser geradas por princípios. A interpretação construtiva da Constituição leva à tese de que uma decisão jurídica e democraticamente correta deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: por um lado, deve ser produto de um *procedimento* constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta, aos interessados, aquilo que Dworkin chama de *participação moral*; por outro, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação que, dirigida à *integridade*, honre a *responsabilidade* enquanto virtude. A isso demos o nome de *dupla dimensão da resposta correta*.

Palavras-chave: Ronald Dworkin. Decisão jurídica. Democracia constitucional. Conceitos interpretativos. Hermenêutica jurídica. Leitura moral da Constituição. Respostas corretas em Direito.

ABSTRACT

This research aims to lay the basis for the construction of a democratic theory of legal decision, suitable for Brasil, grounded upon the work of Ronald Dworkin. The idea is to identify and discuss some of the main theses and hypotheses of the American legal philosopher, proposing an appropriation of his *interpretive concepts* in the context of the Brazilian constitutional experience. In order to do so, it promotes a discussion of his concept of democracy (*partnership conception*) and of his conception of *judicial review*. Legal decision-making is presented as a question of democracy, and this point is argued by means of a contrast with the work of Jürgen Habermas and Jeremy Waldron, and by an approximation to the perspective adopted in Brazil by Lenio Streck. Through a theoretical and philosophical analysis of the Hart/Dworkin debate, the following assumptions are stated: a) the central task of legal theory is *normative*, meaning that it should provide criteria for decision-making; b) there is truth to be found in the Morality domain; it is therefore possible to make objective moral judgements (there is a debate, at this point, with the ideas of Brian Leiter); and c) Law, from an interpretive standpoint, can be conceived as a *branch of morality*, without losing its autonomy. Law is an interpretive concept and, in the interpretation domain, ideas of *responsability* and *value* point the argument toward the truth. *Integrated epistemology*, as proposed by Dworkin, is adopted here: when someone joins an interpretive practice (an interpretive *genre*), he not only sets a *purpose* to it, but he also assumes the responsibility to promote that *value*. This argument may be illuminated by Hans-Georg Gadamer's Philosophical Hermeneutics, and the possible links between Gadamer's work and dworkinian *interpretivism* are investigated. Once these ideas are brought into the Law realm, the *moral reading of the Constitution* strategy emerges. According to the *moral reading* thesis, legal decisions should be generated by principles. Constructive interpretation of constitutional provisions leads to the thesis that a legal and democratically correct decision should have its legitimacy confirmed in two ways: first, it must be the result of a constitutionally proper procedure, by which is guaranteed, to its participants, what Dworkin calls *moral participation*; second, the decision should be grounded upon an interpretation that aims to *integrity* and honors *responsability* as a virtue. This is what is called the *double dimension of the right answer*.

Key-words: Ronald Dworkin. Legal decision. Constitutional democracy. Interpretive concepts. Juridical hermeneutics. Moral reading of the Constitution. Right answers in Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DEMOCRACIA PARA OURIÇOS	17
2.1	INTERPRETANDO CONCEITOS INTERPRETATIVOS: A RECONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN A PARTIR DE <i>JUSTICE FOR HEDGEHOGS</i>	17
2.1.1	Considerações iniciais	17
2.1.2	Entre ouriços e raposas: o pluralismo valorativo de Isaiah Berlin	18
2.1.3	A tese da unidade do valor	24
2.1.4	Justiça	25
2.1.5	Interpretação	32
2.1.6	Verdade e valor	36
2.1.7	Observações complementares	46
2.2	PROCEDIMENTALISMO <i>VERSUS</i> SUBSTANCIALISMO: REFLETINDO SOBRE O <i>DEVER JUDICIAL</i>	50
2.2.1	O procedimentalismo habermasiano	50
2.2.2	O substancialismo e a democracia constitucional brasileira	58
2.3	UNINDO OS FIOS DO RACIOCÍNIO: A DEMOCRACIA É POSSÍVEL AQUI?.....	68
2.3.1	A concepção dworkiniana de democracia constitucional	68
2.3.2	A democracia é possível aqui? Democracia e <i>judicial review</i>	79
3	DEBATENDO O DEBATE HART/DWORKIN	95
3.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS (E ALGUMAS CONCLUSÕES PARCIAIS).....	95
3.2	RETOMANDO O DEBATE ENTRE HART E DWORKIN.....	97
3.3	A ANÁLISE CRÍTICA DO DEBATE HART/DWORKIN, OU: APRENDENDO COM O DEBATE E AGREGANDO ELEMENTOS PARA A TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA.....	123
3.3.1	A descrição moralmente neutra do conceito de Direito	124
3.3.2	A objetividade da moral: entre a impossibilidade a irrelevância	136
3.4	ESTENDENDO O DEBATE HART/DWORKIN: OS POSITIVISMOS INTERPRETATIVOS E AS INTERPRETAÇÕES DO POSITIVISMO JURÍDICO.....	151
3.4.1	O Direito é um ramo da Moral?	158
3.4.2	Moralidade política, cooriginariedade e autonomia do Direito	165
3.5	UM BALANÇO PARCIAL A PARTIR DA <i>CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO</i> , DE LENIO STRECK.....	174
4	A DUPLA DIMENSÃO DA RESPOSTA CORRETA	181
4.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	181
4.2	TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO E A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO.....	183
4.2.1	A teoria da interpretação dirigida pelo valor: ampliando a <i>conceitografia</i> dworkiniana	184

4.2.2	Filosofia e interpretação: a matriz hermenêutica	199
4.2.3	A filosofia e a interpretação jurídica construtiva: da autoridade da tradição à integridade do Direito.....	213
4.2.4	As dimensões substantiva e procedimental da resposta correta: a leitura moral da Constituição e o contraste com propostas concorrentes.....	230
4.2.4.1	A Constituição não escrita (<i>Unwritten Constitution</i>) de Akhil Reed Amar e a Constituição invisível (<i>Invisible Constitution</i>) de Laurence Tribe	241
4.2.4.2	A leitura moral da Constituição e a antiteoria: é possível eliminar a teoria moral da atividade jurídica?	249
4.2.4.3	Uma leitura moral da cláusula do <i>devido processo legal</i>	258
5	CONCLUSÕES	268
	REFERÊNCIAS	281

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a estabelecer as bases para a construção, a partir da obra de Ronald Dworkin, das premissas de uma teoria democrática da decisão jurídica, que seja adequada para o Brasil. A ideia é identificar e discutir algumas das principais teses e hipóteses do jusfilósofo norte-americano, propondo uma apropriação de seus argumentos nucleares no contexto da experiência constitucional brasileira. Dito de outro modo, propomos uma teoria jurídica *normativa*, no âmbito da qual se encontrem critérios para decidir corretamente¹.

É claro que a articulação das teses de Dworkin no âmbito de uma teoria jurídica *normativa*, que tenha o constitucionalismo brasileiro em mente, não é uma empreitada livre de riscos. Não só pela óbvia constatação de que se trata, o autor norte-americano, de um “herdeiro da tradição do pensamento jurídico que se desenvolve nas universidades inglesas e americanas”² – o que, pelas notáveis diferenças entre os sistemas da *common law* e da *civil law* já poderia fornecer embaraços suficientes –, mas, especialmente, devido à originalidade de seu pensamento com relação a temas reconhecidamente complexos e distintos.

Com efeito, “os seus temas, áreas de interesse e as próprias exigências de sua filosofia o fazem dirigir sua mirada filosófica para diversos temas que vão desde a filosofia da linguagem, filosofia política, filosofia moral e ética, Teoria do Direito e Direito Constitucional”; além disso, seu olhar interdisciplinar dirige-se

¹ De plano, cumpre deixar claros, inclusive para fins metodológicos, as hipóteses investigadas e os objetivos, gerais e específicos, almejados nesta tese. O *problema* a ser enfrentado diz respeito à identificação de mecanismos teóricos aptos à construção de uma decisão jurídica democrática, que seja adequada para o Brasil. Nosso *objetivo geral* é estabelecer estes elementos teóricos e estruturais, a partir da obra de Ronald Dworkin. Aliás, esta é a nossa *hipótese* nuclear: de que a obra de Ronald Dworkin efetivamente fornece um roteiro teórico consistente para guiar uma investigação deste tipo. Nesse fio, nossos *objetivos específicos* podem ser assim resumidos: a) expor e analisar criticamente as principais teses de Ronald Dworkin, dando a estas uma visão de conjunto; b) reconstruir os argumentos dworkinianos no contexto do constitucionalismo brasileiro; e c) propor, a partir de premissas dworkinianas (harmonizadas, quando possível, com os supostos da *Crítica Hermenêutica do Direito*, de Lenio Streck), fundamentos para composição de uma teoria jurídica *normativa*, no âmbito da qual se forneçam critérios para a produção de uma decisão jurídica democrática e hermeneuticamente consistente.

² Conforme anota Ronaldo Porto Macedo Jr. na apresentação da versão brasileira de *Ronald Dworkin*, de Stephen Guest. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Apresentação do livro. In: GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

não apenas aos temas técnicos e herméticos da filosofia profissional, como também, e sobretudo, a temas práticos relevantes presentes na agenda deliberativa da Suprema Corte dos Estados Unidos ou de outra alta corte judiciária ou do legislativo (em especial, mas não apenas, dos EUA e Reino Unido)³.

Essa pretensão, ou necessidade, de abranger distintos domínios do conhecimento em seus escritos torna a obra de Dworkin exposta, naturalmente, à crítica constante de autores representativos de cada uma dessas áreas – como, aliás, veremos ao longo do trabalho. Mas há ainda outro aspecto digno de nota. O fato de o filósofo norte-americano ter estado vivamente inserido no debate público, e de suas ideias serem, insistimos, bastante intrincadas (boa parte delas, inclusive, efetivamente *contraintuitivas*), também tornam seus textos vítimas frequentes de incompreensão.

Na apresentação da versão brasileira de *Ronald Dworkin*, de Stephen Guest, observa corretamente Ronaldo Porto Macedo Junior que, especificamente nas leituras nacionais do filósofo norte-americano, costuma-se fazer uma interpretação inadequadamente simplificadora de um sistema de ideias complexo. Em alguma medida – segue Macedo Junior –, isso ocorre porque alguns de seus leitores, muito ao estilo bacharelístico, resumem seu estudo de um autor à leitura rápida de um ou dois artigos, de forma descontextualizada e sem visão de conjunto. Esse tipo de leitura, porém, retira o autor de suas premissas e pressupostos metodológicos, prejudicando uma leitura correta de seu pensamento⁴.

Devemos fazer o possível para não incorrer nesse desvio. De fato, saber o que Dworkin tem em vista quando mobiliza os *conceitos interpretativos*⁵

³ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Apresentação do livro. In: GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. [não paginado].

⁴ Ibid. De fato, como observa Macedo Junior, com imensa frequência o pensamento de Dworkin é apreendido de maneira equivocada e superficial, notadamente no Brasil: “Dworkin é muitas vezes visto ora como um paladino da moralidade do direito – e, nesse sentido, acolhido ou rejeitado mais pela proximidade em relação a suas posições políticas e morais do que pela aceitação da consistência teórica de suas posições –, ora como doutrinador de um método de interpretação fundado na ponderação ou de matriz principiológica (por vezes confundido como uma espécie de nova versão da ‘lógica do razoável’ de Recaséns Siches), ora ainda como ideólogo do neoconstitucionalismo ou, por fim, como o defensor da ‘contraintuitiva e extravagante’ tese acerca da existência de uma resposta certa para a interpretação jurídica. Essa tese o torna um autor no mais das vezes rapidamente citado para ser ainda mais rapidamente descartado”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

⁵ *Conceitos interpretativos*, para Dworkin, são conceitos referentes a práticas socialmente compartilhadas e que, em última análise, descrevem *valores*. Essa particularidade faz com que as divergências em torno de um conceito interpretativo (como o são os conceitos políticos e morais)

estruturantes de seu pensamento – tais como direito, política, igualdade etc. –, é uma condição necessária, ainda que não suficiente, para que nossa pesquisa tenha algum proveito.

Por isso, nosso ponto de partida será apresentar, já no primeiro capítulo, os pilares do pensamento dworkiniano. Começaremos com uma espécie de *glossário* desse vocabulário que, desde então, já passa a compor a tese⁶. Essa tarefa vai, em alguma medida, facilitada pela diligência do próprio Dworkin que, em sua penúltima obra, *Justice for Hedgehogs*⁷ (*Justiça aos Ouriços*), teve a preocupação de promover uma espécie de *amarração dos fios* dos diferentes campos do saber pelos quais transita sua abrangente teoria do Direito; e que, já no capítulo inicial deste livro (*Baedeker*⁸), traçou um mapeamento (um verdadeiro *road map*⁹) de seu argumento.

Expostos preliminarmente esses conceitos, daremos início à nossa discussão mais específica a respeito do dever judicial no contexto de um Estado Democrático de Direito. Faremos um contraste, neste ponto, entre o procedimentalismo de Jürgen Habermas e o substancialismo que, no Brasil, é proposto por Lenio Streck. A abordagem de Dworkin, dados os termos deste debate, é *substancialista*, e pode ser absorvida, defendemos, de maneira não arbitrária (natural, até) nos quadros da *Crítica Hermenêutica do Direito*, de Streck. Acompanharemos a visão de Lenio, no que diz respeito, essencialmente, às exigências intervencionistas da jurisdição constitucional brasileira. Procuraremos demonstrar também, por outro lado, não

sejam *valorativas* – e não meramente semânticas. Retomaremos essa noção, que percorre boa parte da obra de Dworkin, quando tratarmos, mais adiante, de seu conceito de *interpretação*. Cabe registrar desde já, que, para Dworkin, *o Direito é um conceito interpretativo* – sendo este argumento, na opinião de Ronaldo Porto Macedo Junior, uma das grandes contribuições introduzidas pelo filósofo americano no debate metodológico-jurídico. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 13.

⁶ Nossa pesquisa tem, na obra de Dworkin, seu *marco teórico*. Portanto, salvo quando houver uma ressalva expressa com relação ao (des)ajuste de algum dos conceitos e premissas do jusfilósofo norte-americano ao nosso trabalho, é com esses conceitos e premissas que estaremos trabalhando.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. Trata-se, vale dizer, de obra que rendeu ampla discussão a respeito das teses nela veiculadas. Aliás, antes mesmo da publicação, uma versão original do texto foi objeto de um interessantíssimo debate público promovido pela Boston University Law School (cujos registros podem ser consultados, inclusive por vídeo, no endereço www.bu.edu/law). Depois, o próprio Dworkin manteve um *website* (www.justiceforhedgehogs.com), justamente com o propósito de veicular correções, respostas a críticas e comentários que dissessem respeito a seu trabalho. Ainda, são dignos de nota os estudos desenvolvidos nos seminários do Departamento de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (Espanha) a respeito da obra. A esse respeito, ver: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

⁸ DWORKIN, op. cit., p. 1-19. Vale esclarecer que “Baedeker” é uma expressão utilizada, comumente, como sinônimo de guias de viagem em geral. A origem da expressão remete ao editor alemão Karl Baedeker, cuja companhia (Baedeker) notabilizou-se por esse tipo de publicação.

⁹ *Ibid.*, p. ix.

apenas a dissintonia, mas também a existência de alguns pontos de contato entre as teses procedimentalistas e os propósitos defendidos por Dworkin. Ambos concebem a decisão judicial e o (próprio conceito de Direito) como uma questão de democracia.

O desenvolvimento deste argumento nos levará ao conceito dworkiniano de democracia constitucional, comunitária ou *em parceria* (*partnership conception*). Nesta concepção, não há oposição, mas harmonia e interdependência, entre a soberania popular e o sistema de direitos individuais. De fato, Dworkin defende mais do que a imposição de alguns limites à premissa majoritária (cujos méritos e desvios são, também, investigados), estabelecendo um comprometimento bem mais radical a preservação dos direitos individuais. Na sua visão, um Estado Democrático somente encontra justificativa moral e política a partir do dever de tratar as pessoas sob o seu domínio com *igual consideração e respeito*. Em outras palavras, a democracia é um sistema sujeito a determinadas condições, por meio das quais se preserva a igualdade de *status* dos cidadãos. Examinaremos estas *condições democráticas*, demonstrando a sua imbricação com os princípios da dignidade humana (estes, produto de uma interpretação construtiva, feita por Dworkin, do *princípio da humanidade* kantiano).

Focando, então, mais especificamente na decisão jurídica democrática, examinaremos o instituto da *revisão judicial da legislação* (*judicial review*), por intermédio de um debate com as teses de Jeremy Waldron, um dos mais influentes debatedores de Ronald Dworkin. O jusfilósofo neozelandês é um crítico severo da *judicial review* e, mesmo, das teses nucleares do constitucionalismo contemporâneo, a saber: a) a incorporação de direitos fundamentais em constituições e b) a permissão de que o Poder Judiciário declare a invalidade de leis instituídas pelo Poder Legislativo sob o argumento de violação àqueles direitos. O estudo do pensamento de Waldron, dado o contraste, é particularmente útil para que coloquemos a chamada *premissa majoritária* em perspectiva e consideração. Mesmo porque o autor, em que pese defenda a regra da maioria, não trabalha com uma relação de oposição entre a ideia de democracia e a de direitos individuais. Este *common ground* entre Waldron e Dworkin torna suas divergências autênticas e, em certo sentido, mais profundas. Veremos os méritos morais e políticos de ambas posições, para, ao final, defendermos a concepção dworkiniana, que harmoniza a

democracia com a revisão judicial da legislação, como sendo adequada para o Brasil.

No segundo capítulo, uma vez estabelecidos os méritos e limites da *judicial review*, passaremos a investigar os critérios que tornam uma decisão jurídica *boa*, ou *correta*. A maneira que nos pareceu mais rica de se construir esse argumento, de maneira congruente com as premissas dworkinianas, foi promover uma releitura do célebre debate Hart/Dworkin, que norteou boa parte da agenda contemporânea acerca da teoria do Direito. Como observa Ronaldo Porto Macedo Junior, o debate marca parte significativa da produção teórica do período (segunda metade do século XX, início do século XXI) com temas relacionados à epistemologia jurídica, à natureza e ao conceito do Direito, bem como às condições de objetividade do conhecimento jurídico¹⁰.

Efetivamente, para que se atinjam as raízes da divergência entre o positivismo jurídico proposto por Hart, e o *interpretativismo* de Dworkin, é necessário enfrentar uma série de questões que transcendem a conhecida oposição entre a discricionariedade judicial *forte* e a incorporação de princípios morais na prática jurídica. Procuramos demonstrar o caráter fortemente metodológico da controvérsia, que passa, necessariamente, pela análise dos seguintes desdobramentos teóricos: a) a possibilidade (e a utilidade) de se fazer uma descrição moralmente neutra do Direito; b) a objetividade dos juízos morais e a sua relevância para uma teoria normativa do Direito; e c) a relação entre o Direito e a Moral.

O problema metodológico será abordado, sobretudo, a partir das críticas que o filósofo norte-americano Brian Leiter, um positivista *hard*, dirige ao construtivismo interpretativo de Dworkin. Leiter avalia que as teses de Dworkin são *confusas* e *obscuras*, não tendo dúvidas de que seu debate com Hart teve, no jusfilósofo inglês, um óbvio vencedor. Mais: Leiter coloca em dúvida, até mesmo, a centralidade do debate Hart/Dworkin nos currículos da Academia norte-americana. É instrutivo investigar as premissas que estruturam uma divergência tão radical – nem que seja para, ao final, dar razão parcial a Leiter, quando este afirma que o Direito é um conceito hermenêutico (*Hermeneutic Concept*), e que é possível produzi-lo a partir de valores epistêmicos, e não necessariamente avaliativos. Mas isso não muda a tarefa central da teoria jurídica que, como diz, entre nós, Lenio Streck, segue sendo

¹⁰ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 11.

a de construir condições de possibilidade para (1) a concretização de direitos e (2) a diminuição de relativismos interpretativos. Uma teoria *normativa*, pois.

Já a questão da objetividade dos juízos morais, e da relação entre o Direito e a Moral, será trabalhada, novamente, a partir das objeções de Jeremy Waldron. O jusfilósofo neozelandês entende que um juiz não está autorizado a tomar decisões morais que façam prevalecer a sua visão de mundo em detrimento daquela expressada, por meio da legislação, pela maioria do povo. Ele tem razão. Concordar com Waldron, neste particular, leva-nos à defesa, feita por Dworkin, não apenas da existência de juízos morais objetivos, mas também da possibilidade de enunciá-los concretamente. Explicando melhor, Waldron defende o ponto de que, se não houver como nos certificarmos, de algum modo, a respeito da correção de um juízo moral, a sua enunciação por um juiz será sempre tendente à arbitrariedade. Dworkin responde, de modo satisfatório, a esta objeção, ao propor uma epistemologia adequada para a argumentação moral, baseada na responsabilidade e na integridade: trata-se, veremos, da *epistemologia da responsabilidade*.

Ainda no segundo capítulo, discutiremos o positivismo jurídico *enquanto teoria normativa*, isto é: se por um lado pudermos admitir a possibilidade de se conceituar o Direito como um sistema totalmente diferenciado do da Moral, por outro, seremos levados a, no âmbito de uma teoria normativa, justificar esta hipótese com base em seus méritos democráticos. Em outras palavras, quando o positivismo jurídico pretende prescrever como o juiz deve agir, ele tem de *defender* a distinção entre Direito e Moral, ou então apresentar uma maneira democraticamente consistente de conciliar estes domínios com suas premissas descritivas mais abrangentes. Aqui, os problemas afloram. Por contraste, explanaremos a concepção de Dworkin de que o Direito é um *ramo*, ou uma *subdivisão*, da moralidade política. Demonstraremos de que forma é possível compreender o argumento dworkiniano sem que isso implique riscos à autonomia do Direito. Proporemos uma leitura dessa tese a partir de Habermas, sugerindo que há compatibilidade e complementaridade entre a tese da cooriginariedade (Habermas) e a *tree structure* (Dworkin).

No terceiro e último capítulo, a montagem de nossa teoria da decisão jurídica propõe uma determinada maneira de se interpretar, construtivamente, as disposições constitucionais: trata-se da estratégia chamada, por Dworkin, de *leitura moral* (*moral reading*). A compreensão adequada desta tese nos leva, contudo, preliminarmente, a trabalhar as ideias de Dworkin a respeito da interpretação em

geral. O jusfilósofo norte-americano concebe uma distinção entre dois grandes domínios da atividade intelectual: a ciência (Dworkin refere-se aqui às ciências naturais, às *hard sciences*) e a interpretação, que teriam critérios distintos de validade. No domínio interpretativo, são as ideias de *responsabilidade* e de *valor* que aproximam o argumento da *verdade*. Eis um resumo de seu argumento: a interpretação é um fenômeno social; somente conseguimos interpretar algo quando nos somamos a alguma prática ou tradição interpretativa. Estas práticas dividem-se em *gêneros* (interpretação jurídica, literária etc.) e procuram, cada uma a seu modo, um determinado tipo de verdade. Quando aderimos a uma destas práticas, aceitamos a *responsabilidade* de promover um *valor*, isto é: interpretamos o *gênero* ao qual aderimos por meio da atribuição daquilo que entendemos seja o seu devido *propósito* (*purpose*).

Encontramos diversas interseções entre a teoria da interpretação proposta por Dworkin e os pressupostos da matriz hermenêutica, na forma como trabalhada por Lenio Streck. Em realidade, as teses de Dworkin (e também as de Hart, diga-se) devem ser compreendidas no contexto da chamada *viragem linguística*, por meio da qual se superam uma concepção *fisicalista* de mundo e o chamado *esquema sujeito-objeto*. Para sustentarmos essa visão, faremos uma reconstrução das premissas da Filosofia Hermenêutica (Heidegger) e da Hermenêutica Filosófica (Gadamer), defendendo, ao longo desta seção, o ponto de que a hermenêutica gadameriana fornece uma maneira iluminadora de se compreender a interpretação construtiva dworkiniana. Dito de outra forma: é possível entrelaçar, por meio da interpretação jurídica construtiva, as concepções de *autoridade da tradição* (Gadamer) e de *integridade do Direito* (Dworkin).

Aliás, cabe aqui explicitar, o “método” que orienta a nossa investigação é o *Fenomenológico-Hermenêutico*. Neste sentido, a proposta teórica que apresentamos, tal como a de Dworkin, tem como pano de fundo o paradigma da linguagem, em que a objetividade depende, em certa medida, dos sujeitos. A linguagem, nesta abordagem, não é simplesmente objeto, mas sim “horizonte aberto e estruturado” em que “a interpretação faz surgir o sentido”¹¹. Este *modo* de filosofar está orientado, como diz Rafael Tomaz de Oliveira, a partir de Heidegger, pelo rompimento com a orientação para a descrição “daquilo que é dado à consciência

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 10.

pela intencionalidade, para estabelecer a superação dos atrelamentos existentes na linguagem que implicam em encobrimento das *possibilidades* existentes na tradição”¹².

Com isso em mente, defenderemos o argumento de que uma decisão jurídica e democraticamente correta deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: por um lado, deve ser produto de um *procedimento* constitucionalmente adequado, por meio da qual se garanta, aos interessados, aquilo que Dworkin chama de *participação moral*; por outro, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação que, dirigida à *integridade*, honre a *responsabilidade* enquanto virtude. Demos a isso o tratamento, para fins analíticos, de *dupla dimensão da resposta correta*. É claro que as dimensões interpretativa e procedimental são indissociáveis, interdependentes e complementares. Na verdade, é possível dizer que ambas as dimensões resultam de uma leitura moral das cláusulas constitucionais. Dworkin sugere que se leiam as cláusulas constitucionais que tratem de direitos individuais não como formulações específicas, mas como proclamações de princípios morais de decência e justiça. Trata-se de uma forma de inserir a moralidade política no âmago do direito constitucional. Essa leitura considera a democracia um empreendimento governado por princípios, e pretende honrar a promessa, feita aos cidadãos, de que suas controvérsias serão encaradas como uma questão de princípio. E essas exigências repercutem tanto sobre os *conteúdos* quanto sobre os *procedimentos* da democracia constitucional.

Os contornos dessa proposta ganham maior concretude, ao final do trabalho, por meio da comparação de suas premissas com as teses de autores como Akhil Reed Amar (*Unwritten Constitution*) e Laurence Tribe (*Invisible Constitution*), que agregam elementos extratextuais à interpretação constitucional; e, de modo muito particular, com o pensamento de Richard Posner, que, de maneira diametralmente oposta a aquela que defendemos ao longo do trabalho, pretende eliminar o campo de atuação da filosofia moral na prática do Direito. O que se segue a esse debate é uma tentativa de aplicação da leitura moral à cláusula do devido processo, de modo a tornar mais claras, em arremate, as exigências procedimentais de uma resposta jurídica e democraticamente correta.

¹² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 40.

Por fim, uma advertência: este trabalho não visa a oferecer um estudo sistemático e compreensivo do conjunto da obra de Ronald Dworkin. Nosso objetivo, aqui, é outro: propor uma teoria da decisão baseada nos conceitos e ideias centrais do jusfilósofo norte-americano, mas não necessariamente restritas ao que ele defendeu em seus textos. A ideia é tentar aprender como a teoria de Dworkin pode nos ajudar a fornecer critérios para decidir corretamente, mas sempre tendo em conta o contexto constitucional brasileiro. Isso faz com que Dworkin nos acompanhe até certo ponto; mas também impede que o responsabilizemos por nossas próprias sugestões.

2 DEMOCRACIA PARA OURIÇOS

Neste capítulo de abertura, seremos apresentados a uma espécie de *glossário* do vocabulário dworkiniano para, a partir de uma exposição preliminar de alguns de seus *conceitos interpretativos*, abordarmos, em síntese, os seguintes temas: as exigências morais, políticas e jurídicas de uma *democracia constitucional*; o papel (dever) do Poder Judiciário num arranjo democrático deste tipo; e o instituto da *revisão judicial da legislação (judicial review)*.

2.1 INTERPRETANDO CONCEITOS INTERPRETATIVOS: A RECONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN A PARTIR DE *JUSTICE FOR HEDGEHOGS*

Para que possamos discordar ou concordar a respeito de algum assunto, tese ou concepção, é necessário antes fazer uma pausa para refletirmos sobre *o que*, afinal, se está discutindo. Isso se quisermos que nossas divergências sejam genuínas, e não apenas sobre o *uso correto das palavras*. O tópico que segue visa, neste sentido, a fornecer elementos basais para que possamos *compartilhar* os conceitos que compõem esta pesquisa.

2.1.1 Considerações iniciais

A presente pesquisa tem por objetivo fornecer, tomando por fio condutor o pensamento de Ronald Dworkin, critérios para a construção de uma decisão jurídica que seja adequada ao contexto constitucional brasileiro. A primeira providência, para que possamos dar início a este aprendizado, é a familiarização com alguns dos conceitos nucleares do pensamento do jusfilósofo norte-americano. Uma *visão de conjunto* parece particularmente importante neste caso. No pensamento de Dworkin, que é original e contraintuitivo em doses parecidas, argumentos aparentemente distintos fornecem, na verdade, apoio recíproco. Assim, uma visão preliminar do *todo* favorecerá o entendimento dos pontos que nos interessam mais proximamente, e sobre os quais nos debruçaremos ao longo da investigação.

Nossa tarefa foi, de algum modo, facilitada pelo próprio Dworkin: na abertura de seu abrangente *Justice for Hedgehogs*¹³, há uma espécie de *road map* de seu pensamento, e é esta a trajetória que percorreremos. Apresentaremos, assim, algumas de suas principais teses, conectando-as com seus trabalhos anteriores. Além disso, quando parecer pertinente para os propósitos de nosso estudo, agregaremos algumas observações complementares aos seus ensinamentos¹⁴.

2.1.2 Entre ouriços e raposas: o pluralismo valorativo de Isaiah Berlin

Para começar os trabalhos, é bom recordar que, desde *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin já defendia que uma teoria geral do direito deveria ser ao mesmo tempo *normativa* e *conceitual*. Normativa no sentido de que deveria conter uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância/respeito da lei (ainda que assentadas em uma teoria moral e política mais geral); conceitual, no sentido de que faria uso da “filosofia da linguagem e, portanto, também da lógica e da metafísica”¹⁵.

¹³ *Justice for Hedgehogs* é o penúltimo livro de Dworkin. O último, publicado postumamente, leva o nome *Religion Without God*. Um pouco antes de falecer, o autor enviou para a redação do periódico *The New York Review of Books*, do qual era um colaborador habitual, um trecho do texto (então) inédito. Trata-se de um trabalho em que Dworkin visa a, de algum modo, separar Deus da religião (concebida como um conceito interpretativo). Nas suas palavras, “se nós conseguirmos separar Deus da religião – se chegarmos ao entendimento a respeito do que o ponto de vista religioso realmente é e porque ele não requer ou pressupõe uma pessoa sobrenatural –, então nós estaremos em condições de diminuir, ao menos, a temperatura destas batalhas [a saber: da chamada guerra religiosa] por meio da separação das questões de ciência das questões de valor. As novas guerras religiosas são agora, realmente, guerras culturais. Elas não tratam de história científica – sobre qual é melhor descrição do desenvolvimento da espécie humana, por exemplo – mas, mais fundamentalmente, a respeito do sentido da vida humana e do que significa viver bem” (tradução nossa). DWORKIN, Ronald. Religion without god. *The New York Review of Books*, v. LX, n. 6, abr. 4, 2013, p. 67. Essas reflexões sobre o *sentido da vida humana* e sobre o que significa *viver bem* foram trabalhadas por Dworkin ao longo de *Justice for Hedgehogs* e serão investigadas ao longo da presente pesquisa.

¹⁴ Essa exposição é, creio, o primeiro passo para que possamos nos apropriar das lições de Dworkin no contexto do *Constitucionalismo Contemporâneo* em que se insere a experiência brasileira. Aliás, vale desde já o registro de que, a propósito da construção de uma *teoria do direito adequada para o Brasil*, com base na teoria dworkiniana, é necessário consultar a extensa obra de Lenio Streck. Em especial em *Verdade e Consenso*, Streck apresenta as bases de uma complexa teoria que se apropria da parte dita *normativa* da Teoria do Direito de Dworkin a partir de um olhar filosófico ligado à Filosofia Hermêutica (Heidegger) e à Hermenêutica Filosófica (Gadamer), adaptando-a para o contexto do Constitucionalismo Contemporâneo – no qual se insere, veremos, a experiência democrática brasileira. Ver, necessariamente: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. IX-X.

A ideia central é a de que essas noções são interdependentes e que não podiam, portanto, ser trabalhadas separadamente¹⁶.

Por assim pensar, ao longo da sua extensa obra, Dworkin foi gradativamente posicionando os argumentos centrais de suas teses num quadro cada vez mais abrangente do saber. Passou a discutir com cada vez mais interesse, por exemplo, moralidade, política e filosofia – e nunca de forma compartimentada. Sempre esteve marcada em seus textos a propensão de construir uma teoria que encontrasse certo *apoio recíproco* entre esses argumentos de natureza aparentemente distinta. Por exemplo, Dworkin identificou objetivos políticos na instituição dos direitos¹⁷; mapeou princípios morais na base da comunidade política¹⁸; justificou a igualdade com base em princípios éticos¹⁹; propôs que se fizesse uma leitura moral da Constituição

¹⁶ Vale registrar aqui a respeitabilíssima observação de John Finnis a respeito da tentativa dworkiniana de associar, no âmbito de sua teoria do direito, as dimensões normativa e conceitual. Para Finnis, a teoria de Dworkin é, fundamentalmente, uma teoria normativa do direito, já que está preocupada em fornecer orientações ao juiz quanto a seu dever judicial. Por essa razão, Finnis julga que o debate entre Dworkin e os positivistas (como Hart e Raz) fracassa, já que o interesse teórico destes seria, tão somente “descrever o que é tratado (isto é, aceito e efetivo) como direito em uma dada época, bem como gerar conceitos que irão permitir que tais descrições sejam claras e explanatórias, mas sem a pretensão de fornecer soluções (ou ‘respostas corretas’, ou padrões que iriam, se aplicados apropriadamente, fornecer respostas corretas) para questões em disputa entre advogados competentes”. FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 34. Retomaremos o célebre debate Hart-Dworkin, bem como seus desdobramentos teóricos contemporâneos, na sequência do nosso trabalho. Mas vale adiantar que, de fato, a objeção de Finnis é sustentada pelo próprio Hart no *pós-escrito* que aparece na edição mais recente de *O Conceito de Direito* – escrito este que somente veio à luz após a morte do autor, frise-se. Hart insiste, neste texto, que seu projeto era meramente descritivo e, portanto, moralmente neutro. HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 307-56. Dworkin responde à objeção no capítulo 6 de *A Justiça de Toga*. Em resumo, o argumento do jusfilósofo norte-americano é o de que uma teoria geral sobre como o direito válido deve ser identificado não constitui uma descrição neutra da prática jurídica, mas uma interpretação dela que pretende não apenas descrevê-la, mas também justificá-la. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 199-264.

¹⁷ Para Dworkin, um direito político é um objetivo político individuado. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 142.

¹⁸ Dworkin defende o ponto de que a comunidade pode ser personificada como um “agente moral”, querendo dizer com isto que “a comunidade como um todo tem obrigações de imparcialidade para com seus membros, e que as autoridades se comportam como agentes da comunidade ao exercerem esta responsabilidade”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 211-2.

¹⁹ A teoria política de Dworkin está assentada no fato de que qualquer governo aceitável deve tratar os cidadãos sob seu poder como dignos de igual respeito e consideração. A igual consideração é pré-requisito da legitimidade política, é a *virtude soberana* da comunidade política. Para defender esse ponto, o autor recorre à Ética e desenvolve a concepção de uma forma de igualdade material chamada “igualdade de recursos”, baseada em dois princípios fundamentais do individualismo ético: o princípio da igual importância (“é importante, de um ponto de vista objetivo, que a vida humana seja bem-sucedida, em vez de desperdiçada, e isso é igualmente importante, daquele ponto de vista objetivo, para cada vida humana”) e o princípio da responsabilidade especial (“embora devamos reconhecer a igual importância objetiva do êxito da vida humana, uma pessoa tem responsabilidade especial e final por esse sucesso – a pessoa dona de tal vida”). DWORKIN,

norte-americana²⁰; articulou interpretações filosóficas de conceitos jurídicos. E assim por diante.

Com esse quadro mais geral em vista, *Justice for Hedgehogs* não chega a ser uma alteração de rota nessa caminhada, digamos assim, *interdisciplinar* que sempre caracterizou o pensamento dworkiniano. A novidade, aqui, é outra: a tentativa, agora abertamente tematizada, de reivindicar um caráter de unidade teórica a proposições oriundas de matrizes distintas. E essa proposta aparece na forma de uma antiga tese filosófica: a tese da *unidade do valor* (*the unity of value thesis*²¹).

O ponto de partida do livro é uma frase do filósofo grego Arquíloco – “*The fox knows many things, but the hedgehog knows one big thing*” (A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma grande coisa) –, tornada conhecida pelo filósofo moral Isaiah Berlin, que tratou do assunto em 1953, num ensaio sobre Tolstói²². Sinteticamente, o objetivo de Berlin, então, foi o de apresentar o *ouriço* como um *monista*, ou seja, como um pensador movido por uma ideia central, que explica a diversidade do mundo por referência a um único sistema. Já a *raposa*, por sua vez, é mostrada como um pensador *pluralista*, que entende que a diversidade do mundo, com seus fins vários e incompatíveis, não autoriza um único sistema explicativo.

Neste contexto, Dworkin, intitulando-se um *ouriço*, e dando início à defesa dos seus, anuncia: *value is one big thing* (o valor é uma grande coisa).

Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. I-XV.

²⁰ Trata-se, num resumo bem apertado, de interpretar determinados dispositivos da Constituição norte-americana (sobretudo a *Declaração de Direitos*) como referências não a concepções específicas, mas a princípios morais abstratos, que devem ser incorporados como limites aos poderes do Estado. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 1. Com relação ao emprego da palavra “valor”, no contexto da obra de Dworkin, cremos que é pertinente repetir uma observação que Joseph Raz fez com referência ao seu próprio texto sobre o valor (*Valor, Respeito e Apego*). Raz reconhece que, ao longo de seu trabalho, faz um uso “inflacionário” da palavra “valor”, afirmando que toda “propriedade que (necessariamente) torne boa (ou má) qualquer coisa que a possua é, pelo menos até certo ponto, uma propriedade valorativa, que representa algum valor”. Contudo – e esse é o ponto que se aplica, pensamos, ao texto de Dworkin –, pede ao leitor que não se o julgue pela adequação linguística, e sim pelo seu objetivo teórico, que vai emergindo conforme seu argumento vai se desenvolvendo. RAZ, Joseph. *Valor, respeito e apego*. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 41-3.

²² O ensaio em questão é referido em nota de revisão da versão brasileira de *A Justiça de Toga*, publicada pela WMF Martins Fontes. Trata-se de BERLIN, Isaiah. *The hedgehog and the fox: an essay on Tolstói's view of history*. Elephant Paperbacks, Chicago, 1993. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 150.

Cabe recapitular, porém. Esse debate com Berlin aparece, antes, em *A Justiça de Toga*. Dada a sua importância para a compreensão dos propósitos de *Justice for Hedgehogs*, devemos retomá-lo com um pouco mais de vagar.

Com efeito, ao anunciar que as ideias de Berlin estão ganhando influência, em especial a sua concepção de pluralismo de valores, e com o objetivo de depois respondê-lo, Dworkin transcreve o seguinte recorte do pensamento de seu debatedor:

O que fica claro é que os valores podem entrar em conflito. Eles podem facilmente entrar em conflito no íntimo de um único indivíduo. E disso não se conclui que alguns devam ser verdadeiros, e outros falsos. Tanto a liberdade quanto a igualdade estão entre os principais objetivos perseguidos pelos seres humanos ao longo de muitos séculos. Mas a liberdade total para os lobos significa a morte para os cordeiros. Esses choques de valor constituem a essência do que eles são e do que nós somos.

Se nos disserem que essas contradições serão resolvidas em algum mundo perfeito onde todas as coisas boas estarão, em princípio, harmonizadas entre si, devemos responder aos que nos fazem tal afirmação que os significados por eles atribuídos às palavras que, para nós, denotam valores conflitantes, não são iguais aos nossos. Se sofreram alguma transformação, desconhecemos por completo os novos sentidos que assumiram. A noção do todo perfeito, a solução definitiva na qual todas as coisas boas coexistem, parece-me não apenas inatingível – o que constitui um truísmo –, como também conceitualmente incoerente. Entre os grandes bens, existem alguns que não podem viver juntos. Trata-se de uma verdade conceitual. Estamos condenados a escolher, e cada escolha pode significar uma perda irreparável²³.

Ainda, Dworkin aponta que Berlin retomou esse tema, em ensaio posterior, “de modo mais ameaçador”²⁴. Berlin teria reconhecido que a atração por um *todo perfeito* seria, apesar de falsa, duradoura e importante. Por outro lado, avalia-a *perigosa*, recomendando que não se ceda a esse impulso, por ele considerado sintoma de uma “imaturidade moral e política igualmente profunda e perigosa”²⁵.

Fixemo-nos nos argumentos mobilizados por Dworkin para contestar Berlin. Isso, cremos, aplinará o terreno para que cheguemos bem a *Justice for Hedgehogs*.

²³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 149-50. Vale dizer que a passagem transcrita por Dworkin – e aqui reproduzida –, está no livro *The Crooked Timber of Humanity: chapters in history of ideas*, obra que reúne oito ensaios de Isaiah Berlin.

²⁴ Justamente, o ensaio acima referido, sobre Tolstói (vide a nota 22). *Ibid.*, p. 150.

²⁵ *Ibid.*

O primeiro passo é apontar que não só esse *ideal holístico* condenado por Berlin pode ser perigoso: também o *pluralismo* pode ser mal empregado. Se é verdade que tiranos podem, de fato, justificar crimes “recorrendo à ideia de que todos os valores morais e políticos se unem em uma visão harmoniosa, de importância tão transcendental que o assassinato se justifica quando está a seu serviço”, não é menos verdadeiro dizer que “outros crimes morais têm sido justificados pela atração pela ideia oposta, a de que os valores políticos importantes entram necessariamente em conflito”, de modo que “não se pode defender nenhuma escolha entre eles como a única escolha correta e que os sacrifícios em algumas das coisas que nos são caras são, portanto, inevitáveis”²⁶. Ou seja, há perigos em ambos os lados.

Depois, Dworkin chega ao ponto. O destaque dado a Berlin decorre do fato de que este não é apenas mais um autor *pós-moderno*, que crê serem os valores meras criações sociais ou reações subjetivas. Pelo contrário: Berlin – como Dworkin – acreditava que os valores são, de fato, objetivos. O que o distingue é a circunstância de, apesar disto, defender que existem conflitos insolúveis entre os valores verdadeiros. Não é que as pessoas divirjam sobre o que é verdadeiro; é que haveria um conflito intrínseco *quanto à veracidade destas questões*²⁷.

Trazendo essa temática para o âmbito da teoria política, Berlin identificaria, com efeito, um conflito efetivo entre os valores igualdade e liberdade, por exemplo, na decisão a respeito de uma eventual tributação dos ricos para dar mais dinheiro aos pobres. A promoção da igualdade (social), nesse caso, viria com a violação da liberdade de alguns (de fazerem o que bem entendessem com o seu dinheiro). O contrário (promoção da liberdade mediante a não tributação) também seria verdadeiro: liberdade promovida ao custo da igualdade. De acordo com o raciocínio de Berlin, ambos os valores são autênticos e, em si, inconciliáveis, de modo que a comunidade política cometerá um *erro moral* qualquer que seja a decisão que resolva tomar. Nesse sentido, sendo as coisas como são, ela não deve definir se vai ser injusta com algum grupo, *mas qual grupo tratará injustamente*²⁸.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 150-1.

²⁷ *Ibid.*, p. 152-3.

²⁸ *Ibid.*, p. 154-5.

Dworkin explica que o argumento de Berlin é coerente com suas premissas. Para Berlin, a liberdade é a ausência de interferência alheia na realização de *qualquer coisa* que pretendamos fazer. Se for assim, realmente, a liberdade do lobo é a morte do cordeiro. Por certo que a liberdade, assim concebida, entrará muitas vezes em conflito com outros compromissos – notadamente, com aqueles de caráter igualitário²⁹. Contudo, objeta Dworkin, uma concepção alternativa das exigências da liberdade (por exemplo, compreendida como a liberdade de fazer o que se quer *na medida em que se respeitem os direitos morais das outras pessoas*) não a levaria, necessariamente, a conflitar com a igualdade. Vale dizer, a definição do conceito correto de liberdade não é uma questão meramente semântica ou empírica, mas sim de filosofia moral e política substantiva. Em linguagem dworkiniana, trata-se de decidir a *melhor maneira de compreender o valor da liberdade*³⁰.

E essa empresa – que Dworkin retoma, com fôlego, em *Justice for Hedgehogs* – ocorre, em primeiro lugar, a partir de uma concordância inicial abstrata com os principais valores políticos – igualdade, liberdade, democracia etc. –, para, depois, chegar à discussão a respeito do que esses valores *realmente são*, ou seja: precisamos descrevê-los mostrando o que há de bom neles, a fim de que percebamos que qualquer transigência com tais valores não é apenas inconveniente, mas sim nociva³¹. Com esse *aprimoramento conceitual* – que nos leva a enxergar, caso a caso, a *importância especial* do valor em questão –, devemos descobrir se as ações que a concepção sugerida define como violações de liberdade são realmente nocivas ou erradas. Caso contrário – se um Estado não age mal com nenhum cidadão quando, de acordo com a definição proposta, viola sua liberdade (por exemplo, quando impede a “liberdade” de uma pessoa matar a outra) –, a concepção sugerida será inadequada³².

O ponto aqui anunciado por Dworkin – e que, esperamos, ficará mais claro na sequência deste trabalho –, em resumo, é a sua crença de que, de algum modo, *os valores liberais dominantes possam estar ligados da maneira certa*³³. De que maneira, porém? É o que veremos a seguir.

²⁹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 159.

³⁰ Ibid., p. 160-1.

³¹ Ibid., p. 162-3.

³² Ibid., p. 163.

³³ Não há como deixar de registrar o caráter obviamente controverso da proposta dworkiniana. Costas Douzinas, por exemplo, para citar apenas este, afirma que a “esperança de Dworkin” de que o direito possa funcionar como uma “rede sem emendas” representa “a maior ilusão liberal”.

2.1.3 A tese da unidade do valor

Como dito acima, Dworkin avalia que é muito fácil formular definições de valores políticos como liberdade, igualdade, democracia e justiça que acabem conflitando entre si. O difícil é demonstrar por quais razões nós deveríamos aceitar essas definições. Dworkin sugere que não as aceitemos – pelo menos não assim, tão facilmente. E que nos engajemos na tarefa de formular concepções que unifiquem, de alguma forma, esses valores políticos importantes, preservando-os naquilo que há de bom em cada um deles. A intenção é que a liberdade, bem compreendida, não conflite com a igualdade. Que a melhor interpretação do que seja a democracia, por exemplo, seja harmônica e coerente com a melhor definição do que seja a justiça.

É dessa ambiciosa empreitada que trata a *tese da unidade do valor*, na visão apresentada por Dworkin. E o ponto de partida não poderia ser mais generalizante: o autor não se limita a tratar de valores e conceitos políticos e jurídicos. Avançando para um campo bem mais familiar à filosofia moral do que ao direito, o autor norte-americano começa seu *Justice for Hedgehogs* afirmando que as verdades a respeito das noções de *bem viver*, de *ser bom*, ou do que é *maravilhoso*, são não só coerentes, mas também se apoiam reciprocamente. Isto é, o que pensamos a respeito de qualquer uma dessas coisas pode aparecer como um argumento decisivo em qualquer discussão sobre as demais. Há harmonia e não conflito. Seguindo essa linha, Dworkin visa a ilustrar a unidade entre os valores *morais* e *éticos*: descreve uma teoria sobre o que é *viver bem* (Ética) e sobre aquilo que, se quisermos *viver bem*, nós devemos fazer e deixar de fazer pelos outros (Moral)³⁴.

Segundo Douzinas (e reproduzimos aqui suas observações porque, cremos, sejam uma boa síntese do que se critica no pensamento dworkiniano), a lei “pode ser fechada e o ordenamento simbólico completo somente se um significante-mestre adicional existir fora do conjunto, além do Nome-do-Pai. Um significante que, por estar fora do simbólico, pode atuar como a garantia última da completude da lei e permitir que o campo se feche”. DOUZINAS, Costas. *O Fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 333-4. Como se vê, Douzinas afirma que o projeto dworkiniano somente teria sucesso caso se validasse o argumento jurídico mediante o recurso a algum elemento externo – do contrário, parece sugerir o pensador grego, haveria apenas circularidade. O ponto de Dworkin, contudo, é outro, como se verá ao longo da nossa pesquisa: para ele, a verdade do *valor* é independente da verdade nos demais domínios do conhecimento. O tema é abordado em *Justice for Hedgehogs* sob o nome de *a independência metafísica do valor*, algo que Dworkin defende a partir do que chama de *o princípio de Hume*. Esses pontos serão abordados, em seu tempo devido, ao longo do presente escrito.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 1. Dworkin elabora uma metáfora para ilustrar essa distinção traçada entre moral e ética. O autor imagina pessoas nadando em pistas separadas de

A ideia central, como se vê, é a de que os valores morais e éticos dependem uns dos outros. E para defender esse argumento, Dworkin parte do ponto de que a responsabilidade intelectual a respeito do valor é, em si, um valor importante, o que o leva a discutir temas tão (aparentemente) diversos como a metafísica do valor, o caráter da verdade, a natureza da interpretação, as condições genuínas de acordo e discordância, o fenômeno da responsabilidade moral, o problema do livre-arbítrio e mais outros tantos assuntos que dizem respeito às teorias ética, moral e jurídica³⁵.

Pois bem. Como dito alhures, o principal propósito desse tópico inicial é fazer uma espécie de *apresentação* de algumas das principais teses dworkinianas expostas ao longo de sua trajetória – e sintetizadas em *Justice for Hedgehogs*. E a melhor maneira de fazê-lo, parece-nos, é seguir a ordem proposta pelo próprio Dworkin, no riquíssimo *sumário* que abre seu livro. É claro que não se trata de uma *tradução* do texto original (em que pese o recurso à tradução seja útil, frequente e, em certo sentido, inevitável); trata-se, isso sim, de fornecer as balizas minimamente necessárias para a compreensão da contribuição dworkiniana ao pensamento jurídico contemporâneo.

Veremos, pois, a partir de agora, a que correspondem a *justiça* e os demais conceitos que lhe são correlatos (*igualdade, liberdade, democracia e direito*), passando pelos problemas da *interpretação*, da *verdade* e do *valor*, até que cheguemos ao aspecto, para Dworkin, fundamental: como devemos viver para realizar a unidade do valor.

2.1.4 Justiça

*Igualdade*³⁶.

Dworkin acredita que nenhum governo é legítimo sem que endosse dois princípios. Primeiro, deve demonstrar igual interesse pelas pessoas que estão sob o

uma piscina, que podem trocar de pista para auxiliar os outros nadadores, porém não para machucá-los. A moral, neste sentido, definiria as pistas que separam os nadadores; e estipularia quando alguém deve trocar de pista para ajudar os outros nadadores e em que condições seria proibida a troca de pistas. A ética estaria ocupada em definir o que é nadar bem em sua própria pista. DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 371.

³⁵ Ibid., p. 1-2.

³⁶ Ibid., p. 2-4.

seu domínio³⁷; segundo, deve respeitar a responsabilidade e o direito dessas pessoas de eleger o que é valioso para si mesmas. Esses princípios devem guiar uma teoria aceitável de justiça distributiva³⁸, já que não há distribuição politicamente neutra. Assim, qualquer distribuição deve ser justificada pela demonstração de atendimento aos princípios de *igual consideração* e de *respeito pela responsabilidade individual*.

Para a ilustração desse argumento, Dworkin retoma a metáfora de um *leilão inicial* de todos os recursos disponíveis, do qual todos participassem com o mesmo número de fichas³⁹. O leilão deve terminar numa situação na qual ninguém *inveja* o pacote de recursos adquirido pelo outro (não importa quanto tempo dure o leilão, e nem quantas vezes deva ser refeito até que se chegue a esse resultado). Depois, segue-se um novo leilão, no qual os participantes constroem e escolhem apólices de seguro compreensivas, pagando o prêmio estabelecido pelo mercado para cada uma das coberturas escolhidas. Esse leilão não elimina as consequências da boa ou má sorte, mas *torna as pessoas responsáveis pelo seu próprio gerenciamento de risco*.

Vale notar que Dworkin é um crítico severo da estrutura econômica presente na maioria dos países ricos, entre eles, os Estados Unidos da América. E é esse *gap* entre a teoria e a política que faz com que os autores recorram a exercícios contrafáticos (do *véu da ignorância* de Rawls até o *leilão inicial* do próprio Dworkin) para a definição do que a justiça requer, em termos de igual consideração e

³⁷ Dworkin presume que “todos aceitamos os seguintes postulados da moral política. O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas são vividas, e de agir de acordo com elas”. DWORNIK, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 419.

³⁸ Não há como não lembrar, aqui, do célebre *princípio da diferença* de John Rawls – um autor frequentemente presente (e por vezes expressamente tematizado, como ocorre no capítulo 9 de *Justiça de Toga*) no contexto das reflexões de Dworkin. Segundo Michael Sandel, a teoria da justiça de Rawls é a “proposta mais convincente de uma sociedade equânime já produzida pela filosofia política americana”. SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 204. Quanto ao princípio da diferença, cuida-se, em resumo, de um princípio regulatório das desigualdades sociais e econômicas, a partir do qual somente se poderiam permitir desigualdades sociais e econômicas que visassem ao benefício dos membros menos favorecidos da sociedade. *Ibid.*, p. 189.

³⁹ Em *A Virtude Soberana* a metáfora do leilão aparece na construção do conceito da “igualdade de recursos”, uma teoria geral da igualdade distributiva que afirma que se tratam as pessoas como iguais quando se “distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos”, DWORNIK, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.

respeito⁴⁰. Curiosamente, o autor aponta que as teorias de justiça distributiva quase sempre demandam por uma reforma radical das comunidades capitalistas nas quais elas próprias são desenvolvidas e estudadas, o que faz com que soem artificiais e autoindulgentes. Ainda assim, devem demonstrar os passos mínimos que devemos tomar, aqui e agora, na direção certa⁴¹.

Lembramos, por exemplo, que em *A Virtude Soberana* Dworkin chegou a propor a estruturação de um sistema de saúde pública *universal* com base nessa metáfora do leilão⁴²; a ideia era calcular, com base nela, o limite da cobertura que seria razoável admitir que as pessoas fossem procurar – sem que abrissem mão, portanto, de todos os fundos que seriam úteis para o custeio de outros interesses importantes em suas vidas.

Conclusivamente, a teoria da *igualdade de recursos*, aqui retomada por Dworkin, presume que nós tratamos as pessoas com igual consideração quando permitimos que cada um desenhe a sua própria vida, ciente de que suas escolhas terão, dentre outras consequências, um impacto na sua própria riqueza. Contudo, é crucial para esse entendimento que o caráter e o grau desse impacto reflitam o efeito que suas escolhas têm nas fortunas dos outros, quer dizer: o custo aos outros, em oportunidades perdidas para si mesmos, das várias decisões que ele fez⁴³.

*Liberdade*⁴⁴.

A justiça precisa de uma teoria da liberdade tanto quanto precisa de uma teoria da igualdade de recursos. Não raro, como já se disse, identifica-se um *conflito* entre essas duas noções. Dworkin formula uma teoria na qual, supõe, esse perigo seria eliminado. Para tanto, o autor traça uma distinção muito sutil entre dois conceitos: *your freedom*, que é simplesmente a sua habilidade de fazer qualquer coisa sem que o Estado o impeça, e *your liberty* que é aquela parte da liberdade que

⁴⁰ Remetemos o leitor, a propósito, ao ponto VI do capítulo 3 de *A Virtude Soberana*, denominado, não por acaso, *De volta ao mundo real*, na qual o autor desenvolve aquilo que ele denomina de uma *teoria do aprimoramento*, cujo objetivo é fornecer parâmetros concretos para que se reduza o *déficit* de equidade. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 221-35.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 351-2.

⁴² DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*, op. cit., p. 5.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*, op. cit., p. 363.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 4.

o Estado estaria *errado* em restringir⁴⁵. A tese é a de que não haveria nenhum *direito geral à liberdade (freedom)*, mas sim *direitos à liberdade (rights to liberty)*. Nesse sentido, esses *direitos à liberdade* não estão assentados num *direito geral de liberdade*, mas em bases distintas. Por exemplo, o direito à independência ética decorre do princípio da responsabilidade pessoal – e não, portanto, de um direito geral de liberdade. Ainda, as pessoas têm direito – aí incluído o direito à liberdade de expressão – que são imposições de um direito mais geral de governar suas próprias vidas, que também deriva da responsabilidade pessoal. E têm direitos, inclusive o direito ao devido processo legal, que decorrem do direito à igual consideração e respeito.

Note-se: no limite, os princípios justificadores dos direitos à liberdade são os *mesmos que fundamentam o direito à igualdade*, ou seja, igual consideração e respeito e responsabilidade individual. Ambos estão imbricados, adianta-se, com princípios éticos (*princípios de dignidade*, dirá Dworkin, com base em Kant), que a seguir serão abordados.

O ponto defendido por Dworkin aqui é: não há um conflito efetivo entre igualdade e liberdade porque esses conceitos estão fortemente integrados. São interdependentes. Não se pode determinar o que a liberdade requer sem também decidir qual distribuição da propriedade demonstra igual consideração por todos. Assim, uma teoria da liberdade que está desta forma envolvida numa moralidade política muito mais abrangente, não pode conflitar com a igualdade⁴⁶.

Dworkin ainda delimita duas concepções distintas de liberdade: liberdade positiva e liberdade negativa. A primeira remete ao ponto de que, se as decisões do governo são coercitivas, então as pessoas devem poder desempenhar um papel na formulação dessas decisões, ou seja, de que o governo legítimo deva ser

⁴⁵ Essa sutil distinção – de difícil tradução – entre *your freedom* e *your liberty* remete ao conceito dworkiniano de *having a right*. Segundo o autor, ter direito no sentido “forte” (*having a right*) significa que os outros não devem interferir numa (determinada) ação; ou seja, significa que seria errado interferir com a realização daquela ação ou, pelo menos, que necessitamos de razões especiais para justificar qualquer interferência. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 289-91. A *liberty* seria um direito nesse sentido *forte* – e, portanto, mesmo preexistente ao Estado.

⁴⁶ Em *O Direito da Liberdade*, Dworkin já adiantava essa concepção de que a liberdade, de alguma forma, é interdependente da igualdade (do direito à igual consideração e respeito), nestes termos: “o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins”. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10-1.

autogoverno. A segunda, apela para o fato de que as pessoas devem ser livres de qualquer ordem de coerção em algumas de suas próprias decisões e atividades. Segundo o autor, ambas as dimensões do conceito de liberdade acima descritas devem integrar uma teoria da liberdade. As pessoas devem ter responsabilidades por suas vidas, e essas responsabilidades somente são compatíveis com a coerção governamental quando determinadas condições estão satisfeitas. Primeiro, todos devem poder participar, da maneira correta, nas decisões coletivas que digam respeito às suas vidas; segundo, todos devem ficar isentos de qualquer coerção nos assuntos em que a sua responsabilidade pessoal exija a tomada de decisões individuais⁴⁷.

Neste tópico, Dworkin retoma incidentalmente seu debate com Berlin, para quem essas duas modalidades de liberdade (positiva e negativa) necessariamente conflitariam. É que, para Berlin, liberdade “irrestrita” (liberdade como *freedom*) e liberdade negativa seriam coextensivas, de modo que qualquer limitação à primeira implicaria uma invasão à segunda⁴⁸. Não para Dworkin, porém, que concebe a liberdade como um de seus célebres *conceitos interpretativos*. Para ele, a liberdade é mais bem entendida quando ligada a um valor mais profundo, o da responsabilidade pessoal. Mais: somente conectando a liberdade com a dignidade é possível tratar a liberdade como um valor⁴⁹.

*Democracia*⁵⁰.

É comum que se identifique também um conflito entre igualdade e liberdade, de um lado, e o direito a participar como um igual no seu próprio governo, de outro. Volta-se, portanto, ainda que com outra roupagem, ao debate acima abordado: o conhecido conflito entre os direitos às *liberdades negativa e positiva*. Nessa perspectiva, tematiza-se o choque que ocorreria, por exemplo, quando a maioria política aprova, pelo voto, um tributo considerado injusto. Ou quando nega (restringe), também majoritariamente, alguma liberdade importante. Dworkin responde a esse conflito diferenciando os conceitos de democracia.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 365.

⁴⁸ Dworkin chama a atenção para o fato de que não apenas Berlin, mas também Hart e Mill, endossam essa concepção de liberdade. *Ibid.*, p. 367.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 367.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 5.

Claro, *democracia* também é um conceito interpretativo e muito controverso: as pessoas discordam a respeito do que ela é. Nós escolhemos entre concepções concorrentes localizando algum valor, ou arranjo de valores, que melhor explicam o que há de bom em cada uma delas. Não há como fugir desta discussão. Um bom governo é democrático, justo e eficiente, mas estas qualidades são diferentes entre si. Portanto, é importante perguntar, por vezes, se algum arranjo constitucional, a despeito de trazer vantagens econômicas para a comunidade, deve ainda assim ser barrado por ser antidemocrático⁵¹.

Dworkin distingue, para ilustrar a sua tese, a concepção *majoritária*, ou *estatística* da democracia da concepção por ele adotada, chamada de concepção *em parceria* (*partnership conception*)⁵².

A concepção majoritária sustenta que o povo se autogoverna quando o maior número de integrantes da comunidade detém o poder político dominante. A estrutura do poder representativo deveria assegurar, pois, o quanto possível, que os governantes façam o que a maioria do povo gostaria que fosse feito. Já na concepção da parceria, o autogoverno se realiza não quando a maioria do povo exercita a sua autoridade sobre toda a comunidade, mas quando o povo como um todo age como parceiro. Explicando melhor, não se busca unanimidade, mas a aceitação, por parte dos membros do povo, de que devem agir com igual consideração e respeito para com os demais. Ou seja, há parceria quando cada um dos integrantes da comunidade assume o compromisso não só de cumprir a lei, mas de tentar fazê-la compatível com as exigências da dignidade. Em definitivo, a primeira concepção de democracia seria procedimental, ao passo que a segunda permitiria um contraste com as amarras substantivas da legitimação⁵³.

Em resumo, para Dworkin, numa autêntica comunidade democrática cada cidadão participa como um *parceiro igual*, o que é mais do que ter direito a um *voto igual*. Significa ter *voz igual* e um *igual interesse no resultado da deliberação*. Ou

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 383.

⁵² Essas concepções serão retomadas e examinadas, com maior detalhe, no tópico seguinte. Com o perdão pela repetição, lembramos: essas primeiras páginas devem ser lidas apenas como uma simples apresentação, de caráter geral, das principais teses de Dworkin – seguindo a linha proposta pelo autor no sumário de *Justice for Hedgehogs*. Na medida em que esses conceitos forem definidores da tese que aqui se constrói, eles serão, oportunamente, retomados e aprofundados.

⁵³ DWORKIN, op. cit., p. 384. Essa distinção (entre democracia *majoritária* e *em parceria*) será retomada e aprofundada no decorrer deste capítulo.

seja: a própria democracia, assim compreendida, requer a proteção daqueles direitos individuais à justiça e à liberdade.

*Direito*⁵⁴.

Dworkin enfrenta, aqui, a recorrente questão do conflito entre *lei* e *justiça* (que fazer diante da lei injusta?). Para elaborá-lo, o autor descreve um conceito de Direito não como um sistema de regras que pode, por vezes, conflitar com a moralidade, mas sim como um verdadeiro *ramo da moralidade* (*a branch of morality*⁵⁵). Para ilustrar essa tese, Dworkin sugere que a moralidade em geral tem a estrutura de uma árvore: o direito seria um galho da moralidade política⁵⁶; a moralidade política seria um galho de uma moral pessoal mais abrangente; e essa moral pessoal seria por sua vez um galho de uma teoria ainda mais abrangente do que seja *bem viver*.

Para chegar nesse ponto, Dworkin promove uma comparação entre duas abordagens influentes das relações entre Direito e Moral: *legal positivism* (positivismo legal) *versus Interpretivism* (interpretativismo). O positivismo declara a completa independência entre Direito e Moral⁵⁷. O Direito depende, nesta visão, da aceitação (costume e práticas) de uma determinada comunidade. Se essa comunidade produz uma regra que passe pelo *teste* proposto pela comunidade (por exemplo, pelo procedimento legislativo), então desimporta se é justa ou injusta: em todo o caso, será considerada Direito. Já o interpretativismo argumenta que o Direito

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 5.

⁵⁵ É preciso redobrada cautela para que não se confunda, no contexto da obra de Dworkin, o Direito com a Moral. Não é de *subordinação* que trata a tese do Direito como *branch of morality*. Veja-se que toda a literatura dworkiniana é guiada por um alto de grau de *autonomia* do Direito. Que o digam a *tese dos direitos* e a do *fórum do princípio* – noções que conferem ao argumento jurídico autonomia e especificidade, e que serão, diga-se, abordadas no decurso dessa pesquisa.

⁵⁶ Cremos ser importante insistir no ponto de que, para Dworkin, o fato de o direito ser considerado *um galho* da moral não os torna (Direito e Moral) indiscerníveis. Decisões locais, por exemplo (que evidenciam distinções entre os sistemas de direito adotados por diferentes comunidades políticas), que têm um papel determinante na fixação do que é Direito, não têm a mesma importância na definição do que é ou não justo. Direito e justiça são domínios distintos. O ponto é: mesmo quando se aceita que o direito é um ramo da Moral, deve-se aceitar essa distinção indispensável entre o galho e o restante da árvore. DWORKIN, op. cit., p. 171.

⁵⁷ De fato, a separação entre Direito e Moral é uma das características definidoras do positivismo jurídico. Curiosamente, contudo, o próprio Hart (um verdadeiro *ícone* do positivismo jurídico, por assim dizer) admite que, em alguma medida, há um vínculo necessário entre Moral e o Direito. Depois de descrever alguns exemplos nos quais, julga, o direito refletiria a Moral (como, no caso dos Estados Unidos, a incorporação de valores morais substantivos como critérios últimos de validade jurídica), afirma: “Nenhum ‘positivista’ poderia negar esses fatos ou recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte desses tipos de correspondência com a moral. Se é isso que se postula como a ligação necessária entre o direito e a moral, sua existência deve ser reconhecida”. HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 263-4.

inclui não só regras específicas criadas conforme as práticas aceitas pela sociedade, mas também abrange os princípios que fornecem a melhor justificativa moral dessas regras positivadas. Há regras, assim, que jamais foram formalmente promulgadas, mas que, por decorrerem destes princípios, são igualmente vinculantes. O interpretativismo, portanto, nesta formulação, aborda o Direito como Dworkin o concebe, ou seja: como um *conceito interpretativo*⁵⁸.

Depois, o autor admite que, em *Levando os Direitos a Sério*, ao defender o interpretativismo, tratou de Direito e Moral como se fossem dois sistemas separados, que interagem. Essa tese foi, como se vê, agora reformulada pela metáfora da árvore. É que Dworkin concluiu que, uma vez que se tomem Direito e Moral como sistemas separados, não há um ponto de vista neutro de onde se possam fazer as conexões entre um e outro. O que há é *circularidade*. Qualquer pergunta que se faça sobre as relações entre Direito e Moral, ao presumir a separação entre estes dois sistemas, não pode ser respondida a não ser que já se saiba uma resposta de antemão. A resposta depende de uma teoria, e não se tem uma teoria sem que se tenha, previamente, alguma perspectiva a respeito do papel que a moralidade desempenha no Direito⁵⁹.

Dworkin argumenta ao longo de *Justice for Hedgehogs* que a integração da moralidade política é uma condição necessária da verdade, ou seja: não conseguimos apresentar uma concepção persuasiva de nossos diversos valores políticos a não ser que eles, de fato, se inter cruzem (*unless our conceptions do mesh*). E arremata: *it is the fox who wins too easily: it is his apparent victory, now widely celebrated, that is hollow*⁶⁰.

2.1.5 Interpretação⁶¹

Para que possamos concordar ou discordar a respeito das concepções apresentadas por Dworkin (sobre democracia, igualdade, liberdade etc.) é preciso fazer uma pausa e refletir sobre *o que são* conceitos políticos e sobre como se dão

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 401-2.

⁵⁹ Ibid., 402-3.

⁶⁰ Numa tradução livre: *é a raposa que vence fácil demais: é a sua vitória aparente, agora largamente celebrada, que é vazia*.

⁶¹ DWORKIN, op. cit., p. 6-7.

nossos entendimentos ou divergências a respeito de suas definição e aplicação. Não adianta discutirmos sobre as exigências da “democracia” se eu e você temos em mente noções diferentes desse conceito. Nesse caso, a discussão não seria sobre democracia, mas sobre o *uso correto da palavra democracia*.

Então, precisamos *compartilhar* um conceito, de modo que nossas divergências sobre seu conteúdo sejam autênticas. E isso acontece, segundo Dworkin, quando concordamos – em geral, ao menos – a respeito dos *critérios de identificação* desses conceitos. Por exemplo, nós concordaremos a respeito de quantos livros há sobre uma mesa, ainda que se tenha alguma dúvida a respeito da inclusão de um *panfleto* – que também está em cima da mesa – nessa conta. Se a nossa discussão for sobre se o *panfleto é ou não um livro*, nossa divergência será apenas ilusória (continuaremos concordando com o *número de coisas que há em cima da mesa*). Será apenas quanto aos critérios de identificação⁶².

Agora, a coisa muda de figura quando discutimos a respeito de conceitos políticos. Nós divergiremos, por exemplo, com relação à justiça da tributação progressiva, de forma genuína, mesmo que concordemos muito pouco com relação aos critérios que definem a justiça de uma instituição.

Sendo assim, cabe uma distinção: alguns conceitos – como os conceitos políticos e morais – devem ser concebidos como *conceitos interpretativos*. Nós os compartilhamos porque dividimos práticas sociais e experiências nas quais eles aparecem. Esses conceitos descrevem *valores*; contudo, nós discordamos a respeito desses valores e da maneira como eles se expressam. Nós discordamos porque interpretamos as práticas que compartilhamos de uma maneira diferente: temos teorias diferentes a respeito de quais valores melhor justificam aquilo que aceitamos como características centrais ou paradigmáticas daquela prática. Essa estrutura faz com que nossos dissensos conceituais sobre liberdade ou igualdade sejam autênticos. E também fazem com que nossas divergências sejam mais *valorativas* do que sobre fatos ou sobre uso correto das palavras⁶³.

⁶² Dworkin dá outro exemplo: se divergimos a respeito de se um amigo nosso, que está perdendo cabelo, é ou não *careca*, apesar de concordarmos a respeito de *quanto cabelo ele ainda tem*, nossa divergência é falsa ou meramente verbal. Para o autor, os conceitos de *livro* ou de *careca* são conceitos *criteriais*: as pessoas em geral convergem a respeito dos critérios corretos para a sua aplicação e divergem, apenas, sobre algumas aplicações que consideram marginais. DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 158-9.

⁶³ O que não é o mesmo que dizer que conceitos interpretativos não podem ser definidos. A filosofia moral e política é, em grande medida, um esforço de definição destes conceitos. A questão é: já

Vale explicar melhor, retomando, brevemente, a leitura de *O Império do Direito*. Nesta obra, Dworkin sugere que as pessoas assumem uma “atitude interpretativa” com relação aos fatos sociais, composta por dois pressupostos: o “valor” (querendo significar que determinada prática social tem alguma *finalidade*) e a suscetibilidade da prática interpretada (uma regra, uma conduta etc.) a essa finalidade; trata-se, pois, de um processo de atribuição de *significado* a uma instituição para, em seguida, reestruturá-la de acordo com esse significado. Daí porque “valor e conteúdo se confundem”⁶⁴. Na verdade, para o autor, a interpretação das práticas sociais “preocupa-se essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete”⁶⁵. Claro que, com isso, ele não está dizendo que o intérprete “possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem”, uma vez que “do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto”⁶⁶.

Voltando ao ponto, Dworkin crê que, por serem *valorativas* as divergências a respeito de conceitos interpretativos, a defesa de alguma concepção a respeito de um valor político específico (como a liberdade ou a igualdade) *deve estar baseada em outros valores que vão além dele*. Não faz sentido (seria viciosamente circular), explica, defender uma determinada concepção de liberdade com base na própria liberdade. De modo que os conceitos políticos *devem estar integrados uns aos outros*. Não podemos defender uma concepção de qualquer deles isoladamente. É

que qualquer definição de um conceito moral é uma peça de interpretação moral, qualquer definição será, invariavelmente, controversa. DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 170.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 58. Cabe destacar que, para o autor, “se uma comunidade faz uso de conceitos interpretativos, o próprio conceito de interpretação será um deles: uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos”. *Ibid.*, p. 60.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 63.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 64. É difícil não lembrar, aqui, do *círculo hermenêutico* de que fala o filósofo Hans-Georg Gadamer, a partir de Martin Heidegger. Para Gadamer, quem quer compreender um texto (e, neste contexto, a prática social “funciona” como um “texto”) realiza sempre um “projetar”, ou seja, tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do “todo”, e isso justamente porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado (o “propósito”); assim, é na “elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração de sentido” que consiste a compreensão do que está posto no texto. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004, p. 356. Defenderemos a seguir que essa interação entre o “propósito” (um projeto compreensivo) e o “objeto” da interpretação (um texto, uma prática social instituída sob o império do Direito) é um consistente ponto de contato entre a “atitude interpretativa” dworkiniana e a “espiral hermenêutica” gadameriana.

necessário, pois, que mostremos como a nossa concepção se ajusta e compatibiliza com outras concepções atraentes de conceitos políticos diversos. A integração é necessária. E esse é um argumento decisivo em prol da tese da *unidade do valor*.

Para defender o que afirma, o jusfilósofo norte-americano retoma ao longo de *Justice for Hedgehogs* a proposta de algo como uma *teoria geral da interpretação*, que englobe gêneros tão diferentes como a literatura, a religião, a história e o direito, inclusive.

Cabe lembrar – e isto fica particularmente claro em *Uma Questão de Princípio* –, que Dworkin não considera a interpretação jurídica como uma atividade *sui generis*, destinada a descobrir o significado de um texto, mas, isso sim, como uma *atividade geral*, operada de igual forma em outros contextos. E para defender o que afirma, o jusfilósofo elabora uma curiosa (e bastante conhecida) analogia entre o direito e a literatura, entre *interpretação jurídica* e *interpretação literária* (lembremos da metáfora do *romance em cadeia*⁶⁷).

Mais especificamente, preocupado em identificar, na literatura, interpretações que se ocupem do “objetivo ou significado da obra como um todo”, Dworkin trabalhará com uma categoria por ele chamada de *hipótese estética*, que consiste no seguinte: “a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte”⁶⁸. A tal *hipótese estética* serve para defender o argumento de que as teorias acadêmicas de interpretação devem deixar de ser vistas como análises da própria ideia de interpretação (o que é interpretar?) e passar a ser entendidas como candidatas à melhor resposta para a questão substantiva colocada pela interpretação (qual, enfim, a melhor maneira de realizar a atividade?); a conclusão de Dworkin é: “não há mais uma distinção categórica entre a interpretação, concebida como algo que revela o real significado de uma obra de arte, e a crítica, concebida como avaliação do seu sucesso e importância”, justamente porque “convicções valorativas sobre a arte figuram em ambos os julgamentos”⁶⁹.

⁶⁷ Em resumo, Dworkin usa a interpretação literária como modelo para o modo central da análise jurídica, argumento que ilustra a partir do seguinte exercício literário: cada romancista deverá criar um capítulo subsequente de uma obra coletiva, assumindo com seriedade a responsabilidade de criar, o quanto possível, um romance único, integrado (ao invés, por exemplo, de uma série de contos independentes com personagens desse nome). Para o autor, “decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário”. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235-7.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 222.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 227.

Seja como for, a ênfase, em *Justice for Hedgehogs*, está em dois aspectos da interpretação: *responsabilidade* e *valor*. A proposta, agora, é de criar uma teoria geral baseada no *valor*. Segundo o autor, os intérpretes têm grandes responsabilidades, e a melhor interpretação do direito ou de um poema é a interpretação que melhor atenda a essas *responsabilidades*. E é porque há desacordo sobre essas responsabilidades, porque há dissenso sobre os *valores* em questão, que surgem as divergências interpretativas.

2.1.6 Verdade e valor⁷⁰

Para Dworkin, a moralidade política depende de interpretação; e a interpretação depende do valor. Essas são as premissas para que se compreenda a sua defesa de que *há verdades objetivas a respeito do valor*⁷¹. O autor acredita que algumas instituições são *realmente injustas* e que algumas atitudes *realmente estão erradas*, mesmo que as pessoas pensem o contrário.

Explicando melhor, Dworkin (como aparece de forma bem clara em *A Justiça de Toga*, ao longo de uma interessantíssima leitura crítica das contribuições de John Rawls para a filosofia do direito⁷²) defende que o fato de uma proposição enunciar ou não *verdades objetivas* depende de seu conteúdo – e não de um pressuposto metafísico. Afirma-se uma verdade objetiva quando se afirma que a verdade independe da crença ou da preferência de quem quer que seja. Essa afirmação será ou não bem sucedida a depender dos argumentos que a sustentem, não pelo recurso a algum tipo de realidade que extrapole essas razões. E esses argumentos em favor da objetividade somente serão o bastante quando forem suficientemente sistemáticos, além de mútua e reciprocamente examinados⁷³.

Na contramão do pensamento dworkiniano, porém, há um sem-número de filósofos que defendem a inexistência de valores *objetivamente independentes*, ou seja, que pensam que julgamentos valorativos apenas expressariam nossas atitudes

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 7-11.

⁷¹ Conferir: DWORKIN, Ronald. *Objectivity and truth: you'd better believe it*. 1996. Disponível em: <<http://cas.uchicago.edu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-truth.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2014. Em *A Justiça de Toga* essa temática é retomada no capítulo 2 (*O elogio da teoria*). DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 71-106.

⁷² *Ibid.*, capítulo 9, p. 341-69.

⁷³ *Ibid.*, p. 368.

e compromissos (seriam, portanto, *subjetivos*). Em geral – observa Dworkin –, esses autores têm em mente a vida privada das pessoas. Para o autor, contudo, eles estão errados, *inclusive*, sobre a vida privada. Ao longo de *Justice for Hedgehogs*, o jusfilósofo norte-americano defenderá o ponto de que a nossa *dignidade*⁷⁴ nos leva a reconhecer que a questão sobre se vivemos bem ou não é uma mera questão de opinião. E *ainda mais errados estão esses filósofos do relativismo moral com relação à Política*. A Política, mais do que qualquer outro aspecto da nossa vida, não se pode dar ao luxo de ser cética a respeito de *valores*.

A Política é coercitiva. E não podemos fazer frente a nossas responsabilidades como governantes ou cidadãos a não ser que aceitemos que a Moral e outros princípios que nos guiam em votações ou atitudes sejam verdades objetivas. Note-se: não é o bastante para um político dizer que endossa uma determinada teoria da justiça porque é a que mais lhe agrada, ou porque é a que mais corretamente se ajusta à sua visão de mundo. Ou que seus princípios políticos observam as tradições da nação – como se isso o dispensasse de justificá-las. A história de uma nação – pondera Dworkin –, bem como a política contemporânea, são um caleidoscópio de princípios conflitantes. Sendo assim, qualquer formulação a respeito das *tradições da nação* deve ser uma interpretação radicada em determinadas suposições sobre *o que é realmente verdade*⁷⁵. Claro que as pessoas

⁷⁴ Vale dizer que, desde *Levando os Direitos a Sério* (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 305), a noção de dignidade humana invocada por Dworkin está associada à obra de Kant, para quem “o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim”; além disso, “os seres racionais denominam-se *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”; daí deriva a ideia de *dignidade* associada à *pessoa humana*, já que “no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 58-65. Na leitura de Dworkin, que será aprofundada na sequência dessa pesquisa, o aspecto central do argumento kantiano consiste em considerar que o respeito pela nossa própria humanidade significa respeito pela humanidade *enquanto tal*, quer dizer: se você trata os outros como simples *meios* (instrumentos), cujas vidas não têm importância intrínseca, você está, na verdade, desprezando a sua própria vida também. DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 16-7.

⁷⁵ Dworkin sugere àqueles que se recusam a empregar a palavra *verdade*, que a substituam por alguma outra expressão – como, por exemplo, *mais razoável* ou *mais aceitável*. DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 172. Seguindo esse alvitre, por vezes daremos preferência, ao longo da pesquisa, à expressão “boa resposta” em detrimento da expressão “resposta correta”; o

discordarão sobre qual concepção de justiça, por exemplo, realmente é verdade. Mas as pessoas que exercem o poder devem acreditar que o que dizem é, de fato, *verdade*⁷⁶. E, cabe salientar, *verdade*, para Dworkin, deve ser entendida como um *conceito interpretativo*⁷⁷.

Adiante.

Como reconhece o próprio Dworkin, desde um ponto de vista filosófico, a ideia mais radical defendida ao longo de *Justice for Hedgehogs* é a chamada *independência metafísica do valor* (*the metaphysical independence of value*). Ou seja, a tese de que a validade dos juízos de valor não depende de argumentos estranhos ao seu próprio domínio (não depende, por exemplo, de argumentos estritamente filosóficos ou metafísicos).

Cabe explicar melhor. De acordo com o autor, é uma noção corriqueira a de que algumas atitudes – por exemplo, torturar bebês por diversão – sejam ruins *em si mesmas*, e não porque as pessoas pensam que elas são erradas. Elas continuariam sendo erradas mesmo que, incrivelmente, ninguém pensasse assim. Pondera Dworkin: “Você pode até não acreditar nisso; alguma forma de subjetivismo moral pode ser mais plausível para você. Mas se isso é ou não verdade é uma questão de argumentação e julgamento morais”⁷⁸.

Nessa linha, o único *case*⁷⁹ inteligível a favor da *independência mental* (*mind independence*⁸⁰) de algum julgamento moral, da sua *objetividade*, é um argumento

significado, quando não houver uma distinção expressa, é o mesmo. Contudo, nossa opção está justificada pela intenção de aliviar nossa proposta do, digamos assim, *preconceito semântico* que seu nome provoca. Mas, atenção: isso não quer dizer que pretendemos fazer uma interpretação mitigadora das teses de Dworkin, como numa tentativa de “salvá-lo” da sua ideia contraintuitiva. Como observa corretamente Macedo Junior, a “redução ao razoável” que alguns fazem à proposta dworkiniana (falar não em “resposta certa”, mas em “melhor resposta possível” e quetais), frequentemente não leva em consideração o quanto tal esforço é contrário às intenções teóricas mais fortes do jusfilósofo norte-americano. Equivale a dizer, essa “conciliação ‘fácil’ e ‘razoável’ na verdade solapa o sentido mais profundo da tese da existência de uma resposta certa e seu ancoramento numa concepção distinta daquela de seus críticos quanto aos conceitos de objetividade e certeza”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47. Nesse desvio, não pretendemos incorrer.

⁷⁶ Falando especificamente sobre o Direito, observa Dworkin que uma proposição jurídica pode ser considerada *verdadeira* se for mais coerente do que a proposição contrária com a teoria jurídica que justifique melhor o direito estabelecido; e pode ser negada como *falsa* se for menos coerente com essa teoria do Direito do que a contrária. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 435.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 173.

⁷⁸ No original: “You might not believe that; some form of moral subjectivism might seem more plausible to you. But whether it is true is a matter of moral judgement and argument”. *Ibid.*, p. 9.

⁷⁹ O *case* é algo como a soma dos argumentos; é a apresentação do *caso* como um todo.

moral demonstrando que ele seria verdadeiro mesmo que ninguém pensasse assim; e o único *case* inteligível em sentido oposto seria um argumento moral contrário. Num e noutro caso, não teríamos como enfrentar a questão sem que nos valêssemos da própria argumentação moral.

Por certo que a noção proposta por Dworkin é controversa e até, em alguma medida, *contraintuitiva*. No verso da moeda, os filósofos que negam a *tese da independência* insistem numa distinção entre dois ramos da filosofia moral. Eles distinguem as questões *de* moralidade (*questions of morality*) das questões *sobre* a moralidade (*questions about morality*)⁸¹. As primeiras seriam questões *substanciais*, ou de *primeira ordem*, ao passo que as segundas seriam *metaéticas* ou de *segunda ordem*. Eles supõem que os assuntos *metaéticos* devam ser abordados com argumentos *filosóficos* e não *morais*⁸².

Seja como for, o que deve ficar claro é que a *independência do valor* tem um papel decisivo na tese mais geral de Dworkin, de que os vários conceitos e departamentos do valor estão interconectados e apoiam-se mutuamente. Se o autor estiver certo – ou seja, se não houver verdades não valorativas, metaéticas, de segunda ordem, a respeito do valor –, não poderemos acreditar nem que julgamentos morais são verdadeiros por referência a alguma entidade moral especial (abstrata), e nem que eles deixem de ser verdadeiros pela inexistência desse tipo de entidade. Julgamentos valorativos *são verdadeiros quando são verdadeiros*, não em virtude de qualquer *encaixe*, mas em vista do *substantive case* (do conjunto dos argumentos substantivos, materiais) que pode ser feito em seu favor. O reino moral é o reino do argumento, e não do fato bruto e cru. Portanto – afirma Dworkin –, não é desarrazoado supor que *não existam conflitos, mas, tão somente, apoio mútuo neste reino*. Ou, o que vem a ser a mesma coisa, que quaisquer conflitos que

⁸⁰ A expressão reforça a objetividade da moral, em oposição ao subjetivismo.

⁸¹ Por exemplo, uma questão *de* moralidade seria: “A justiça requer um sistema universal de saúde?”, ao passo que uma questão *sobre* a moralidade seria: “A afirmação de que a justiça requer um sistema universal de saúde pode reivindicar o caráter de *verdadeira* ou, ao revés, simplesmente expressar uma atitude?”.

⁸² Estes argumentos *não-morais* seriam ora *realistas* (seriam verdadeiros conforme correspondessem à *realidade*), ora *antirrealistas* (embora não fique claro qual seria o oposto do *realismo* nesse campo de argumentação *não-moral*). Dworkin sugere, efetivamente, que não há uma grande diferença entre as abordagens *realistas* e *antirrealistas* destas questões ditas *metaéticas*. DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 10.

reputemos incontornáveis mostram não desunidade, mas sim uma unidade mais fundamental do valor que produz esses conflitos como resultados substantivos⁸³.

*Responsabilidade*⁸⁴

Se, como propõe Dworkin, uma teoria da justiça é moral do início ao fim (*all the way down*), então qualquer divergência que se tenha sobre a justiça também deve resistir *do início ao fim*. Não há um plano científico ou metafísico que regule qual é a melhor concepção de justiça ou de igualdade. A moralidade é um domínio independente do pensamento. Qualquer argumento sobre a moral (qualquer *reivindicação moral*) deve pressupor ou incluir outras reivindicações morais. Isso significa que devemos prestar atenção a uma virtude moral importante (e imprescindível para a compreensão adequada do pensamento dworkiniano): a *responsabilidade moral*.

De fato, se não podemos esperar concordância dos nossos concidadãos (*fellow citizens*), podemos ao menos exigir deles *responsabilidade*. Precisamos, pois, desenvolver uma teoria da responsabilidade que tenha força suficiente para que digamos às pessoas: “Discordo de você, mas reconheço a integridade do seu argumento. Reconheço a sua responsabilidade moral”, ou “Concordo com você, mas você não foi responsável na formulação de seu argumento. Você atirou uma moeda para o alto ou acreditou naquilo que você ouviu num programa televisivo tendencioso. Não passa de um acidente que você tenha chegado à verdade”⁸⁵.

Entenda-se: não há como *demonstrar* que um argumento moral é correto; não há como sustentá-lo sem pressupor ou aceitar outros argumentos morais. O que se pode, repete-se, é exigir de quem o formula a referida *responsabilidade*. Insistindo no exemplo acima, nós podemos estar certos, por hipótese, com relação à justiça das cotas raciais tendo formado a nossa opinião num jogo de *cara-ou-coroa*, e

⁸³ Aqui fica evidente, na nossa opinião, o desacerto de certos setores da doutrina que pretendem aproximar a concepção dworkiniana de *princípio* com as teses de Robert Alexy. Para Dworkin, não há *conflitos entre princípios*, mas sim, apoio recíproco. Aliás, é desse apoio recíproco que decorre o *peso* do argumento de princípio em cada caso.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 11-3.

⁸⁵ A associação entre coerência e responsabilidade na formulação de argumentos já aparecia em *Levando os Direitos a Sério*. Basta lembrar da chamada “doutrina da responsabilidade política”, mediante a qual Dworkin sustenta “que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 137.

estarmos errados, quanto a este mesmo assunto, depois de uma demorada reflexão. Contudo, teríamos sido *irresponsáveis* no primeiro caso e *responsáveis* no segundo. E a distinção entre um e outro argumento passa a ser o tema dessa almejada *teoria da responsabilidade*.

É o que o autor chama de *epistemologia moral*. Em síntese, é uma espécie de *teoria da responsabilidade moral*, mediante a qual possamos *conferir* se nosso raciocínio moral é bom ou mau – o que, também, diga-se, é uma *questão moral substantiva*. Utiliza-se *parte* de uma teoria geral do valor para conferir a *integridade*⁸⁶ do raciocínio no restante. O ponto defendido por Dworkin, aqui, já deve ter ficado claro: ele está defendendo que o raciocínio moral deve ser *interpretativo*.

Para tornar esse ponto mais compreensível, permitimo-nos acrescentar mais alguns dados, antes de prosseguir, sobre a abordagem dworkiniana a respeito da *interpretação*. Para o jusfilósofo norte-americano, a interpretação é interpretativa, assim como a moralidade é moral, *do início ao fim*. Uma interpretação em particular é exitosa (quer dizer, atinge a *verdade* a respeito do sentido de algum objeto) quando consegue situar o objeto em questão em relação aos propósitos da prática interpretativa identificados como pertinentes. E isso se dá, desde um ponto de vista analítico, em três etapas. Primeiro, nós individualizamos essas práticas (por exemplo, definimos se estamos diante de interpretação jurídica ou literária); segundo, atribuímos um conjunto de propósitos ao gênero ou subgênero que identificamos como pertinentes; e, terceiro, tentamos identificar a melhor realização daquele conjunto de propósitos numa ocasião em particular⁸⁷.

Vejamos como isso se dá com relação à implantação dos conceitos morais. Desde crianças nós *introjetamos* conceitos morais (a partir do convívio com nossos pais, com o meio cultural etc.), especialmente, um conceito de *fairness*⁸⁸; depois, vamos desenvolvendo outros, mais sofisticados, como a *generosidade*, a *bondade*, o

⁸⁶ Não há como deixar de referir, aqui, a tese do *Direito como integridade*, proposta por Dworkin no *Império do Direito*. Para o autor, as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões jurídicas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre o seu significado. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 164. Em resumo, trata-se de interpretar o Direito como uma totalidade coerente e de sustentar, com base nessa abordagem, que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. *Ibid.*, p. 186. Esse tema será, oportunamente, retomado ao longo da nossa pesquisa. Em especial, quando tratarmos das diferentes concepções de interpretação constitucional.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 131.

⁸⁸ Neste contexto, a expressão *fairness* deve ser compreendida como *justiça* ou *equanimidade*.

dever de cumprir promessas, os direitos e os deveres. Na sequência, tomamos contato com conceitos políticos (*direito, democracia, liberdade* etc.). Esse conjunto de opiniões vai ficando mais detalhado nos desafios morais cotidianos da família, do comércio e da vida política. Segundo Dworkin, isso tudo nós interpretamos, ainda que irrefletidamente, tomando cada um destes conceitos à luz dos demais. A interpretação *une* esses valores, formando uma *rede* em que cada um destes valores, que aceitamos autenticamente, suporta o outro, em relação de reciprocidade⁸⁹. O nosso pensamento seria *dirigido*, assim, à unidade.

Explicando melhor: nossos julgamentos morais são interpretações de conceitos morais básicos, e nós *testamos* essas interpretações colocando-as num quadro maior do valor para verificar tanto se elas se encaixam adequadamente (*wether they fit*) como também para ver se elas estão apoiadas por aquilo que entendemos sejam as melhores concepções de outros conceitos.

Vale fixar pela repetição, pois: para Dworkin, a Moral como um todo, e não apenas a moralidade política, é um empreendimento interpretativo. E a interpretação é, como se viu, uma questão de responsabilidade.

Conclusivamente, portanto, *responsabilidade* passa a ser um conceito central no contexto das teses dworkinianas. *Responsabilidade* e *verdade* são, ambas, *virtudes*⁹⁰. E o autor apressa-se em dizer que não há, aí, um prejuízo ao livre-arbítrio. Tratar-se-ia de coisas compatíveis. Em realidade, Dworkin pensa que o caráter e a extensão de nossa responsabilidade pelas nossas ações levantam antes uma questão *ética: qual o caráter de uma vida bem vivida?* Nesse ponto, o jusfilósofo demarca uma distinção entre *Ética*, que é o estudo de *como viver bem*, e *Moral*, que é o estudo de *como devemos tratar as outras pessoas*. É disso que nos ocuparemos agora.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 101.

⁹⁰ *Virtude*, no contexto da filosofia aristotélica, é uma “disposição estabelecida que leva à escolha de ações e paixões e que consiste essencialmente na observância da mediania relativa a nós, sendo isto determinado pela razão, isto é, como o homem prudente o determinaria. E é um estado mediano entre dois vícios, um constituído pelo excesso e outro constituído pela deficiência”. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Bauru, SP: EDIPRO, 2002, p. 74. Cabe dizer que Dworkin considera *Ética a Nicômaco* uma “ilustração soberba” do chamado *método interpretativo* sugerido em *Justice for Hedgehogs* (DWORKIN, op. cit., 2011, p. 186).

Ética⁹¹

“Como, então, devemos viver?”, pergunta Dworkin.

O autor sustenta que cada um de nós tem uma responsabilidade ética soberana de fazer algo de valor de nossas vidas, assim como um pintor faz algo de valor com uma tela. Ele acredita que, havendo *verdade* no *valor*, também a responsabilidade ética possa ser objetiva. Para ele, nós queremos viver bem porque reconhecemos que devemos viver bem, e não de qualquer outra maneira. Dessa premissa (de assunção de responsabilidade pelas nossas próprias vidas) desdobram-se diversas responsabilidades e obrigações para com os outros. Entretanto, adverte, somente em alguns papéis e circunstâncias especiais – principalmente na política – essas responsabilidades exigem imparcialidade entre os outros e nós mesmos.

De acordo com Dworkin, devemos tratar a construção de nossas vidas como um *desafio*, que podemos enfrentar de maneira boa ou ruim. Devemos assumir a ambição de fazer de nossas vidas *boas vidas*: autênticas e valiosas, ao invés de mesquinhas ou degradantes. Em especial, devemos honrar nossa *dignidade*. Devemos encontrar o valor de viver – *o sentido da vida* – em *viver bem*, tanto quanto encontramos valor em amar, pintar, escrever ou cantar bem. Não há outro valor duradouro ou sentido para nossas vidas – mas isso já são valor e significado suficientes. Na verdade – empolga-se Dworkin –, isso é maravilhoso.

Pois bem. Para justificar essas abrangentes (e, para não variar, intrinsecamente controversas) proposições, ao longo de *Justice for Hedgehogs*, Dworkin dedica-se à investigação das chamadas *dimensões da dignidade*⁹². Vejamos como isso é feito.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 13-4.

⁹² Vale registrar, a respeito do ponto, o pensamento de Adalberto Hommerding: “Al retomar Aristóteles, Dworkin atribuye un carácter interpretativo al concepto de ‘*eudemonia*’. Para algunos, ella podría traducirse por ‘felicidad’, pero, en realidad, significaría ‘vivir bien’. Como La ‘vida buena’, que para Aristóteles sería una consecuencia de la vida virtuosa, de la disposiciones que describe, para Dworkin consistiría en la ‘vida digna’, en que se respeta la humanidad del otro y se es respetado solo por el hecho de ser humano. Dworkin unifica moral y ética, una vez que, en breves palabras, afirma que es tratando dignamente a los demás que se vive bien, con dignidad”. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 203.

O autor procura, aproximando-se da filosofia moral kantiana⁹³, por uma concepção de *viver bem* que sirva, enquanto padrão ético, como guia na interpretação de conceitos morais. E quer, como parte do mesmo projeto, desenvolver um conceito de moralidade que guie, por sua vez, a interpretação do que seja *viver bem*⁹⁴. Por aí já se nota que *viver bem* ou *ter uma vida boa* é matéria de interpretação. Para Dworkin, trata-se, ambos, de conceitos interpretativos e interdependentes. Ainda que distintos. *Viver bem* significa o esforço em criar uma *vida boa*, sujeita apenas a certas restrições essenciais à dignidade humana. Nós não conseguiremos explicar a importância de uma boa vida senão percebendo como a criação de uma boa vida contribui para que se viva bem⁹⁵.

Seguindo, o autor desenvolve a hipótese de que *viver bem* é dar um *sentido ético* à vida, como um pianista dá sentido à música que toca. Dworkin afirma que o valor final de nossas vidas é *adverbial* e não *adjetivo*, querendo dizer que o valor se encontra mais no *meio* (ou no *modo* como se vive) do que no *resultado* desta *performance* (é o que chama de *performance value*). Voltando à analogia com a arte, é como comparar uma pintura original, produto de uma determinada *performance*, que se valoriza, com uma mera cópia da tela: ainda que o *resultado* possa ser parecido, o *valor* estaria na *performance*, na construção da obra. O autor acredita que devemos viver uma vida que nos dê orgulho mesmo nos momentos adversos. E essa ambição somente é explicável quando acreditamos ter a *responsabilidade de viver bem*, algo que decorreria do só-fato de existirmos e sermos autoconscientes⁹⁶.

Chegamos, agora, a um ponto crucial no contexto das teses dworkinianas. Explorando, conforme sugerido, as dimensões da *dignidade humana*, finalmente o

⁹³ Como explica José María Rodríguez Paniagua, “En el fondo de la doctrina moral de Kant, hay una tradición, que se remonta a la filosofía griega, de mirar con prevención las inclinaciones naturales y preferir la razón: ésta es la que debe orientar y marcar lo que se debe hacer. Por otro lado, influye en esa doctrina la exaltación, de signo cristiano, por parte de Kant, del valor de la persona humana, que queda elevada muy por encima de cualquier otro ser de este mundo. Esta elevación se la debe el hombre a la moralidad, lo mismo que la que distingue a unos hombres sobre otros: frente a un hombre poderoso, o rico, o sabio podemos sentir admiración; pero el verdadero respeto y acatamiento a un hombre no se lo tributamos sino cuando sabemos que es honrado. De acuerdo con esto, todas las cosas tienen un *precio*, pero, según Kant, el hombre no, sino que lo que le corresponde, en lugar del precio, es *dignidad*”. RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María. *Historia del pensamiento jurídico I: de Heráclito a la Revolución Francesa*. Madrid: Universidad Complutense, 1988, p. 269.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 193.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 195-6.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 195-7.

autor chega a um canal de *integração* entre os valores morais e a responsabilidade ética. Cuida-se de dois princípios éticos: o princípio do *respeito próprio* (*principle of self-respect*) e o princípio da *autenticidade* (*principle of authenticity*). De acordo com o primeiro, cada pessoa deve levar a sua vida a sério, ou seja, deve aproveitar, ao invés de desperdiçar, a sua oportunidade de viver: há, com efeito, uma importância *objetiva* em se viver bem, de modo que devemos tratar nossas vidas como dotadas dessa importância. Pelo segundo, cada um tem a responsabilidade de identificar aquilo que conta como *sucesso* em sua própria vida (já que você se leva a sério – pondera o autor –, viver bem expressa o seu próprio estilo de vida, a maneira com a qual você a encara)⁹⁷.

Para Dworkin, estes dois princípios, juntos, oferecem uma concepção de *dignidade humana*: a dignidade requer respeito próprio e autenticidade. Eis, aliás, a integração prometida: chega-se ao conteúdo da moralidade a partir da dignidade. A ação será errada caso comprometa a dignidade dos outros.

*Mora*⁹⁸

Dworkin identifica um apelo *natural* (apesar de não usar, propriamente, esta expressão) do homem à moralidade. Portanto, ao invés de se perguntar “*Por que ser moral?*”, ele prefere tentar entender esse apelo à moralidade que já sentiríamos. De acordo com o autor, a resposta a essa questão não só melhora o autoconhecimento como também ajuda a refinar o conteúdo da moralidade. Ajuda a enxergar de maneira mais clara o que, se quisermos ser morais, devemos fazer.

Em todo o caso, a resposta à pergunta acima (“Por que ser moral?”) está, para o autor, na integração entre moralidade e Ética – mais especificamente, com a

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 203-4. Em linguagem um pouco menos acadêmica, em texto de 2006, Dworkin abordou essas chamadas *duas dimensões da dignidade humana* da seguinte forma: o primeiro princípio, o *princípio do valor intrínseco*, sustenta que cada vida humana tem um valor especial *objetivo*, ou seja: uma vez que a vida comece, *importa como ela se desenvolve*. Ela será boa quando seu potencial é exercido e, má, quando seu potencial é desperdiçado. O sucesso da vida humana não é, assim, apenas importante para a pessoa que a vive: ela tem valor *objetivo* (não importa, pois, se a vida é nossa ou de outrem). Já o segundo princípio, o *princípio da responsabilidade pessoal*, sustenta que cada pessoa tem a responsabilidade por atingir o sucesso em sua própria vida – e essa responsabilidade inclui o exercício de seu juízo próprio a respeito de *qual tipo de vida* seria, para si mesma, um sucesso. Trata-se de uma *responsabilidade soberana* por sua própria vida, algo indelegável. DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 9-10.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 14-5.

ética da *dignidade*. Para ele, nós seríamos atraídos à moralidade da mesma forma como somos atraídos às dimensões do respeito próprio.

Dworkin entende que as lições de Kant a respeito da dignidade humana são ainda mais persuasivas, portanto, quando entendidas como afirmações interpretativas que ligam Moral e Ética. Com o objetivo de localizar a moralidade na Ética, Dworkin reformula os princípios éticos que apresenta (respeito próprio e autenticidade) da seguinte maneira: por um lado, o homem deve tratar a si próprio como um *fim em si mesmo* e, por conta disso, deve tratar os demais da mesma maneira (como *fins em si mesmos*). Deve, pois, respeitar a sua própria humanidade respeitando a humanidade dos outros. Por outro, deve tomar a *liberdade*, igualmente, como um fim em si mesmo. O homem deve endossar os valores que estruturam sua vida.

Esse é, em definitivo, o conceito de *autonomia* que Dworkin desdobra da filosofia kantiana e, à sua maneira, endossa. Segundo o autor norte-americano, Kant não concebia a autonomia como uma liberdade *para* perseguir quaisquer inclinações que possamos ter, mas, isso sim, como liberdade *dessas* inclinações. Nós somos autônomos quando observamos a lei moral e não um objetivo em particular⁹⁹.

2.1.7 Observações complementares

Talvez a melhor maneira de compreender o projeto dworkiniano seja seguir o tópico *A Just So Story*¹⁰⁰, que fecha o prólogo de *Justice for Hedgehogs* (e que, depois, é retomado no *Epilogue*¹⁰¹ da obra). Trata-se de uma espécie de resumo da história intelectual do Ocidente – ainda que o autor, expressamente, advirta que seu

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 265. Michael Sandel é particularmente claro ao explicitar essa relação entre moralidade e liberdade na filosofia kantiana: “Agir moralmente é agir por dever – em obediência à lei moral. A lei moral consiste em um imperativo categórico, um princípio que exige que tratemos as pessoas com respeito, como fins em si mesmos. Só agimos livremente quando agimos de acordo com o imperativo categórico. Isso acontece porque sempre que agimos segundo um imperativo hipotético agimos em prol de algum interesse ou objetivo externo. Mas nesse caso não somos verdadeiramente livres; nossa vontade não é determinada por nós, e sim por forças externas – por nossas necessidades circunstanciais ou por vontades e desejos que porventura tenhamos”. E segue: “Só podemos escapar dos ditames da natureza e das circunstâncias se agirmos com autonomia, segundo uma lei que impomos a nós mesmos. Tal lei não pode ser condicionada por nossas vontades e nossos desejos particulares. Assim, as rígidas noções de Kant sobre liberdade e moralidade são interligadas”. SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 156.

¹⁰⁰ DWORKIN, op. cit., p. 15-9.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 417-23.

texto não tem a pretensão de ser correto ou detalhado como deveria, caso fosse esse seu objetivo. A ideia aqui é apenas contextualizar, na história da Filosofia, o argumento defendido ao longo do livro.

De acordo com o autor, os antigos filósofos morais (chamados filósofos da *autoafirmação*, como Platão e Aristóteles) concebiam a ética como a busca da felicidade¹⁰², ao passo que, quanto à moralidade, seus comandos eram traduzidos em *virtudes* (aqui incluída a virtude da justiça¹⁰³). O conteúdo das *virtudes* e o de *vida boa* era indistinto e descoberto interpretativamente. Compreendiam-se ética e moralidade de forma integrada e interdependente.

Os filósofos *intoxicados por deus* (*god-intoxicated philosophers*) do início da era Cristã até a Idade Média tinham, com efeito, um objetivo parecido. Contudo, foram *auxiliados* por uma fórmula para atingi-lo: viver bem é viver na graça de Deus. A metafísica influente do período era a de que o ente divino nos deu *sentimento* e *razão*, sendo este o motivo pelo qual temos crenças éticas e morais, e mais: é por este mesmo motivo que confiamos estarem *corretas* essas crenças (Deus é o autor do nosso senso moral, de forma que nosso senso moral *só pode estar certo*).

A explosão filosófica do Iluminismo acabou com o reinado da moralidade: em seu lugar, entra um rigoroso *código epistemológico* que prega que nossas crenças somente serão verdadeiras se forem racionalmente justificadas. Seja à moda *matemática*, seja mediante o modelo das *ciências naturais*. Neste sentido, convicções morais somente seriam verdadeiras quando *validadas* pela *razão pura* ou por algum elemento externo, por alguma coisa *out there in the world*. Algo *além do valor* deve endossar o *valor*. Do contrário, não teríamos como levá-lo a sério.

¹⁰² Vale salientar que, no contexto da filosofia de Aristóteles, a felicidade não é um objetivo “positivo”, mas um objetivo “necessário”, conforme observa Höffe: “A felicidade não é um interesse ou objetivo ao lado de outros; não se pode primeiro aspirar, nem mesmo, primeiro à beleza, à riqueza ou ao sucesso profissional e uma outra vez à felicidade. Muito antes, a felicidade é aquele horizonte no qual todos os objetivos comuns e interesses encontram seu sentido. Nessa medida, as carências e interesses concretos encontram sua unidade na felicidade, não uma unidade teórica, mas prática, a unidade do bem-sucedido e do pleno de sentido, em oposição ao malsucedido, frustrante e sem sentido. Por isso, se esconde na felicidade, de fato, o objetivo último possível e não mais ultrapassável e, nesta medida, também natural da aspiração humana”. HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 234-5.

¹⁰³ Para Aristóteles, a justiça é a *virtude perfeita* “por ser ela a prática da virtude perfeita, além do que é perfeita num grau especial porque seu possuidor pode praticar sua virtude dirigindo-a aos outros e não apenas sozinho, pois há muitos que são capazes de praticar a virtude nos seus próprios assuntos privados, mas são incapazes de fazê-lo em suas relações com outrem. É por causa disso que aprovamos o dito de Bias segundo o qual ‘a autoridade mostrará o homem’, pois no exercício da autoridade aquele que a detém é levado necessariamente à relação com os outros e se torna um membro da comunidade”. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Bauru, SP: EDIPRO, 2002, p. 137-8.

O ceticismo de David Hume dá outra perspectiva a esta mesma temática. O filósofo escocês sugere que não é possível a nós descobrir, através dos modos de conhecimento que nos estão disponíveis, se qualquer convicção ética ou moral é ou não *verdadeira*. Não há, ao menos, como fazê-lo de modo empírico. Cabe observar, contudo, que, segundo Dworkin, bem entendida, a filosofia de Hume não é realmente *cética*: ela apenas endossa a independência da moralidade em relação aos demais departamentos do conhecimento (é o que o autor chama de *Hume's principle*, ou o *princípio de Hume*, reinterpretado ao longo de *Justice for Hedgehogs* para sustentar, como se viu, a tese da independência do valor em relação aos demais domínios do conhecimento).

Seguindo, o desencantamento e a psicologia contribuíram, a seu modo, para uma nova concepção do interesse pessoal (*self-interest*). *Viver bem* passou a ser uma decorrência da satisfação de uma gama de desejos contingentes que as pessoas simplesmente possuem. Essa visão de mundo gerou, observa Dworkin, dois desdobramentos distintos. Nos Estados Unidos e na Inglaterra perdeu-se o interesse na satisfação do interesse pessoal (já que se tratava de meros desejos que ocorria de as pessoas terem). Moralidade e interesse pessoal foram declarados *rivals*, por assim dizer: a moralidade deveria *subordinar* o interesse pessoal, de modo que os interesses de um não fossem considerados mais importantes do que os de quaisquer outros. Essa perspectiva nutriu o que Dworkin chama de moralidade de autonegação (*self-abnegation*), colocada, aliás, a serviço do consequencialismo impessoal de autores como Jeremy Bentham¹⁰⁴. Por outro lado, na Europa continental, um movimento distinto foi empreendido. Criou-se uma ética de autoafirmação (*self-assertion*), que perdeu o interesse na moralidade, tida, então,

¹⁰⁴ Jeremy Bentham (1748-1832) é considerado o fundador da doutrina utilitarista, baseada na ideia central de que o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a "utilidade", esta entendida como qualquer coisa que proporcione prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento. SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 48. Esta é, com efeito, a ética do *utilitarismo*, onde se conta "cada um de maneira igual", como explica Otfried Höffe: "No cálculo do bem social, o balanço do benefício-custo pessoal de cada um possui o mesmo peso. Aliás, o bem comum deve ser determinado da mesma maneira como o bem individual. Deve-se comparar o peso das vantagens com o das desvantagens, ainda que não mais se trate das vantagens com o das desvantagens do mesmo indivíduo, mas das vantagens de uns que são comparadas com as desvantagens de outros. Se na comparação resultar para o mandato para exercício da coerção um balanço positivo, ele seria legítimo no sentido utilitarista; se resultasse num balanço negativo, seria ilegítimo. De modo geral, vale como justificada aquela ordem social que leva ao relativamente maior bem social, respectivamente coletivo". HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 58-9.

como uma mera convenção sem valor objetivo. A moral seria um embaraço, nesse sentido, a uma vida livre e autêntica. Friedrich Nietzsche, o filósofo mais influente desta tradição, chegou a dizer que a moral é uma ideia subversiva inventada por aqueles que não têm a imaginação para viver de forma criativa.

Como se vê, nesta altura da história, o projeto de uma unidade interpretativa entre os dois departamentos do valor, presente na antiga filosofia grega, ficou em segundo plano. Para os gregos, viver bem era mais do que ter seus desejos satisfeitos; e ser moral significava aceitar uma genuína, e não instrumental, preocupação com a vida dos outros. A moderna filosofia moral abandonou, entretanto, esse ideal de integridade moral e ética.

É a partir da filosofia moral kantiana que Dworkin retoma esse projeto, como vimos. O jusfilósofo norte-americano associa a filosofia moral de Kant, inicialmente, ao paradigma da autonegação. A pessoa verdadeiramente moral, para Kant, age motivada apenas pela lei moral, somente por leis e máximas que poderia aplicar, racionalmente, a todos igualmente. Nenhum ato é moralmente bom se for motivado pelas inclinações ou interesses do indivíduo.

Num nível mais profundo, contudo, essa moralidade da autonegação faz uma inflexão rumo à moralidade da autoafirmação. Dworkin infere isso da proposição de Kant de que a liberdade é uma condição essencial da dignidade (é ela mesmo *dignidade*), e de que, apenas através da elaboração de uma lei moral, e da obediência a esta mesma lei, o indivíduo é realmente livre¹⁰⁵.

Há unificação, portanto, na filosofia kantiana, entre ética e moral (ainda que esta tenha ocorrido, para Kant, no *escuro*, ou seja, no *mundo noumenal*¹⁰⁶). Ou, ao menos, é nisso que se fia Dworkin para formular o que chamou de *Kant's principle* (o princípio de Kant): uma pessoa pode atingir a dignidade e o autorrespeito que são indispensáveis para uma vida de sucesso *apenas se demonstrar respeito pela*

¹⁰⁵ Em sentido semelhante, Vicente de Paulo Barretto aponta que a contribuição kantiana para a reflexão sobre o estado democrático de direito está, precisamente, na ênfase dedicada à complementaridade entre a moral e o direito, como condição de institucionalização dessa forma de regime político. Segundo Vicente, a Constituição tem, neste sentido, uma fonte moral, na medida em que é fruto da manifestação de vontade de agentes morais autônomos e estabelece, assim, limites ao arbítrio e à desigualdade social. BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 41.

¹⁰⁶ Conforme explica Vicente de Paulo Barretto, Kant distinguiu entre o conhecimento sensível, de um lado, e o conhecimento inteligível, ou nas palavras do próprio, na distinção entre o mundo fenomênico e o mundo *noumenal* ou da razão. *Ibid.*, p. 43.

humanidade em si mesma, em todas as suas formas. Esse é, finalmente, o seu modelo para a unificação entre ética e moralidade.

2.2 PROCEDIMENTALISMO *VERSUS* SUBSTANCIALISMO: REFLETINDO SOBRE O *DEVER JUDICIAL*

Apresentados, de um modo muito geral, os principais contornos da abrangente teoria de Ronald Dworkin, passaremos agora a examinar, com mais vagar, dois aspectos determinantes para a construção da nossa tese: seu conceito de *democracia em parceria (partnership conception)* e sua concepção a respeito do *dever judicial*.

Uma maneira que nos parece particularmente útil de compreendê-los (e de *apropriá-los* no âmbito de uma teoria dworkiniana da decisão jurídica, adequada para o Brasil) é contrastá-los com a visão de algum modo concorrente, e altamente influente, do jusfilósofo alemão Jürgen Habermas a respeito desses assuntos. Essa opção justifica-se pelo seguinte: um dos objetivos desta pesquisa é explorar as exigências *processuais* da construção de respostas jurisdicionais democraticamente consistentes. E esta é uma questão para a qual a matriz habermasiana aponta, muito claramente, um caminho promissor.

Na verdade, parece-nos que, bem entendido, o chamado *procedimentalismo* de corte habermasiano não seja essencialmente conflitante com o *substancialismo* dworkiniano. É possível que essas visões possam ser interpretadas como *complementares* e que essa dualidade (substancialismo *versus* procedimentalismo) não tenha a dimensão de *oposição* que comumente se lhe atribui. Se isso se confirmar, será possível adotarmos, no âmbito de uma teoria dworkiniana da decisão jurídica, como a aqui proposta, algumas das valiosas contribuições de Habermas para o pensamento jurídico.

Vejamos.

2.2.1 O procedimentalismo habermasiano

Lenio Streck anota que, muito embora *procedimentalistas* e *substancialistas* “reconheçam no Poder Judiciário (e, em especial, na justiça constitucional) uma

função estratégica nas Constituições do pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas, Garapon e Ely, apresenta consideráveis divergências com a corrente substancialista” – que seria sustentada por autores como Tribe, Dworkin e o próprio Streck¹⁰⁷.

Em linhas bastante gerais, pode-se dizer que as posturas procedimentalistas veem a Constituição mais como uma garantia para que o jogo político ocorra dentro da lei¹⁰⁸, ao passo que, as substancialistas, entendem que, mais do que “equilibrar e harmonizar os demais poderes”, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência a “vontade geral implícita/explicita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente”¹⁰⁹.

É claro que esse é um resumo demasiadamente simplificado dessas visões concorrentes. É possível que nenhum autor identificado como procedimentalista ou substancialista se desse por satisfeito com o enquadramento de seu pensamento nos limites dessa moldura. De todo modo, a definição é útil para demarcarmos aquele que é o traço distintivo desse debate: diferentes concepções a respeito do papel que o Direito deve exercer em democracias constitucionais.

Dito isso, fixemo-nos, por ora, em Habermas. O jusfilósofo alemão parte “da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito”¹¹⁰. Vejamos, brevemente, como e por que ele chega a essa conclusão.

Conforme observa Streck, o paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês¹¹¹ e o do Estado

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156-7. É bem de ver que Streck, apesar de entender que o substancialismo é o melhor aporte teórico para a compreensão da problemática da jurisdição constitucional, faz a ressalva de que este “acaba erodido pela contaminação do ativismo judicial”. *Ibid.*, p. 157.

¹⁰⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27-8.

¹⁰⁹ STRECK, op. cit., p. 164.

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. I), p. 242.

¹¹¹ O constitucionalista português Jorge Miranda traz à luz as características conformadoras do Estado Liberal burguês implantado, ou revolucionariamente, ou por cedência régia, na primeira metade do século XIX, afirmando que “O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado *liberal*, assente na idéia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder público tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade). [...] Mas, apesar de concebido em termos racionais e até desejavelmente universais, na sua realização histórica não pode desprender-se de certa situação socioeconômica e sociopolítica. Exibe-se também como Estado *burguês*, imbricado ou identificado com os valores e interesses da burguesia, que então conquista, no todo ou em grande parte, o

Social de Direito¹¹², utilizando-se, para tanto, da interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso¹¹³. Habermas pressupõe a existência de uma sociedade complexa, descentrada e pluralista, na qual, tanto o Direito quanto a Política, possuem tarefas de integração social; e, no desempenho do papel que lhe é próprio, o Direito não pode nem simplesmente condicionar a atuação de atores sociais movidos por interesses egoísticos (como no caso do paradigma liberal), nem impor *a priori* uma única forma de vida como digna de ser vivida para a sociedade como um todo (como no caso do paradigma do bem-estar social)¹¹⁴.

Desse modo, a questão central que Habermas pretende equacionar diz respeito à legitimidade do Direito positivo moderno, que, por sua vez, no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, está baseada na complementaridade entre a autonomia pública (fundada na soberania popular) e a autonomia privada (fundada nos direitos fundamentais)¹¹⁵.

Explicando melhor, a autonomia privada, representada pelos direitos fundamentais a iguais liberdades subjetivas, garante aos cidadãos a vida e a liberdade privadas, a saber, um âmbito de ação para seguirem seus planos de vidas pessoais, estabelecendo um meio para a institucionalização jurídica das condições sob as quais podem os mesmos participar na *praxis* da autodeterminação; ao passo que, a autonomia pública, expressa-se na forma de direitos fundamentais à

poder político e econômico”. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. (Tomo I), p. 88.

¹¹² Jorge Miranda caracteriza o Estado Social de Direito – modelo de organização constitucional que sucede o Estado liberal ou que com ele parcialmente coexiste – como “um esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes sociais”. *Ibid.*, p. 95. Vale dizer que, no rol das Constituições sociais que seguiram a mexicana de 1917 e a alemã de 1919, o constitucionalista inclui a Constituição Brasileira de 1988. Averte-se que, para o autor, crise do chamado Estado-Providência – que antecede o modelo do Estado Democrático de Direito – foi “derivada não tanto de causas ideológicas (o refluxo das idéias socialistas ou socializantes perante ideais neoliberais) quanto de causas financeiras (os insuportáveis custos de serviços cada vez mais extensos para as populações activas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso da burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra da competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de protecção social)”. *Ibid.*, p. 98.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 157.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, v. 1, 2008, p. 354.

¹¹⁵ LAGES, Cíntia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 476-7.

participação e à comunicação – balizas de um procedimento que fundamenta a expectativa de resultados legítimos com base nas suas qualidades democráticas¹¹⁶. Ambos os conceitos são cooriginários, complementares e interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material, que se expressa do seguinte modo: para fazerem uso *adequado* de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm de ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente; porém,

os “cidadãos da sociedade” (*Gesellschaftsbürger*) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (*Staatsbürger*), fizerem uso adequado de sua autonomia política – uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o “mesmo valor”¹¹⁷.

Para Habermas, só tem legitimidade o Direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os *mesmos* direitos; e estes, a seu turno, só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, na medida em que sua autonomia privada for assegurada. Há *circularidade*: assim como a autonomia privada serve como “garantia de emergência” da autonomia pública, uma percepção adequada da autonomia pública serve como “garantia de emergência” da autonomia privada¹¹⁸. Segundo a teoria do discurso,

o direito positivo, por depender das resoluções adotadas por um legislador, tem que distinguir, na autonomia das pessoas jurídicas, uma autonomia privada e uma pública, as quais se encontram numa relação complementar, permitindo que os destinatários do direito estabelecido possam entender-se, ao mesmo tempo, como autores que criam o direito. Trata-se de elementos que dependem, essencialmente, um do outro como elementos complementares¹¹⁹.

Dito de outra forma, o Direito, mediante a institucionalização jurídico-constitucional de procedimentos comunicativos de formação da vontade e da opinião, estrutura os processos de justificação de sua própria validade, realizando a

¹¹⁶ LAGES, Cíntia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 476.

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (v. II), p. 146.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 157.

pretensão de garantir as condições constitucionais de sua própria validade; referidas condições refletem uma “prática política deliberativa de cidadãos que no exercício de sua autonomia pública são os coautores de seus próprios direitos e deveres”¹²⁰.

Para Habermas, a ideia de Estado Democrático de Direito implica a ideia de auto-organização da comunidade jurídica; e, se é assim, então a Constituição não pode ser entendida nem como uma “ordem” que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos (já que os poderes social, econômico e administrativo necessitam de disciplinamento por parte do Estado de Direito), nem como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade¹²¹. A Constituição determina *procedimentos políticos*, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida; somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do Direito. Nesse sentido, o papel do controle jurisdicional da Constituição consiste, primariamente, em *proteger o sistema de direitos* que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. Vale dizer que esta perspectiva não impede que a jurisdição constitucional examine o *conteúdo* de normas controvertidas; na verdade, essa é uma *exigência* do procedimentalismo. Contudo, essa análise deve ocorrer, especialmente, “no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático”¹²².

Veja-se que o jusfilósofo alemão dá a entender que acompanha, neste aspecto ao menos, a “concepção cética” desenvolvida por John Hart Ely. Como observa Hommerding¹²³, para Ely, que tem em mente o contexto norte-americano (afetado por um ativismo judicial¹²⁴ intenso), a função dos tribunais deveria ser a de

¹²⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição na constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, v. 1, 2008, p. 353-4.

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. I), p. 325-6.

¹²² *Ibid.*, p. 326.

¹²³ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 32.

¹²⁴ O ativismo judicial, enquanto problema democrático, será abordado, expressamente, na sequência dessa pesquisa. De qualquer modo, preliminarmente, cabe deixar assentado que uma postura ativista deriva de julgamentos não condicionados a elementos jurídicos, realizados a partir de algo que se pode chamar de “ato de vontade” do julgador. Em palavras bem simples, o ativismo judicial aparece quando o julgador *vai além das sandálias* (“– Não vá o sapateiro além da sandália”, teria dito o pintor Apeles a um sapateiro que, animado pelo fato de o artista ter acatado uma sugestão sua a respeito de uma sandália que integrava a pintura, teria passado a propor novas correções

garantir e proteger o direito dos cidadãos de participarem das decisões políticas e governamentais, independentemente do “mérito substancial” das opções políticas em jogo, ficando, a tarefa de definir os valores e os conteúdos de uma comunidade, a cargo dos órgãos de representação democrática¹²⁵. No seu entender, o núcleo da Constituição não consiste em regulamentos materiais, mas, sim, formais, orientados à garantia da liberdade, o que se estabelece mediante

*un conjunto bastante extenso de protecciones procedimentales y mediante un esquema, aún más complejo, diseñado para garantizar que, en lo referente a opciones sustantivas, los procesos de decisión estén abiertos a todos de una forma que se aproxime a una base de igualdad y que quienes toman las decisiones tengan deber de tomar en cuenta los intereses de todos los afectados*¹²⁶.

Nesta vereda, à *Supreme Court* cabe, em primeira linha, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legitimativa do procedimento democrático; seu dever consistiria em tomar precauções para que permaneçam abertos os “canais” para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza¹²⁷. Seriam descabidas, ademais, interpretações jurídicas baseadas em

na obra), excedendo suas competências e atribuições constitucionais. A propósito do tema, ver: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹²⁵ Para Ely, nas democracias representativas (caso dos Estados Unidos da América), quem deve proceder às “determinações valorativas” são os eleitos (Executivo e Legislativo), não os juízes. ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Traducción de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre: Universidad de los Andes, 1997, p. 130.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 127. Neste livro, como observa Stephen Guest, Ely argumenta que as chamadas “provisões constitucionais incapacitadoras” (enunciadas no texto constitucional, por exemplo, na forma de direitos fundamentais), na medida em que sejam necessárias para a proteção da *estrutura* da democracia, tais como o direito à liberdade de expressão, não seriam antidemocráticas. Assim, apesar de poder parecer antidemocrático que, apesar do que quer a imensa maioria do povo, a Constituição reconheça um direito da minoria de expressar suas visões, esse reconhecimento seria necessário para capacitar o povo a formular livremente e a votar como cidadãos adequadamente participantes. Mas, “como reconhece Ely, ele é incapaz de dar conta de provisões incapacitadoras como as que protegem a liberdade de religião, ou o processo criminal, porque esses tipos de provisões não parecem proteger processos democráticos. Também há um problema com a visão amplamente aceita de que a constituição protege a escolha privada de questões de moralidade pessoal. No relato de Ely, pareceria constitucional que um Estado, por exemplo, criminalizasse a conduta sexual, porque fazer isso não perturbaria a estrutura democrática. Os homossexuais ainda poderiam votar e formar visões com base na troca não censurada de ideias. Eles simplesmente perderiam porque seus números seriam insuficientes para vencer em uma disputa eleitoral justa”. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 97.

¹²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. I), p. 327.

valores morais substantivos, uma vez que “*preservar valores fundamentales no es propiamente una función constitucional*”¹²⁸. Finalmente, Habermas dá razão ao *ceticismo* de Ely quando este se volta contra uma *compreensão paternalista* do controle jurisdicional da constitucionalidade, apontando para o fato de que os discursos jurídicos não podem substituir os discursos políticos, talhados para a fundamentação de normas e determinações de objetivos¹²⁹.

De fato, Habermas vê com reservas as chamadas “interpretações construtivas de um tribunal constitucional”, uma vez que o “paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático”¹³⁰. O jurfilósofo alemão afirma que a “chave” da visão procedimental consiste nisso, ou seja: em legitimar a ordem jurídica através de formas de comunicação que, institucionalizadas, permitem à autonomia (privada e cidadã – cooriginárias) manifestar-se e comprovar-se¹³¹. E a sua suposição, que será retomada e explorada na sequência deste trabalho, é a de que, uma vez observados os processos e pressupostos de comunicação institucionalizados juridicamente, será possível obter, dos processos de criação e aplicação do Direito, *resultados racionais*¹³², quer dizer: decisões consistentes e que contem com aceitabilidade racional.

De todo modo, o que deve ficar claro, nesse ponto, é que Habermas vê como um problema democrático não só o gigantismo do Poder Judiciário, como a invasão da Política e da sociedade civil pelo Direito. Em linguagem mais simples, Direito, em excesso, seria prejudicial ao regime democrático¹³³. Haveria, assim, um *déficit* de legitimidade do Poder Judiciário para a tomada de decisões sobre valores morais substantivos – decisões estas que caberiam, em primeira linha, ao conjunto dos cidadãos livres e iguais, autônomos. Retomando o raciocínio e explicando melhor: conforme anota Adalberto Hommerding¹³⁴, para Habermas, a legitimidade do Direito

¹²⁸ ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Traducción de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre: Universidad de los Andes, 1997, p. 113.

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. I), p. 329.

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (v. II), p. 183.

¹³¹ *Ibid.*, p. 147.

¹³² *Ibid.*, p. 153.

¹³³ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 29-30.

deve ser compreendida a partir da própria racionalidade democrática, pois o sentido do ordenamento não advém de sua forma ou de conteúdos morais estabelecidos de forma antecipada: decorre dos *procedimentos legislativos viabilizados pela própria estrutura da democracia*. Nesse modelo procedimentalista, a participação cidadã e o diálogo são fundamentais para a formação e justificação do Direito, sendo intolerável um protagonismo judicial que interfira na livre construção da discursividade e que evoque para si a tarefa de legislador político, limitando, desse modo, as potencialidades da sociedade civil de fazer chegar as suas demandas ao sistema político¹³⁵. Não se trata de submissão do Poder Judiciário, mas de reconhecer que os discursos de justificação do Direito não se confundem com, e não podem ser usurpados pelos, discursos de aplicação¹³⁶; razão pela qual a atividade jurisdicional deve manter-se imparcial para não perturbar os espaços de formação do Direito. Os tribunais constitucionais não podem substituir os discursos políticos, engendrando uma rejustificação do Direito por meio de decisões que disponham dos argumentos legitimadores do Direito como se fossem legisladores indiretos. O tribunal constitucional, nessa perspectiva,

não deve ser o guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e a forma de sua solução¹³⁷.

Pois bem. Com essas linhas gerais em mente, e já adiantando que nos parece acertada a crítica habermasiana ao ativismo judicial, passemos à análise do chamado *substancialismo*.

¹³⁵ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 29.

¹³⁶ Embora Habermas trabalhe com a distinção entre discursos de fundamentação normativa e de aplicação jurídica, o próprio jusfilósofo reconhece a existência de uma espécie de “zona cinzenta” entre a legislação e a aplicação do Direito, a respeito da qual cabe à justiça tomar decisões. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (v. II), p. 183.

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 161.

2.2.2 O substancialismo e a democracia constitucional brasileira

Como dito alhures, é possível compreender o substancialismo como um contraponto ao procedimentalismo¹³⁸, ao menos para fins argumentativos. Em cores bem primárias, as posturas substancialistas valorizam a Constituição como um instrumento vinculante e programático, e, ainda que com diferentes enfoques, reconhecem a autoridade do Poder Judiciário para interpretá-la, tornando concretas as suas disposições. Mais do que garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, pois, a jurisdição constitucional serve como garantidora da força normativa substancial da Constituição. E a materialidade dos direitos fundamentais constitucionalizados presta-se de guia ao processo hermenêutico-constitucional.

Pois bem. A postura *substancialista* proposta por Ronald Dworkin, e nesta pesquisa endossada, será exposta, com vagar, ao longo do texto. Na verdade, como adiantamos, parte dessa tese consiste em estabelecer pontos de contato entre o procedimentalismo de corte habermasiano e a democracia constitucional dworkniana. Além disso, outras propostas de interpretação constitucional de autores tido como substancialistas, tais como Laurence Tribe, Michael Dorf e, a seu modo, Akhil Amar, serão igualmente objeto de uma análise mais destacada, nos tópicos seguintes.

No presente momento, contudo, exploraremos as premissas adotadas pelo substancialismo proposto por Lenio Streck, por três razões: uma, porque o autor está preocupado, essencialmente, com o constitucionalismo brasileiro (com uma teoria da Constituição adequada para o Brasil); duas, porque, em geral, as teses de Lenio são em grande medida compatíveis com o pensamento dworkiniano – ou, quando menos, representam uma maneira *atraente* de ler a obra de Dworkin, bem ajustada à realidade de países como o Brasil; e três, porque o autor apresenta seus supostos na forma de um *contraponto* às teses habermasianas¹³⁹, o que, esperamos, facilitará a compreensão da problemática.

Vejamos.

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 162.

¹³⁹ Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164-75. Premissas semelhantes foram endossadas em nosso *Levando o Direito a Sério* (MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012).

De acordo com Streck, a Constituição de 1988 inaugurou, no Brasil, um Estado Democrático e Social de Direito, no âmbito do qual, contingencialmente, a nossa vida política passou a ser caracterizada por um acentuado deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Nas suas palavras, essa transição é resumida da seguinte maneira:

no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário¹⁴⁰.

O autor gaúcho observa que, em democracias constitucionais¹⁴¹, o Direito assume um *caráter hermenêutico*, caracterizado pelo fato de o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invadir o espaço que tradicionalmente era reservado à regulamentação legislativa; associam-se, assim, dois fatores: o aumento da demanda por direitos fundamentais e o decréscimo da liberdade de conformação do

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 64. Ainda que com outro enfoque, Mauro Cappelletti aponta que uma função mais proeminente da criação jurisprudencial, dada a primazia da Constituição, é uma característica própria das sociedades contemporâneas, nas quais há necessidade de se responder ao “gigantismo das formações econômicas e sociais” e de se controlar os “aumentados poderes legislativo e executivo do ‘estado leviatã’”; veja-se que Cappelletti concebe os juízes como “protetores dos novos direitos ‘difusos’, ‘coletivos’ e ‘fragmentados’, tão característicos e importantes na nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 59-60. Cabe ressaltar que, de acordo com Streck, há uma diferença central entre as posturas substancialistas de Cappelletti e de Dworkin: este último é antipositivista. Para o autor gaúcho, “Cappelletti parece não ter superado o problema do protagonismo judicial e do instrumentalismo processual”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 162. De fato, sustentaremos ao longo do trabalho que o positivismo jurídico casa bem com as posturas que defendem o protagonismo judicial que, no âmbito do direito processual brasileiro, endossam a instrumentalidade do processo.

¹⁴¹ Sobre as relações entre Estado e Constituição, é pertinente transcrever a lição de Gomes Canotilho, autor cuja obra será expressamente tematizada a seguir: “O Estado Constitucional – realce-se desde já – é mais um ponto de partida do que um ponto de chegada. É o produto do desenvolvimento constitucional no actual momento histórico. Algumas fórmulas políticas e jurídico-constitucionais – *rule of law*, *État légal*, *Rechtsstaat*, *Estado de direito* – condensam determinados momentos concretizadores do Estado Constitucional tal como hoje o concebemos. No entanto, as relações entre a constituição e o Estado não são, ainda hoje, claras. Se alguns autores acentuam a constituição como a dimensão básica do “Estado Constitucional”, outros consideram o Estado como “dado”, como “pressuposto”, como “estrutura apriorística” que precede a constituição. O Estado pode vir mesmo a conhecer diferentes trajes constitucionais sem que isso perturbe a sua existência e continuidade. [...] a constituição, informada pelos princípios materiais do constitucionalismo – vinculação do Estado ao Direito, reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, não confusão de poderes e democracia – é uma *estrutura política conformadora do Estado*”. CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003, p. 87.

legislador, em favor da justiça constitucional¹⁴². Nesses termos, o Direito seria considerado de um *instrumento de transformação social*, na medida em que regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas e traz um grande catálogo de direitos fundamentais-sociais¹⁴³.

Entrelaçam-se, aqui, duas teses: por um lado, a da *força normativa* da Constituição, que, com Konrad Hesse, pode-se traduzir como a sua “pretensão de eficácia”¹⁴⁴; e, por outro, a da *Constituição Dirigente* (Peter Lerche), adaptada à doutrina constitucional portuguesa por Gomes Canotilho. Para o autor lusitano, que trabalha aqui com a noção de “direito directamente aplicável”, pretende-se “afirmar que a Constituição se impõe como lei mesmo no âmbito dos direitos fundamentais que, desta forma, não podem ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou até a simples fórmulas de oportunidade política”¹⁴⁵. Desse modo, a “constituição programático-dirigente não substitui a política, mas torna-se premissa material da política”¹⁴⁶, donde resulta que as “inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”¹⁴⁷.

Nesta altura, faz-se necessário abrir um parêntese. Como se sabe, Canotilho cometeu uma releitura dessa tese, tida por alguns como “um filho engeitado pelo

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 59-60. Aponta Cappelletti que a internalização de catálogos de direitos fundamentais, verificada em quase todas as constituições do século XX – especialmente naquelas promulgadas como reação aos abusos e perversões que conduziram à segunda guerra mundial –, deu origem à chamada *jurisdição constitucional das liberdades*, ou seja, à *proteção constitucional dos direitos fundamentais*. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 62.

¹⁴⁴ Para Hesse, “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. [...] A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições”. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14-5.

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. XV.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 487.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 65.

próprio progenitor”¹⁴⁸ (*sic*); com efeito, no prefácio à segunda edição da sua *Constituição Dirigente*, concluiu o autor que

a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*¹⁴⁹.

Para o jusfilósofo lusitano, a falência dos “códigos dirigentes” decorre de uma combinação de fatores, dentre os quais se destacam a dificuldade de efetivação de seu conteúdo programático e os abalos decorrentes da revisão do poder soberano em face da regionalização internacional e da globalização¹⁵⁰. Dito de outra maneira, o autor passou a questionar a ideia de *unidade política soberana do Estado*, posta em crise “como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal”¹⁵¹. Além disso, a inserção de Portugal na União Europeia fez com que Canotilho focasse sua produção acadêmico-científica (que passa a sofrer influxos da *teoria sistêmica*¹⁵²), na questão de um “constitucionalismo

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. V.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. XXIX.

¹⁵⁰ MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 89. Na lição de Cruz Martínez Esteruelas, cuida-se, a chamada *globalização*, de uma realidade pertencente à ordem das relações econômicas; resulta da ação de forças econômicas, e somente é possível porque estas operam em um mundo homogêneo: é a homogeneidade econômica, cultural e técnica o cenário da globalização. Portanto, o Estado não é o protagonista deste processo, a não ser que se entendesse a globalização como a união das diversas integrações supranacionais institucionalizadas (mais consequência do contexto economicamente considerado do que resultado de um projeto político de alcance universal). Nesse sentido, afirma o autor espanhol, é possível dizer que a globalização é o último sinal da *agonia do Estado*. ESTERUELAS, Cruz Martínez. *La agonía del estado: un nuevo orden mundial?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 229-30. Dito de outro modo, a mundialização da economia, com o decorrente desenvolvimento das forças econômicas a um nível planetário, diminui o poder de coação dos Estados Nacionais sobre estas. A mobilidade acrescida aos meios de produção e às operações financeiras, o crescimento dos intercâmbios e a internacionalização das firmas, impossibilitam a aplicação de políticas de tipo keynesiano em um só país. O Estado está limitado em suas políticas fiscais e intervencionistas (em termos de alcance interno) pelas coações da competência econômica mundial. Uma política econômica e social keynesiana estaria, portanto, nessa conjuntura, condenada ao fracasso. ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, [s. d.], p. 16.

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003, p. 90.

¹⁵² Segundo Leonel Severo Rocha, a chamada *pragmática-sistêmica* representa uma *terceira etapa* da teoria jurídica, para além das matrizes normativistas e hermenêuticas, na qual se coloca no

globalizado”, marcado, no caso especificamente português, pela “europeização” do Direito Constitucional¹⁵³.

Donde a revisão de suas posições, que passa, de acordo com o autor lusitano, pela percepção de diversos “pecados” nos quais sua teoria teria incidido, tais como “a má utopia do sujeito projectante”, a elevação do Estado a “homem de direção exclusiva” e a equiparação da teoria da Constituição a uma “teoria das tarefas do Estado”, além do “autismo nacionalista e patriótico” do texto constitucional; Canotilho passou a defender que a “Teoria da Constituição deverá continuar a ser uma instância crítica de um *constitucionalismo reflexivo*” que evite duas unilateralidades: o peso do discurso da metanarratividade, relíquia da “razão emancipatória”, e a desestruturação moral dos pactos fundadores escondida no

centro a questão de se saber *o que é a sociedade*, objetivo que determina uma revisão completa das relações do Direito com o social. De acordo com o autor, é preciso rediscutir a Sociologia do Direito, coisa que se propõe seja feita mediante as abordagens que vêm produzindo a epistemologia construtivista, a partir das linguísticas pragmáticas, das ciências cognitivas e da atual teoria dos sistemas, em especial, a que emerge dos trabalhos de Luhmann. Trata-se de uma empresa de revisão da racionalidade jurídica, na qual são redefinidos seus critérios tradicionais de cientificidade, enfrentando questões normalmente omitidas na atribuição do sentido do direito. E, para tanto – isto é, para que se consiga recolocar o sentido social da interpretação jurídica, que ainda estaria dominada pela semiótica –, defende o professor gaúcho, precisa-se trabalhar com matrizes teóricas diferentes daquelas tradicionais. Este é o contexto, pois, em que se insere a chamada Pragmática-Sistêmica. ROCHA, Leonel Severo; SCHARTZ, Germano; CLAN, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26-8. Neste sentido, como observa Suelen Webber, a “Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos representa a maturidade atingida pela Teoria dos Sistemas original, a qual, em seus primórdios, era baseada nas Teorias de Talcot Parsons e Max Weber. Decorridos alguns anos desde o início de seus trabalhos, Luhmann viu a possibilidade de evolução e renovação da teoria, agregando à mesma a noção de auto-poiese trazida da biologia. A auto-poiese é um conceito que emergiu das pesquisas dos biólogos chilenos Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela e consiste na autorreprodução e auto-organização dos seres vivos. Ou seja, para estes biólogos, os seres vivos se reproduzem de forma contínua e por si próprios, independente do meio. Luhmann adaptou esta ideia aos sistemas, para dizer, finalmente, que eles se autorreproduzem e se auto-organizam, independentemente do ambiente, superando a noção de sistemas fechados e abertos”. WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 25. Repare-se que, voltando-se aqui à leitura de Rocha, um bom exemplo para ilustrar essa guinada matricial é, justamente, a teoria habermasiana da ação comunicativa. Segundo o professor gaúcho, também Habermas elabora uma teoria dos sistemas, embora com uma ênfase bem mais filosófica do que a presente na Sociologia de Parsons; Habermas mantém a ideia de “sistema”, mas diz que existe também um “ambiente”, o chamado *mundo da vida*. A leitura filosófica habermasiana, contudo – sempre segundo Rocha –, implicaria um forte retorno a Kant, com o qual defende que o consenso (racional) seria necessário à sociedade contemporânea. ROCHA; SCHARTZ; CLAN, op. cit., p. 29. Anote-se ainda que, segundo Habermas, o mundo da vida é o lugar onde a linguagem se constitui; é o lugar transcendental onde falante e ouvinte se encontram. É o lugar onde se dão os processos de reprodução cultural, de integração social e sociabilização. O mundo da vida, assim, para Habermas, é o espaço fora dos controles burocráticos e institucionais, onde se constrói a linguagem num exercício permanente entre falante e ouvinte, em que se buscam a compreensão e o consenso, de forma a poder articular ações coletivas. Ver: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987. (v. II), p. 176-212.

¹⁵³ MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 89.

esquema da “razão cínica” econômico-tecnocrática¹⁵⁴. Pouco restou, como se vê, da cognominada *programaticidade constitucional*. Ainda que não se abra mão de que os textos constitucionais devam seguir, de algum modo, estabelecendo “premissas materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais”¹⁵⁵.

Como quer que seja, fica a constatação de que “a constituição dirigente era fundamentalmente a constituição do estado”, e que, “sobranceira na sua posição, dá-se mal com a perda do *território* e de *funções soberanas*”, já que “a supranacionalização e internacionalização do direito com as liberdades globalitárias – liberdade de pessoas, liberdade de mercadorias, liberdade de serviços, liberdade de capitais – esvaziam o estado e sua constituição”¹⁵⁶.

Essas constatações todas levaram Canotilho, em texto mais recente, a especular a respeito das condições de possibilidade de um *Estado Garantidor*, urdido no contexto da mudança estrutural no cumprimento das tarefas públicas por parte do Estado (ou seja, em face da *liberalização* e *globalização*). Trata-se, em resumo, da passagem de um modelo de Estado Provedor¹⁵⁷ (*providing state*) para o de Estado Regulador (*enabling state*), que fiscaliza e controla os serviços de interesse público (ao revés de prestá-los de modo direto e imediato). O que se registra dessa premissa é um enfraquecimento marcante da normatividade constitucional, que sai em alguma medida derrotada do confronto com a liberalização da economia e a regulação do mercado¹⁵⁸.

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. XX.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. XXX.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. XXV. Nesse mesmo fio, García-Pelayo sustenta estarmos diante de uma certa *decadência* da Teoria do Estado, que tende a ser substituída por uma teoria do sistema político, conglobante de fatores estatais e sociais, aí incluídas as complexas relações entre o público e o privado. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 25.

¹⁵⁷ A *crise* da experiência de Estado-Provedor (na qual se visa a ultrapassar o simples reconhecimento legislativo de direitos, partindo-se para a necessidade de sua implementação prática no mundo da vida), decorre, para Bolzan de Moraes e Streck, de três fatores distintos: *fiscal-financeiro* (problemas de caixa do *Welfare State*, receitas em descompasso com as despesas, estas superando aquelas), *ideológico* (dúvidas quanto à *legitimidade* deste modelo de Estado; questionam-se suas formas de organização e gestão; democratização do acesso *versus* burocratização do atendimento) e *filosófico* (desagregação das bases do modelo do bem-estar, calcadas na *solidariedade*, conteúdo tradicional dos direitos sociais). STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.122-35.

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado garantidor: claros – escuros de um conceito. In: AVELÁS NUNES, Antonio José; COUTINHO, Jacinto de Miranda (coords.). *O Direito do futuro e o*

Seguindo, Canotilho veio a sustentar a tese de que o direito constitucional passou de uma *disciplina dirigente* a uma *disciplina dirigida*. Isso porque o autor lusitano percebeu a sua amputação progressiva, o que lhe rendeu a pecha de “direito do resto do Estado”, depois da transferência de competências em favor de organizações supranacionais (União Europeia, Mercosul)¹⁵⁹. Esta compreensão, diga-se, vem embasada numa leitura bem particular daquilo que Canotilho chama de “as teses evolutivas de N. Luhmann a respeito da Constituição”; de acordo com esse parâmetro, na tese da Constituição dirigente

estruturava-se uma visão cibernética do político conducente a um esquema jurídico de injunções políticas formalmente plasmadas em normas constitucionais imperativas. Ora, a normatização da política e do político, e sobretudo, o dirigismo constitucional abrangente dos vários subsistemas sociais, esquecia a diferenciação estrutural destes vários subsistemas – económico, político, social, cultural – para se arrogar no sistema dos sistemas¹⁶⁰.

Contudo, apesar dessa inflexão rumo à *pragmática-sistêmica*, não parece correto afirmar que Canotilho tenha simplesmente abandonado a tese que desenvolveu. O que se percebe – não sem algum esforço, é bem verdade – é uma *reformulação* de suas premissas e hipóteses de aplicação. Nesta toada, a *morte* de sua teoria, como ficou claro a partir de discussões entre o autor português e alguns juristas brasileiros, é *relativa*: a “teoria não teria falecido, e sim amadurecido, emancipado e alcançado novos horizontes significativos”¹⁶¹. O próprio autor lusitano afirma continuar a “defender a Constituição como lei-quadro fundamental condensadora de premissas materialmente políticas, económicas e sociais”¹⁶²; e

futuro do direito. Coimbra: Almedina, 2008. p. 571-6. Alexandre Morais da Rosa é um dos autores que adverte para os riscos advindos do enfraquecimento da normatividade constitucional em face das regras do mercado. Segundo Alexandre, a “legitimidade é flutuante em um espaço tomado pelos humores do capital. Com as relações baseadas, cada vez mais, em patamares horizontais, sem a mediação do Estado, o papel do ordenamento jurídico e da teoria que lhe serve de base, resta subtraído, ‘como se’ não tivesse função no novo modelo de ação económica”. Ver: ROSA, Alexandre Morais da. *Constitucionalismo garantista: notas lógicas*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 133-46. O argumento de Morais da Rosa, em síntese, é o de que o Direito deve levar a sério a variável econômica, se quiser de algum modo preservar a sua autonomia.

¹⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 256.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 258.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 89. Anota-se que a discussão referida no texto foi entabulada em seminário intitulado “Jornadas sobre a Constituição Dirigente em Canotilho”.

¹⁶² *Ibid.*, p. 35.

insiste que a “ideia de directividade constitucional terá ainda hoje sentido quando inserida numa compreensão crítica própria do chamado constitucionalismo moralmente reflexivo”¹⁶³.

A rigor, Canotilho afirmou, ainda recentemente, que “o direito continua a ser um instrumento fiável e incontornável de comando numa sociedade”, através da manutenção da ideia de *direção*, compreendida como “comando dirigido à conformação, regulação, alteração intencional e finalística de situações políticas, económicas, sociais e culturais através dos instrumentos jurídicos”, ainda que essa “centralidade diretora” não possa ser confundida com a sua “exclusividade”¹⁶⁴.

Nesse fio, Lenio Streck observa que o autor português não deixa de reconhecer, no caso concreto do Brasil, a utilidade (dimensão política) da Constituição dirigente; substancialmente, no pensamento do autor gaúcho,

o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito (guardadas as especificidades de cada país e de seus respectivos estágios de desenvolvimento social e económico) tem uma força sugestiva relevante quando associado à ideia de estabilidade que, em princípio, supõe-se lhe estar imanente. Esta estabilidade está articulada com o projeto da modernidade política, que, sucessivamente implementado, respondeu a três violências (‘triângulo dialético’), através da categoria político-estatal: (a) respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de Direito contra a violência física e o arbítrio); (b) deu resposta à desigualdade política alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático); (c) combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade. [...] Na medida em que não resolvemos essas três violências – e essa questão aparece dramaticamente na realidade de países como Brasil, Colômbia, Venezuela, Argentina, para falar apenas destes –, mostra-se equivocado falar em desregulamentação do Estado e enfraquecimento da força normativa dos textos constitucionais e, conseqüentemente, da própria justiça constitucional no seu papel de garantidor da Constituição¹⁶⁵.

Streck sustenta que, a par de conter um núcleo básico que albergue as chamadas “conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 106.

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre: O Tribunal, v. 1, n. 67, 2008, p. 30.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. A constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, v. 1, 2008, p. 285-6.

Direito”, assentado “no binômio democracia e direitos fundamentais-sociais”, uma teoria da Constituição deve contar com subtratos constitucionais que derivam “das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado”; e, a análise da realidade do Brasil, um país de modernidade tardia, em que ainda não se venceu o “triângulo dialético” de violências pela categoria político-estatal, imporia que se tomasse o texto constitucional como a “explicitação do contrato social”, que compromete a justiça constitucional com a sua realização¹⁶⁶. Daí a necessidade de que a Constituição *dirija*, constitua.

Retomando o raciocínio, esse conjunto de razões leva a Streck a defender que, mais do que assegurar os *procedimentos* da democracia – de resto, absolutamente relevantes –, seria necessário entender a Constituição como algo *substantivo*, na medida em que o texto contém direitos fundamentais, sociais, coletivos que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização; nesse sentido, a Constituição

ainda deve “constituir-a-ção”, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu. *No texto da Constituição de 1988, há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado* (o ideal moral transforma-se em obrigação jurídica)¹⁶⁷.

Pois bem. E no que reside o efetivo *contraponto* entre essas premissas e as teses procedimentalistas?

Objetivamente, e dentre outros fatores que não interessa agora aprofundar¹⁶⁸, o autor gaúcho acredita que Habermas não tenha dado o valor devido à circunstância de que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito implica um *plus* normativo ao Direito do Estado Social, ao estabelecer, no próprio texto constitucional, mecanismos para a concretização de direitos fundamentais-sociais; na sua leitura, “a tese habermasiana *não leva em conta Constituições que*

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 168-71.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 171.

¹⁶⁸ De fato, há um debate relevante entre os postulados da hermenêutica (da forma como Lenio a trabalha, a partir da Filosofia Hermenêutica de Heidegger e da Hermenêutica Filosófica de Gadamer) e a teoria do discurso. Não está entre os objetivos dessa pesquisa, contudo, o aprofundamento da discussão por esse enfoque. De qualquer forma, sobre o debate de Gadamer com Habermas (que inclui crítica, réplica e tréplica, e cujo ponto central diz respeito à pretensão de universalidade da hermenêutica *versus* a possibilidade de uma crítica dissociada da tradição), ver: CARNEIRO, Walber Araújo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 99-117.

contenham um catálogo de direitos sociais, como a do Brasil”; não haveria sequer “pistas na obra de Habermas que apontem para essa circunstância e de como seria a sua resposta ao problema da inefetividade do direito nesses casos”, o que o leva a afirmar que os “adeptos das teorias procedimentalistas de cariz habermasiano não levam em conta certas peculiaridades do constitucionalismo de *terrae brasiliis*”¹⁶⁹.

Dito de outra forma, Streck está convencido de que à jurisdição cabe, no contexto brasileiro (país efetivamente de modernidade tardia¹⁷⁰), a implementação de direitos substantivos previstos na Constituição; e teme que a visão procedimentalista – ao dar por pressuposta a superação do modelo de Estado Social –, com a sua ênfase na garantia dos processos de formação de opinião e vontade, acabe por enfraquecer as tarefas de integração e inclusão sociais próprias do Direito contemporâneo. Em síntese, a visão do autor gaúcho, de que a atuação do Poder Judiciário deve levar em conta o fato de que os direitos constitucionalmente assegurados têm precedência sobre os textos legislativos, está alicerçada na compreensão de que o Estado Social, como tal, não se concretizou no Brasil¹⁷¹.

Veremos, na continuação dessa pesquisa, em que medida as preocupações de Streck estão devidamente justificadas. Ainda que não se deva, na nossa opinião, abrir mão do ganho de legitimidade que o sistema jurídico alcançou na teoria de Habermas (modelo em que a moral e o direito são cooriginários e complementares, como vimos): sua (acertada) crítica ao ativismo judicial, bem como a sua

¹⁶⁹ CARNEIRO, Walber Araújo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 166.

¹⁷⁰ A propósito, o autor gaúcho assim resume algumas das *peculiaridades* da realidade brasileira, a denotar a sua dificuldade em adotar as teses procedimentalistas: “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 (basta lembrar, exemplificadamente, afora a ‘crônica de uma morte anunciada’ ocorrida com o mandado de injunção, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente foi regulamentada onze anos depois da promulgação da CF); 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’”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 190.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 190.

preocupação com a manutenção da integridade do conteúdo das normas concebidas no discurso democrático, por exemplo, serão mantidas nesse trabalho.

Passemos, agora, à concepção dworkiniana de democracia constitucional. O nosso objetivo é estabelecê-la como um *filio condutor* da nossa tese, que entrelaçará alguns dos pontos de vista até aqui estabelecidos.

2.3 UNINDO OS FIOS DO RACIOCÍNIO: A DEMOCRACIA É POSSÍVEL AQUI?

Nosso propósito, com este tópico é, primeiro, o de apresentar a concepção dworkiniana de democracia constitucional; e, segundo, propor uma interpretação desta que se harmonize, quando isto for possível, por um lado, com o procedimentalismo de corte habermasiano, e, por outro, com o substancialismo que Lenio Streck entende adequado para o Brasil.

Vejamos.

2.3.1 A concepção dworkiniana de democracia constitucional

Na introdução de *O Direito da Liberdade*, Dworkin observa que não há consenso com relação ao conceito de democracia. Nas suas palavras:

Democracia significa governo do povo. Mas o que significa isso? Nenhuma definição explícita de democracia se estabeleceu em definitivo entre os cientistas políticos ou no dicionário. Muito pelo contrário, a realidade da democracia é objeto de profundas controvérsias¹⁷².

Como conceituar, então, a democracia¹⁷³? Dworkin começa a responder essa pergunta, como visto acima, mediante o contraste entre duas visões: uma *majoritária* (*majoritarian view*) e outra *comunitária*, ou *em parceria* (*partnership view*), por ele adotada.

Segundo a visão *majoritária*, a democracia é o governo que se pauta pela vontade da maioria, ou seja, que age de acordo com a vontade do maior número de

¹⁷² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23-4.

¹⁷³ Cabe uma lembrança: como vimos antes, conceitos *políticos* (como o conceito de *democracia*) são, para Dworkin, invariavelmente *interpretativos* e não *criteriais*.

peças sob o seu domínio, expressa em eleições com sufrágio universal ou quase universal. Não há garantias de que a maioria vá decidir de modo justo; suas decisões podem bem ser injustas com as minorias, cujos interesses podem ser ignorados. Nesse caso, a democracia pode até ser qualificada como *injusta*, mas não será *menos democrática* apenas por essa razão¹⁷⁴.

Por outro lado, uma visão de democracia *em parceria* implica que o povo governe a si próprio considerando-se, cada um de seus integrantes, como um parceiro integral (*full partner*) num empreendimento político coletivo. A ideia é que a decisão da maioria somente pode ser considerada democrática quando determinadas condições são atendidas – condições que protejam o *status* e os interesses de cada cidadão *como* um parceiro integral desse empreendimento. Nessa concepção, uma comunidade que ignore os interesses de alguma minoria ou de algum grupo específico é, *exatamente por essa razão*, não democrática¹⁷⁵.

Dworkin tem bem presente que os Estados Unidos não podem ser considerados uma democracia puramente majoritária, na medida em que a própria Constituição norte-americana limita, de diversas formas, o poder da maioria. A rigor, a instituição dos direitos individuais na *Bill of Rights*¹⁷⁶ talvez já fosse o bastante para provar esse ponto¹⁷⁷. De todo modo, o que Dworkin quer estabelecer, a partir dessa dicotomia, é a existência de uma “profunda disputa filosófica acerca do *valor* ou do *objetivo* fundamental da democracia”; na sua concepção,

a premissa majoritária é uma tese a respeito dos *resultados* justos de um processo político: insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos entre eles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir¹⁷⁸.

De fato, essa é uma visão bastante familiar dos procedimentos políticos: a de que estes seriam estruturados de modo a, ao menos em assuntos importantes, obter

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 131.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Nome dado ao conjunto das 10 (dez) primeiras emendas ao texto principal da Constituição norte-americana, ratificadas em 15 de dezembro de 1791.

¹⁷⁷ O mesmo poderia ser dito a respeito do Brasil, cujo texto constitucional consagra, inclusive, cláusulas *pétreas*.

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24.

uma decisão endossada pela maioria dos cidadãos (que dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir). Até porque essa visão não nega, necessariamente, que haja direitos morais a serem respeitados pela maioria; contudo, decisões contramajoritárias (que contrariem os interesses de uma maioria política), em que pese eventualmente corretas (pensemos em decisões judiciais que considerem inválidas leis inconstitucionais que detenham, nada obstante, forte apoio popular), seriam invariavelmente *lamentáveis* do ponto de vista moral: isso seria *sempre* injusto, “de tal modo que a injustiça permanece mesmo quando existem fortes razões que a justifiquem”¹⁷⁹. Dito de outra forma, ainda que se aceitem algumas restrições, a democracia seria *melhor* quando projetada de modo a garantir que as preferências da maioria sejam refletidas nas decisões coletivas.

Por outro lado, a *partnership conception*, proposta e defendida por Dworkin, vai *além* da imposição de alguns limites à premissa majoritária; seu comprometimento com a preservação dos direitos individuais é bem mais radical¹⁸⁰.

Com efeito, o jusfilósofo norte-americano acredita que um Estado Democrático somente encontra justificativa moral e política se garantir (e para isso conta-se com o Direito, vale dizer) *igual consideração e respeito*¹⁸¹ pelas pessoas que estão sob seu domínio. Assim, a maioria não deve ser a juíza suprema de quando seu próprio poder deve ser limitado para protegerem-se direitos individuais. O fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria, caso plenamente informados ou racionais, não é uma meta e nem uma definição de democracia. Para o autor, o objetivo da democracia é que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade,

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 25.

¹⁸⁰ Lembremos que a instituição de direitos contra o Estado decorre, para Dworkin, da combinação entre dois fatores: o reconhecimento da dignidade humana e o ideal da igualdade política. Assim, quem quer que alegue possuir um direito contra o Estado deve demonstrar ou que esse direito é necessário para a proteção de sua dignidade, ou então que de seu reconhecimento depende a manutenção de seu *status* de merecedor de igual consideração e respeito por parte do Poder Público. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 305. Lembremos, também, a noção de dignidade humana adotada por Dworkin consiste numa reformulação do *princípio da humanidade* kantiano.

¹⁸¹ Não há como exceder a importância que Dworkin atribui à igualdade, ao dever do Estado (*government*) de dedicar igual consideração e respeito (*equal concern and respect*) às pessoas que integram a comunidade. Trata-se de um aspecto verdadeiramente central de seus estudos. A explicitação da fundamentação filosófica, moral e política desse direito/dever é um dos objetivos da nossa pesquisa.

enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”¹⁸². Isso não impede que as decisões políticas do dia a dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares; mas estes procedimentos majoritários são exigidos “em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria”¹⁸³. Perceba-se que, aqui, a eventual adoção de procedimentos não majoritários não é, em si, uma causa de arrependimento moral: é possível que estes encontrem justificativa na proteção ou promoção da igualdade – o que, segundo esta visão, é a própria essência da democracia.

Desse modo, Dworkin passa a sustentar uma *concepção constitucional* da democracia, que assume a seguinte postura diante do governo majoritário: a democracia é um governo sujeito às condições (chamadas *condições democráticas*) de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, suas decisões devem ser aceitas por todos. Quando não o fazem, ou quando o fazem de modo insuficiente, suas decisões devem ser consideradas inconstitucionais. E não há qualquer objeção a ser feita, em nome da democracia, a que um tribunal com poderes constitucionais para tanto seja o encarregado de declarar essa inconstitucionalidade¹⁸⁴.

É claro que, de acordo com esse ponto de vista, será sempre problemático estabelecer não apenas *quais são* as condições democráticas, mas, também, *em que casos* estas foram atendidas ou desonradas. Seja como for, o ponto é: não é em si antidemocrático que desse controle fiquem encarregados os juízes e tribunais¹⁸⁵. Pelo contrário. Perceba-se que a defesa da intervenção da jurisdição constitucional decorre, para o autor norte-americano, em última análise, *de uma defesa da própria democracia*. Não há uma relação de oposição entre democracia e direitos individuais, uma vez que estes são constitutivos daquela. Preservar a Constituição é proteger a integridade desse arranjo.

¹⁸² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 24-6.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 24-6.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 26-7.

¹⁸⁵ Cumpre observar que a importância dada por Dworkin à jurisdição constitucional não implica deferência alguma aos juízes em particular. De acordo com o autor, os juízes togados “não são os únicos protagonistas do drama jurídico, nem mesmo os mais importantes”; afinal, um apanhado mais detido das questões da teoria do Direito tem de tomar em consideração os demais agentes cujas decisões afetam os direitos de seus concidadãos (é o caso dos legisladores, promotores de justiça, banqueiros, líderes sindicais etc.). DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 233.

Vale explicar que, na raiz desse pensamento, está a concepção de que a Constituição americana adota uma teoria moral específica, a saber: a de que os indivíduos têm direitos morais *contra* o Estado¹⁸⁶. Dworkin afirma que “o direito constitucional não poderá fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema dos direitos contra o Estado e tornar esse problema parte de sua própria agenda”¹⁸⁷. E essa postura, por assim dizer, *garantista*, deve levar a jurisdição constitucional a, muitas vezes, infirmar entendimentos majoritários ou baseados no *bem comum*. Em definitivo, a perspectiva de ganhos *utilitaristas* não pode justificar que se impeça um homem de fazer o que tem direito de fazer. O respeito pelos direitos envolve, portanto, sacrifícios; e o principal destes deve ser a renúncia a quaisquer benefícios marginais que se possam obter, caso ignorados os direitos individuais, quando estes se mostrarem *inconvenientes*¹⁸⁸. É que, como dito alhures, a instituição de direitos contra o Estado não é, para Dworkin, um “presente de Deus”, um “antigo ritual” ou um “esporte nacional”: trata-se, aí sim, de uma noção decorrente de duas ideias importantes: dignidade humana e igualdade política, segundo a qual mesmo 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”¹⁸⁹.

Entenda-se, então: é justamente porque o Direito deve afirmar, em sua maior parte, o ponto de vista da maioria sobre a natureza do bem comum, que a instituição dos direitos é decisiva: representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. Por isso é que Dworkin dirá que, “se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério”¹⁹⁰. Ambos (lei e direitos) são constitutivos da democracia.

¹⁸⁶ Nesse fio é que, para Dworkin, as cláusulas constitucionais (notadamente, aquelas que tratam dos direitos individuais) devem ser entendidas como um apelo a *conceitos morais* (portanto, interpretativos), e não como uma formulação de concepções específicas. E isso exige dos juízes, pois, que estejam preparados para formular questões de moralidade política e para dar-lhes uma resposta. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 231. Dworkin lembra, ainda, que a Constituição “funde questões jurídicas e morais”, transformando direitos morais em direitos jurídicos. *Ibid.*, p. 285-92. Deveras, para fazer frente a essa “exigência” de que os juízes trabalhem com conceitos morais de forma não arbitrária, Dworkin estrutura uma “estratégia” de interpretação dos dispositivos constitucionais, por ele chamada de *leitura moral*, que será examinada a seguir.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 233.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 296.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 305.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 314.

Pois bem. Feitas essas ponderações, retomemos agora o contraponto entre as concepções *majoritária* e *constitucional* de democracia. Lembremos: para Dworkin, a primeira é *estatística*, na medida em que as decisões políticas são tomadas de acordo com os votos de cidadãos individuais (uma maioria ou uma pluralidade); a segunda é *comunitária*, uma vez as decisões políticas são tomadas por uma entidade distinta – *o povo enquanto povo*¹⁹¹.

Há ainda uma outra maneira de ilustrar esse contraste. Para o jusfilósofo norte-americano, a concepção majoritária pretende ser *puramente procedimental*, no sentido de ser independente das demais dimensões da moralidade política; ao passo que a concepção comunitária não torna a democracia independente do restante da moralidade política; nesta concepção, precisamos de uma teoria da participação igualitária para decidir se uma decisão é ou não democrática; e precisamos, também, consultar ideias como justiça, liberdade e igualdade ao construir uma tal teoria¹⁹². Quer dizer: na concepção comunitária, a democracia é um ideal *substancial* e não meramente *procedural*.

Essa visão, digamos, *material* da democracia, faz com que Dworkin coloque em xeque o *valor* da premissa majoritária. Noutras palavras, o autor questiona se o apoio majoritário, por si só, fornece alguma forma de argumento moral em favor daquilo que a maioria apoia.

De fato, Dworkin considera um equívoco pensar que o voto majoritário é sempre o método adequado de se obterem decisões coletivas, sempre que haja um dissenso. Para ilustrar seu argumento, usa um exemplo familiar: suponha que há naufragos presos a um bote salva-vidas que, a menos que um dos tripulantes o abandone, inevitavelmente afundará. Como o grupo decidirá quem deve abandonar o barco? O autor norte-americano aponta para o fato de que seria mais justo omitir-se (e deixar que o destino decida a causa, dando a cada pessoa a mesma chance de permanecer viva) do que submeter a questão a um voto majoritário: essa seria uma má ideia, na medida em que forças que não *deveriam* influenciar a decisão

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 31. É claro que essa afirmação requer maiores explicações. Aliás, o próprio Dworkin reconhece que a “interpretação comunitária” soa “misteriosa” e que “pode até assumir ares de um perigoso totalitarismo”. *Ibid.*, p. 31.

¹⁹² DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 134.

(amizade, inimizade, inveja etc.) acabariam sendo decisivas¹⁹³. Quer dizer: o processo majoritário não é justo *em si* e nem, em todos os casos, é garantia da produção de um resultado *justo*.

Há, também, matérias cuja suscetibilidade à vontade da maioria é, em si, questionável. Por exemplo: é correto que se tome uma decisão coletiva a respeito da (i)moralidade do sexo consensual fora do casamento?¹⁹⁴ Dworkin certamente considera inaceitável, por violação à dignidade humana, que se imponham obrigações que restrinjam a independência ética do indivíduo.

O autor propõe ainda outra questão: e “quando uma decisão política coletiva deve ser tomada e quando deixar o acaso resolvê-la seria irracional, então neste caso a regra da maioria é o único método justo de decisão?”. Mesmo nessa hipótese, contudo, sua resposta não é simplesmente afirmativa: “nós poderíamos dizer que a regra da maioria somente é justa, neste caso, porque permite, a cada pessoa, a mesma influência nas decisões que o afetam do que a exercida pelos demais”. Ocorre que, num governo representativo, a influência exercida pelo indivíduo na produção de decisões políticas *nunca é igual*. O poder de influência de qualquer agente governamental (eleito ou nomeado), por exemplo, é muito superior ao dos cidadãos que permanecem na vida privada. Aliás, para Dworkin, há uma certa incoerência no discurso de alguns conservadores que creem ser o instituto da *judicial review* antidemocrático, uma vez que autorizaria juízes a derrubar, por vezes, o produto da vontade da maioria: da maneira como o autor norte-americano enxerga o fenômeno, muito do que um Presidente da República pode fazer, *por conta própria*, ao longo de seu mandato, não só não poderá jamais ser desfeito, como ainda gera consequências maiores do que todas as decisões da Suprema Corte, ao longo de sua história, somadas. Em definitivo, para o autor, o governo representativo entrega uma fatia muito grande do poder político a um grupo muito restrito; um poder

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 139. O naufrágio do navio *Mignonette*, no verão de 1884, que deixou quatro marinheiros ingleses à deriva em um pequeno bote salva-vidas no Atlântico Sul, a mais de 1.600km da costa – e que resultou no assassinato de um dos tripulantes, para que servisse de alimento aos demais – é utilizado por Michael Sandel para ilustrar a doutrina utilitarista de Jeremy Bentham. Curiosamente, a questão não foi submetida, no caso específico, a uma votação: cometeu-se o homicídio de Richard Parker, que, então, estava enfraquecido e doente, sendo, este, o “candidato lógico”, já que, presume-se, morreria logo de qualquer maneira. SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 45-7.

¹⁹⁴ DWORKIN, op. cit., p. 139-40.

muito superior àquele de todo o restante dos votantes, mesmo quando o voto tem, formalmente, peso igual¹⁹⁵.

Como se vê, o argumento de Dworkin, em síntese, é o de que há diversas situações em que a premissa majoritária não é a maneira adequada de se tomarem decisões, desde um ponto de vista moral. Em algumas circunstâncias, ela é simplesmente *injusta* (produz resultados injustos, como no caso do bote salvavidas); em outros, é amplamente questionável (como no caso da votação a respeito da proibição dos relacionamentos consensuais extraconjugais). Ainda, particularmente no que diz respeito ao processo político, não consegue assegurar a igualdade de poder político no âmbito de uma comunidade política ampla, com instituições políticas representativas¹⁹⁶.

Esse conjunto de argumentos leva Dworkin a propor, como se viu, uma concepção alternativa de democracia. Mas, para que possamos compreendê-la em sua real extensão, parece necessário, antes, reposicionar algumas de suas premissas.

Antes se anunciou que o jusfilósofo norte-americano tem, como centro de sua teoria moral, uma leitura particular do *princípio da humanidade* kantiano; como vimos, para o autor, a dignidade humana têm uma *dupla dimensão*, que pode ser traduzida em dois princípios básicos: o princípio do *valor intrínseco da vida humana* e o princípio da *responsabilidade pela vida humana*; outra maneira de enunciá-los é a que colocamos alhures: princípio do *respeito próprio* (*principle of self-respect*) e princípio da *autenticidade* (*principle of authenticity*)¹⁹⁷. No contexto das reflexões dworkinianas, estas expressões se equivalem, traduzem a mesma ideia. Agora, é chegada a hora de aprofundarmos um pouco mais estas noções, de modo a verificar a sua repercussão na construção do conceito de *democracia comunitária*.

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 141-2.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 143.

¹⁹⁷ É certamente controversa a opção de Dworkin de se valer do conceito de *dignidade humana* para enunciar os tais princípios éticos. De acordo com Jeremy Waldron, não ficam claras, em momento algum, as vantagens de se acrescentar a *etiqueta* da *dignidade humana* a esses princípios. Waldron chega a comparar Dworkin ao personagem Humpty Dumpty, de Lewis Carrol – sugerindo, portanto, que utilização da expressão *dignidade humana* foi feita, na espécie, de forma arbitrária ou, ao menos, não devidamente justificada. Isso não invalida, de toda forma, o *conteúdo* das proposições, que, de fato, refletiriam valores bem enraizados na teoria política ocidental. Vale dizer que Waldron, por sua vez, concebe a dignidade como um *status*, comparável ao *status* da *nobreza*; porém, uma nobreza com a qual contam todas as pessoas humanas, sem discriminação. A dignidade seria, para o autor, a *nobreza para o homem comum*. WALDRON, Jeremy. *Dignity, rank, & rights*. New York City: Oxford University Press, 2012, p. 22-3.

Lembremos que, no vocabulário dworkiniano, padrões *morais* prescrevem como devemos tratar os outros, ao passo que, os padrões *éticos*, prescrevem como devemos viver por nós mesmos. Seu projeto está dirigido, neste sentido, a encontrar algum padrão ético (alguma concepção do que signifique *viver bem*) que guie a nossa interpretação dos conceitos morais. Na sua visão, os princípios morais devem ser interpretados de modo que *ser moral* nos faça *felizes – felicidade*, aqui, num sentido próximo ao que Platão e Aristóteles tinham em mente (*eudemonia*)¹⁹⁸.

Pois bem. Dworkin supõe que quase todos nós, a despeito de nossas diferenças, compartilhamos os chamados *princípios da dignidade*.

De acordo com o primeiro princípio (princípio do valor intrínseco), toda a vida humana tem um tipo de valor objetivo. Ela tem valor enquanto potencialidade; uma vez que a vida humana começa, importa a maneira como ela é conduzida. Assim, a vida é *boa* quando seu potencial é realizado, ao passo que ela *falha* quando seu potencial é desperdiçado. Isso é uma questão de valor *objetivo*, e não *subjetivo*. O sucesso ou o fracasso da vida humana tem valor *em si*, de modo que todos devemos lamentar o desperdício de uma vida, seja ela a nossa própria, ou a de outra pessoa. Dworkin supõe que as pessoas, em geral, concordam com a afirmação de que suas próprias vidas tenham valor objetivo; e que não há nenhuma boa razão para que a vida de alguém seja considerada mais ou menos importante do que qualquer outra. Nesta vereda, haveria uma falha grave, uma falta de *dignidade pessoal*, àquele que deixa de dar o devido valor à vida – seja à sua própria vida, seja à vida alheia. A importância objetiva não pode pertencer a uma vida humana sem que pertença, também, a todas as outras, de modo que é impossível separar o respeito próprio do respeito pela importância da vida dos demais¹⁹⁹.

De acordo com o segundo princípio (o princípio da responsabilidade pessoal), cada um tem uma responsabilidade especial por buscar o sucesso em sua própria vida, uma responsabilidade que inclui a tomada de uma decisão sobre *que tipo* de vida poderia ser considerado um sucesso. O indivíduo não deve aceitar, portanto, que qualquer outro lhe imponha esses valores pessoais; ainda que ele aceite seguir alguma tradição ou código moral, isso deve ser o resultado de seu próprio

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 191.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 9-17.

juízo. Trata-se de uma *responsabilidade soberana* por sua própria vida. Cada um deve decidir, por si só, o que é uma *boa vida* a ser vivida. Não se pode alienar esse tipo de decisão, e nem se deve aceitar o direito de um terceiro impô-la, coercitivamente. Assim, não se pode conceder ao governo, ou a qualquer outro grupo, a autoridade de nos exigir a adesão a um esquema particular de valores, ou de nos impor escolhas particulares, como a nossa profissão ou o nosso cônjuge – isso implicaria *subordinação*, condenada pelo princípio em questão²⁰⁰. Mas, atenção: isso não significa que o governo não possa nos impor obrigações (como, por exemplo, a de usar o cinto de segurança); isso se explica, para Dworkin, pela diferença traçada entre *ética* e *moralidade*. Enquanto nossas *convicções éticas* definem o que deve contar como uma vida boa *para nós mesmos*, nossos *princípios morais* definem nossas obrigações *para com os demais*. O princípio da responsabilidade pessoal *permite* que o Estado nos force a viver de acordo com decisões coletivas baseadas em princípios morais, mas *proíbe* que o Estado nos dite convicções éticas²⁰¹.

Essas explicações nos deixam em melhores condições de compreender a proposta dworkiniana de uma *democracia comunitária*.

Dworkin sugere que a sua concepção de dignidade humana, desdobrada nos princípios acima expostos, dá consequência a dois princípios estruturantes da democracia constitucional: a *igual consideração (equal concern)* e o *autogoverno (self-government)*.

De acordo com o *princípio da igual consideração*, que é um desdobramento do primeiro princípio da dignidade humana (princípio do *valor intrínseco*), uma comunidade política deve demonstrar igual consideração pelas vidas de todos que estão sob a sua esfera de ação. Portanto, desde um ponto de vista *procedural*, devemos dar o nosso melhor para garantir que nossos agentes políticos atuem com igual consideração por todos, o que é atingido, em geral, com sufrágio universal e igualitário. A ideia é que os agentes eleitos por uma grande parcela da população farão um trabalho melhor na proteção dos fracos contra os privilegiados do que pessoas eleitas por (e responsáveis apenas perante) um grupo restrito. Essa é, percebe-se, uma justificação de corte *consequencialista*. Isso não quer dizer,

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 9-18.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 20-1.

contudo, que a maioria tenha a autorização para alterar a estrutura básica constitucional que, parece, foi calculada para garantir a igual consideração. De igual forma, não há nenhum fetiche pela exatidão matemática: há maneiras diferentes de se resguardar, como resultado legislativo, uma preocupação igualitária com todos (por exemplo, consolidando-se o poder de minorias isoladas). Igualmente, a igualdade pode bem ser assegurada pela inclusão de alguns direitos individuais numa constituição a ser interpretada preferencialmente por juízes – e não por representantes eleitos. De toda forma – e isso é particularmente importante para os propósitos desta pesquisa –, Dworkin aponta que *não há uma distinção firme entre a justiça substantiva e processual*. Pelo contrário: de acordo com essa justificativa, um teste correto para aferir se um arranjo político demonstra igualdade procedimental é *perguntar se o arranjo está apto a produzir políticas que respeitam a igualdade substantiva no respeito pelas vidas das pessoas*. Em arremate, o autor norte-americano aponta que não há, necessariamente, um déficit de legitimidade nos arranjos democráticos que (nos Estados Unidos como no Brasil), estabelecem, por exemplo, que, independentemente do tamanho do Estado Federado, cada um destes contará com um número igual de senadores. Entretanto, deve ficar claro que nós não podemos diminuir o poder político de qualquer cidadão, negando-se a ele um voto igual, *por qualquer razão que expresse qualquer medida de desprezo por ele ou qualquer falta de preocupação com seu destino*. Isso seria ofensivo, é certo, à dignidade humana²⁰².

Com relação ao princípio do *autogoverno*, trata-se de uma decorrência do *segundo princípio* da dignidade humana (princípio da responsabilidade pessoal): os arranjos políticos devem respeitar a responsabilidade pessoal e inalienável dos indivíduos de identificarem valor nas suas próprias vidas. Veja-se que, para Dworkin, a igual consideração não é o suficiente para assegurar, por si só, a legitimidade política. Não é o bastante, porque as pessoas não têm o direito moral de exercer coerção sobre as demais – mesmo quando alegam agir no melhor interesse destas –, na medida em que isto implicaria a violação ao princípio da responsabilidade pessoal. Contudo, essa objeção é derrubada pelo conceito de democracia, já que esta implicaria *autogoverno*: é o próprio povo quem estabelece as obrigações que deve cumprir. Esta resposta supõe que, apesar de a minha dignidade ficar

²⁰² DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 144-5.

comprometida quando me submeto à autoridade de outros, sem ter participado de suas decisões, não há dano à minha dignidade quando, por outro lado, eu participo, como um parceiro igual, na construção destas mesmas decisões. Essa suposição explica, conceitualmente, porque o governo democrático é legítimo. Para a concepção de democracia comunitária dworkiniana, em específico, o que se deve descobrir é: quais direitos devem ser preservados ao cidadão para que as obrigações impostas pela maioria sejam consistentes com a sua dignidade? Noutras palavras, dado que será sempre afrontosa à dignidade pessoal uma submissão à autoridade coercitiva de outros em determinadas matérias (o papel da religião na vida do indivíduo, por exemplo), a concepção da democracia em parceria requer uma *garantia* de que a maioria não possa interferir nestes casos. Assim, direitos constitucionais que protejam as liberdades individuais de se fazerem escolhas éticas por conta própria não comprometem o arranjo democrático – antes, garantem-no²⁰³.

2.3.2 A democracia é possível aqui? Democracia e *judicial review*

Em 2006, Dworkin publicou um livro interessantíssimo e com um título provocativo: *Is Democracy Possible Here?* Nesse texto – que já veio servindo de subsídio à nossa pesquisa até aqui –, o autor observa que a política norte-americana teria chegado a um estado deplorável, no qual lados divergentes (na especificidade, *liberais e conservadores*) não se tratariam mais como parceiros de um autogoverno, mas como disputantes de uma guerra, sem qualquer demonstração de respeito um pelo outro. Em última análise, Dworkin percebe a falta de uma *argumentação decente* na vida política americana. Quer dizer, a falta de um debate sincero, entabulado por pessoas que compartilham algumas premissas a respeito de princípios políticos básicos (democracia e liberdade, por exemplo), a respeito das políticas concretas que mais bem os concretizariam. O quadro pintado por Dworkin, com efeito, é amplamente familiar. Dificilmente se vê um esforço genuíno, de parte a parte, mesmo no meio intelectual, para que se atinja uma espécie de *common*

²⁰³ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 145-6.

ground: pontos comuns que tornem a discussão entre pessoas que se respeitam mutuamente não apenas possível, mas também reciprocamente proveitosa²⁰⁴.

Como vimos acima, Dworkin propõe, como saída para o impasse, a instituição de um *common ground* derivado do respeito pela vida humana. Segundo a sua argumentação, os princípios da dignidade têm substância suficiente para fazer com que um debate político seja possível e aproveitável – não apenas nos Estados Unidos, mas em outras democracias similares ao redor do mundo. Sua tentativa, nota-se, é de trazer as disputas políticas concretas a um nível mais filosófico, de modo a iluminá-las. Seria um grande avanço, para o autor, que os participantes do debate político vissem seus desentendimentos como controvérsias a respeito da melhor interpretação de princípios que compartilham, ao revés de vê-los como simples confrontos entre visões de mundo distintas. Isso faria com que debatedores comportassem-se de um modo distinto: sua argumentação seria dirigida a demonstrar de que forma suas propostas interpretativas concretas *capturam mais* das aplicações incontestadas dos princípios compartilhados do que as interpretações rivais. Ou que suas interpretações *ajustam-se melhor* a outros valores compartilhados com seus opositores. Os debatedores, nessa hipótese, seriam, num

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 1-6. Essa descrição do ambiente político norte-americano, que nos parece bastante fiel e ainda atual, não se restringe àquele país e nem bem ao debate político propriamente dito. De fato, essa realidade está, em alguma medida, replicada no meio acadêmico. O professor Ovídio Baptista costumava dizer aos seus alunos que os encontros entre juristas e operadores do Direito (congressos, seminários, colóquios etc.) teriam perdido a sua essência, tendo sido reduzidos a encontros sociais. Cada falante produz um monólogo – e diferenças paradigmáticas impedem o entendimento. Dificilmente há, pois, confronto de ideias e aprendizagem recíproca. Ver, a propósito: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, *passim*. Veja-se, ainda, que o conceito de *paradigma* de que se vale o processualista gaúcho aproxima-se daquele proposto por Thomas Kuhn, para quem um paradigma é um modelo ou concepção, calcado em certos pressupostos, que são aceitos pela comunidade científica como “verdades” indiscutíveis. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectivas, 1998. Ainda sobre o professor Ovídio: seu último livro, no qual se defende fortemente o exercício da discricionariedade judicial, pode ser lido como uma espécie de *libelo* contra Dworkin. Segundo o saudoso jurista gaúcho, Dworkin preocupa-se com o “direito” e não com os “fatos”, aspecto este que tornaria a sua doutrina academicista e iluminista, com pretensões metafísicas. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, *passim*. Em nosso *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*, defendemos o argumento de que, na base destas críticas, está o fato de que, na nossa opinião, o professor Ovídio jamais esteve disposto a ler Dworkin em sua “melhor luz”. Na verdade, há uma questão semântica não superada na leitura do professor Ovídio, deflagrada exatamente com relação ao conceito de discricionariedade judicial, que, *apenas no seu sentido forte*, é criticado por Dworkin (aspecto que, apesar de ser *decisivo* para que a discussão possa ser produtiva, não parece ter sido devidamente considerado pelo professor Ovídio).

nível mais geral ao menos, *parceiros* na tentativa de atingir seus objetivos – o que faria com que aumentasse, inclusive, o *respeito* recíproco²⁰⁵.

Pois bem. Com essas premissas em mente, daremos continuidade à exposição da proposta dworkiniana de uma democracia *em parceria*. A partir de agora, contudo, procuraremos enriquecê-la a partir do contraste com visões divergentes. Nosso objetivo é acatar a sugestão de Dworkin, de que identifiquemos um *common ground* a partir do respeito pela vida humana e de que, a partir deste, possamos discutir proveitosamente o conceito de democracia. Daremos início, aqui, à transição gradativa de uma discussão mais abrangente para uma mais restrita, focada no domínio da decisão jurídica.

Voltemos, antes, aos desdobramentos das dimensões de dignidade humana no âmbito de uma teoria política.

Por um lado, o primeiro princípio (princípio valor objetivo e intrínseco da vida humana) tem expressão na exigência de que o governo demonstre igual consideração pelo destino de todos os que estão sob o seu domínio. Por outro, o segundo princípio (princípio da autenticidade), dá origem ao dever de o Estado demonstrar respeito pela responsabilidade individual dos cidadãos.

Fixemo-nos, por ora, nesse segundo princípio – e, conseqüentemente, no melhor entendimento do que seja a *liberdade*.

Dworkin aponta que, na teoria política, temos de distinguir entre duas questões, ambas referentes ao exercício do poder de coerção governamental: primeiro, cabe perguntar *quem* detém o poder de coerção coletiva; segundo, o *quanto* de coerção é admitida. A primeira pergunta apela à chamada *liberdade positiva*, e aponta para o fato de que as pessoas devem, de algum modo, desempenhar um papel no seu próprio governo, ou seja, de que o governo deve ser, de alguma forma, *autogoverno*. A segunda pergunta remete à *liberdade negativa*, ao menos no sentido de que as pessoas devem ser livres de coerção estatal em alguma esfera substantiva de suas decisões e atividades. Como pode o exercício do poder de coerção governamental ser considerado *autogoverno* para todos? Mais: se

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 1-23.

o exercício do poder de coerção coletiva é legítimo, como podemos delinear uma área de não intervenção estatal?²⁰⁶

O jusfilósofo norte-americano entende que a resposta para essas perguntas decorre do segundo princípio da dignidade (princípio da autenticidade). As pessoas devem ter responsabilidades por suas próprias vidas; porém, essa responsabilidade somente é compatível com o exercício da coerção pública quando algumas condições são atendidas. Como veremos a seguir, essas condições consistem no seguinte: primeiro, todos devem poder participar *da maneira correta* das decisões coletivas que os afetam; segundo, os indivíduos devem estar livres de coerção pública naquelas questões que a sua *responsabilidade pessoal* exige que eles decidam por si mesmos. Assim como a responsabilidade tem duas dimensões, também a liberdade: uma teoria da *liberdade positiva* estipula qual é a maneira adequada de se exercer o *autogoverno*; uma teoria da *liberdade negativa* descreve quais as escolhas que devem ser consideradas isentas de coerção pública a fim de resguardar a responsabilidade pessoal dos cidadãos²⁰⁷.

Acompanhemos, agora como a concepção dworkiniana de *democracia constitucional* faz frente, especialmente, ao dever de honrar a chamada *liberdade positiva*.

Dworkin sustenta que determinadas condições devem ser atendidas para que a tomada de decisões pela maioria possa reivindicar, para si, um privilégio moral automático diante dos demais procedimentos de decisão coletiva. Assim, as chamadas *condições democráticas* são as condições de *participação moral* numa determinada comunidade política. O autor crê que o *autogoverno* somente é possível dentro de uma comunidade que atenda essas condições; e que a *liberdade positiva* aumenta na medida em que a premissa majoritária é rejeitada em favor da *concepção constitucional da democracia*²⁰⁸.

A par das condições *estruturais*²⁰⁹, Dworkin dirige seu foco para as chamadas condições *de relação*, ou seja, ao conjunto das condições que determinam como um indivíduo deve ser tratado por uma comunidade política verdadeira para que possa

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 364-5.

²⁰⁷ Ibid., p. 365.

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35-6.

²⁰⁹ *Condições estruturais* são aquelas que determinam o caráter que a comunidade como um todo tem de ter para que possa ser considerada uma verdadeira comunidade política, tais como o processo histórico de seu estabelecimento, fronteiras reconhecidas e estáveis etc. Ibid., p. 37.

ser considerado um *membro moral* dessa comunidade. Assim, uma comunidade política não pode fazer de nenhum indivíduo um membro moral se não der a ele uma *participação* em qualquer decisão coletiva, um *interesse* nessa decisão e uma *independência* em relação a essa mesma decisão²¹⁰. Em suma,

Em primeiro lugar, não pode haver democracia, concebida como uma associação em parceria em autogoverno, a menos que se dê a todos os cidadãos uma igual oportunidade de desempenhar um papel na vida política, e isso significa não apenas o mesmo direito de voto, mas também a igualdade de voz tanto nas deliberações públicas formais quanto nos intercâmbios informais. [...] Em segundo lugar, não pode haver uma democracia assim concebida a não ser que as pessoas tenham, enquanto indivíduos, uma igual participação no governo. É preciso entender que os interesses de todos devem ser levados em consideração da mesma maneira quando se determina onde fica o interesse coletivo. [...] Em terceiro lugar, não pode haver uma parceria democrática a menos que se assegure aos indivíduos uma esfera privada na qual eles sejam livres para tomar as decisões mais religiosas e éticas por si próprios, respondendo a sua própria consciência e a seu próprio julgamento, e não ao da maioria. Nenhuma pessoa pode ver a si mesma como membro pleno e igual de uma associação em parceria que reivindique autoridade para decidir aquilo que, de seu ponto de vista, o respeito de si mesma exija que ela decida²¹¹.

Noutras palavras, *participação* significa a oportunidade de poder modificar, de algum modo (sufrágio universal, representação etc.), as decisões coletivas. O *interesse* traduz-se na necessidade de que o processo coletivo expresse *reciprocidade* entre os participantes morais: um participante não pode ser considerado um membro da comunidade a menos que seja tratado pelos outros como tal, ou seja, a menos que as consequências de qualquer decisão coletiva para sua vida sejam consideradas tão importantes quanto as consequências dessa mesma decisão para a vida de todos os demais. Repare-se que, desse modo, uma sociedade que desprezasse os interesses da minoria em detrimento daqueles da maioria seria não apenas *injusta*, mas também *ilegítima*. Por fim, a *independência moral* representa a exigência de que se mantenha, a despeito da aceitação da coerção coletiva, uma esfera privada de decisões que não pode alienar. Dworkin dá o exemplo de uma orquestra, uma comunidade coletiva na qual os músicos partilham o mesmo trabalho e o mesmo destino – ainda que, individualmente, os

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 37-8.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 190-1.

participantes possam não concordar com a maneira com a qual o empreendimento é conduzido. A regência da orquestra deve ser aceita, insista-se, ainda que com ela não se concorde; mas o maestro não poderia ditar os padrões de gosto musical que os músicos devem cultivar em sua vida particular: “ninguém que aceitasse a responsabilidade de decidir por si mesmo suas questões de gosto musical poderia considerar-se sócio de um empreendimento conjunto que se propusesse a decidir essas questões por ele”²¹².

Pois bem. Pensamos já terem ficado suficientemente claras as distinções entre as concepções concorrentes de *democracia majoritária* e de *democracia em parceria*. Enquanto a primeira seria, para Dworkin, puramente *procedimental*, a segunda defende determinadas *amarras* da democracia a condições substantivas de legitimidade. Os membros de uma comunidade agem como parceiros quando, apesar das divergências, aceitam a obrigação de tratar os demais com igual consideração e respeito. Isso gera uma obrigação não apenas de obedecer ao direito de uma comunidade, mas também de tentar produzi-lo de modo compatível com seu entendimento sincero (com seu melhor entendimento) do que a dignidade de cada um dos cidadãos exija²¹³.

Esse profundo contraste entre as duas concepções de democracia são ilustrativas de uma questão que nos interessa agora aprofundar: a compatibilidade entre a democracia e a revisão judicial da legislação (*judicial review*).

Em primeiro lugar, em que pese não seja correto afirmar que a concepção majoritária seja essencialmente contrária à revisão judicial da legislação, é fato que a vê com menos entusiasmo do que a concepção aqui chamada de *constitucional*. Se, por um lado, autores como John Ely entendem que os juízes devem proteger ao menos alguns direitos individuais (como a liberdade de expressão) em face da legislação, por outro, os defensores da concepção majoritária são em geral resistentes à derrubada de leis que uma maioria estável e bem informada tenha apoiado – notadamente, sobre questões polêmicas como a pena de morte, o aborto ou o exercício da religiosidade em escolas. Nesta visão, o controle judicial da constitucionalidade da legislação enfraqueceria o caráter democrático da

²¹² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 40-1.

²¹³ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 384.

comunidade, na medida em que restringiria a liberdade positiva necessária à dignidade dos cidadãos²¹⁴.

Dworkin (e o acompanhamos nessa premissa, adiantamos), por outro lado, defende que o instituto da *judicial review* é uma boa estratégia para promover a legitimidade do governo, na medida em que protege, por exemplo, a independência ética dos integrantes das minorias – e, por decorrência, garante à maioria a autoridade moral de impor a sua vontade em outros assuntos.

Uma maneira particularmente útil de explorarmos esse contraste é o estudo do trabalho do jusfilósofo Jeremy Waldron, um dos mais influentes debatedores de Ronald Dworkin. Trata-se, o jusfilósofo neozelandês, de um crítico severo do constitucionalismo contemporâneo e do instituto da *judicial review*. Vejamos se, colocados seus argumentos sob consideração, conseguiremos estruturar um *common ground* que nos permita capitalizar dessa divergência, tornando melhores nossos argumentos.

Contextualizemos seu pensamento. O autor neozelandês reprova sistemas jurídicos que: a) incorporem declarações de direitos fundamentais em suas constituições e que b) permitam ao Poder Judiciário a declaração de invalidade de leis instituídas pelo Poder Legislativo sob o argumento de violação àqueles direitos. Waldron crê que esse modelo (o constitucionalismo contemporâneo) é o responsável por uma concentração excessiva das atenções dos filósofos e teóricos do direito no trabalho dos tribunais, acompanhada de uma indiferença ou, até, de um preconceito, para com a produção legislativa. Sua ideia central é a de que se deve reabilitar a *dignidade* da legislação. Na medida em que há um irremediável desacordo entre os membros da comunidade política a respeito de concepções morais, políticas, religiosas etc., deve-se privilegiar a regra da maioria, que deve pautar o processo legislativo, porquanto expressaria maior respeito às pessoas. Esse respeito, aponta Cláudio Ari Mello, manifesta-se de três formas: “primeiro, porque trata com efetiva consideração as posições de cada indivíduo; segundo, porque trata todas essas posições individuais como iguais; terceiro, porque confere um valor substantivo ao próprio desacordo”²¹⁵.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 384-5.

²¹⁵ MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a dignidade da legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 34-5. Ver: WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, *passim*.

Isso não quer dizer que Waldron veja um conflito entre os direitos individuais e as leis democraticamente produzidas. Para ele, não só a ideia de democracia não é incompatível com a de direitos individuais, como, também, não pode haver democracia sem que se proteja o “direito dos direitos” (*right of rights*), que seria o de *participar* da construção das leis. Existiria, nas suas palavras, uma *congruência natural* (*natural congruence*) entre direitos e democracia. Na sua concepção, quando se identifica alguém como portador de um direito, reconhece-se nele a capacidade de pensar responsabilmente a respeito da relação moral entre seus interesses particulares e os dos demais. A posse dessa capacidade – de um *senso de justiça* – seria, assim, a base primária da democracia. A convicção de que homens e mulheres tenham o discernimento necessário para participar responsabilmente do governo de sua sociedade seria a *mesma* convicção com base na qual a atribuição de direitos se justifica²¹⁶.

Nesta vereda, por um lado, um teórico do direito não deveria nem retratar os membros de uma maioria democrática como egoístas e predadores irresponsáveis, nem apostar todas as suas fichas num procedimentalismo puro, no qual se permitisse aos indivíduos o desinteresse pelos direitos individuais dos demais. O autor reconhece (como Dworkin, aliás,) que muitos desses direitos expressam o respeito pela moralidade individual exigida pela própria democracia. Estes direitos são divididos em duas categorias principais: a) direitos que são efetivamente *constitutivos* do processo democrático e b) direitos que, mesmo que não sejam formalmente constitutivos do processo democrático, ainda assim incorporam as condições necessárias para a sua legitimidade²¹⁷.

Os primeiros consistem na ideia de *participação*. A democracia exige que, quando há um desacordo na sociedade sobre alguma matéria a respeito da qual uma decisão coletiva é necessária, todos têm o direito de participar, de forma igual, da resolução desse dissenso. Assim, não pode haver democracia sem que o direito à participação seja assegurado, exigindo-se, das regras processuais de representação política, que sejam pautadas por esse direito. Se o processo for desigual ou inadequado, tanto a democracia quanto os direitos individuais estarão sendo violados²¹⁸.

²¹⁶ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York City: Oxford University Press, 1999, p. 282.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 282-3.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 283.

Os segundos traduzem a noção de condições de legitimidade (de respeitabilidade moral) do processo de decisão democrático. Ninguém pensa que um grupo majoritário de pessoas tenha o direito de impor a sua decisão a um grupo minoritário pelo simples fato de comporem uma maioria. A premissa majoritária só teria sentido quando observados alguns direitos²¹⁹.

Perceba-se, que Waldron acata, a seu modo, algumas das propostas centrais de Dworkin, a saber: a) que há uma conexão importante entre direitos e democracia; e b) que alguns direitos individuais devem ser considerados como condições de legitimidade da premissa majoritária. Contudo, é neste particular que atingimos um ponto central da controvérsia: a quem cabe, porém, garantir esses direitos? Ou, ainda: qual a melhor maneira de se *levar a sério* esses direitos? Se, para Dworkin, o *judicial review* pode ser considerado a maneira preferencial de fazê-lo, para Waldron, não há nenhuma boa razão para que se privilegie o modelo de revisão judicial das decisões legislativas.

Em seguida, explicaremos melhor o argumento de Dworkin. Por enquanto, contudo, detenhamo-nos no pensamento de Waldron. O autor neozelandês sustenta que a revisão judicial da legislação é um modo inadequado de decisão em uma sociedade justa e democrática²²⁰. Por uma série de razões. Em síntese, o direito

²¹⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York City: Oxford University Press, 1999, p. 283. Aqui Waldron aproxima-se, de algum modo, da concepção de *participação moral* dworkiniana, ou seja: de que uma pessoa não está vinculada moralmente às decisões de uma instituição a não ser que seus interesses sejam devidamente levados em consideração. Contudo, como vimos, Dworkin vai além, e insiste que, a par disso, deve ser resguardada uma *independência moral* do indivíduo em relação à decisão coletiva, ao menos no que diz respeito a algumas matérias (questões éticas, basicamente). Com relação a esta exigência, contudo, Waldron afirma não estar plenamente convencido. *Ibid.*, p. 284. Deixemos claro que, em que pese estejamos acentuando alguns pontos em comum, o fato é que as visões de Waldron e Dworkin são *concorrentes*, sendo que, a do autor neozelandês, dá um valor muito superior àquele dado por Dworkin à premissa majoritária. Assim, pode-se dizer que Waldron é um defensor da democracia majoritária, por ele chamada de “MD” (*Majoritary Democracy*). DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 386.

²²⁰ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, abr. 2006, p. 1346-406. Disponível em: <www.yalelawjournal.org>. Acesso em: 02 abr. 2014. Anota-se que este texto de Waldron deu origem a uma resposta interessante por parte de Richard Fallon. O professor de Harvard observa, em resumo, que Waldron desconsidera um aspecto central da defesa do instituto do *judicial review*: não é que os tribunais tenham condições melhores do que os legisladores de identificar os direitos das pessoas; é que ambas as instituições (Judiciário e Legislativo) deveriam estar somadas no ideal protecionista. Segundo Fallon, em termos de direitos fundamentais, é preferível uma estrutura que assegure os direitos de modo excessivo do que de modo restritivo. FALLON JR., Richard H. The core of an uneasy case for judicial review, *Harvard Law Review*, n. 121, 2008, p. 1701-36. Disponível em: <www.harvardlawreview.org>. Acesso em: 02 abr. 2014. Um bom resumo desse debate foi elaborado por Mark Tushnet, para quem, curiosamente, ambos os cases guardam mais semelhanças do que distinções. Segundo Tushnet, tanto os argumentos contrários como os

seria fruto da política; e, a política, estaria condicionada não por um campo transcendente de conceitos ou ideias acerca do direito, mas, nas sociedades modernas, pelo desacordo entre os membros da comunidade a respeito dessas questões. Esse desacordo, vimos antes, estende-se aos direitos que as pessoas devem ter e, inclusive sobre seus limites e sobre como se devem resolver os conflitos entre estes. Apesar do desacordo, permanece a necessidade de se estabelecer um método para coordenar as ações dos membros da comunidade, que vincule todas as pessoas; este método, por sua vez, não pode estar fundado no mérito das decisões a serem tomadas (até porque, seria irrelevante encontrar respostas corretas para problemas morais ou políticos, uma vez que o conhecimento objetivo de tais questões não faria com que desaparecesse o desacordo entre os membros da comunidade) – o que faz com que se privilegie a regra da maioria. Assim, definitivamente, o Estado de Direito seria um modelo de Estado em que juízes, funcionários e cidadãos devem obediência à lei produzida por um processo legislativo norteado pela regra da maioria, ainda que seu resultado possa ser (desde o ponto de vista individual do juiz, do funcionário ou do cidadão) considerado injusto ou ruim²²¹.

Noutras palavras, Waldron sustenta dois argumentos centrais: por um lado, inexistiria qualquer razão para que supuséssemos que os direitos seriam mais bem protegidos pela revisão judicial da legislação do que o seriam por legislaturas democráticas; e, por outro, a própria ilegitimidade democrática do *judicial review*²²².

Em realidade, sendo o desacordo um elemento essencial das sociedades democráticas contemporâneas, e sendo a regra da maioria o modelo preferencial de resolução dos conflitos, o próprio povo deveria enfrentar o dissenso, por meio de

favoráveis ao *judicial review*, discutidos nesse debate, partem de determinadas suposições e qualificações que, colocadas em perspectiva, tornam os respectivos *cases* não somente compatíveis, mas praticamente idênticos. Ver: TUSHNET, Mark. How different are the core cases for and against judicial review? *Social Science Research Network*, dez. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1320502>. Acesso em: 02 abr. 2014.

²²¹ MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a dignidade da legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 34-5.

²²² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, abr. 2006, p. 1346. Disponível em: <www.yalelawjournal.org>. Acesso em: 02 abr. 2014. Vale dizer que o autor estabelece uma distinção entre sistemas de revisão judicial *forte* e de revisão judicial *fraca*. O primeiro reconhecera o poder dos tribunais de recusar aplicação a uma lei, tornando-a letra morta, uma vez que se a qualificasse como violadora de direitos; o segundo reconhecera, apenas, uma espécie de poder de identificar incompatibilidades entre os direitos e a legislação, sem, contudo, que se pudesse negar a esta aplicação (no máximo, as cortes poderiam construir interpretações da legislação que se harmonizassem com os direitos). Os argumentos críticos de Waldron são dirigidos aos sistemas de *strong judicial review*. *Ibid.*, p. 1353-59.

seus representantes eleitos. Não haveria sentido em delegar essa tarefa a um grupo de juízes – que, de resto, também decidiriam por maioria. A decisão judicial, em casos de desacordo a respeito dos direitos, não teria *legitimidade política* perante a comunidade, dada a perda de representação e de igualdade política. Ainda, haveria um problema, digamos, metodológico: a discussão no âmbito judicial faria com que a sociedade corresse o risco da *distração*, ou seja, da perda de foco na questão substantiva (a saber: a existência e os limites dos direitos) em detrimento de questões tecnicamente jurídicas (o peso dos precedentes, os diferentes modelos de interpretação judicial etc.)²²³.

Ao colocar em xeque o argumento de que os direitos deveriam ser objeto de proteção judicial em face das majorias legislativas, Waldron afirma que *todos* os direitos individuais, mesmo aqueles constitutivos da democracia, que possam ser objeto de discordância sincera (*good faith disagreements*), devem poder ser colocados em debate (e, conseqüentemente, sua existência e seus limites, submetidos à regra majoritária). Seu ponto é: se não fosse assim, seria como se já tivéssemos tomado lado em discussões que ainda não foram feitas. Ao invés de delegarmos essas decisões para um grupo de juízes, melhor seria que decidíssemos por nós mesmos, respeitando-nos uns aos outros como agentes morais com senso de justiça individual. Em palavras mais simples, é da essência do regime democrático o fato de os cidadãos discordarem, de boa-fé, a respeito dos direitos que compartilham e de sua extensão. E esse desacordo, por ser irremediável, não só *condiciona* nossa vida política, como também deve *determinar* a maneira como devemos pensar sobre o direito positivo da comunidade. Sendo assim, uma teoria dos procedimentos legítimos de formação de decisões deve ter, como base, a premissa de que, mesmo as pessoas que realmente se importam com a justiça e com os direitos, podem, nada obstante, discordar a respeito de seu conteúdo²²⁴.

O respeito pelos direitos, assim, seria mais uma questão de *cultura política* da comunidade, da existência de um *espírito de liberdade* entre o povo e seus representantes, do que, propriamente, de arranjos institucionais. Levar a liberdade a

²²³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, abr. 2006, p. 1353. Disponível em: <www.yalelawjournal.org>. Acesso em: 02 abr. 2014.

²²⁴ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York City: Oxford University Press, 1999, p. 302-5.

sério significaria enxergar os demais membros da comunidade como portadores de visões diferentes a respeito da liberdade²²⁵.

Veja-se, contudo, que o jusfilósofo neozelandês restringe o âmbito de suas teses a uma sociedade com as seguintes características: a) instituições democráticas em razoável funcionamento, aí incluído um Poder Legislativo com integrantes eleitos via sufrágio universal adulto; b) um Poder Judiciário, também em razoável funcionamento, instituído de maneira não representativa, com a função de decidir controvérsias individuais e de assegurar a prevalência do Estado de Direito; c) um comprometimento da maioria dos membros da comunidade e de seus agentes públicos com a ideia de direitos individuais e de direitos da minoria; e d) um desacordo de boa-fé, permanente e substancial, entre os membros da comunidade que estão comprometidos com a ideia dos direitos. Uma vez preenchidos estes requisitos, a sociedade deve resolver seus desacordos por intermédio de suas instituições legislativas²²⁶.

Retomemos, agora, o fio do raciocínio. Expostas sumariamente essas premissas, cabe voltar à pergunta que abre o tópico: a democracia é possível *aqui* – no Brasil?

Com efeito, é problemático afirmar se um país com as características do Brasil atende, ou não, a todos os requisitos alinhados por Waldron. Entendidos de um modo mais abrangente (como, diga-se, parece ser a intenção do autor: a de delinear uma moldura suficientemente ampla para que se enquadrassem modelos tão distintos como o canadense, o inglês, o neozelandês e o norte-americano²²⁷), é possível que sim. Aqui há, afinal, sufrágio universal, instituições razoavelmente funcionais e estáveis e direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. Não seria difícil, contudo, argumentar em sentido contrário, apontando algumas das, por assim dizer, patologias legislativas (*legislative pathologies*) que caracterizam a experiência brasileira. Para casos assim, lembremos que o próprio Waldron reconhece que o *judicial review* pode vir a se demonstrar concretamente necessário em casos particulares, para resolver algumas anomalias referentes, por exemplo, a

²²⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York City: Oxford University Press, 1999, p. 310-1.

²²⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, abr. 2006, p. 1360. Disponível em: <www.yalelawjournal.org>. Acesso em: 02 abr. 2014.

²²⁷ *Ibid.*, p. 1364-6.

sexo ou religião. Lenio Streck apresenta, vimos sumariamente, bons motivos para que se pense que o Brasil possa ser enquadrado nessa exceção²²⁸.

Em todo o caso, foi-nos particularmente útil a exposição de seu *case* para demonstrar o seguinte: a defesa do *judicial review* não é uma resposta automática para os problemas referentes aos direitos individuais em contextos democráticos. Esse argumento ficou, cremos, bem estabelecido. Se a revisão judicial da legislação preserva (ao invés de depredar) o caráter democrático de uma comunidade, como acreditamos, isso não é autoevidente e deve ser devidamente estabelecido.

Perceba-se, nesta quadra do raciocínio, que, em que pese Waldron compartilhe de diversas das premissas adotadas por Dworkin com relação à sua concepção constitucional de democracia, suas conclusões são rigorosamente distintas com relação ao dever judicial. Isso não quer dizer que não possamos nos valer de suas lições no âmbito de uma teoria dworkiniana da decisão. A rigor, Waldron e Dworkin demonstram não só uma preocupação comum com a preservação da democracia e dos direitos individuais, mas ainda outra: a de que os juízes não simplesmente substituam os legisladores. Também Habermas, a despeito das diferenças de método e enfoque, tem coisas importantes a acrescentar a esse respeito, como tentaremos demonstrar ao longo do trabalho. É a partir desse *common ground* – ainda que sempre tendo como fio condutor a teoria dworkiniana – que se apontarão para os fundamentos de uma teoria da decisão jurídica adequada para o Brasil.

Vejamos sinteticamente, na conclusão desse tópico, o argumento nuclear de Dworkin em favor do *judicial review* no contexto da sua democracia constitucional.

Dworkin contesta a premissa de Waldron de que a decisão majoritária possa ser considerada um princípio geral de justiça procedimental (o que decorreria do fato de que, sendo neutro com relação aos resultados, dá a cada opinião expressada o maior peso possível, observada a igualdade de tratamento). Primeiro, porque a significância moral da maioria depende diretamente da circunstância de esta ser a maioria de um grupo determinado, de ser a maioria da *comunidade certa*. Quer dizer: uma maioria de japoneses não tem qualquer poder moral sobre o óleo norueguês. Segundo, porque, mesmo quando a comunidade é a certa, a regra majoritária pode não ser a mais justa, como na seguinte figuração: um bote salva-

²²⁸ Ver, a propósito, a nota 170, *supra*.

vidas superlotado, no qual um de seus integrantes deve ser afogado, sob pena de todos morrerem: qual o procedimento mais justo para eleger quem deve deixar a embarcação? Enquanto, para Waldron, a contagem de votos é não só o método adequado para resolver o desacordo, *mas também para, havendo divergência quanto à justiça deste método, escolher o método adequado de decisão*, para Dworkin, essa resposta é insatisfatória. Primeiro, porque até um sorteio seria mais justo do que deixar, simplesmente, que a pessoa menos popular seja a mais votada; segundo, porque se há controvérsia a respeito da justiça de um procedimento, *não se pode automaticamente aplicar esse mesmo procedimento para resolver a questão*. Se há controvérsia a respeito da justiça do procedimento, essa controvérsia vai *do início ao fim (all the way down)*²²⁹.

O que Dworkin quer dizer, com o exemplo do bote salva-vidas, é que, assim como gostos pessoais dos indivíduos que compõem a maioria não devem contar na decisão dos tripulantes a respeito de qual deles deve deixar a embarcação, essas parcialidades não devem, também, contar nas decisões de uma comunidade política a respeito dos direitos de uma minoria impopular. Entretanto, enquanto no “caso do bote” nós ainda teríamos o sorteio como uma solução mais justa, nas decisões coletivas da vida política isso não seria, quase nunca, uma alternativa viável. A decisão da maioria de uma comunidade sobre ir ou não à guerra, por exemplo, pode não ser melhor do que a opinião da minoria; contudo, será provavelmente melhor do que uma decisão tirada no *cara-ou-coroa*²³⁰.

O autor norte-americano aponta que, se a legitimidade da coerção das decisões coletivas depende do fato de estas terem observado, na sua construção, a igualdade de tratamento e a dignidade humana, não há boas razões para se apoiar a simples *contagem de cabeças* pressuposta pela premissa majoritária. Igualdade política, para Dworkin, é uma questão de atitude, não de matemática²³¹: ela exige que a comunidade política divida o poder não de modo matematicamente igual, mas

²²⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 386-7.

²³⁰ Ibid., p. 387.

²³¹ Dworkin traça uma distinção entre três concepções de igualdade política, que podem ser assim resumidas: igualdade de *influência*, de *impacto* e de *tratamento* – esta, defendida pelo autor. A primeira significa que o poder político deve ser distribuído de modo que todos os cidadãos adultos tenham a mesma influência nas decisões políticas. A segunda, que os cidadãos adultos tenham igual impacto nesse processo: que a opinião de cada um dos participantes do processo tenha igual peso a dos demais na decisão final da comunidade. De acordo com o autor, essas duas primeiras concepções entendem a igualdade como um ideal matemático. Ibid., p. 388.

de uma maneira que *trate as pessoas como iguais*²³². E a igualdade de *tratamento* permite a construção de arranjos políticos que, desde que justificados pela dignidade humana, distribuam de maneira linearmente diferente o impacto eleitoral de cada um de seus membros. Essa é a *dignidade* – e não apenas o *poder* – da igual participação²³³.

Este é, em resumo, o argumento de Dworkin contra o valor moral da premissa majoritária: a igualdade aritmética pode resultar em insulto à dignidade humana. Assim, a regra da maioria dá uma ênfase correta ao valor da igualdade de impacto, mas entende mal a natureza (e, portanto, também os limites) desse valor, colocando em risco, por intermédio de um *fetichismo matemático*, o verdadeiro valor em questão: a *liberdade positiva*²³⁴.

O que nos devolve, no fechamento deste tópico, à questão do *judicial review*. Afinal, a atribuição de poder aos juízes de desconsiderar o que a maioria realmente quer, e que foi traduzida em legislação por seus representantes devidamente eleitos, é ou não antidemocrática? A concepção majoritária de democracia, vimos na sofisticada versão de Jeremy Waldron, entende que sim; a concepção da democracia constitucional dworkiniana entende que *não necessariamente*.

Objetivamente, Dworkin entende que os arranjos constitucionais que estabelecem diferença de impacto entre os atores públicos devem, em princípio, ser mantidos, ou seja: que somente devem ser desconsiderados caso essa diferença não possa ser justificada desde o ponto de vista da dignidade humana. Outra maneira de formular a proposição é a seguinte: essas diferenças carregam um fardo: o de somente se justificarem quando for possível demonstrar que aperfeiçoam o caráter legítimo da comunidade.

Posto sob esta luz, o instituto da revisão judicial da legislação será legítimo na medida em que aprimore a legitimidade política como um todo, ou seja, na medida em que torne mais provável que a comunidade dê consequência a valores como a igualdade e a liberdade. O *judicial review* não é universalmente necessário para o sucesso de uma comunidade política democrática – mas também dele não

²³² DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 388.

²³³ *Ibid.*, p. 391.

²³⁴ *Ibid.*, p. 392.

decorre, em si, uma perda de autogoverno²³⁵. Tudo depende, em última análise, do *acerto* das decisões que forem tomadas.

É claro que esse argumento depende de melhor elaboração, mas já nos estendemos, aqui, o bastante. No próximo capítulo, retomaremos esse ponto – o dever judicial de dar boas respostas, respostas que sejam democraticamente adequadas. Porém, antes devemos iluminá-lo a partir de outro enfoque: o debate com o *positivismo jurídico*.

²³⁵ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 398-9.

3 DEBATENDO O DEBATE HART/DWORKIN

Quais critérios tornam uma decisão jurídica *boa* ou *correta*? Qual a vinculação entre o conteúdo moral de uma norma jurídica e a sua *validade* (se é que há alguma)? Qual, afinal, o cerne da divergência entre o *positivismo jurídico* e o *interpretativismo*? Essas questões serão enfrentadas, a seguir, a partir de uma releitura crítica do célebre debate Hart/Dworkin, que colocará em evidência as seguintes questões: a) a (im)possibilidade de se fazer uma descrição moralmente neutra do Direito; b) a objetividade dos juízos morais e a sua importância para uma teoria normativa do Direito; e c) a relação entre o Direito e a Moral.

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS (E ALGUMAS CONCLUSÕES PARCIAIS)

Admitimos termos trabalhado, até aqui, com temas cujo grau de inter-relação talvez não tenha ficado imediatamente visível. É chegada a hora, porém, de jogar luz sobre essa unidade. Enunciaremos, agora, algumas *conclusões parciais* a que chegamos com a pesquisa até aqui realizada. Fixemos, assim, os primeiros contornos de nossa proposta construtiva de uma teoria dworkiniana da decisão jurídica.

Em primeiro lugar, a exposição de alguns dos principais conceitos articulados no âmbito da teoria dworkiniana era, parece-nos, inadiável. Dworkin tem um vocabulário bastante particular e, se a nossa pretensão é a de adotar suas bases teóricas, é importante desde o início situá-las de modo abrangente, ainda que de um modo muito geral, fornecendo uma visão de conjunto. *A tese da unidade do valor* tem, para o nosso trabalho, uma expressão metodológica: a ideia é a de que, na construção da melhor interpretação de cada um dos conceitos determinantes de uma teoria da decisão, busquemos, sempre, o apoio recíproco entre estes. Daí a importância de começarmos com um, digamos, *glossário* dworkiniano.

Em segundo lugar, entre o procedimentalismo habermasiano e uma visão constitucional substantiva, nossa posição é a seguinte: sem que se abra mão dos ganhos democráticos garantidos pela teoria do discurso (como a autonomia conquistada pelo Direito e a sua correta crítica ao ativismo judicial), entendemos que o substancialismo, da maneira como Dworkin o concebe, e com os ajustes propostos

por Lenio Streck, é o modelo adequado para o Brasil. Streck fornece, na nossa visão, razões suficientes para demonstrar os motivos pelas quais, no arranjo constitucional brasileiro, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário para a implementação de direitos; o que não se confunde, diga-se, com a defesa do ativismo judicial ou de qualquer forma de decisionismo, como se verá²³⁶. É sempre necessário ter cuidado para evitar *mixagens* teóricas. Contudo, pensamos estar diante de um daqueles casos em que, como no debate entre John Rawls e Habermas sobre a tese da *justice as fairness*, há um *compartilhamento de intenções* e uma concordância com as *principais conclusões*, ainda que se mantenham algumas divergências *dentro dos limites de uma briga de família*²³⁷. Adiantamos, assim, que os princípios com os quais Dworkin interpreta a dignidade humana, na sua tradução para a teoria política (igual consideração e respeito e autogoverno), são compatíveis com a complementaridade entre a autonomia pública (fundada na soberania popular) e a autonomia privada (fundada nos direitos fundamentais) que está no centro das preocupações de Habermas. Defenderemos que é a melhor forma de interpretá-la. É claro, contudo, que o sucesso dessa concepção ainda não está demonstrado, e depende de melhor elaboração.

Em terceiro, nossa postura em relação ao contributo de Jeremy Waldron é semelhante: compartilhamos algumas de suas intenções e conclusões – em que pese, aqui, as divergências apareçam de modo mais evidente. Especificamente com relação à legitimidade do instituto do *judicial review*, a razão está com Dworkin: não há nada de necessariamente antidemocrático na revisão judicial da legislação,

²³⁶ De fato, como corretamente observa Clarissa Tassinari, “o ativismo judicial é um problema de teoria do direito”, ou, mais precisamente, “de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito”. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56. Quer dizer, não há uma relação de *causa e efeito* entre a implementação de direitos constitucionalmente previstos pelo Poder Judiciário e o ativismo judicial. E, também, a própria definição de “ativismo judicial” depende da definição dos contornos do exercício legítimo do poder de coerção pública. Numa palavra: depende-se de teoria do direito e de teoria da interpretação. Voltaremos a esse tema, com maior vagar, no capítulo final desta pesquisa.

²³⁷ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 515. Veja-se, a propósito, que ambos (Rawls e Habermas) “compartilham o propósito de procurar estabelecer as condições pelas quais os próprios cidadãos, como pessoas morais, livres e iguais, podem chegar a um ponto de acordo sobre os fundamentos normativos da comunidade político-jurídica a que pertencem. Nisto seguem uma das preocupações fundamentais da filosofia prática moderna, a saber, a de procurar assentar esses fundamentos no consentimento público racional de todos os cidadãos”. WERLE, Denilson Luis. *Justiça e democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Singular; Esfera Pública, 2008, p. 11.

contanto que essa se dê de maneira *correta*. A preservação do produto legislativo não é um bem em si, na medida em que, como se viu, a premissa majoritária trabalha com uma visão meramente parcial das exigências da igualdade (supervaloriza a igualdade de impacto), o que pode colocar a dignidade humana em risco. Waldron está correto, porém, ao conceber a democracia como um empreendimento compatível (*naturalmente congruente*) com os direitos individuais. E, mesmo, em apontar que os juízes e tribunais não desfrutam de uma legitimação natural para o controle de constitucionalidade, quer dizer: ao defender que o *judicial review* não é uma decorrência essencial da democracia, Waldron aumenta os ônus argumentativos de quem, como Dworkin, pensa o contrário.

Postas essas premissas, avancemos. Nosso foco, agora, passa a ser a decisão judicial: como produzi-la de maneira democraticamente consistente? Endossando a *partnership conception* dworkiniana (com todas as suas exigências, decorrentes da preservação dos direitos que lhe constituem: garantias de *participação*, *independência ética* e *interesse* dos cidadãos na produção das decisões coletivas) e a sua defesa da legitimidade da revisão judicial da legislação, cabe investigar: como se decide de maneira *correta* numa democracia constitucional?

Apresentaremos essa temática a partir do debate entre Hart e Dworkin para, a partir de seus desdobramentos, respondermos a essa questão.

Ao trabalho.

3.2 RETOMANDO O DEBATE ENTRE HART E DWORKIN

O célebre *Hart/Dworkin debate* começa com o artigo *O Modelo de Regras I*²³⁸, publicado por Ronald Dworkin, em 1967, como uma crítica às teses centrais de *O Conceito de Direito*, de Herbert Hart. A última palavra do jusfilósofo inglês sobre o debate veio na publicação póstuma que compõe o *Pós-escrito* de *O Conceito de Direito*, publicado em 1994, texto organizado e revisado por Joseph Raz e Penelope

²³⁸ Republicado em 1977, como o capítulo 2 de *Levando os Direitos a Sério* (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

Bullock. Quanto a Dworkin, sua tréplica veio à luz em 2004, no ensaio *O Pós-Escrito de Hart e a Questão da Filosofia Política*²³⁹.

Consideramos útil, ainda hoje, traçar a trajetória desse debate como uma espécie de *espinha dorsal* da teoria dworkiniana sobre o direito válido, apresentada na forma de um *ataque geral (general attack)* contra o positivismo jurídico²⁴⁰. Dworkin coloca a obra de Hart no centro de suas preocupações por tê-la considerado, à época, a “mais influente versão contemporânea do positivismo”²⁴¹. Grande parte da polêmica, veremos, segue viva, ainda que novos desafios tenham sido criados ao longo da discussão²⁴².

²³⁹ Republicado em 2006, como o capítulo 6 de *A Justiça de Toga* (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010).

²⁴⁰ Luis Fernando Barzotto entende conveniente identificar o positivismo, como o faz Scarpelli, a partir da adesão a um determinado conceito de direito, que poderia ser definido assim: “um sistema de normas postas por atos de vontade de seres humanos”. Este sistema é visto como um conjunto de normas dispostas hierarquicamente, na medida em que as normas são criadas em conformidade com as outras normas, sendo as primeiras vistas como “inferiores” em relação às segundas, as “superiores” (daí ser comum visualizá-lo como um sistema normativo estruturado de forma “piramidal”). De acordo com Barzotto, a “originalidade do positivismo está no seu critério de juridicidade. É este que lhe permite obter um conceito autônomo de direito. Para ressaltar essa originalidade do positivismo e do seu conceito de direito, é oportuno situá-lo face a outras duas concepções, que esquematicamente poderiam ser chamadas de ‘jusnaturalismo’ e ‘realismo’. Para o jusnaturalismo, a nota definitiva do jurídico, ou critério de juridicidade, é a justiça: ‘Não se considera lei o que não for justo’ (Sto. Tomás de Aquino). Para o realismo, o que define o direito é a sua eficácia, isto é, o comportamento efetivo presente em uma dada comunidade. [...] O positivismo não adota como critério identificador ‘aquilo que é justo’, pelo subjetivismo e incerteza provenientes da multiplicidade de concepções de justiça; exclui-se também ‘aquilo que é eficaz’, pelo risco do arbítrio e a consequente imprevisibilidade que segue a este. Recusada a justiça e a eficácia como critérios de juridicidade, o positivismo vai ter de elaborar seu próprio critério. Este será a ‘validade’. Norma jurídica não é a norma justa ou a norma eficaz, mas a norma válida”. BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17-9. Já segundo Lenio Streck, é mais fácil definir o positivismo jurídico a partir da análise das características das posturas consideradas e autodenominadas pós-positivistas; trata-se de uma classificação que poderia ser denominada “a contrario sensu”, ou seja, a partir do exame das posturas que o superam. Assim, os chamados “pós-positivistas” são aqueles que centram suas preocupações na solução dos casos indeterminados (casos difíceis), já não vistos como excepcionais, o que não acontece sem uma “avaliação moral”, proibida pela separação entre direito e moral que sustenta o positivismo. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63. Vale dizer que o centro das atenções de Streck é o chamado *positivismo normativista pós-kelseniano*, ou seja, ao positivismo que, como na obra de Hart, admite discricionariedades. O autor dá, pois, por superado o *positivismo exegético*, que identificava lei e direito. *Ibid.*, p. 31. Cabe registrar, por fim, a observação de Dimitri Dimoulis, para quem seria preferível empregar o termo *antipositivismo*, ou outro que levasse em conta o conteúdo essencial das posturas que se opõem ao positivismo jurídico, ao invés de *pós-positivismo* – termo considerado não só “inexpressivo”, mas também incorreto do ponto de vista cronológico. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 50-1.

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XI.

²⁴² Scott Shapiro observa que o debate Hart/Dworkin tangencia diversas controvérsias filosóficas, em algum nível, inter-relacionadas: a existência da discricionariedade judicial; o papel da Política nas decisões judiciais; a fundamentação ontológica das regras; a possibilidade da teoria jurídica descritiva; a função do Direito; a objetividade do valor; a vagueza dos conceitos; e a natureza da

Vamos apresentar, aqui, as linhas mestras do debate – focando, quase que exclusivamente, nos textos escritos pelos próprios Dworkin e Hart – para depois, no tópico seguinte, examinarmos sua repercussão no contexto da obra de outros autores, como Jeremy Waldron e Brian Leiter. A ideia é, com o apoio dos aportes substantivos da obra de Lenio Streck, agregarmos mais subsídios à nossa teoria da decisão jurídica.

Começemos, assim, apontando aquelas que Dworkin entende serem as três características centrais do positivismo jurídico:

(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com o seu conteúdo, mas com seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. [...] (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante a “aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão [...]. e (c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em alguma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa²⁴³.

inferência jurídica. SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *Social Science Research Network*, 2 fev. 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657>. Acesso em: 02 abr. 2014. O autor sugere, neste fio, que qualquer descrição do debate deve tratá-lo como uma entidade em movimento, que vai se adaptando ao longo do tempo às pressões racionais internas e externas.

²⁴³ Ibid., p. 27-8. Vale dizer que há, entre o positivismo de Herbert Hart e aquele de Hans Kelsen, identidade o suficiente para que, em geral, a crítica de Dworkin atinja a ambos. A rigor, as características centrais do positivismo jurídico, mapeadas por Dworkin, encontram-se presentes no contexto da obra Kelsen, a saber: “Em (a) podemos nos lembrar que é justamente a *origem* da norma inferior, em Kelsen, que confere sua validade: é o fato de uma norma de dever-ser ser oriunda de outra norma de dever-ser de um escalão superior que a faz diferente perante as demais normas, v.g., morais e religiosas. O Direito, como bem definiu Kelsen, é, portanto, esgotado nesta pirâmide escalonada de regras, sendo que ao juiz pode ser lícito lançar mão de outra interpretação que não entre as possibilidades apresentadas pela Ciência do Direito: faz uso de sua discricionariedade (b). Isso, inevitavelmente, faz com que cheguemos à conclusão (c). A admissibilidade de direitos que não estivessem positivados em normas que passassem pelo *teste de validade* seriam confundidas com a tão combatida tese do Direito Natural”. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non Datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 91. Leia-

Complementarmente, o autor norte-americano explica que o conceito de *poder discricionário* “só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”²⁴⁴. Assim, depois de descrever dois *sentidos fracos* para o conceito de *discrição* (ora equiparada à mera exigência de alguma *capacidade de raciocínio* do tomador da decisão, ora entendida como o poder de dar a *última palavra* sobre algum assunto), Dworkin finalmente traça um *sentido forte* de *poder discricionário*, então compreendido como a ausência de limitações, ao seu titular, de quaisquer padrões (*standards*) estabelecidos por outra autoridade. Nas suas próprias palavras,

às vezes usamos “poder discricionário” não para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão²⁴⁵.

Cabe notar que essa distinção entre *discrição forte* e *fraca* é feita por Dworkin – e não por Hart; e que, na sua modalidade *fraca*, a *discrição* seria, a um só tempo, trivial e inescapável – uma mera decorrência do fato de que os padrões da autoridade não se aplicariam mecanicamente, o que exigiria, do tomador da decisão, o exercício de sua capacidade de julgamento²⁴⁶. O argumento de Dworkin leva em consideração, pois, o conceito *forte* de poder discricionário.

Passemos agora, especificamente, à obra de Hart.

se, a propósito especificamente da discricionariedade judicial, o célebre Capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*, no qual Kelsen rejeita a possibilidade de se construírem decisões *corretas* a partir da teoria do direito positivo: “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393.

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 52.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 51. Veremos depois que o filósofo americano Brian Leiter, um duro crítico de Dworkin, acredita que essa distinção (entre *discrição forte* e *fraca*) causa mais confusão que esclarecimento. LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 156.

O modelo de regras proposto por Herbert Hart surge em contraposição ao pensamento de autores que, como John Austin, não aceitam a noção de “regra” como elemento central do conceito de direito, preferindo reduzir o direito a um fenômeno isento de normatividade que pode ser descrito através de critérios puramente factuais, tais como “ordens coercitivas” e “hábitos de obediência”²⁴⁷.

As regras jurídicas não poderiam ser reduzidas a ordens coercitivas, baseadas em ameaças ou comandos, primeiro, porque nem todas as regras impõem deveres e sanções – há, também, regras que conferem poderes a particulares ou funcionários para regularem relações de caráter privado e público (por exemplo, um negócio jurídico ou um ato administrativo). Segundo, porque, no modelo das ordens coercitivas, um sujeito (o soberano) expressa o desejo de que outros façam ou abstenham-se de fazer algo – ao passo que, no Estado Moderno, as regras não só se dirigem a uma *classe* de destinatários (e não a pessoas singulares), como, também, submetem o próprio criador das leis. Terceiro, o modelo das ordens coercitivas não se aplicaria às regras originadas do *costume*, na medida em que, neste caso, não haveria uma vontade consciente na sua elaboração²⁴⁸.

Por outro lado, a ideia de “hábito” não explicaria dois problemas centrais: a continuidade da autoridade legislativa e a persistência do direito, quer dizer: o modelo “austiniano” não explicaria a transição da autoridade legislativa de um órgão legislativo para outro; e nem por que continuariam valendo como direito normas editadas por um órgão legislativo que não mais existe. Segundo Hart, para resolver estas questões é necessário reconhecer a autoridade de “regras sociais”, gênero do qual a “regra jurídica” seria espécie. Na síntese de Barzotto,

²⁴⁷ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 1-22. Para uma análise detalhada do pensamento de Hart, ver: BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Esclarece Barzotto que Hart não está interessado em criticar, especificamente, o modelo de John Austin; seu objetivo é, na verdade, combater uma concepção do fenômeno jurídico que tende a desmerecer o papel que as regras desempenham no interior do direito. Assim, “o ‘modelo austiniano’ é uma reconstrução arbitrária de teses e argumentos que se encontram apenas parcialmente em Austin”. *Ibid.*, p. 97. Vale dizer que a questão da relação entre o Direito e os *hábitos de obediência* também aparece na obra de Darci Guimarães Ribeiro. O jurista gaúcho investiga o ordenamento jurídico a partir de uma perspectiva sociológica, e examina as funções do que chama de “direito objetivo”, quais sejam: uma função *psicológica*, que tem por destinatário o indivíduo, o qual passa a poder optar por cumprir voluntariamente a orientação normativa, na qual se hierarquizam os interesses sociais (trata-se do *hábito de obediência*); e uma função *judicial*, uma orientação que tem por destinatário o juiz, em sua tarefa de aplicar os valores previamente estabelecidos pela sociedade como essenciais. Ver: RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, p. 28-35.

²⁴⁸ BARZOTTO, op. cit., p. 98-9.

a) Para que exista um hábito em um determinado grupo, é suficiente uma mera convergência de comportamento. O desvio do comportamento não provoca necessariamente uma crítica. Ao contrário, onde existe uma regra social, a sua violação vem necessariamente seguida de críticas por parte dos membros do grupo.

b) A existência da regra faz com que a crítica ao desvio seja vista geralmente como justificada ou legítima mesmo por aqueles que a violam.

c) A existência de uma regularidade de comportamento é um fato observável comum tanto à regra quanto ao hábito. Pode-se denominá-lo “aspecto externo” da regra. Mas a regra possui uma outra dimensão: seu aspecto interno. O aspecto interno consiste em uma atitude crítica reflexiva em relação ao comportamento previsto pela regra. O comportamento em questão é assumido como um padrão, e a crítica a seus desvios bem como a exigência de conformidade que se manifesta diante da ameaça do desvio são vistos como legítimos e justificados²⁴⁹.

Desse modo, Hart entende necessário que se trabalhe com a noção de “regra”²⁵⁰ em qualquer tentativa de explicitação do fenômeno jurídico²⁵¹. Vejamos, agora, que funções as regras cumprem e de que forma estas se articulam no interior do sistema jurídico.

O jusfilósofo inglês defendeu a tese de que o sistema jurídico é composto pela combinação de regras de tipo básico, ou *primárias*, e regras parasitárias ou *secundárias* em relação às primeiras²⁵². As regras primárias exigem que o ser humano pratique ou se abstenha de praticar certos atos, quer queira, quer não; as regras secundárias estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas regras do tipo principal, extinguir ou modificar regras antigas ou determinar de várias formas a sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. Nas suas palavras, as

²⁴⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 100.

²⁵⁰ É importante notar que a expressão inglesa “rule” por vezes é traduzida para o português como “regra” e, por vezes, como “norma”. A edição de *O Conceito de Direito* que subsidia esta pesquisa dá preferência à expressão “norma”. Sempre que houver, portanto, uma citação direta à versão brasileira do texto, cabe atentar para esse detalhe. Até porque, no âmbito desta tese, a expressão “norma” é trabalhada como um gênero do qual são espécies não só as regras, mas também os princípios.

²⁵¹ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 105.

²⁵² Scott Shapiro chama a atenção para o ponto de que Hart caracteriza o Direito como a “união” de regras primárias e secundárias justamente para enfatizar a *sistematicidade* de seu projeto. Num sistema jurídico, toda a regra primária está ligada às demais em virtude de sua validade comum, garantida pela regra de reconhecimento. Esta característica (o fato de que a existência de uma regra primária sempre poderá ter a sua validade rastreada a uma fonte comum) é o que define o Direito como um *sistema*. SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 91-2.

normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações²⁵³.

As regras secundárias surgem a partir de deficiências do sistema que não podem ser atendidas pelas regras primárias. Hart ilustra seu argumento propondo que o leitor imagine uma comunidade primitiva onde houvesse, apenas, regras primárias: uma estrutura social sem poder legislativo, juízes ou qualquer tipo de agente público. Haveria, somente, regras de conduta de caráter costumeiro identificadas e aplicadas pelos próprios membros da comunidade. A partir das deficiências dessa estrutura é que Hart pretende demonstrar a necessidade de se introduzirem as regras secundárias. Aqui, mais uma vez, o resumo de Barzotto é particularmente claro:

A primeira deficiência do modelo de regras primárias é a incerteza. Não há como resolver as dúvidas acerca da existência de uma regra. As regras de obrigação não podem indicar o modo de identificação das regras que são consideradas regras do grupo. Para sanar esse defeito, faz-se necessário uma regra de reconhecimento que determine as características que uma regra deve apresentar para ser considerada uma regra do grupo.

Um segundo defeito é o caráter estático das regras. O único modo de alteração é a evolução gradual por meio da mudança dos hábitos do grupo. Não há como introduzir novos padrões de comportamento, pois as regras de obrigação não indicam nem a autoridade nem o procedimento que permitiriam introduzir novas regras na vida do grupo. Esse defeito é superado com a adoção de regras de alteração, que facultam a uma autoridade legislativa, a introdução de novos padrões de comportamento.

Um terceiro defeito é a ineficácia da pressão social difusa pela qual são mantidas as regras da comunidade. Como as regras de obrigação não indicam uma pessoa ou conjunto de pessoas que estejam investidas de poder para aplicar sanções àqueles que violam as regras, surgem dois graves inconvenientes: a perda de tempo por parte do grupo, que fará uma série de esforços não organizados no intuito de manter as regras, e a escalada de violência provocada pela autotutela. Essa deficiência é superada com a aceitação de regras de julgamento que confiem a um órgão a função de determinar se uma regra foi violada e a sanção para os culpados²⁵⁴.

²⁵³ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 105-6.

²⁵⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 102.

O conceito central, no contexto dessas reflexões, certamente é o de *regra de reconhecimento*. Na sua aceitação e utilização é que reside, para Hart, o *fundamento* de um sistema jurídico²⁵⁵. É com essa ideia, também, que se introduz a noção de validade jurídica, na medida em que se conta, a partir dela, com um instrumento para identificação de uma regra social como regra *pertencente* ao sistema jurídico. Trata-se de fornecer às “autoridades públicas” os “critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação”²⁵⁶.

Trata-se, assim, da “forma mais simples de solução para a *incerteza* própria do regime de normas primárias”, uma vez que “especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce”²⁵⁷. Hart afirmará, pois, que a normatividade é *social*, pressupondo o *reconhecimento* de quem formula a regra, seu desejo de ser guiado por ela, e a exigência (social) de que outros também o sejam²⁵⁸.

Nestes moldes, o positivismo jurídico hartiano vê o Direito como “simples questão de fato”, do que decorre a “alegação de que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser empírico, não teórico”²⁵⁹. Os verdadeiros fundamentos do Direito

²⁵⁵ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 129.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 130. É útil reproduzir, aqui, uma observação de Joseph Raz (um dos notórios continuadores de Hart) a respeito da tentativa de Hart de fornecer uma identidade ao sistema jurídico: “Um sistema jurídico pode ser concebido como um sistema de razões para a ação. A questão de sua identidade é saber quais razões são jurídicas, ou, mais precisamente, quais razões são as razões jurídicas de um mesmo sistema jurídico. Mencionei acima duas características necessárias para que uma razão seja uma razão jurídica: (1) As razões jurídicas são aplicadas e reconhecidas por um sistema de tribunais. (2) Os tribunais estão obrigados a aplicá-las de acordo com suas práticas e costumes. Esses aspectos explicam o caráter institucional do direito: este é um sistema de razões reconhecidas e impostas por instituições aplicadoras da lei. Mais: estes aspectos constituem a pedra fundamental da doutrina de Hart sobre a identidade do direito, expressa em sua doutrina da norma de reconhecimento”. RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 283.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 122.

²⁵⁸ ROCHA, Leonel Severo; SCHARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopolético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14. De fato, é da importância ou *seriedade* da pressão social em apoio às regras que se pode concluir se estas são, ou não, vistas como criadoras de obrigações. HART, op. cit., p. 112-3. Pode-se dizer, desde o ponto de vista da teoria dos sistemas, que a concepção hartiana implica uma *abertura* do sistema jurídico para o *social* (que passa, desta forma, a comunicar-se com a moral, política e a sociedade). ROCHA; SCHARTZ; CLAM, op. cit., p. 23-4.

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 46. Segundo Hart, enquanto “uma norma subordinada de um sistema possa 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., p. 142.

se encontram na *aceitação*, por parte da comunidade como um todo, dessa “regra-mestra fundamental”, sendo que esta *aceitação* está representada em convenções sociais²⁶⁰.

Dita nas palavras de Dworkin, a resposta de Hart à pergunta sobre as circunstâncias nas quais aparecem os deveres e as obrigações está em que

os deveres existem quando existem regras sociais que estabelecem tais deveres. Essas regras sociais existem se as condições para a prática de tais regras estão satisfeitas. Tais condições para a prática estão satisfeitas quando os membros de uma comunidade comportam-se de determinada maneira; esse comportamento *constitui* uma regra social e impõe um dever²⁶¹ (grifo do autor).

Numa palavra: em Hart, os deveres jurídicos são criados por regras sociais, que ganham normatividade por meio de seu reconhecimento social, da *seriedade* da pressão social que as apoie.

Hart acaba desenvolvendo, a partir daí, a tese do direito como *instituição social*, na qual a linguagem ocupa um papel constitutivo, na medida em que as regras gerais, os padrões de conduta e os princípios, que seriam necessariamente o “principal instrumento de controle social”²⁶², devem ser comunicados às pessoas. Da transmissão desses conteúdos depende, naturalmente, o seu reconhecimento. Pode-se dizer que, para o jusfilósofo inglês, o direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem; por isso é que ele, desde a linguística, pretende privilegiar o uso da linguagem normativa como o segredo para que se compreenda a normatividade do direito²⁶³.

Hart observa que a linguagem geral em que as regras se expressam não fornecem uma orientação precisa, e que isso pode gerar incertezas com relação à sua aplicação. Os chamados “cânones de interpretação”, de igual forma, não eliminam totalmente as incertezas, uma vez que constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação. Assim, a sua visão é a de que a própria linguagem, dada a sua imprecisão, confere ao intérprete *discricionariedade*²⁶⁴.

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 42.

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 80.

²⁶² HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 161.

²⁶³ ROCHA, Leonel Severo; SCHARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.186-7.

²⁶⁴ HART, op. cit., p. 164-5.

Chegamos, aqui, a um ponto nuclear: para Hart, não importa qual seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento (seja o precedente ou a legislação), esses padrões, em algum momento, mostrar-se-ão imprecisos e sua aplicação será posta em dúvida. Esses padrões terão, portanto, em todo o caso, o que se chama de *textura aberta*: uma característica geral da linguagem humana, que gera incerteza nas zonas limítrofes²⁶⁵.

Perceba-se que esta característica acaba deslocando para os intérpretes oficiais (como as autoridades judiciais), no âmbito do positivismo hartiano, um grande poder: o de, no âmbito de aplicação normativa concreto, solucionar o caso por intermédio de uma *escolha*²⁶⁶. Efetivamente, a textura aberta “significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso”²⁶⁷.

Fixemo-nos, agora, na autoridade judicial. Interessa ressaltar que, em que pese os juízes devam aplicar regras reconhecidas pela comunidade como válidas (por exemplo, os jogos deixariam de existir se os árbitros tivessem a liberdade de aplicar ou não as regras), o fato é que, para Hart, os casos duvidosos ou difíceis devem ser resolvidos segundo a *discrissão judicial*²⁶⁸. Isso não quer dizer que a decisão seja necessariamente arbitrária ou irracional: quer dizer, apenas, que será o resultado de uma *escolha*²⁶⁹. Em outras palavras, como o juiz possui a autoridade,

²⁶⁵ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 166.

²⁶⁶ A expressão “escolha” é de Hart (ibid., p. 165). Cabe observar que Lenio Streck estabelece uma útil distinção entre *decisão* e *escolha* que, esperamos, ficará mais clara ao longo desta tese. Segundo Lenio, a decisão não se dá a partir de uma escolha, mas a partir do comprometimento com algo que se antecipa, ou seja: aquilo que a comunidade política como um todo constrói como Direito. A escolha, por sua vez, seria sempre parcial, ou seja, um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Para o autor, a palavra técnica para se referir à escolha, no âmbito do Direito, é, justamente, a *discricionariedade*. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97-8.

²⁶⁷ HART, op. cit., p. 175.

²⁶⁸ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 157.

²⁶⁹ “Confrontada com a questão sobre se a regra que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a certa combinação de circunstâncias em que surge indeterminada, tudo o que a pessoa chamada a responder-lhe pode fazer é considerar (como o faz aquele que recorre a um precedente) se o caso presente se assemelha ‘suficientemente’ ao caso simples em aspectos ‘relevantes’. O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo, de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão se constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser

conferida por uma norma de reconhecimento proveniente da comunidade, para decidir, ele pode, *legitimamente*, dar a decisão que ele achar a melhor²⁷⁰. Seja a decisão judicial boa ou má, justa ou injusta, não importa: “no quadro do campo da discricionariedade, a [...] decisão está sempre certa”²⁷¹.

Neste ponto, entra Dworkin. Seu argumento inicial é o de que não apenas as regras (*rules*) seriam juridicamente vinculativas. A atividade judicial não consistiria, apenas, da aplicação das regras e do uso, nos casos limítrofes ao menos, da discricionariedade. Haveria outros fundamentos que gozariam de “força gravitacional” suficiente para guiar uma decisão, mesmo nos casos duvidosos²⁷².

Como observa Kaufmann, a “novidade” está em que Dworkin conhece não apenas *regras (rules)*²⁷³, mas também *princípios (general principles of law)*, os quais – em contraste com a concepção positivista – são juridicamente vinculativos para os agentes públicos²⁷⁴. Veja-se que, para Dworkin, *princípio* é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política

arbitrária ou irracional. [...] Quando surge o caso não contemplado, confrontamos as soluções em jogo e podemos resolver a questão através da escolha entre os interesses concorrentes pela forma que melhor nos satisfaz”. HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 165.

²⁷⁰ OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 153.

²⁷¹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 157.

²⁷² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XIII.

²⁷³ Na sua concepção original, Dworkin apresentou as regras como um padrão que deveria ser aplicado ao modo do “tudo ou nada”, ou seja: “dados os fatos que uma regra estipula, 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 decisão”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39. É importante ter essa distinção em mente quando analisamos o debate Hart/Dworkin. Contudo, trata-se de uma formulação problemática, na medida em que o conceito de regra, um conceito jurídico, é, no vocabulário dworkiniano, um *conceito interpretativo* (incompatível, pois, com a *all or nothing fashion*). Vale dizer que a célebre distinção entre regras e princípios então apresentada por Dworkin vai, nitidamente, perdendo importância conforme sua obra vai sendo desenvolvida.

²⁷⁴ KAUFMANN, op. cit., p. 157. A expressão “novidade” merece, aqui, as aspas colocadas. Em que pese não seja errado observar que Dworkin é um dos principais defensores da importância de se incorporarem princípios morais na compreensão da natureza do Direito, isso não chega a ser uma contribuição original de sua obra. Que o digam os jusnaturalistas. De resto, a abordagem do contraste entre regras e princípios é deixada de lado pelo próprio Dworkin, enquanto estratégia metodológica de apresentação de seu pensamento, no curso de sua obra. Quer dizer: trata-se, sim, de um aspecto importante do pensamento de Dworkin – principalmente para que se compreenda o debate com Hart em sua real extensão; mas não nos parece correto tratá-lo como o centro gravitacional de sua obra, ou como uma contribuição propriamente original de sua teoria. Ver: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44-5.

ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²⁷⁵.

Entre regras e princípios, dirá Dworkin, há uma diferença *lógica*: enquanto as primeiras se excluíam reciprocamente (dados os fatos previstos para a incidência simultânea de mais de uma regra, somente uma delas será considerada válida e aplicável), os princípios conflitantes não teriam esse mesmo efeito; o argumento do autor é o de que os princípios possuíam uma dimensão estranha às regras, qual seja, a dimensão do *peso* ou da *importância*. Com isso, quando os princípios se inter cruzam, o que está em jogo é a força relativa de cada um, mas não a sua validade²⁷⁶.

Veja-se que o ponto de Dworkin não é o de que o Direito contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e, os outros, princípios: na verdade, ele rejeita a ideia de que o Direito seja um conjunto fixo de padrões de algum tipo²⁷⁷.

Lembremos que a justificativa do pensamento de Dworkin está na defesa dos direitos individuais que, na sua concepção, são constitutivos da democracia – notadamente, o direito à igual consideração e respeito. Interessa, pois, descobrir se o indivíduo *tem ou não* um direito (daí a expressão *having a right*²⁷⁸); se tiver, este deve ser assegurado pelo poder público. Trata-se de uma imposição da *moralidade política* que aparece, no âmbito do discurso jurídico, sob a forma de *princípios* – sobretudo nos chamados *hard cases* (casos difíceis ou controvertidos)²⁷⁹.

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 90. Uma observação: a edição em português adotada nesta pesquisa traduziu, na passagem reproduzida no texto principal, a expressão *fairness* por *equidade* (“because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”); talvez aqui a palavra em português que capte melhor as intenções de Dworkin, contudo, seja *equanimidade* (uma expressão mais próxima às noções de *imparcialidade* e de *igualdade de tratamento*). A mesma observação aplica-se à expressão “justice as fairness”, que aparece no contexto da obra de John Rawls, e que é comumente traduzida por “justiça como equidade”.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42. Outra observação importante é de que a juridicidade dos princípios, a sua validade, não depende de uma decisão específica em que este tenha sido empregado, mas num sentido de adequação ou propriedade (*sense of appropriateness*) que este vai confirmando ao longo do tempo. O *peso* do princípio deriva da manutenção desse sentido.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 119.

²⁷⁸ Ter um direito no sentido “forte” (*having a right*) significa que os outros não devem interferir numa determinada ação, ou seja: significa que seria errado interferir com a realização daquela ação ou, pelo menos, que necessitamos de razões especiais para justificar qualquer interferência. *Ibid.*, p. 289-91.

²⁷⁹ Não há uma diferença essencial, para Dworkin, entre casos fáceis e difíceis. Para o autor, um caso é difícil quando o intérprete, numa “análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado”, ou seja, quando há dúvida com relação à

O contraste entre a proposta de Dworkin e a doutrina do poder discricionário começa, aqui, a ficar mais clara. Para o positivismo hartiano, quando a aplicação das regras é duvidosa, ou quando o caso simplesmente não for contemplado por estas, a decisão judicial discricionária cria, de certa forma, um novo elemento de legislação²⁸⁰. Quer dizer, não há direitos institucionais a serem preservados quando as regras forem vagas ou indeterminadas. Já para Dworkin, mesmo nestes casos o juiz tem o *dever* de articular, com os princípios, uma argumentação que favoreça o direito das partes.

Não é que haja uma oposição entre regras e princípios²⁸¹. Há, com efeito, uma relação de complementaridade. Tanto os princípios como as regras integram o Direito, sendo, ambos, padrões de julgamento vinculantes, a serem interpretados no contexto de um empreendimento que, como um todo, é moralmente coerente. Nesse sentido, os princípios forneceriam uma base para o dever judicial: identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente sustentam as regras²⁸². O autor norte-americano sugere, assim, que os princípios “subjazem” às

resposta que o direito como instituição fornece para um problema determinado; quando não houver maiores questionamentos a respeito da solução endossada como correta pelo Direito, não haverá necessidade de se fazerem maiores indagações, uma vez que “não precisamos fazer perguntas quando já conhecemos as respostas”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 306 e 317. É claro que a resposta dada ao caso considerado fácil sempre pode vir a ser questionada por um argumento inovador, ou por um enfoque diferente, que coloque em dúvida seus fundamentos. Nessa hipótese, o caso, que até então era simples, passa a ser considerado complexo. Eis por que Dworkin considera o caso fácil como um “caso especial” dos casos difíceis. Seja como for, a razão, aqui, certamente está com Lenio Streck, que trabalha essa diferença a partir da hermenêutica: um caso difícil é apenas um caso não compreendido. Uma vez compreendido, torna-se fácil. Como Dworkin, e com Gadamer, Lenio lembra que nós não nos perguntamos por aquilo que já sabemos. Daí a necessidade de se perguntar: fácil ou difícil... para quem?

²⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 202.

²⁸¹ Rafael Tomaz de Oliveira vai ao ponto: para Dworkin, “não há uma cisão radical entre regras e princípios que estão, de modo permanente, implicados na prática interpretativa que é o direito. Há uma *diferença* entre regra e princípio porque quando nos ocupamos das controvérsias jurídicas e procuramos argumentar para resolvê-las, somos levados a nos comportar de modo distinto quando argumentamos com regras e quando argumentamos com princípios. Há um elemento *transcendente* nos princípios, porque quando argumentamos com eles sempre ultrapassamos a pura objetividade em direção a um todo contextual coerentemente (re)construído, que, todavia, sempre se dá como pressuposto em todo processo interpretativo” (grifo do autor). OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 201.

²⁸² *Ibid.*, p. 106. Lúcio Antônio Chamon Júnior coloca essa questão de maneira didática: “Os princípios integram o direito, assim como as regras: é a tese inicial de Dworkin. Poderíamos, para facilitar a exposição, indagar aos positivistas: já que aos juízes é dada discricionariedade para formular uma sentença baseando-se em elementos que estão mais além do Direito, por que devemos, então, obedecê-los se o que ele aplica não é ‘Direito’?”. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non Datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de

regras positivas do Direito, operando “uma ponte entre a justificação política da doutrina segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer”²⁸³. Daí a recusa, por parte do jusfilósofo norte-americano, à discricionariedade judicial *forte* que julga estar presente no positivismo jurídico hartiano. Dworkin trabalha com a noção de que existe uma obrigação jurídica “sempre que as razões que sustentam tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela”²⁸⁴.

Dito isso, voltemos agora a Hart.

O jusfilósofo inglês, diante da proposta de Dworkin, levanta duas questões, digamos, preliminares: primeiro, sustenta que seu projeto era meramente *descritivo*, e não ético ou moral: sua proposta era compreender, e não avaliar, as práticas sociais complexas que compõem o Direito. Segundo, disse que seu projeto é filosófico, e não jurídico, no seguinte sentido: tentar identificar a natureza geral do Direito (projeto filosófico) é diferente de tentar resolver casos jurídicos específicos (projeto jurídico). Veremos que Dworkin contesta ambas as afirmações²⁸⁵. Mas detenhamo-nos, antes, nos argumentos de Hart.

De acordo com Hart, o Direito é uma estrutura social complexa, dotada de um aspecto regulatório (e nesse sentido, “normativo”) que, apesar das muitas variações em culturas e tempos diversos, sempre teria assumido a mesma forma geral e sempre teve a mesma estrutura. Assim, a sua intenção, ao apresentar sua teoria do direito, foi a de identificar, a partir do conhecimento comum (atribuído a “qualquer indivíduo instruído”), as características mais evidentes de um sistema jurídico moderno. Nesta vereda, sua tarefa seria meramente *descritiva*, no sentido de que seria moralmente neutra e no de que não teria fins de justificativa das formas e estruturas descritas. Concebida desta maneira, ao mesmo tempo descritiva e geral, a teoria do direito (*legal theory*) constituiria uma empresa radicalmente diferente da

Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 94.

²⁸³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 164-5.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 71.

²⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 200.

concepção que dela faz Dworkin (que costuma chamá-la *jurisprudence*), de caráter (parcialmente, ao menos) avaliativo e justificatório²⁸⁶.

Hart tem dificuldades, portanto, em visualizar por que razão, ou mesmo de que modo, poderia haver conflito entre o seu empreendimento e o de Dworkin. O autor inglês rejeita qualquer versão interpretativa (no sentido que Dworkin atribui a essa expressão) de sua teoria e não entende por que um observador externo, não participante da prática social, não teria a capacidade de descrever as maneiras como os participantes veem o direito (ponto de vista interno). Descrever a aceitação da lei como provedora de orientações para o comportamento, e como padrão crítico, não é o mesmo que compartilhá-la. Hart concede que, de fato, o teórico descritivista tem o dever de *compreender* o que significa adotar o ponto de vista interno e, neste sentido (limitado), precisa ser capaz de colocar-se na posição de um participante situado no interior do sistema; “mas isso não é o mesmo que aceitar a lei, compartilhar ou endossar o ponto de vista interno do *insider*, ou abdicar de sua postura descritiva de qualquer outra forma”²⁸⁷.

Em síntese, Hart rejeita a premissa dworkiniana de que a teoria do direito (a doutrina) seria a parte geral da decisão judicial, separando as atividades avaliativas e interpretativas daquelas descritivas. Na sua visão, a “descrição não deixa de ser uma descrição, mesmo se aquilo que ela descreve é uma avaliação”²⁸⁸.

Hart rejeita a leitura interpretativa que Dworkin faz de seu positivismo jurídico, chamando a atenção para dois aspectos importantes: primeiro, o positivismo jurídico não nega que, em alguns sistemas jurídicos avançados (como o dos Estados Unidos da América), o critério último de validade possa incorporar, explicitamente, além do *pedigree*, princípios de justiça ou valores morais substantivos²⁸⁹; assim, a regra de reconhecimento pode não derivar sua autoridade apenas de fatos históricos (*plain facts*), aspecto que teria sido ignorado por Dworkin em sua crítica. Segundo, enquanto Dworkin entende que o Direito é um empreendimento coletivo estabelecido com o objetivo de justificar o uso da coerção pública, Hart absolutamente não compartilha dessa premissa; mais: o autor inglês entende que seria inútil buscar qualquer objetivo específico para o direito, que não fosse o de constituir um guia

²⁸⁶ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 309-10.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 313.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 315.

²⁸⁹ Daí a afirmação de Hart de que sua doutrina consistiria não num positivismo de simples fatos (*plain-fact positivism*), mas num “positivismo brando” (*soft positivism*).

para a conduta humana e de oferecer critérios para a sua crítica, a partir das características distintivas: “primeiro, o fato de que provê, por meio de normas secundárias, a identificação, a modificação e a imposição de seus padrões; e, segundo, sua pretensão geral à primazia sobre outros padrões”²⁹⁰.

Outro aspecto determinante da polêmica diz respeito à *textura aberta* das regras e princípios jurídicos. De fato, Hart reafirma sua tese de que há casos em que a lei simplesmente não oferece resposta para um caso específico, ou seja, de que o Direito é, nestes casos, fundamentalmente *incompleto*; e, complementarmente, de que os juízes devem, para chegarem a uma decisão em casos assim, exercer uma função legislativa, ainda que limitada, denominada de *discricionabilidade*²⁹¹. Hart sugere, também, que a teoria do direito deva deixar de lado a discussão sobre a objetividade dos juízos morais. Na sua visão, o dever do juiz segue sendo o mesmo: fazer a sua melhor avaliação moral a respeito de problemas morais que tenha de resolver. Para o autor inglês, é irrelevante saber se, ao fazê-lo, o juiz *cria* o direito de acordo com a moral ou se, orientado por sua avaliação moral, descobre o direito *já existente*²⁹².

Com relação ao papel dos princípios no bojo de um sistema jurídico, Hart admite ter dado menos ênfase do que poderia ao tema, reconhecendo, então, a importância destas normas tidas como “não-conclusivas” na geração de argumentos importantes tanto para a decisão judicial como para o pensamento jurídico. Todavia, disso não decorreriam maiores consequências para a sua teoria como um todo, uma vez que as regras jurídicas não foram, por ele, concebidas exclusivamente como “quase conclusivas” ou aplicáveis à “moda do tudo ou nada”, como sugere Dworkin; nada impediria que o sistema jurídico reconhecesse que uma regra válida definisse um resultado nos casos em que se aplica, *exceto quando outra regra, julgada mais importante, fosse também aplicável ao mesmo caso*²⁹³. Quer dizer: nada impede que

²⁹⁰ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 321.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 326.

²⁹² *Ibid.*, p. 328.

²⁹³ *Ibid.*, p. 334-8. Aqui, cabe o registro de que Neil MacCormick, mesmo no seu *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* (livro que apresenta uma tese “enormemente influenciada pela abordagem de Hart”), de 1976, já entendia como uma *falha* de *O Conceito de Direito* a pouca importância por este dedicada aos argumentos de princípio – reconhecendo, neste particular, o acerto da “tese dos direitos” de Dworkin. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 302. A referência a MacCormick é interessante porque se trata de um autor que, em que pese a defesa inicial das teses de Hart, acabou se afastando das posições positivistas ao longo de sua obra, passando a adotar a metodologia hermenêutica ou interpretativa de Dworkin e Finnis. Como observa Macedo Junior, nos textos mais recentes de

um sistema reconheça tanto normas “não-conclusivas” (princípios) como “quase conclusivas” (*regras*, no sentido trabalhado por Dworkin em *Levando os Direitos a Sério*).

Deveras, Hart critica a concepção dworkiniana de que os princípios somente seriam reconhecidos por meio de interpretação construtiva, como membros do conjunto de princípios que “simultaneamente melhor justifique e melhor se harmonize com toda a história institucional do direito estabelecido no sistema jurídico”²⁹⁴. Pelo contrário, para Hart, muitos dos princípios estabelecidos deveriam seu *status* não a interpretações do direito estabelecido, mas ao seu *pedigree*, equivale a dizer: à forma como foram criados ou adotados por uma fonte de autoridade estabelecida. Aliás, o autor inglês aponta aqui o que seria um “duplo erro” da leitura de Dworkin: o primeiro, é a crença de que os princípios jurídicos não possam ser identificados por *pedigree*; o segundo, a crença de que uma regra de reconhecimento só possa oferecer critérios de *pedigree*²⁹⁵.

Hart reafirma, também, a separação entre os domínios do Direito e da Moral, a ponto de que disposições moralmente iníquas possam, sim, ser válidas como regras ou princípios jurídicos. Haveria a possibilidade, pois, de existirem direitos e deveres jurídicos destituídos de qualquer força ou fundamentação moral. Para o jusfilósofo inglês, os direitos e deveres jurídicos seriam os elementos através dos quais o Direito, com seus recursos coercitivos, protege e limita a liberdade individual, e confere ou nega aos indivíduos o poder de utilizarem eles próprios a maquinaria coercitiva do Direito. Assim, sejam as leis boas ou más, justas ou injustas, do ponto de vista descritivo, o que define o funcionamento de um sistema jurídico (algo de suprema importância para os seres humanos) é a atenção aos direitos e deveres, independentemente do mérito moral de suas fontes²⁹⁶.

Por fim, Hart volta ao tema da discricionariedade judicial, dando ênfase, agora, às *limitações* ao poder criativo do juiz, quando comparado ao legislador. Com efeito, haveria restrições substantivas (limitações que restringem a *escolha* da solução jurídica concreta), uma vez que, para evitar a arbitrariedade, o juiz deveria *justificar* sua decisão mediante o emprego de algumas razões gerais (obrigação da

MacCormick aparece, inclusive, a defesa de uma variante da existência da “resposta certa”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167/289.

²⁹⁴ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 340.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 341.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 347.

qual o legislador poderia ser totalmente isento); nesta perspectiva, o juiz deveria atuar como o faria um “legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores”²⁹⁷. E, por outro lado, existiriam restrições, digamos, *institucionais* à criação do direito, dado que as decisões acontecem apenas para resolver casos específicos; assim, os juízes não gozariam do poder de introduzir amplas reformas ou códigos legais. De resto, o autor inglês rejeita a acusação de que sua descrição da discricionariedade judicial possa ser considerada antidemocrática ou injusta. Sua avaliação é a de que a atribuição desse tipo de poder aos juízes é uma característica familiar às democracias modernas, nas quais se convive com a imposição de restrições jurídicas ao governo. Ademais, esse seria um preço razoável a pagar pelo funcionamento do sistema jurídico, dado o inconveniente que seria remeter a regulamentação de disputas controvertidas ao poder legislativo²⁹⁸.

Consideremos, então, a *réplica* de Dworkin.

Ao longo do *Pós-Escrito*, como se viu, Hart levantou duas questões centrais: a uma, afirmou a possibilidade de que um projeto doutrinário, como o seu próprio, fosse meramente descritivo, neutro do ponto de vista moral; e, a duas, a de que se tratava de um empreendimento filosófico e não jurídico. Dworkin contesta ambas as afirmações. Por um lado, seu argumento é o de que uma teoria geral sobre o direito válido não constitui uma interpretação neutra da prática jurídica, na medida em que pretende também justificá-la (mostrar por que a prática é valiosa e como deve ser conduzida para proteger esse valor); por outro, uma teoria jurídica, ao empregar argumentos morais e éticos, faz uso de argumentos da mesma natureza que possuem as alegações jurídicas comuns – a diferença está, tão somente, no grau de abstração²⁹⁹.

De fato, Dworkin reputa que teorias filosóficas sobre a objetividade ou a subjetividade de opiniões morais somente são, elas próprias, inteligíveis enquanto juízos de valor, conquanto muito gerais ou abstratos. O autor norte-americano nega, portanto, a divisão entre níveis de discurso (discursos de primeira ordem, substantivos, e de segunda ordem, “metadiscursos” com propósito descritivo), como se fosse possível, desde um ponto de vista externo, fazer análises neutras e

²⁹⁷ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 352.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 356.

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 200.

filosóficas sobre conceitos morais (é o que Dworkin chama de filosofia “arquimediana”, da qual a “metaética”³⁰⁰ seria a representante mais conhecida)³⁰¹.

A ideia de Dworkin é a de que o argumento jurídico é *completamente moral*, ao ponto de que não há como identificar o direito sem que se façam, também, alegações morais e éticas. Dworkin, como Hart, acredita que se entendem melhor a prática e os fenômenos jurídicos a partir do próprio conceito de direito; mas, para o autor norte-americano, o estudo conceitual não tem como ser meramente descritivo; estudar um conceito é interpretá-lo e, no caso do direito, é fazer alegações substantivas (morais e éticas) para fundamentar essa interpretação³⁰².

Dworkin entende que, com o conceito de direito, dá-se o mesmo que ocorre com outros conceitos políticos, como o de “liberdade” ou de “democracia”. As controvérsias sobre se tal tributo diminui ou não a liberdade dos cidadãos, ou sobre se o controle judicial de constitucionalidade enfraquece ou não a democracia dependeriam, como vimos, de um conceito substantivo (e não neutro) de “liberdade” ou de “democracia”. Note-se que essas discussões (sobre o conceito de liberdade, se é ou não interdependente de um conceito de igualdade política; sobre o conceito de democracia, se significa ou não o governo da maioria) são discussões *substantivas*, cuja solução demanda interpretações e valorações. Não seria possível, na opinião de Dworkin, descrever estas práticas sem avaliá-las.

Sendo assim, Dworkin entende que a visão arquimediana ignora o modo como os conceitos políticos funcionam na argumentação jurídica: eles servem de patamares abstratos para o consenso. Quase todos concordam que alguns conceitos políticos, como a *justiça* (o conceito político mais abstrato de todos), são importantes; mas discordam com relação ao que *eles realmente são* e, conseqüentemente, sobre suas implicações práticas. Desse modo, não é razoável tratar uma teoria filosófica *desses conceitos* como sendo arquimediana: é implausível supor que uma teoria informativa sobre a natureza da justiça pudesse ser neutra quando confrontada com questões de argumentação política substantiva. Qualquer teoria afirmativa sobre a natureza de conceitos políticos (liberdade,

³⁰⁰ A chamada “metaética” consiste, no vocabulário dworkiniano, na filosofia que discute o *status* lógico (verdadeiro/falso) dos juízos de valor que as pessoas comuns emitem, sem, contudo, consistir, ela própria, num juízo de valor. Dworkin acredita, contudo, que teorias filosóficas sobre a objetividade ou a subjetividade das opiniões morais só são inteligíveis enquanto juízos de valor. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 201-2.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 202.

³⁰² *Ibid.*, p. 206. Lembremos da discussão a respeito dos *conceitos interpretativos* de Dworkin, *supra*.

igualdade, democracia) é não apenas descritiva, mas *normativa*, no sentido de que *toma partido* na discussão. Para o autor, os conceitos de liberdade, democracia etc. funcionam, no discurso e pensamento comuns, como conceitos interpretativos de *valor*: quando se contesta uma descrição, essa “contestação gira em torno de qual especifica o de um sentido descritivo melhor apreende ou d  conta desse valor”³⁰³.

Para Dworkin, uma afirma o conceitual sobre um *valor político* pretende mostrar o *valor intrínseco* a ele, quer dizer, pretende oferecer uma certa descri o de seu valor que seja “comparavelmente fundamental, como forma de explica o,   estrutura molecular de um metal”; nesta vereda, se quisermos entender realmente o que   a democracia – ou o direito –, deveremos enfrentar a difícil questão de saber como identificar o *valor de um valor*, situando-o (como o debate com Berlin, exposto ao início do trabalho, deixa visível) numa rede mais ampla de convic es³⁰⁴. Valores políticos importantes não têm, pois, valor aut nomo, mas *integrado*, no sentido de que sua caracteriza o mais precisa depende de se identificar a contribui o que ele dá a algum outro tipo de valor independentemente especific vel³⁰⁵.

Valores integrados podem ser meramente instrumentais (*i.e.*, pensados em termos das vantagens que trazem), como a beleza, ou não, como a amizade e os valores políticos. Se quisermos entender os valores integrados não instrumentais da  tica (valores que compõem o desafio de se levar uma boa vida, pois), “devemos tentar compreendê-los de modo holístico e interpretativo, cada um   luz dos demais, organizados não hierarquicamente, mas na forma de uma c pula geodésica”³⁰⁶. Devemos, assim, tentar determinar esses valores (como a amizade, a modéstia etc.), tendo em mente o objetivo mais abrangente de levarmos uma *vida boa*, quer dizer: tentando demonstrar de que modo cada um destes se ajusta (e qual a sua importância especial em rela o)  s demais dimensões do viver bem. Em definitivo,

A  tica   uma estrutura complexa com diferentes objetivos, realiza es e virtudes, e a parte que cada um desempenha nessa estrutura complexa só pode ser compreendida mediante a elabora o de seu papel em um projeto mais geral estabelecido pelos outros. Enquanto formos incapazes de perceber de que modo nossos valores éticos permanecem unidos dessa maneira, de modo que cada um possa ser testado em compara o com nossa descri o provisória dos outros, não conseguiremos entender

³⁰³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 212.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 220-1.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 226.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 227.

nenhum deles. Não obstante, duas das imagens filosóficas mais desgastadas pelo uso são adequadas nesse contexto. Nas questões de valor e de ciência, reconstruímos nosso barco em alto-mar, uma tábua de cada vez. Ou, se preferirem, a luz espalha-se lentamente sobre a totalidade.

A filosofia política que pretende compreender melhor os valores políticos deve incorporar seu próprio trabalho nessa grande estrutura. [...] seu objetivo deve ser elaborar essas concepções políticas como parte de uma estrutura de valor ainda mais inclusiva, que ligue a estrutura política não apenas à moral em termos mais gerais, mas também à ética³⁰⁷.

Posta essa concepção, Dworkin volta a rejeitar a existência de uma teoria política que não seja moral ou eticamente valorativa, como Hart sugere que a sua própria teoria do direito é. O autor norte-americano insiste que, na verdade, Hart pretendeu, ao apresentar um “conceito de direito”, elucidar quais os critérios de aplicação que juristas e congêneres mobilizam quando se pronunciam sobre o que o direito exige ou permite. Segundo Dworkin, quando Hart afirma que a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por meio de referência às fontes sociais do direito (é o que Dworkin chama de “tese das fontes”³⁰⁸), e sem referência à moral (a não ser nos casos em que o direito assim identificado tenha incorporado, ele próprio, critérios morais de identificação), ele está adotando uma determinada concepção de *legalidade* (*legality*³⁰⁹): uma concepção geral sobre a maneira de se decidir quais alegações de direito são verdadeiras ou falsas³¹⁰.

E é disso que Dworkin passa, desse ponto em diante, a tratar: de um projeto explicitamente normativo e político, qual seja, o de aprimorar e defender as concepções de legalidade. Na sua visão, compreender melhor o conceito de legalidade significa ampliar a discussão da decisão judicial. E é nessa altura que o

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 227-8.

³⁰⁸ A expressão “tese das fontes” está comumente associada ao pensamento de Joseph Raz. Para o autor, as “razões jurídicas são tais que sua existência e seu conteúdo podem ser estabelecidos com fundamento nos fatos sociais, sem que seja necessário recorrer a argumentos morais. Dei a esta condição o nome de ‘tese das fontes’”. RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 284. Trata-se, a tese das fontes (*the sources thesis*), de expressar uma das condições de identidade de um sistema jurídico.

³⁰⁹ A palavra *legality*, no contexto da obra de Dworkin, remete à noção de *Estado de Direito*; contudo, como Dworkin utiliza a palavra *legality* – e não a expressão *Rule of Law* –, daremos preferência à tradução de *legality* por *legalidade*.

³¹⁰ DWORKIN, op. cit., p. 241.

autor norte-americano faz uma ligação expressa entre a sua concepção do *direito como integridade* e o conceito de *legalidade*³¹¹.

Para que possamos entender devidamente a proposta de Dworkin (entrelaçar a *legalidade à integridade*), cumpre lembrar, ainda que brevemente, o que o autor entende por *integridade* – conceito que nos é apresentado em *O Império do Direito*.

Com efeito, a noção de “direito como integridade” supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado³¹²; a ideia nuclear é a de que todos os direitos que sejam patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo sejam pretensões juridicamente protegidas³¹³.

Dworkin parte do pressuposto de que a “integridade política”, entendida como a necessidade de que “o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns” é uma virtude política, uma exigência específica da moralidade política de um Estado que deve tratar os indivíduos com igual consideração e respeito³¹⁴. Mais: trata-se de uma exigência do *autogoverno*, na medida em que “um cidadão não pode considerar-se o autor de um conjunto de leis incoerentes em princípio”, quer dizer: a integridade está ligada à questão da legitimidade da coerção oficial³¹⁵.

O autor norte-americano sustenta que “as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político”³¹⁶. E que, por essa razão, “uma comunidade de princípios aceita a integridade”, já que aceita “a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios”; na sua visão,

³¹¹ Em 2007, Jeremy Waldron abordou especificamente esta temática (a ligação entre a integridade e o Estado de Direito na obra de Dworkin) em conferência proferida no *Holberg Prize Symposium 2007*, intitulada *Justice In Robes: Integrity and The Rule of Law*. O vídeo dessa fala está, até a presente data ao menos (fevereiro de 2014), disponível no site www.youtube.com.

³¹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 164.

³¹³ *Ibid.*, p. 186.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 202.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 227-32.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 254.

uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo portanto, reivindicar a autoridade moral – suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder – em nome da fraternidade³¹⁷.

Neste sentido, a “coerência de princípio” deve ser valorizada por si mesma, e estende exigências tanto ao legislador como ao juiz, o que se expressa em dois princípios: o princípio da *integridade na legislação*³¹⁸, que pede aos que criam direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios, e o princípio da *integridade no julgamento*, que pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido³¹⁹.

Para dar consequência às exigências da integridade, é necessário que o intérprete do Direito considere as duas dimensões da interpretação da prática jurídica: o ajuste (*fit*) e o valor (*value*). E a melhor maneira de compreender essa proposta é, na nossa visão, retomar a célebre analogia que Dworkin estabelece entre o raciocínio jurídico e a interpretação literária, que aparece em *Uma Questão de Princípio*³²⁰.

Objetivamente, Dworkin usa a interpretação literária como modelo para o modo central da análise jurídica. Para tanto, propõe um exercício literário: cada romancista deverá criar um capítulo subsequente de uma obra coletiva, assumindo com seriedade a responsabilidade de criar, o quanto possível, um romance único, integrado (ao invés, por exemplo, de uma série de contos independentes com personagens desse nome). O argumento central é o de que cada juiz, assumindo o seu papel de “um romancista na corrente”, deve ler o que outros juízes fizeram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, ou seja, como cada um deles (também) formou uma opinião sobre o “romance coletivo” escrito até então; nesses termos, ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, sendo que o seu trabalho seria o de continuar essa história no futuro por meio do que faz agora.

³¹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258.

³¹⁸ A esse respeito consultar, necessariamente: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

³¹⁹ DWORKIN, op. cit., p. 203.

³²⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235-8.

É útil observar que, ao criar o capítulo seguinte, o romancista movimenta-se num espaço intermediário entre um mero tradutor (que reproduz o que já foi escrito) e alguém que dá início a um novo romance, sem qualquer relação com o que já foi escrito até ali. É mais livre que o primeiro e mais limitado do que o segundo. Isso ilustra o fato de que se lida, aqui, com duas dimensões nesta tarefa, antes anunciadas: o *ajuste* e o *valor*.

Em palavras bem simples, o romancista tem dois *problemas* a resolver. Primeiro, para dar continuidade à narrativa, ele deve manter uma espécie de *coerência formal* com o que se escreveu até ali. Não pode, por exemplo, sem oferecer razões para tanto, mudar a língua em que o texto é vazado, o nome dos personagens ou o enredo. Segundo, ele deve enfrentar a questão de *como desenvolver* a história, mantidas as limitações anteriores. Deve responder, portanto, a uma pergunta substantiva: que desenvolvimento, dentre os muitos possíveis, tornaria o romance melhor?³²¹

Retomando o raciocínio (e a *tréplica* de Dworkin a Hart), interessa notar aqui que o autor norte-americano entrelaça os conceitos de legalidade e integridade de maneira profunda, a ponto de, praticamente, *fundi-los*. E, dessa fusão, emerge uma ressignificação, no âmbito da interpretação construtiva da integridade/legalidade, das dimensões de *ajuste* e *valor*, que passam agora a serem pensados a partir de dois conceitos políticos fundamentais: *imparcialidade processual* (que passa a ser a essência da dimensão do ajuste) e *justiça substantiva* (que passa a ser a essência da dimensão do valor, ou da justificação política)³²².

Pois bem. Vejamos, no fechamento deste tópico, que repercussões essa maneira original de ver a *legalidade* traz para o debate com Hart.

A ideia de Dworkin é a de que seria possível que interpretássemos as principais tradições ou escolas da teoria do direito como se refletissem diferentes condições de *legalidade*. A legalidade, enquanto *valor*, enuncia que só se justifica o

³²¹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 52-5. É claro que, em ambos os estágios, a interpretação está envolvida. Tanto o “ajuste” como o “valor” são questões interpretativas. Mesmo assim, está-se diante de uma distinção que deve ser conservada, como observa Guest: “Nossos julgamentos a respeito de questões interpretativas, tais como a literatura e o direito, são complexos e contêm muitos elementos de limitação. Os julgamentos gerais que fazemos são o resultado de vários tipos de julgamentos, alguns dos quais são julgamentos independentes que atuam como limitações sobre outros. Dworkin deve sustentar essa visão porque qualquer tipo de limitação sobre os tipos de julgamentos que fazemos não pode ser do tipo simples fatos ‘aí no mundo’. As limitações devem elas próprias emanar do julgamento”. *Ibid.*, p. 54.

³²² DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 243.

uso do poder de coerção de uma comunidade política de acordo com critérios *prévios* à sua utilização. Assim, a sua *importância especial* dependeria da demonstração de quais aspectos da vida humana beneficiam-se dessa restrição ao uso coercitivo do poder político. Conforme a concepção de direito que se defenda, essa demonstração enfatizará um dos seguintes valores políticos: *exatidão*, *eficiência* ou *integridade*³²³.

Exatidão, para o autor norte-americano, é a “capacidade das autoridades políticas de exercer o poder de coerção do Estado de maneira inequivocamente justa e criteriosa”; nesse fio, a legalidade estará conectada à exatidão na medida em que “os atos oficiais forem mais criteriosos ou justos por serem regidos por critérios estabelecidos do que se representarem apenas a avaliação contemporânea de alguma autoridade a respeito do que seria justo ou criterioso”³²⁴. Esse seria o valor privilegiado, em geral, no contexto da tradição do direito natural, em que a legalidade seria uma expressão da lei moral da natureza de Deus, ou seja: em que a legalidade estava ligada à exigência de aceitabilidade moral³²⁵.

Já o valor da *eficiência*, segundo Dworkin, apareceria no campo magnético do positivismo jurídico utilitarista de Jeremy Bentham. Para o “fundador da forma inglesa de positivismo jurídico”³²⁶, a moralidade política encontra-se na realização do bem maior para o maior número de indivíduos; e a melhor maneira de se atingir esse objetivo é por meio de esquemas políticos detalhados, cujas consequências tenham sido objeto de estudo prévio e cuidadoso (de preferência, códigos jurídicos, que deveriam ser aplicados “ao pé da letra”). Daí a necessidade de que o direito seja separado da moral: a inclusão de critérios morais entre os critérios jurídicos faria com que a legalidade perdesse a sua força, na medida em que o desacordo generalizado a respeito da moral faz com que cidadãos e autoridades sobreponham seu próprio julgamento àquele já estabelecido, levando a sociedade à desorganização e ao caos. Eis a justificativa moral da visão de Bentham e de seus seguidores, de que “o direito é tudo o que tenha sido decretado por um governante ou Parlamento soberanos – e nada além disso”³²⁷; este seria o único modo de se proteger a eficiência do direito.

³²³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 244.

³²⁴ *Ibid.*, p. 245.

³²⁵ *Ibid.*, p. 246.

³²⁶ *Ibid.*, p. 246.

³²⁷ *Ibid.*, p. 247.

Por fim, Dworkin propõe a compreensão da legalidade no âmbito de uma teoria do direito em que a *integridade política* forme um campo gravitacional ao seu redor. Como vimos, a integridade política dá à igualdade o sentido profundo de que o Estado deve governar de acordo com um conjunto de princípios em princípio aplicáveis a todos. A legalidade *serve* à integridade não no sentido mais vulgar de que o direito deva ser aplicado conforme escrito, mas no sentido de preservar a *igualdade substancial* perante a lei³²⁸.

O argumento de Dworkin, a partir dessa abordagem, é o de que não se pode descrever o que o direito realmente é sem que se apresente e defenda uma determinada concepção de legalidade; e não se poderia fazer isso sem apontar o que a legalidade *tem de bom*, ou seja, sem demonstrar como ela funciona no contexto de um esquema de valores que compartilhamos. Em conclusivo, “a teoria do direito é um exercício de moralidade substantiva”; e “a parte mais decisiva de um argumento jurídico é o seu elemento moral”³²⁹.

Com isso, Dworkin volta a rejeitar a proposta hartiana de descrever o direito de forma neutra e externa. Aproximando o positivismo jurídico de Hart à prática política concreta, o autor norte-americano toma a teoria de Hart como um *positivismo interpretativo*, no qual a concepção de legalidade apelaria à autoridade, à eficiência e à coordenação enquanto valores determinantes, em detrimento de construções originadas a partir de julgamentos morais e políticos substantivos. Essa visão, contudo, já não parece mais plausível hoje, em que a legalidade dos códigos detalhados dá lugar, progressivamente, a princípios e diretrizes políticas a serem elaborados em decisões administrativas e judiciais concretas³³⁰.

Numa palavra final, a ideia de Dworkin é a de que não existe nenhuma diferença conceitual ou lógica entre a filosofia do direito proposta por um *arquimediano* (uma descrição com pretensão de neutralidade) e as preocupações mais comuns do jurista. Em que pese as questões filosóficas pareçam diferentes das questões mais concretas, essa diferença é apenas de grau de abstração, não de essência. O autor norte-americano acredita que a filosofia do direito deve interessar não somente aos filósofos profissionais, mas aos juristas e juízes, cujo material de trabalho (áreas substantivas do direito, como a responsabilidade civil e o direito

³²⁸ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 251-2.

³²⁹ *Ibid.*, p. 252-3.

³³⁰ *Ibid.*, p. 253-60.

tributário) trata, em última análise, das mesmas questões com que lida a filosofia jurídica: o conteúdo da legalidade e suas implicações para o conteúdo do direito³³¹.

3.3 A ANÁLISE CRÍTICA DO DEBATE HART/DWORKIN, OU: APRENDENDO COM O DEBATE E AGREGANDO ELEMENTOS PARA A TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA

O debate Hart/Dworkin, por assim dizer, *continua*. A diferença entre as perspectivas dos debatedores não é pequena e não houve, ao longo do tempo, concessões de maior importância, de parte a parte. Os pontos de vista centrais de um e de outro foram mantidos, a despeito das (por vezes evidentes) dificuldades de fazê-lo.

O nosso objetivo, aqui, não é declarar o *vencedor* da discussão, e sim, refletir a partir dela. Como vimos, os argumentos mobilizados no curso do diálogo percorreram as mais diferentes áreas do conhecimento; e, como veremos, serviram de mola propulsora para a reflexão de diversos autores representativos de cada uma destas áreas.

Assim, a partir de agora, estenderemos o debate a alguns destes outros autores, visando a iluminá-lo com novos argumentos e perspectivas. Procuraremos tirar, de cada um dos pontos controvertidos, uma *conclusão parcial* que se some à nossa teoria da decisão jurídica.

É claro que nossa pesquisa tem em Dworkin seu marco teórico. Mas isso não significa uma adesão automática a seus pontos de vista. Mesmo porque, nosso trabalho não é *sobre* a obra Dworkin; é uma proposta construída *a partir dela*.

Com isso em mente, enfrentaremos agora alguns dos desdobramentos teóricos da questão nuclear do debate Hart/Dworkin, a saber: a) a possibilidade (e a eventual utilidade) de se fazer uma descrição moralmente neutra do conceito de direito; b) a objetividade dos juízos morais e a sua relevância para uma teoria normativa do direito; c) o positivismo jurídico interpretativo; e d) a relação entre Direito e Moral.

³³¹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 261-3.

3.3.1 A descrição moralmente neutra do conceito de Direito

Um autor particularmente crítico das posições de Dworkin em relação à obra de Hart é o jusfilósofo norte-americano Brian Leiter. Começamos, aqui, trabalhando alguns de seus apontamentos sobre o debate Hart/Dworkin, expostos num ensaio filosófico chamado *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*³³². Trata-se de um duro ataque às teses de Dworkin, que Leiter considera, para dizer o menos, *confusas* e *obscuras*. Leiter não tem dúvidas, aliás, de que o debate tem em Hart um óbvio vencedor³³³. Sua explanação, pelo contraste, é particularmente útil para os propósitos da nossa pesquisa. As objeções opostas por Leiter auxiliam na clarificação de nossos pontos de vista. Tomemos seus argumentos em consideração.

Veja-se que Leiter pretende demonstrar que o construtivismo interpretativo de Dworkin não apresenta nenhum desafio real ao positivismo jurídico; e que o maior desafio à metodologia do positivismo jurídico hartiano (que viria de John Finnis, não de Dworkin) pode ser respondido à altura. Focaremos, neste tópico, em seu pensamento a respeito de dois aspectos centrais para a nossa pesquisa: a separação conceitual entre direito e moral e a objetividade da moral.

Vejamos.

De plano, é preciso deixar claro que, em geral, Leiter endossa as respostas de Hart a Dworkin. Seu pensamento é o de que a leitura de Dworkin decorre de um entendimento radicalmente equivocado do projeto hartiano. Dworkin teria alterado as bases do debate de tal maneira que os debatedores simplesmente estariam, durante boa parte do tempo, falando sobre coisas diferentes. Equivale a dizer, a “sociologia descritiva” hartiana (pretensão de descrição moralmente neutra do sistema jurídico) trataria de assunto manifestamente distinto daquele que Dworkin elegeu como centro de suas preocupações (o fornecimento de uma justificativa moral para o uso da coerção política), a ponto de que seria por vezes incompreensível a existência de conflito entre os empreendimentos. Nesta vereda, Leiter não discorda da defesa de Hart, de que sua moldura seria abrangente o bastante para abrigar, em sistemas jurídicos evoluídos, algumas das principais reivindicações de Dworkin, a saber: de

³³² LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 153-81.

³³³ *Ibid.*, p. 154.

que não apenas as regras, mas também os princípios seriam padrões juridicamente vinculantes; e de que a validade das normas depende de seu conteúdo moral.

Outra nota sobre Leiter é que se trata de um autor inclinado à defesa do chamado *hard positivism* (circunstância que o deixa mais próximo de Raz do que de Hart, pois). Relembrando: Hart defende que a única amarra ao conteúdo da regra de reconhecimento vem dos fatos a respeito da prática oficial de decidir questões sobre legalidade (ou seja, de verificar quais critérios efetivamente são aplicados pelos agentes públicos na discussão sobre a validade de regras particulares – invocação de legislação, precedentes, razões morais etc.); quer dizer, o direito está separado conceitualmente da moral, mas a prática oficial pode incorporá-la (a moral) como critério de validade, contingencialmente. Já o positivismo *hard* de Joseph Raz acrescenta outra amarra ao conteúdo da regra de reconhecimento: além de esta ser uma regra social, seu critério de validade *tem de estar*, necessariamente, associado às fontes ou ao *pedigree* das regras, não ao seu conteúdo³³⁴. Nesta visão, o conceito de direito estaria ligado à noção de *autoridade*; e esta somente se verifica quando se pode apelar a ela independentemente das razões que a originam. A ideia de Raz, em resumo, é a de que as orientações fornecidas pela autoridade prestam um *serviço* àquelas pessoas que estão a ela submetidos, auxiliando-as na tarefa de atenderem àquilo que a *razão correta* (*right reason*) exigiria. Nestes termos, não há e *nem pode haver* critérios morais de validade jurídica³³⁵.

Dito isso, passemos à abordagem de Leiter sobre um dos aspectos preliminares do debate Hart/Dworkin: afinal, é ou não possível uma descrição do sistema jurídico que seja moralmente neutra?

³³⁴ Ver: RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 279-89.

³³⁵ LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 160. Note-se, porém, que, para Joseph Raz, dizer que não pode haver critérios morais para a validade jurídica *não é a mesma coisa que dizer que os juízes não fazem juízos morais*. Conforme observa Scott Shapiro, a visão de Raz é a de que, quando os padrões de *pedigree* acabam, os juízes têm a obrigação jurídica de observar os princípios morais para resolver o caso em questão. Mas isso não torna o padrão moral um padrão jurídico. A analogia, aqui, é com a aplicação de direito estrangeiro: o fato de uma corte local ter de, contingencialmente, aplicar o direito estrangeiro, não torna o direito estrangeiro direito local. Quando aplica um princípio moral (portanto *extrajurídico*), o juiz está, para Raz, exercendo seu poder discricionário, no sentido *forte*. Ver: SHAPIRO, Scott. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *Social Science Research Network*, 2 fev. 2007, p. 21-2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657>. Acesso em: 02 abr. 2014.

Leiter acredita que sim³³⁶. O autor reconstrói as premissas de Dworkin da seguinte maneira: a) o direito é um conceito interpretativo; b) um conceito interpretativo faz reivindicações sobre o seu *valor* e o seu *objetivo*; e c) o objetivo do direito é justificar o exercício do poder de coerção por parte do governo. Leiter concede que, uma vez aceitas essas premissas, um conceito de direito não poderia ser meramente descritivo, na medida em que estaria envolvido com o desafio normativo de apresentar razões que justificassem o uso da força coletiva³³⁷.

Contudo, Leiter rejeita a premissa de que o direito seja um conceito interpretativo; ou, ao menos, que toda a interpretação do conceito de direito deva ser normativa neste sentido (de fornecer justificativas para o uso coletivo da força). O uso da expressão “interpretação”, que tem um significado construtivo na obra de Dworkin, não é compartilhado por autores como Raz, Hart e o próprio Leiter. Para estes, interpretar é explicar o sentido de alguma coisa – e não mostrá-la na sua “melhor luz”, como propõe Dworkin. Nesta linha, Leiter entende que Dworkin, na melhor das hipóteses, apresentou *um* conceito específico de Direito, mas não o conceito de Direito. Mesmo porque, o conceito de Dworkin não abrange a possibilidade da existência de um direito tão radicalmente injusto que não poderia justificar a coerção – coisa que até um jusnaturalista como Finnis reconhece³³⁸.

Donde o interesse no argumento de Finnis que, por razões de algum modo distintas das de Dworkin, igualmente rejeita a possibilidade de uma descrição de uma prática social sem que o teórico entenda o seu valor, seu objetivo e importância. Isso se dá porque uma prática social (como o Direito) não tem as suas

³³⁶ Outro autor que defende a perspectiva de que o positivismo jurídico é mais bem entendido como uma teoria descritiva (e não normativa), neutra do ponto de vista moral, é Andrei Marmor. O autor sustenta que há uma diferença entre *entender* o ponto de vista do participante da prática social (entender de que modo o direito fornece-lhe razões para a ação) e *avaliá-lo*. O Direito seria um guia para a ação humana. Neste sentido, o conceito de direito não seria controvertido; o que seria controvertido, aí sim, é o conceito de *direito bom*, ou de *direito legítimo*. Fica claro, pois, que Marmor não concorda com a premissa dworkiniana de que interpretar é apresentar algo na sua melhor luz (o que, necessariamente, inclui uma dimensão avaliativa à interpretação). Ver: MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. *Social Science Research Network*, 28 jul. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=763844>. Acesso em: 02 abr. 2014.

³³⁷ LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 165.

³³⁸ *Ibid.*, p. 166. Finnis trabalha essa questão a partir da diferença entre *casos centrais* e *casos periféricos*. *Caso central* consiste no estado de coisas a que um conceito teórico se refere em seu significado focal; *caso periférico* seriam particulares ou fronteiriços, versões *atenuadas* dos casos centrais, que não compartilhariam integralmente as características destes. Assim, por exemplo, os Estados Unidos seriam um exemplo de um *caso central* de governo constitucional; a Alemanha de Hitler, um *caso periférico*. FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 24-5.

fronteiras precisamente demarcadas em relação às demais. Então, para que seja possível diferenciá-la, é necessário que o teórico avalie, entenda o que há de bom para os participantes daquela prática e, ainda, o que exigem os requisitos da razoabilidade prática³³⁹.

Leiter concorda com Hart quando este afirma que descrever uma avaliação ou um valor é diferente de avaliar. Logo, não vê como uma ameaça à descrição moralmente neutra o fato de o teórico ter de enfrentar questões valorativas. Seria possível descobrir o que os participantes de uma determinada prática social entendem ser o significado e o propósito desta prática sem, contudo, compartilhar de suas opiniões³⁴⁰.

Mas o argumento de Finnis vai além dessa objeção. Para o pensador australiano, a visão do teórico descritivo também é, de alguma forma, dirigida à ação, uma vez que precisa da assistência de uma teoria normativa geral para desenvolver conceitos suficientemente diferenciados e padrões razoáveis de relevância. Haveria uma

interdependência mútua, embora não exatamente simétrica, entre o projeto de descrever os assuntos humanos por meio de uma teoria e o projeto de avaliar as opções humanas com o propósito de agir, pelo menos remotamente, de modo razoável e bom³⁴¹.

Desse modo, as avaliações do próprio teórico seriam decisivas na seleção de quais aspectos, desde um ponto de vista interno, tornam, na prática, importante a existência do direito.

Leiter rebate o argumento mediante a distinção entre *valores epistêmicos* e *valores morais*. Valores epistêmicos especificariam os critérios de que conduzem à verdade no âmbito da construção teórica, tais como simplicidade, adequação às evidências, rigor metodológico etc. Trata-se de valores que, uma vez honrados,

³³⁹ A *razoabilidade prática* aparece, no contexto da obra de John Finnis, como definidora dos *casos centrais* do direito, nos quais a obrigação legal é vista como uma obrigação moral. A razoabilidade prática, assim, é um padrão de referência do teórico que descreve as características da ordem jurídica. FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 27-8.

³⁴⁰ LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 166-7.

³⁴¹ FINNIS, op. cit., p. 31. Vale dizer que a opinião de Finnis sobre o debate Hart/Dworkin é a de que, de fato, o diálogo não se estabelece, na medida em que, enquanto Dworkin está preocupado com o dever judicial, Hart oferece uma teoria aos historiadores, “para permitir uma história discriminadora dos sistemas jurídicos a ser escrita”. Ibid., p. 34. Ver, a propósito, a nota de rodapé 16, *supra*.

levam ao *conhecimento*. Já os valores morais tratam de questões de razoabilidade prática (*practical reasonableness*), questões sobre como levar a nossa vida, sobre quais as nossas obrigações para com os demais, sobre que instituições políticas devemos apoiar e assim por diante. Desse modo, Leiter sugere que as avaliações do teórico sobre o *significado* e a *importância* da prática que se visa a descrever (avaliações que, segundo Leiter, são indispensáveis para o sucesso do empreendimento) seriam *epistêmicas* e não *morais*³⁴².

Dito de outra forma, um teórico descritivo limita o seu campo avaliativo à designação daquilo que é importante ou significativo para delimitar o seu objeto de estudo, que deve ser demarcado para que a investigação empírica seja possível. Nessa demarcação, os valores influentes são meramente epistêmicos, como a consiliência, a simplicidade ou a coerência com outras teorias estabelecidas. Assim, a adoção de critérios epistêmicos seria *condição de possibilidade* para a formulação de questões a respeito de valores morais no âmbito de determinada prática. Só se poderia especular sobre como o direito de determinada comunidade *deve ser* se já se tem uma noção prévia, traçada com critérios epistêmicos (uso comum do conceito de direito; adequação desse conceito às evidências, ao menos nos casos centrais ou nas instâncias paradigmáticas), a respeito daquilo que é o direito³⁴³.

Se o raciocínio de Leiter está correto, de fato, não se encontra quase nada, no *Conceito de Direito* de Hart, sobre uma teoria normativa do Direito. A regra de reconhecimento seria apenas uma proposição descritiva: de que os membros de uma comunidade consideram-se a si mesmos e aos demais obrigados a agir de acordo com uma prática geral. Leiter considera que o verdadeiro alvo de Hart era o realismo escandinavo, que não teria condições de diferenciar o fenômeno social chamado “direito” de meros hábitos de obediência³⁴⁴. Como vimos, Hart diferencia as práticas sociais nas quais há uma convergência de comportamento por mero

³⁴² LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 168.

³⁴³ *Ibid.*, p. 168-9. Otfried Höffe, ao analisar as relações entre o positivismo jurídico e a justiça política, captou bem a essência de argumentos como esse formulado por Leiter. De acordo com o filósofo alemão, o fato de os positivistas teórico-jurídicos apresentarem conceitos de direito “em que a justiça não aparece” não lhes retira, em si, o valor moral. A supressão da perspectiva da justiça pode ser justa de muitas maneiras, pois “ajuda a nos levar a uma definição do direito positivo adequado ao fenômeno; serve à constituição de uma ciência autônoma do direito positivo, a uma jurisprudência científica, e, em última instância, torna possível avaliar o direito positivo desde ponto de vistas suprapositivos, a saber, sobre pontos de vista da justiça”. HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 94.

³⁴⁴ LEITER, op. cit., p. 170-1.

hábito, daquelas em que os agentes acreditam que há uma obrigação de agir dessa maneira. A regra de reconhecimento, cuja autoridade decorre da pressão social por ela exercida, traça essa distinção.

Resumindo tudo, eis o argumento de Leiter: por um lado, é possível conceituar “o direito” de maneira moralmente neutra ou, o que viria a ser o mesmo, sem o recurso a valores morais, mas apenas epistêmicos; por outro, como um conceito normativo de direito não estava no horizonte das preocupações de Hart, boa parte de seu célebre debate com Dworkin fracassa: decorreria de uma grosseira descaracterização das teses de Hart.

Como se vê, a crítica de Leiter é iluminadora por mais uma razão, e nos auxilia a colocar em perspectiva a discussão metodológica que instrui o debate Hart/Dworkin. Aliás, se Hart e Dworkin, ao contrário do que se supunha, não estavam obtendo sucesso no diálogo (estavam *talking past each other*, como sugerem Leiter e Scott Shapiro³⁴⁵), talvez seja mesmo o caso de se colocar em xeque o chamado *general attack* que Dworkin dirige ao positivismo jurídico.

Não cremos, contudo, que a crítica de Leiter seja o suficiente para descredenciar o debate Hart/Dworkin de seu “*organizing role in the jurisprudential curriculum of the twenty-first century that it played at the close of the twentieth*”³⁴⁶, como chega a sugerir o filósofo norte-americano.

Eis nossas observações a respeito:

Primeiro, independentemente da questão de se saber se é ou não possível uma discussão moralmente neutra do conceito de direito, *o fato é que Hart acreditava que sim*; e isso, realmente, altera os termos habituais do debate com Dworkin. Fica nítido, recolocadas as premissas dos debatedores em seu lugar devido, que, por vezes, efetivamente Hart e Dworkin discutiam assuntos diferentes.

³⁴⁵ SHAPIRO, Scott. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *Social Science Research Network*, 2 fev. 2007, *passim*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657>. Acesso em: 02 abr. 2014. Shapiro observa que Hart não trata do mesmo conceito de “regras” empregado por Dworkin, o que faz com que a formulação do debate seja *desencaminhante*. Por outro lado, cabe dizer que, na visão de Shapiro, Dworkin atribuiu a Hart posições que este efetivamente tinha – em que pese não as tivesse expressado textualmente. Quer dizer, Shapiro entende que a interpretação que Dworkin faz de Hart, em que pese não seja *a melhor*, é, nada obstante, *justa (fair)*.

³⁴⁶ Leiter afirma que ele próprio vinha ensinando o trabalho de Dworkin, em oposição ao de Hart, por diversos anos; mas que o momento agora seria oportuno para questionar os méritos do debate. Quanto à passagem transcrita no corpo do texto principal, Leiter questiona se o debate merece exercer o mesmo: “papel organizador nos currículos das disciplinas de direito do século XXI, que este desempenhou no final do século XX” (tradução livre). LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 154.

Assim, quando Dworkin trata a obra de Hart como uma teoria normativa, acaba atribuindo a este posições que ele simplesmente não defendeu³⁴⁷ (e que, diga-se, não está claro que defenderia).

Ilustremos essa observação com um exemplo: na *tréplica* de Dworkin a Hart, o autor norte-americano trabalha um caso específico, a partir do qual pretende demonstrar a superioridade da sua interpretação construtiva em relação ao positivismo jurídico. Trata-se do *caso Sorenson*, no qual uma senhora ingeriu um medicamento que apresentava efeitos colaterais não divulgados, dos quais os fabricantes deveriam ter tido conhecimento, e que acabaram gerando, na paciente, problemas cardíacos permanentes. Ela não conseguiu, contudo, provar quais comprimidos de qual fabricante havia tomado; nem quando os havia adquirido e nem, menos ainda, quais comprimidos de qual fabricante tinham, de fato, causado seu problema. Ela processou, de uma só vez, todos os laboratórios que haviam fabricado a droga, pedindo a sua responsabilização com base na sua participação no mercado do medicamento durante os anos em que durou o tratamento. Os laboratórios contestaram, alegando que a petição era inédita e que contrariava a premissa de que ninguém é responsável por danos que não se consiga provar que tenham causado³⁴⁸.

Dworkin supõe que a resposta correta para o problema deriva de uma interpretação que identifique o conjunto de princípios que ofereça a melhor justificação para essa área do direito (responsabilidade civil) como um todo; trata-se, pois, de tentar identificar os princípios gerais que fundamentam e justificam o direito estabelecido da responsabilidade civil do fabricante de um produto, e depois aplicar esses princípios ao caso³⁴⁹. Assim, para o autor norte-americano, a tese da senhora Sorenson seria, no mínimo, plausível.

³⁴⁷ A inclusão dos princípios em meio aos padrões juridicamente vinculantes é um bom exemplo disso: não se encontra, na obra original de Hart, uma objeção à utilização de princípios jurídicos. E isso porque o sistema de regras proposto por Hart não era um sistema de regras jurídicas *aplicáveis ao modo do tudo ou nada* (em oposição aos princípios, que seriam aplicados conforme sua importância no caso particular); as regras juridicamente vinculantes têm, além da origem social, a textura aberta. Assim, nada impediria, conceitualmente ao menos, que as regras abrigassem também, conforme a seriedade da pressão social exercida pela comunidade, padrões do tipo princípios jurídicos (padrões não conclusivos, como diz Hart), que tivessem conteúdo moral. Pode-se dizer que os princípios não mereceram a atenção devida por parte de Hart; mas é forçoso admitir que Hart não estava preocupado, como Dworkin, em fornecer as bases do dever judicial ou em justificar o uso da força coletiva. Talvez *devesse tê-lo feito*. Mas essa é outra discussão.

³⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 203-4.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 204.

Já para Hart (a partir da leitura que Dworkin faz de seu *pós-escrito*) – que somente admitiria que critérios morais fossem normativos quando o direito, identificado a partir de fontes sociais, os tenha incorporado –, a senhora Sorenson não teria chance, na medida em que “nenhuma Assembleia Legislativa ou decisão judicial do passado tornou a moral pertinente no caso da Sra. Sorenson”³⁵⁰.

Essa conclusão, contudo, ao que nos parece, não decorre necessariamente das premissas endossadas pelo positivismo *soft* de Hart. Seria possível, do ponto de vista do conceito de direito hartiano, que um sistema jurídico avançado, como o norte-americano, adotasse algo parecido com a interpretação construtiva proposta por Dworkin: bastaria que o método preferencial de decisão efetivamente aplicado pelos juízes fosse a articulação de princípios (critérios morais). Nesta hipótese, mesmo um positivista jurídico poderia dar razão à senhora Sorenson. Mesmo porque, em sendo este caso *inédito* ou *fronteiriço*, nada impediria que o juiz recorresse à sua discricção para fazê-lo, sem maiores constrangimentos. Quer dizer, não está absolutamente claro por que razão Dworkin entende que, para Hart, a senhora Sorenson “deve perder a causa”³⁵¹. Aliás, o positivismo jurídico é mais criticável pela sua imprevisibilidade do que pela existência de um dever judicial de decidir a causa de um modo ou de outro.

Segundo, há uma crítica ao positivismo de Hart que Dworkin não faz, mas que nos parece extremamente pertinente porque, aí sim, coloca o projeto hartiano como um todo sob ameaça. Vimos alhures que o objetivo de Hart era propor uma alternativa ao realismo jurídico escandinavo, ou seja: o desafio do jusfilósofo inglês era estabelecer um critério para o Direito, a saber: um critério regulativo que permitisse determinar se uma norma pertencia, ou não, ao sistema jurídico. O positivismo, vimos também, caracteriza-se por propor a validade como critério de juridicidade, recusando, enquanto tais, a justiça e a eficácia.

Veja-se que, para Alf Ross³⁵², como observa Barzotto, de fato a validade é uma categoria psicológica, ou seja: dizer que uma norma é válida é dizer que o juiz a considera, no seu íntimo, como vinculante. Desse modo, em um sistema legislado, o juiz, devido à ideologia dominante, considera vinculantes as normas que foram produzidas de acordo com as regras de competência do sistema, sendo, a eficácia,

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 205.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 205.

³⁵² Ver: ROSS, Alf. *On law and justice*. Berkeley: University of Berkeley Press, 1974.

um indício da validade. Entretanto, a validade *só pode ser comprovada na conduta efetiva dos juízes*. E, sendo assim, a eficácia não comprova a validade, *mas a constitui*³⁵³.

Note-se, contudo – e aqui vai a crítica –, que o positivismo jurídico hartiano não dá uma resposta plenamente satisfatória para a separação entre validade (critério de determinação do jurídico) e eficácia (conformidade de um comportamento com uma norma). Em que pese a eficácia seja, em Hart, uma *consequência* da validade, esta sendo determinada com o auxílio de uma regra, não há como desvinculá-las (validade e eficácia). É que, como vimos antes, os critérios de validade são determinados, em última instância, pela prática dos funcionários do sistema, equivale a dizer: *toda a regra eficaz deve ser considerada válida, nos termos em que Hart concebe a regra de reconhecimento*³⁵⁴.

E aqui, atingimos um ponto nuclear, que retomaremos a seguir: a questão da *democracia*, da qual nos ocupamos no capítulo anterior. Perceba-se: a partir do momento em que a eficácia figura como critério de juridicidade, o positivismo jurídico acaba *juridificando a força*. Legaliza-se o arbítrio. *O Direito perde autonomia em relação à Política*. A eficácia, enquanto critério de juridicidade, é altamente instável: se toda a norma eficaz é uma norma jurídica, o direito fica submetido às vicissitudes do poder. E com isso, observa Barzotto, o positivismo jurídico trai a sua intenção básica, de inspiração liberalista, de defesa do Estado de Direito³⁵⁵.

Terceiro, é possível dizer que o exercício de “sociologia descritiva” realizado por Hart desvia do propósito central da teoria jurídica. Brian Leiter observa que esse é o argumento de Stephen Perry (com o qual Leiter, é claro, não concorda): de que a normatividade do Direito é o principal problema, a tarefa central, da filosofia jurídica

³⁵³ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 129.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 129-30.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 130. Vale o registro de que Dimitri Dimoulis discorda da interpretação de que o positivismo acabe “juridificando a força”. Segundo o autor, o fato de muitos positivistas vincularem a validade do direito à sua eficácia social, isto é, ao seu efetivo cumprimento na prática (o que, por sua vez, se relaciona com a aceitação popular do Direito), consiste tão somente numa constatação, ou seja, numa descrição de uma situação real. Contudo, descrever esta situação seria diferente de dizer que o direito oficialmente promulgado deve ser obedecido; trata-se, apenas, de observar que o direito totalmente ineficaz não possui validade. Para Dimoulis, “o juspositivismo não tem nenhuma razão teórica para sustentar uma equiparação, de cunho político, entre validade do direito e dever de obediência”. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 57. Examinaremos essa linha de argumentação quando examinarmos as teorias positivistas *normativas*.

(the “central task” of legal philosophy)³⁵⁶. Entre nós, Lenio Streck defende postura semelhante: a de que a teoria jurídica se justifica a partir da construção das condições de possibilidade para (1) a concretização de direitos dos indivíduos e para (2) a diminuição dos relativismos interpretativos³⁵⁷. Hart, por sua vez, não se ocupou da análise da obrigação legal em termos normativos em *O Conceito de Direito* – a não ser para refutar a concepção de Austin. Hart, lembremos, distingue dois tipos de prática social: aquelas em que a convergência de comportamento é meramente *habitual*, e aquelas em que a convergência se dá em virtude do cumprimento de uma *obrigação* que os integrantes da comunidade acreditam possuir. Estas últimas seriam a nota distintiva do fenômeno social chamado “direito”³⁵⁸. Mas não há uma preocupação com o conteúdo dessas obrigações; elas são diferenciadas, em última análise, pela importância da pressão social pelo seu cumprimento, não por critérios substanciais.

Hart certamente não endossa a premissa dworkiniana de que a teoria (a doutrina) seria a parte geral da decisão judicial³⁵⁹ – e de que, portanto, cada juiz seria, de certo modo, um filósofo moral³⁶⁰. Isso tem duas implicações: a primeira, é a de que as tentativas de Dworkin de tratar o positivismo hartiano *como se este incluísse* uma teoria da decisão judicial não são particularmente iluminadoras, já que partem, como se viu, de uma descaracterização das teses do jusfilósofo inglês; a

³⁵⁶ LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 170.

³⁵⁷ Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

³⁵⁸ LEITER, op. cit., p. 170-1.

³⁵⁹ Dworkin afirma que “a doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 113. Dimitri Dimoulis (um autor que não endossa premissas dworkinianas, cabe dizer) observa, com razão, que a utilidade da teoria do direito torna-se clara quando se constata que todas as formas de discurso e argumentação na área jurídica pressupõem a aceitação de uma teoria do direito que possibilite o uso do próprio termo direito de forma coerente. Nas suas palavras: “Os advogados que afirmam que o sentido da lei é ‘claro’, que uma norma foi ab-rogada, que uma medida provisória é inconstitucional ou que o deferimento de um pedido corresponde à célebre ‘aplicação da mais lúdima justiça’, adotam e exprimem concepções de teoria do direito que possibilitam se referir ao ordenamento jurídico, a sua estrutura hierárquica, a suas fontes, à interpretação, à validade, e ao relacionamento das normas jurídicas com o ideal da justiça”. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 42. Como observa Macedo Junior, no contexto da obra de Dworkin, a teoria do direito é um “pressuposto de inteligibilidade das práticas argumentativas”, sendo, pois, “inafastavelmente relevante para a compreensão dos desacordos jurídicos”, na medida em que “os desacordos jurídicos pressupõem desacordos teóricos estabelecidos em níveis mais abstratos de argumentação”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 194-5.

³⁶⁰ Premissa rejeitada por vários autores; dentre estes, um dos mais célebres é Richard Posner. Ver: POSNER, Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 144-5. Mais sobre o pensamento de Posner em seguida.

segunda, é a de que, ao deixar de fazê-lo, desde o ponto de vista da produção democrática do direito, a contribuição da doutrina de Hart torna-se, no mínimo, discutível.

Com efeito, a descrição de Hart não enfrenta devidamente o problema da harmonização da visão positivista com as exigências de uma democracia, na qual o direito tem de mediar, de algum modo, a soberania popular e os direitos individuais. Dworkin tem razão quando critica a doutrina do poder discricionário não por ser falsa do ponto de vista descritivo, mas por endossar uma modalidade de criação do direito antidemocrática e injusta. Vimos antes que Hart rejeita essa acusação³⁶¹, mas a sua resposta não é absolutamente satisfatória. A existência de “casos não regulamentados” no direito já é amplamente controvertida, porque parte de uma visão questionável a respeito do processo argumentativo e hermenêutico do direito³⁶²; e a delegação da sua solução a um *poder legislativo intersticial dos juízes* é, vimos e veremos (desde Waldron até Habermas, passando por Dworkin e Streck), nociva à democracia. O debate com positivistas que, ao contrário de Hart, tentaram enfrentar a questão da legitimidade do direito vai nos auxiliar, na sequência do trabalho, a explicitarmos nosso argumento sobre esse ponto nuclear da nossa tese.

Quarto, e para finalizar este tópico, queremos endossar, em parte ao menos, uma tese de Brian Leiter a respeito do conceito “descritivo” de direito: ainda que este possa ser moralmente neutro (do ponto de vista normativo e substancial), este sempre será, em alguma medida, interpretativo (ainda que possa não ser “interpretativo” no sentido que Dworkin atribui a essa expressão).

Leiter inicia ecoando aqui um argumento de Raz, de que a teoria jurídica contribui para um melhor entendimento da sociedade; e, de que, assim, o conceito de direito (diferentemente do que ocorre com os conceitos de *massa* ou de *elétron*) é empregado pelas pessoas num exercício de autocompreensão. Neste fio, uma das

³⁶¹ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 355-6.

³⁶² Lenio Streck observa que o chamado “problema da lacuna” – que surge a partir do século XIX, juntamente com o fenômeno da positivação do Direito, estando a ideia de lacuna ligada à ideia de sistema, visto este como uma totalidade ordenada, um conjunto de entes, entre os quais existe uma certa ordem (Bobbio) – é, sobretudo, um problema hermenêutico, cuja solução depende do próprio conceito de direito. No mais das vezes, falar em “lacuna” significa igualar lei a direito, pois, se o direito transcende a lei, fica difícil falar em lacunas. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 153-7.

tarefas principais da teoria jurídica seria auxiliar a nossa compreensão do que é a sociedade, ajudando-nos a entender como as pessoas entendem a si mesmas³⁶³.

O filósofo americano distingue, nesse argumento, duas reivindicações a respeito dos conceitos em geral. De um lado, um conceito “do tipo natural” (“*Natural Kind Concept*”) teria a sua extensão fixada nas generalizações científicas bem estabelecidas que o articulam; por outro, um conceito “hermenêutico” (“*Hermeneutic Concept*”) seria aquele que satisfaz duas condições: a) desempenha um papel hermenêutico, no sentido de que, com ele, os seres humanos tornam a si mesmos e a suas práticas compreensíveis para si mesmos; e b) sua extensão é fixada pelo seu papel hermenêutico. Colocadas as coisas nestes termos, a reivindicação nuclear de Raz consistiria na afirmação de que o conceito de direito é um conceito hermenêutico, e não do tipo natural³⁶⁴.

Cabe anotar que os *conceitos hermenêuticos* de Leiter não são sinônimos dos *conceitos interpretativos* de Dworkin, em que pese seja possível rastrear, entre estes, alguma identidade (notadamente, nas respectivas relações de contraste: conceitos naturais/hermenêuticos para um, interpretativos/criteriais para o outro). Ambos descrevem valores que aparecem nas práticas sociais e experiências compartilhadas entre as pessoas. Contudo, quando Dworkin fala em *valor*, ele claramente tem em mente a sua *teoria da unidade do valor* – em cujo domínio, finalmente, os valores éticos e morais se entrecruzam e sustentam mutuamente. Já para Leiter, os valores epistêmicos (também chamados meta-teoréticos – *meta-theoretic values*), que são aqueles utilizados na elaboração de um conceito descritivo de direito, não têm qualquer ligação aparente com os valores morais (que tratam de questões de razoabilidade prática).

Sendo assim, *dado o vocabulário de Leiter*, não haveria maiores questionamentos da afirmação de que o Direito é, sim, um conceito hermenêutico. Essa reivindicação, observa o autor norte-americano, teria sido endossada por “todos os filósofos do direito nos últimos cem anos, com a exceção dos Realistas Escandinavos”³⁶⁵. Inclusive Hart – que, vimos, rejeita todas as tentativas de Dworkin de dar ao seu positivismo uma versão interpretativa³⁶⁶. Segundo o jusfilósofo inglês,

³⁶³ LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 172-3.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 173.

³⁶⁶ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 312.

o conceito de direito seria hermenêutico no seguinte sentido: de que, não fosse assim, não seria possível distinguir os comportamentos convergentes por obrigação jurídica daqueles convergentes por simples hábito.

O argumento de Leiter é bom. Temos que ele é bem sucedido na tarefa de demonstrar *de que modo* a melhor *descrição* do conceito de Direito é diferente do fornecimento da *melhor justificativa moral do empreendimento como um todo*. O autor norte-americano não desonera uma teoria descritiva de um conceito hermenêutico da tarefa de levar em conta a maneira com a qual esse conceito é utilizado pelas pessoas para entenderem a si mesmas. Posta essa premissa, fica difícil contestar a afirmação de que interpretar as práticas sociais que compõem um conceito hermenêutico é algo distinto de avaliá-las do ponto de vista moral³⁶⁷.

3.3.2 A objetividade da moral: entre a impossibilidade a irrelevância

Há um outro aspecto do debate Hart/Dworkin que rende uma boa investigação. Vimos no início dos trabalhos que Dworkin, ao articular a sua *tese da unidade do valor*, defende o caráter objetivo (e não meramente subjetivo ou opinativo) dos juízos morais ou, em termos mais abrangentes, defende a existência de *verdades objetivas a respeito do valor*. Um sem-número de autores discorda, e há argumentos relevantes em todos os quadrantes dessa discussão.

O primeiro ponto a ser explorado refere-se à possível incompatibilidade entre o domínio da moral e as chamadas verdades objetivas. Esse argumento é apresentado por Dworkin como o argumento dos *céticos*. O ceticismo pode apresentar um caráter *externo* (nega-se a possibilidade de haver respostas certas em questões morais ou interpretativas) ou *interno* (nega-se a possibilidade de que um juízo de valor seja realmente melhor do que qualquer outro)³⁶⁸. Dworkin rejeita ambas as modalidades de ceticismo³⁶⁹ e, além disso, propõe uma teoria “positiva” a respeito da verdade no campo moral. Veremos como ele se sai diante dos críticos.

³⁶⁷ LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 174.

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 102-6.

³⁶⁹ Dedicaremos uma atenção maior à teoria moral substantiva de Dworkin, ou seja, nos seus argumentos contra o ceticismo *interno* à moral – até porque, segundo o autor, este é considerado uma ameaça mais importante para suas teses do que o ceticismo *exterior*. Anote-se, contudo, que o ceticismo exterior, ou externo, para Dworkin incorre numa impossibilidade, na medida em que seria impossível que se fizesse uma afirmação a respeito da objetividade dos juízos morais sem

Por outro lado, especificamente no âmbito do debate Hart/Dworkin, essa temática, que é central para Dworkin (é a partir da existência de juízos morais objetivamente verdadeiros que se pode sustentar, veremos, a existência de respostas corretas em Direito), acaba descartada por Hart pela sua, digamos, ociosidade. Para o jusfilósofo inglês, a teoria do direito “deve evitar se comprometer com teorias filosóficas controversas sobre o *status* geral dos juízos morais”, e deve, seguindo o exemplo dado pelo próprio autor em *O Conceito de Direito*, “deixar em aberto” a questão geral de saber se estes têm caráter objetivo³⁷⁰. Seu argumento é intrigante: segundo Hart, qualquer que seja a resposta a essa questão, o dever do juiz permanecerá o mesmo, qual seja: fazer a melhor avaliação moral que lhe seja possível dos problemas morais que tenha de decidir. Nestes termos, para todos os efeitos, *não importaria* saber se, ao decidir uma causa, o juiz está *criando* o direito de acordo com a moral ou se, alternativamente, está agindo orientado por sua avaliação moral sobre qual lei, *preexistente*, é revelada por um critério moral do direito³⁷¹. Chamemos este argumento de *o argumento da irrelevância*.

que esta seja pressuponha, também, um juízo moral. Dworkin afirma não ser possível sair da moralidade para que se a possa julgá-la de um ponto de vista exterior, de um “tribunal arquimediano”, da mesma maneira com a qual é impossível fugir da razão para testá-la “de cima”. DWORKIN, Ronald. *Objectivity and truth: you'd better believe it*. 1996. Disponível em: <<http://cas.uchicago.edu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-truth.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2014. Brian Leiter discorda. Segundo o filósofo norte-americano, as razões pelas quais não se pode sair do domínio da “razão” para avaliá-la não têm qualquer relação com a pretensão de avaliar o sistema moral desde um ponto de vista externo. Nós não poderíamos “escalar para fora” da razão porque, neste caso, não teríamos qualquer critério com que acessá-la. Isso não seria verdade com relação à moral, que poderia ser observada a partir de outros *standpoints*, como a religião, a estética, a biologia (outros campos da “grande figura” que compõe o mundo). LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 174. O argumento de Dworkin, contudo, na nossa opinião, é outro. O jusfilósofo norte-americano não nega, ao que nos parece, que se possa fazer uma “observação” da moral a partir de um ponto de vista externo; o que ele rejeita é a possibilidade de que, deste ponto de vista, se diga o que é ou deixa de ser “verdade” no âmbito da moral. Dizer, por exemplo, desde o ponto de vista da ciência natural, que a moral não preenche os critérios científicos da verdade (e que, portanto, não há “verdades” no âmbito moral) é, se se quer apenas dizer que a verdade moral não é demonstrável por critérios de ciência natural, a essas alturas, uma quase obviedade; e, por outro, se o que se quer é descredenciar a existência de verdades “morais”, uma descaracterização da moral enquanto um sistema (epistemologicamente, inclusive) independente dos demais.

³⁷⁰ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 328. Em sentido semelhante, também Dimitri Dimoulis considera que a eventual objetividade dos juízos morais não tem qualquer repercussão sobre o Direito na concepção positivista. De acordo com o autor, há uma independência lógica entre o relativismo de valores e o positivismo jurídico. Dito de outra forma, a independência conceitual do Direito em relação à Moral deve ser mantida haja ou não valores morais objetivos. O positivismo jurídico *stricto sensu* é indiferente perante o caráter e o conteúdo da moral. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 192.

³⁷¹ HART, op. cit., p. 328.

Estamos, pois, diante de dois desafios: primeiro, precisamos descobrir se há, ou não, juízos morais objetivamente verdadeiros (e, se houver, o que isso quer dizer); segundo, se, havendo, isso faz alguma diferença para uma teoria da decisão jurídica.

É fato que o problema da objetividade – aponta-o, com razão, Stephen Guest – é o principal obstáculo ao entendimento da teoria de Dworkin: o “caráter vago da penumbra, a preocupação com o periférico, a tentativa de entender o que acontece nos casos de apelação, a ideia de extrair um sentido ‘moral’ do direito, todos se combinam para dar a impressão de que o argumento jurídico pode ser qualquer coisa que se queira”; combine-se isso com o fato de sabermos que Dworkin tem uma teoria abrangente sobre a igualdade, e não é surpresa que recaia sobre o jusfilósofo norte-americano a acusação de que sua teoria seja uma “desculpa para introduzir seu liberalismo subjetivo no direito”³⁷².

Portanto, se a doutrina de Dworkin traz avanços consistentes em termos de autonomia do Direito (como defendemos que traz), isso depende, em grande medida, da correção de suas premissas a respeito da objetividade nos domínios moral e interpretativo³⁷³.

O que, substancialmente, está em discussão? Brian Leiter faz um resumo bastante útil da tese: de acordo com Dworkin, quando reivindicamos que há objetividade na afirmação de que uma interpretação é melhor do que outra, ou na de que um princípio leva a uma resposta moralmente melhor do que outro, nós não

³⁷² GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 133. Richard Posner, por exemplo, indica que os “princípios” juridicamente vinculantes de Dworkin “parecem, aos olhos de muitos observadores, não ser mais que cursos de ação política altamente controversos e que coincidem de maneira altamente suspeita com o programa da ala esquerdista do Partido Democrata”. POSNER, Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 148.

³⁷³ Um autor que, em que pese parta de premissas distintas, pode ser chamado em apoio a Dworkin nessa discussão, é o filósofo Thomas Nagel. O autor norte-americano compartilha com Dworkin o ponto de que o relativismo e o subjetivismo são posturas filosóficas, de algum modo, nocivas. Nagel observa que o subjetivismo é mais do que um adorno intelectual insignificante, na medida em que vem sendo empregado para desviar o foco das discussões nas ciências humanas e sociais, ou para diminuir o alcance dos argumentos dos outros. Afirmações de que “algo é verdadeiro ou falso”, sem qualificações relativistas, correm o risco de ser ridicularizadas como expressões de uma perspectiva ou forma de vida provincianas. O resultado disso – segue Nagel – é um crescimento da *preguiça intelectual da cultura contemporânea*. Para o autor, o subjetivismo é falso. Na sua opinião, há uma categoria de pensamento – a *razão* – que opera, tanto na teoria como na prática, tanto na formação de crenças como nos desejos, intenções e decisões, de forma *generalizante* (portanto, nem local, nem relativista). Haveria aspectos decisivos de nosso pensamento que poderiam ser entendidos como instâncias da razão, em virtude de sua generalidade e de sua posição na hierarquia da justificação e da crítica. NAGEL, Thomas. *La última palabra: la razón ante el relativismo y el subjetivismo*. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 16-8.

estamos fazendo uma reivindicação *externa* aos argumentos morais substantivos e interpretativos em que estas reivindicações aparecem. Dizer que “a escravidão é objetivamente errada” é, simplesmente, uma reivindicação moral interna à prática argumentativa na qual se oferecem razões para sustentar a proposição de que “a escravidão é errada”³⁷⁴. Dessa forma, não haveria questões *metafísicas* a respeito do valor, mas apenas questões *valorativas*. Noutras palavras, saber o que é certo, o que é justo, o que é bom – e assim por diante –, seria uma questão de *ética* e não de *metaética*³⁷⁵.

Vamos tentar explicar isso melhor, favorecendo, aqui, a abordagem abrangente feita por Dworkin em *Justice for Hedgehogs*³⁷⁶.

Podem as nossas crenças sobre o valor – por exemplo, a crença de que é errado furtar – ser consideradas *verdadeiras* (ou *falsas*)? Se sim, o que, afinal, as torna *verdadeiras*? Como podemos pensar, sem que isso seja pura expressão de arrogância, que estamos *certos* e que os outros estão simplesmente *errados* sobre esse tipo de questão? A opinião de Dworkin (apresentada em linhas gerais ao início do trabalho) é a de que a resposta para essas perguntas está no fato de que a moralidade e os demais departamentos do valor são *filosoficamente independentes*. Sendo assim, as respostas para as grandes questões a respeito da verdade e do

³⁷⁴ Perceba-se que, para Dworkin, a moralidade não é constituída por convenções públicas que digam: uma conduta é moralmente exigida ou permitida pelo teste daquilo que pensa a maior parte das pessoas. Fosse assim, seria possível dizer que a escravidão foi correta algum dia – com o que o autor norte-americano, obviamente, não concorda. Bem assim, algo como o estupro não é errado simplesmente porque “todo mundo pensa que é errado” (*sic*). Ou seja, o fato da convenção, *ou mesmo do consenso* (coincidência de convicções), não é razão suficiente para dizer que algo é certo ou errado. Há razões independentes para sustentar um argumento moral desse tipo. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 136-7.

³⁷⁵ LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 228-9. Dworkin crê que “não existe diferença importante de categoria ou posição filosófica entre a afirmação de que a escravidão é iníqua e a afirmação de que existe uma resposta certa à questão da escravidão, isto é, que ela é iníqua. Não posso, racionalmente, considerar a primeira dessas opiniões como uma opinião moral sem fazer o mesmo com relação à segunda. Uma vez que o ceticismo exterior não oferece razões para repudiar ou modificar a primeira, também não oferece razões para repudiar ou modificar a segunda. As duas são afirmações internas à moral, e não sobre ela”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 93.

³⁷⁶ Vale dizer que a problemática da objetividade dos juízos morais subjaz toda a teoria do direito de Dworkin, desde seus textos mais remotos. Vejam-se, a propósito, os seguintes ensaios: *Os direitos podem ser controversos?* (capítulo 13 de DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002); *Não existe mesmo nenhuma resposta correta em casos controversos?* (capítulo 5 de DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005); *Interpretação e objetividade* (capítulo 7 de DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, op. cit.); e, muito especialmente, *Objectivity and truth: you’d better believe it* (DWORKIN, Ronald. *Objectivity and truth: you’d better believe it*. 1996. Disponível em: <<http://cas.uchicago.edu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-truth.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2014).

conhecimento morais devem ser buscadas no interior desses departamentos, e não fora deles. Uma teoria substantiva a respeito do valor deve incluir, *e não esperar por*, uma teoria da verdade no valor. Que *há* verdades a respeito do valor, para o jusfilósofo norte-americano, é uma verdade óbvia e incontornável. Veja-se que, quando as pessoas têm de tomar decisões, a pergunta a respeito de *qual* decisão tomar é, igualmente, incontornável; e somente pode ser respondida considerando-se as razões para agir de uma forma ou de outra. Não há outra maneira. E isso é assim porque é esse o tipo de resposta que uma pergunta desse tipo exige. Há, é certo, alguns casos em que nenhuma das alternativas disponíveis é melhor do que a outra. Contudo, essa conclusão (de que não há uma decisão melhor do que a outra) deriva do mesmo tipo de argumento substantivo, *de primeira ordem*, que as demais alternativas³⁷⁷.

O ponto de Dworkin é que, quando nos perguntamos sobre como devemos agir, enfrentamos, inevitavelmente, questões éticas (no vocabulário dworkiniano, reivindicações sobre como se vive bem) e morais (reivindicações sobre como devemos tratar aos outros). Ainda que estas questões passem despercebidas, elas seguem sendo pertinentes³⁷⁸. Muito do que fazemos torna nossas vidas melhores ou piores; em muitas circunstâncias, muito do que fazemos afetará outras pessoas. Ainda que alguém ache que não faz qualquer diferença o modo como se leva a vida, ou que qualquer consideração pelos demais seja uma besteira, a fundamentação dessa posição será baseada em argumentos éticos ou morais – e não de outra natureza³⁷⁹.

Em síntese: convicções éticas e morais apoiam-se em outras convicções éticas e morais. Não há uma base externa, metaética, pela qual se possa

³⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 24. Argumentos de *primeira ordem* são argumentos *substantivos*, *internos* a determinado sistema de ideias; argumentos de *segunda ordem*, ou *meta-argumentos*, são *externos*, *sobre* um determinado sistema de ideias. Por exemplo, a reivindicação de que torturar crianças por diversão é imoral, é uma reivindicação interna, substantiva, de primeira ordem; a hipótese de que essa opinião é quase universalmente aceita é uma questão de segunda ordem, ou uma *meta-reivindicação*. *Ibid.*, p. 31.

³⁷⁸ Em sentido semelhante, Thomas Nagel considera que o âmbito *normativo* não pode ser transcendido pelo âmbito *descritivo*, no seguinte sentido: a pergunta sobre o que fazer, ou sobre em que se deve crer, sempre será uma pergunta pertinente, ou seja, sempre será possível pensar em termos *normativos*. Anote-se que, para Nagel, o tipo de pensamento que gera respostas a estas perguntas será a *razão prática*. NAGEL, Thomas. *La última palabra: la razón ante el relativismo y el subjetivismo*. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 120.

³⁷⁹ DWORKIN, op. cit., p. 25.

inspecionar a verdade das reivindicações éticas e morais³⁸⁰. Qualquer forma de ceticismo, assim, deve ser *interna* à moral. Dworkin avalia como óbvio o fato de que *alguma resposta* à pergunta sobre o que fazer (como devemos agir) deve ser a correta – ainda que esta seja a de que nenhuma das alternativas é melhor do que a outra. A questão não é, pois, saber se juízos morais e éticos podem, ou não, ser verdadeiros; a questão é decidir *qual deles é verdadeiro*³⁸¹.

Como fazê-lo? Segundo Dworkin, um argumento moral somente é tornado verdadeiro por outros argumentos morais. Mas o que torna um argumento moral *adequado* para esse fim? Não há um modo de verificação da veracidade de um argumento que seja independente do domínio moral em que este é articulado. O que se pode exigir, contudo, de quem formula o argumento, é que o faça *responsavelmente*. Daí a necessidade de uma teoria da *responsabilidade moral*. Contudo, entenda-se bem: uma teoria da responsabilidade moral, mediante a qual se verifique a adequação de um argumento moral, é, ela própria, uma teoria moral: é parte de uma mesma teoria moral abrangente cujas opiniões têm a responsabilidade de verificar. O ponto, aqui, é o de que qualquer teoria a respeito do que torna uma convicção moral verdadeira, ou sobre o que são boas razões para que se a considere verdadeira, é, também ela, uma teoria moral e, portanto, *deve incluir uma premissa ou uma pressuposição moral*³⁸².

Qual a estrutura de um argumento moral *adequado*? Para o jusfilósofo norte-americano, devemos tratar a argumentação moral como uma forma de *interpretação*, dirigida à apresentação de nossas opiniões morais como integrantes de um quadro mais geral: um abrangente sistema de valor. É esse propósito interpretativo que estrutura, de forma adequada, o nosso argumento moral. Dito de outra forma, esse objetivo define a *responsabilidade moral*. Note-se que a estruturação adequada de um argumento moral *não garante a sua correção* (verdade moral). Porém, se nossos argumentos forem *adequados* neste sentido, nós conquistamos o direito de viver de acordo com eles. O que nos impede de afirmar que esses argumentos são verdadeiros? Apenas o nosso sentimento, confirmado pela experiência, que

³⁸⁰ Thomas Nagel concorda, expressamente, com a afirmação de que a objetividade do raciocínio moral não depende de se dispor de uma referência externa. NAGEL, Thomas. *La última palabra: la razón ante el relativismo y el subjetivismo*. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 115.

³⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 25.

³⁸² *Ibid.*, p. 38. Cabe apontar que essa *premissa*, esse centro gravitacional, da teoria moral defendida por Dworkin, é a *dignidade humana*.

melhores argumentos interpretativos podem ser encontrados. Apenas isso. Assim, se por um lado é necessário guardar a distância entre *responsabilidade* e *verdade*, por outro, essa distância somente se explica recorrendo-se à noção de que há bons e melhores argumentos. Esta é, para Dworkin, uma expressão da independência da moralidade³⁸³.

Não existe uma condição completamente abstrata de conhecimento. Todo o pensamento é um pensamento a respeito de alguma coisa e depende, para que seja plausível, daquilo sobre o que se pensa. Uma epistemologia abstrata e nossas crenças concretas devem ajustar-se e apoiar-se mutuamente. Daí a necessidade de uma *epistemologia integrada (integrated epistemology)*: nós devemos fazer algumas suposições sobre o que seja a verdade com o objetivo de *testar* as teorias que tratam do problema de como decidir o que é verdadeiro. Essa *epistemologia integrada* deve se resguardar de duas tiranias: uma, de que seria possível um conhecimento *arquimediano*, insensível ao conteúdo daquele domínio intelectual específico; outra, que adere a alguma convicção discricionária (algumas religiões fundamentalistas, por exemplo), que exija uma exceção *ad hoc* à nossa melhor formulação a respeito de como formamos crenças confiáveis no domínio abrangente daquela convicção³⁸⁴.

Do que foi dito aqui devem ficar estabelecidas, pois, duas noções determinantes para que possamos avançar: o cerne da responsabilidade é a *integridade*; e a epistemologia de uma pessoa responsável do ponto de vista moral é *interpretativa*³⁸⁵.

³⁸³ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 38-39.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 82-6.

³⁸⁵ Brian Leiter discorda que a epistemologia possa assumir essa feição *interpretativa* que Dworkin lhe atribui. Segundo Leiter, o fato de os juízos morais não passarem pelo filtro da epistemologia científica não necessariamente mostra que o ceticismo exterior esteja errado: pode mostrar, ao revés, que simplesmente não há “fatos morais” como os reivindicados por Dworkin. Deixando claro, “epistemologia científica”, neste contexto, significa que: a) apenas o que provoca uma diferença causal pode ser conhecido; e que b) apenas o que pode provocar uma diferença causal à experiência é “real”. O argumento de Leiter – que, no contexto da nossa pesquisa, é rebatido pela matriz hermenêutica; desde a obra de Wilhelm Dilthey (que teve profunda repercussão no trabalho de Heidegger e Gadamer), já se alcançou uma delimitação epistemológica entre as ciências da natureza e do espírito, entre *explicação* e *compreensão* – deve ser considerado porque explícita, de algum modo, o que está por trás do positivismo jurídico e da doutrina da discricionariedade judicial. Uma visão “convencional não-cognitivist”, como a de Leiter, aceita que a moral seja suscetível a razões, no sentido familiar de que as pessoas em geral respondem às exigências da consistência lógica e da congruência com os fatos; mas uma vez que estes estejam esgotados, não sobraria nada além de atitudes de “gostos” conflitantes. LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 228-9. O capítulo VIII da *Teoria pura do direito* de

Suponhamos agora que Dworkin esteja correto em suas premissas: há juízos morais objetivamente verdadeiros, e a sua veracidade é uma questão de argumentação moral. Mais: devemos formular nossa argumentação moral de forma responsável, observando a integridade como uma questão de epistemologia. Ainda assim, superada esta primeira questão, resta em aberto a segunda: que diferença isso faz, na prática judicial? Analisemos o que, acima, nominamos *argumento da irrelevância*.

São diversas as formulações que diminuem a importância da existência de juízos moralmente objetivos. Hart, como vimos, acredita que essa discussão não tem qualquer reflexo no dever judicial (chamado a fazer um juízo moral, o juiz deverá simplesmente fazer o melhor que puder, sendo, no limite, indiscerníveis a criação judicial da alegação de que se descobriu um direito preexistente). Posner também questiona a pertinência desse debate, mas por outras razões: ele entende que a função judicial divide-se entre aplicar e criar normas; e que, na atividade criativa, a teoria moral é um dos fatores menos promissores. Não haveria uma identidade entre o raciocínio normativo e o raciocínio moral³⁸⁶. Há ainda autores que, como Brian Leiter, por tratarem da objetividade pelo prisma da epistemologia científica, expressam um outro tipo de ceticismo com relação à relevância da abordagem proposta por Dworkin.

Para os propósitos deste tópico, não interessa responder, aqui, aos argumentos de Posner e Leiter. Ambos rejeitam as premissas de Dworkin e, assim, suas propostas mereceriam uma análise mais abrangente. O ponto seguinte talvez deixe nossas diferenças mais claras: sustentaremos que o positivismo jurídico (e aqui se inclui o pragmatismo de Posner) oferece riscos à democracia e à autonomia do Direito; e que a matriz hermenêutica rejeita o ceticismo de Leiter mediante a

Kelsen, por exemplo, pode ser entendido nestas bases. Voltaremos a esse tema, a partir de uma abordagem mais filosófica, quando estudarmos, de modo mais claro, a (por nós endossada, diga-se) apropriação que Lenio Streck e a sua *Crítica Hermenêutica do Direito* fazem das contribuições de Dworkin no âmbito de uma teoria jurídica adequada para o Brasil. A resposta à tese de Leiter, de todo modo, pode ser encontrada na *Segunda Parte de Verdade e Método*, de Gadamer. Ver: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004. Também na obra de Macedo Junior se apontam as consequências da denominada *virada hermenêutica*, aqui compreendida como a mudança do paradigma teórico ocorrida na teoria do direito do século XX, e que se contrapõe à metodologia “fiscalista”. Ver: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66 e seguintes.

³⁸⁶ POSNER, Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 152-3.

demarcação da divisão entre a epistemologia das ciências naturais (que Leiter entende, por motivos pragmáticos, a única epistemologia digna deste nome³⁸⁷) e aquela das ciências do espírito³⁸⁸.

De todas as críticas, pois, a pertinente aqui é a apresentada por Hart: de que esse conhecimento, ainda que possível, seria irrelevante. Jeremy Waldron defende, em linhas gerais, esse ponto de vista. Examinemos seus argumentos.

Waldron, como Dworkin, concorda que há objetividade no domínio moral. O autor neozelandês entende que o fato de discordarmos sobre questões de princípio

³⁸⁷ Leiter entende que o único guia fiável para distinguir o *real* do *irreal* são a *ciência* e os padrões epistemológicos que herdamos da prática científica. E isso não por uma razão arbitrária ou *a priori*, mas pragmática: a ciência conquistou esse lugar pelo simples fato de que *apresenta resultados*. Assim, as teorias deveriam ser sensíveis à evidência, não apenas à autoridade. No original: “*Science (and its associated epistemology) has earned this place of honor by delivering the goods: by sending planes in to the sky, transplanting hearts, refrigerating food, and so on. A scientific epistemology – predicated on such seemingly simple notions as ‘evidence matters’ (theories must answer to experience, not simply authority) – is one of the most precious legacies of the Enlightenment, a legacy under attack from those corners of the academy where bad philosophy reigns supreme*”. LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 273.

³⁸⁸ Na leitura de Adalberto Hommerding, uma vez aberto por Descartes o caminho do conhecimento pela razão (por meio do método), houve diversas tentativas de “cientificizar” ou “matematizar” as ciências do espírito – como, por exemplo, o empreendimento teórico de Leibniz. Contudo, como observa Gadamer, o domínio da natureza pela ciência, ao invés de diminuir o mal-estar da cultura, acabou aumentando-o. Isso porque os métodos das ciências da natureza “não apreendem tudo que é digno de se saber, nem sequer o que é mais digno de se saber, ou seja, os fins últimos aos quais deve estar subordinado todo domínio dos recursos da natureza e do homem”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 49. As ciências do espírito, assim, exigiriam um outro tipo de conhecimento, que não o científico. Segundo Gadamer, o desenvolvimento das ciências do espírito teve no modelo das ciências da natureza um constante ponto de referência; mas seus impulsos mais decisivos e essenciais provieram não do *pathos* das ciências experimentais, mas do espírito do romantismo e do idealismo alemão. Daí a consciência que se tem dos limites do Iluminismo e do método da ciência. *Ibid.*, p. 50. Aquilo que no pensamento moderno motiva a preeminência da consciência de si mesmo frente ao dado é a primazia da certeza frente à verdade, que fundamentou a noção metodológica da ciência moderna. GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Catedra, 1998, p. 15. Ou seja, a partir de Descartes, a verdade só pode ser alcançada se utilizado um método adequado para tal. Descartes acredita que, por intermédio do método, haverá a segurança de que o homem está se utilizando de sua razão do modo mais perfeito possível. DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. 9. ed. Curitiba: Hemus, 2000, p. 44. O método, na ideia cartesiana, pois, vem a ser uma “via de confirmação” e, nesse sentido, apesar de todas as possíveis variedades de métodos, apesar de toda a variedade apresentada nas diversas ciências, é um “conceito unitário” que, segundo a concepção moderna, é o que satisfaz o ideal de certeza. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*, op. cit., p. 61. Ao se reconhecer, portanto, nas ciências humanas um modo de saber autônomo, ao se acordar acerca da impossibilidade de serem reduzidas ao ideal do conhecimento das ciências naturais – o que implica que se questione a pretensão de lhes conferir uma similitude tão perfeita como possível com os métodos e o grau de certeza válidos nas ciências naturais –, a própria filosofia, na totalidade de suas pretensões, começa a se colocar em questionamento. GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia histórica*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000, p. 46. Por isso – arremata Adalberto –, a questão nuclear não é, propriamente, a definição de um método, mas o reconhecimento de uma ideia muito diferente de conhecimento e verdade. Ver: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenéutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 48-51.

não quer dizer que não haja respostas certas. Das várias visões concorrentes sobre a justiça e os direitos, certamente algumas serão mais aceitáveis do que outras e, mais do que isso, algumas serão *verdadeiras* e, outras, *falsas*³⁸⁹.

Entretanto, ao contrário de Dworkin, Waldron acredita que essa possibilidade não traz maiores consequências para a Política. Waldron estabelece uma distinção entre *realistas morais* (que acreditam na objetividade da moral, na medida em que os fatos que tornam um juízo moral verdadeiro ou falso são independentes das crenças e sentimentos individuais sobre a questão) e *antirrealistas* (que negam a existência de fatos morais, acreditando existirem somente os juízos morais e as pessoas que os formulam)³⁹⁰. Essa distinção é útil apenas para situar o argumento central do autor: de que a articulação de juízos morais na formação da decisão judicial tende a ser *arbitrária*³⁹¹ tanto para um realista como para um antirrealista.

Em síntese, Waldron sustenta que, sem que o realismo moral venha acompanhado de uma epistemologia, não haverá maiores diferenças em termos de *previsibilidade, racionalidade e legitimidade democrática* entre os juízos morais de um juiz realista ou um juiz antirrealista. Faltaria ao realismo, pois, uma epistemologia que fizesse frente ao seu compromisso ontológico. Para o autor, sem uma epistemologia – e uma epistemologia que seja em alguma medida menos controvertida (ou pelo menos, controvertida de um modo distinto) do que o conhecimento que se propõe a cobrir –, não poderia haver uma teoria realista da decisão moral. Na prática, a falta desta epistemologia comprometeria o realismo moral do início ao fim: ela impede que os realistas digam qualquer coisa em nome da objetividade³⁹².

A preocupação com a falta de legitimidade democrática da articulação de um juízo moral como juridicamente vinculante tem repercussões na tensão entre juízes e legisladores. Lembremos, aqui, que Waldron é um crítico severo do *judicial review*. Para ele, se há objetividade na moral, certamente isso não afeta apenas a decisão

³⁸⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York City: Oxford University Press, 1999, p. 164.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 164-5. Vale dizer que, como Waldron observa expressamente, Dworkin não se considera um realista moral – ou, ao menos, não acha que deva participar desse debate (entre realistas e antirrealistas). *Ibid.*, p. 168-9.

³⁹¹ A arbitrariedade tem, para Waldron, três sentidos: a) imprevisibilidade; b) falta de motivação racional; e c) falta de autoridade ou legitimidade política. *Ibid.*, p. 167-8.

³⁹² *Ibid.*, p. 184-5.

judicial, mas também a produção legislativa³⁹³. O jusfilósofo neozelandês rejeita a hipótese de que o juiz seja um tomador de decisões morais com base em questões de princípio, enquanto o povo e seus representantes estariam condenados a articular seus interesses particulares e sórdidos, com seus preconceitos vulgares. Mesmo que fosse assim (e o autor nega que o seja), isso teria mais a ver com os arranjos institucionais do que com a discussão entre realismo e antirrealismo morais. Quer dizer, a disputa sobre a legitimidade da revisão judicial da legislação tem de ser resolvida a partir da análise de seus méritos morais e políticos, baseada em argumentos morais sobre justiça, equidade e democracia. E não há nada no caráter objetivo ou subjetivo dos juízos morais que faça com que se resolva a discordância que há sobre os méritos de cada um desses argumentos³⁹⁴.

Conclusivamente, a opinião de Waldron é a de que o realismo e o irrealismo morais estão em pé de igualdade, desde o ponto de vista da legitimidade democrática. Se não há uma maneira de nos certificarmos a respeito da correção de um juízo moral, não importa se ele reflete meros sentimentos ou atitudes individuais do julgador ou, ao revés, traduz as suas crenças sobre fatos morais. Sempre haveria uma certa arbitrariedade, uma perda de igualdade, em se fazer prevalecer o juízo moral de alguém sobre o dos demais. Dito de outra forma, a inclusão de um juízo moral na decisão torna-a tendente à arbitrariedade porque não há mecanismos eficientes de controle desse conteúdo. Se a autorização para que o juiz faça prevalecer a sua simples preferência moral sobre a preferência dos demais é em si antidemocrática, o só-fato de haver uma resposta correta, do ponto de vista moral, não torna mais provável que o juiz a encontre. Juízes diferentes atingirão resultados diferentes, mesmo que ambos acreditem estar perseguindo a resposta correta. No final das contas, arremata Waldron, é o desacordo moral, não a subjetividade moral, que levanta preocupações sobre a moralização das decisões judiciais³⁹⁵.

Como se vê, a defesa do positivismo jurídico, por parte de Jeremy Waldron, decorre do fato de que não há como se *demonstrar* a superioridade de um argumento moral sobre o outro; como isso não é possível, a inclusão da moral na

³⁹³ A noção de que a objetividade da moral tem reflexos na produção legislativa é desenvolvida por Adalberto Hommerding, para quem a teoria da integridade do Direito, de Dworkin, constitui uma “ponte entre a teoria do Direito e a ciência da legislação” (tradução nossa). HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 281.

³⁹⁴ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York City: Oxford University Press, 1999, p. 185.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 187.

discussão jurídica abre as portas da arbitrariedade – inexistindo razões ponderáveis, notadamente, para que o *juiz* emita juízos morais nas suas decisões, na medida em que seus juízos morais estariam situados no mesmo nível do que o de qualquer outro cidadão, não podendo prevalecer sobre os juízos morais de um indivíduo sobre os da maioria.

De fato, dá-se razão a Waldron quando este aponta que um regime democrático digno deste nome não poderia conviver com a simples substituição do juízo moral de um juiz pelo juízo moral da maioria. Contudo, o próprio autor neozelandês dá a entender que, caso fosse possível demonstrar que um determinado juízo moral é objetivamente correto, poder-se-ia dar preferência ao modelo “realista”. Quer dizer, num nível mais abstrato, Waldron e Dworkin estão de acordo: a revisão judicial da legislação somente se justificaria caso o juízo moral articulado pelo juiz seja correto do ponto de vista objetivo – hipótese em que a opinião da maioria estaria, logicamente, errada. Como Waldron não concebe que a *demonstração* seja possível, ele pretende evitar que decisões morais sejam tomadas por juízes, como forma de preservar a democracia – em que as opiniões morais sobre questões controvertidas devem ser tratadas com igual consideração e resolvidas pela regra da maioria³⁹⁶. Já para Dworkin, que defende um modelo diferente de democracia (lembramos da sua concepção constitucional e *em parceria*), a revisão judicial da legislação não seria, conceitualmente, uma ameaça ao caráter democrático da comunidade. A democracia é fortalecida com decisões corretas e enfraquecida com decisões erradas. Assim, a democracia “de fato fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma a decisão errada a respeito das exigências das condições democráticas”; todavia, não fica mais prejudicada do que quando “uma legislatura majoritária toma uma decisão constitucional errada que continua de pé”³⁹⁷.

³⁹⁶ Stephen Guest observa que, de fato, a chamada “tese da demonstrabilidade” (segundo a qual “apenas as proposições que podem ser demonstradas, ou provadas, verdadeiras são capazes de serem verdadeiras ou falsas”) bem se ajusta ao positivismo jurídico: “É, presumivelmente, que as leis devem apenas ser vistas como ‘existentes’, isto é, como sendo verdadeiras ou falsas, ou válidas ou inválidas, quando sua existência, verdade ou validade puder ser demonstrada (digamos) por referência a uma prática oficial factual, *para que o defeito da incerteza seja curado*, dessarte respeitando (entre outras coisas) um princípio de que as expectativas razoáveis das pessoas devam ser atendidas”. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 153.

³⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 50.

De qualquer forma, entendemos que Dworkin respondeu satisfatoriamente ao desafio de Waldron (e, conseqüentemente, ao de Hart) ao propor uma epistemologia adequada para a argumentação moral, baseada na integridade e na responsabilidade.

Veja-se: se não podemos exigir que o juiz chegue a respostas corretas, podemos ao menos exigir que *tente* fazê-lo – e que empreenda seus melhores esforços nessa tentativa. Que considere, séria e detidamente, as alternativas disponíveis. Podemos exigir do juiz essa *responsabilidade*: a de tentar demonstrar que a sua interpretação é a que melhor se integra ao Direito como um todo, seja em termos de valor, seja em termos de ajuste.

Consideremos o abrangente raciocínio de Dworkin. A responsabilidade moral é uma virtude. Um dos aspectos dessa virtude é a de fazer com que as pessoas ajam de acordo com os princípios que enunciam. Na formulação do jusfilósofo norte-americano, na qual a Ética e a Moral devem ser integradas, nossa conduta com relação aos demais *deve* ser baseada nesses princípios (convicções morais) por um dever de *autorrespeito*: não podemos tratar a nossas próprias vidas como objetivamente importantes se não aceitarmos que a vida dos outros também têm essa mesma importância. Endossa-se, dessa forma, o *princípio da humanidade* como base para a civilização. Ainda assim, pessoas diferentes chegam a conclusões diferentes a partir desse mesmo princípio. Essa *discordância*, que está na raiz da civilização, deve ser enfrentada com tolerância: não se pode tratar quem discorda de nós como um criminoso moral. Devemos, pois, respeitar as opiniões contrárias daqueles que, como nós, aceitam a igual importância de todas as vidas humanas, mas que discordam, de boa-fé, do que isso significa na prática. Agora, para que essas opiniões mereçam o devido respeito, elas têm de ser formuladas com responsabilidade, quer dizer: as pessoas têm de aceitar o *fardo* da responsabilidade. Nessa ordem de ideias, a *responsabilidade moral* é a prova de que *realmente* se aceita a igual importância dos indivíduos; e a conduta consistente com os princípios pela pessoa professados é uma decorrência, no limite, da dignidade humana³⁹⁸.

Tenha-se presente que, para Dworkin, essa é uma exigência não só da moralidade pessoal, mas, principalmente, da moralidade política. O governo tem o

³⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 113.

dever legal de tratar os indivíduos sob o seu domínio com igual consideração e respeito – e, portanto, de agir responsabilmente.

Perceba-se que, enquanto as ciências naturais procuram por *evidências* de que suas proposições são corretas, no domínio do valor nós apresentamos um *case* (um conjunto de argumentos) em favor de uma proposição. Dworkin ilustra esse argumento pela via do exemplo: quando um promotor de justiça mostra ao conselho de sentença impressões digitais, ele está apresentando evidências de que o acusado estava presente na cena do crime. Quando, por outro lado, ele cita um precedente para mostrar que o Direito não reconhece a procedência de um argumento de defesa, ele está montando um *case* que apoia essa conclusão. O precedente não funciona como *prova* de um fato legal independente; entretanto, se o *case* montado pelo promotor de justiça for consistente, o precedente por ele citado ajudará a fazer com que sua afirmação seja considerada verdadeira. Ou seja, juízos de valor não podem ser *apenas verdadeiros* (*barely true*): eles são verdadeiros em virtude de um *case*. No exemplo do promotor de justiça, a afirmação de que o Direito não admite determinada defesa só será considerada verdadeira se houver um *case*, no Direito, que a suporte. Este *case* (graças ao *princípio de Hume*) deverá conter outros juízos de valor que o sustentem – juízos sobre o valor da doutrina do precedente, por exemplo –, e nenhum destes juízos será, também, *apenas verdadeiro*. Cada um destes argumentos depende de um *case* em seu favor³⁹⁹.

No domínio dos juízos morais, nossas convicções devem ser organizadas numa rede de apoio recíproco, na qual qualquer das partes somente possa ser justificada mediante referência a uma outra parte – até o ponto de que todas as partes estejam justificadas, umas à luz das outras. A verdade de qualquer juízo moral consiste na verdade de um número indefinido de outros juízos morais, e a verdade daquele é parte do que torna estes verdadeiros. Não há, assim, hierarquia entre os princípios morais, construída em fundações axiomáticas⁴⁰⁰.

Atente-se para o fato de que Dworkin está apresentando, no final das contas, um *método* de resolver problemas morais: um método interpretativo (e não empírico ou lógico⁴⁰¹) e radicado, ele próprio, numa teoria moral. Um método cujo resultado

³⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 116-7.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 117.

⁴⁰¹ Se uma epistemologia como a proposta por Dworkin fornece um bom argumento para que se responda à crítica de Waldron, ela evidentemente não satisfaz a pretensão de objetividade

não será necessariamente um juízo moral objetivamente verdadeiro, mas que, pela via da coerência e da integridade de princípios, *merece* ser considerada como tal – ao menos até que um argumento inovador (a respeito do qual sempre se deve ser tolerante) provoque uma reformulação dos juízos até então apresentados.

Especificamente no âmbito da argumentação jurídica, é possível que, tudo considerado, mesmo percorrida a trajetória da responsabilidade, não se atinja a convicção de qual argumento é o melhor? E, se for assim, tem cabimento insistir na existência de verdades objetivas a respeito do valor (ou, por decorrência, de *respostas corretas em Direito*)?

As duas respostas são afirmativas.

Primeiro, é claro que, inexistindo uma forma cabal (um *argumento-nocaute*) de se demonstrar que determinada proposição é verdadeira, um juiz (ou qualquer outro argumentador moral) que faça o seu melhor esforço pode, nada obstante, tanto não chegar a conclusão alguma sobre qual juízo moral é o correto. Entretanto, disso não decorre, automaticamente, a conclusão de que não há uma resposta correta para o caso. Aqui, cabe trazer à luz uma distinção útil estabelecida por Dworkin, entre *indeterminação* e *incerteza*. Uma coisa é, depois de um estudo cuidadoso, não encontrar um argumento persuasivo em favor de qualquer das soluções juridicamente possíveis. Isso é apenas *incerteza*, que, de fato, é a resposta por omissão (*by default*) – você não está *certo* de qual resposta é correta. Outra coisa é a *indeterminação*: a afirmação positiva, conclusiva, de que nenhuma das alternativas é correta. Dizer que você não tem certeza é diferente de afirmar que não há resposta certa. Se a primeira é a resposta por *default*, a segunda depende de um *case* em seu favor, tanto quanto as demais propostas de interpretação⁴⁰².

científica perseguida por Leiter. Segundo Leiter, vimos alhures, a concepção de objetividade de Dworkin não é uma formulação satisfatória da objetividade, nem mesmo para a ética. Dadas as premissas distintas, não surpreende a conclusão de Leiter de que a teoria da decisão de Dworkin acabaria injetando muita subjetividade nas afirmações a respeito do que é o Direito – com o resultado contrário, pois, ao esperado por Dworkin: o de que não haveria respostas corretas em direito. LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 255. Pensamos, contudo, que o argumento pragmático de Leiter (de que as ciências naturais apresentaram resultado prático, servindo, portanto, como único critério epistemológico confiável) não invalida os esforços de construção de uma objetividade no domínio valorativo – notadamente, a partir da matriz hermenêutica. Essa objeção ficará mais clara no tópico seguinte, quando abordarmos a obra de Dworkin com o auxílio da *Crítica Hermenêutica* de Lenio Streck.

⁴⁰² DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 90-1.

Contudo, num sistema jurídico em que a incerteza não é uma opção, como é o caso do Brasil e dos Estados Unidos da América, o juiz não se desonera de seu dever simplesmente declarando que não encontrou uma resposta melhor do que a outra. Ele tem a responsabilidade de continuar interpretando o material disponível e de enunciar uma resposta. Neste sentido, ainda que esta seja uma interpretação errada do Direito, seu esforço *segue sendo um esforço de enunciação de uma proposição jurídica correta*⁴⁰³.

Então, e respondendo aqui à segunda pergunta, o dever de procurar pela *resposta correta* deve ser preservado, pois compõe a *responsabilidade política* do juiz⁴⁰⁴ – responsabilidade esta que se encaixa, como vimos, no quadro mais geral de uma teoria da responsabilidade moral. Embora *responsabilidade* e *verdade* sejam virtudes distintas, ambas estão associadas no domínio moral. Se não se pode exigir que o juiz atinja a *verdade*, pode-se exigir dele, ao menos, que *aja responsabilmente*.

Insistiremos, no ponto seguinte, que não se trata de um mero jogo de palavras, ou de uma *distinção sem diferença*, mas de uma exigência democrática.

3.4 ESTENDENDO O DEBATE HART/DWORKIN: OS POSITIVISMOS INTERPRETATIVOS E AS INTERPRETAÇÕES DO POSITIVISMO JURÍDICO

O debate Hart/Dworkin abre as portas de outras discussões que ainda teremos de enfrentar para a construção de uma teoria da decisão jurídica democrática.

Veja-se que, se por um lado vimos que Hart pretendeu estabelecer uma discussão distinta daquela proposta por Dworkin (o primeiro tinha um projeto descritivo, que se pretendia moralmente neutro, do sistema jurídico; o segundo propôs uma teoria jurídica explicitamente normativa), por outro, o fato é que a estrutura do positivismo hartiano serve de matriz para diversas teorias com pretensão normativa. Salta-se da pretensão meramente descritiva para a preocupação concreta com a operacionalidade de um sistema jurídico democrático.

⁴⁰³ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 152.

⁴⁰⁴ Segundo Dworkin, a “doutrina da responsabilidade política” implica que “as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 137.

Se, desde um ponto de vista descritivo, seria em princípio possível conceituar o Direito como um sistema totalmente diferenciado da Moral (em que pese Dworkin discorde disso expressamente), no âmbito de uma teoria normativa, essa possibilidade é mais remota e depende, ela também, de uma justificação.

Permitam-nos, contudo, uma breve digressão. Perceba-se que um positivismo jurídico meramente descritivo não tem qualquer dificuldade em responder ao chamado “enigma do Direito injusto” (*the puzzle of evil Law*⁴⁰⁵): diante das leis editadas pelo regime nazista ou do *Fugitive Slave Act* (lei aprovada pelo Congresso norte-americano, anteriormente à Guerra Civil, que declarava que escravos que houvessem fugido para os Estados livres continuavam escravos), o positivista dirá: trata-se de direito, ainda que seu conteúdo seja extremamente injusto; Direito é uma coisa, Moral é outra.

Contudo, quando transitamos para a questão substantiva (e mais relevante, na nossa opinião) de saber como deveriam os agentes da época agir diante daquelas leis injustas, as coisas ficam mais intrincadas.

Dworkin traça aqui uma distinção⁴⁰⁶. No caso norte-americano, o Congresso, à época (suponhamos), contava com a legitimidade necessária para criar obrigações políticas. Os princípios de justiça estruturantes do Direito estavam de algum modo presentes (princípios sobre a autoridade política das leis e sobre a força dos precedentes, por exemplo), e davam às alegações dos proprietários de escravos uma determinada força moral que, de outra forma, não teriam. Contudo, a força moral do argumento dos proprietários de escravos certamente ficava diminuída por um argumento moral mais forte, ligado aos direitos humanos. *A resposta correta*

⁴⁰⁵ De fato, como observa Höffe, após as experiências com Estados manifestamente injustos como o III Reich, se configurou, em alguns teóricos, o ponto de vista de que é preciso tirar das leis que, manifestamente e em grande medida são injustas, o caráter de direito. Uma formulação clássica para este “moralismo da lei” é sintetizado na chamada “fórmula de Radbruch”, segundo a qual, quando houver uma contradição profunda entre lei e justiça, aquela (a lei “errada”) deve ceder lugar a esta. HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 104. Veja-se, contudo, que Radbruch nunca chegou a desligar-se, totalmente, do positivismo jurídico, na medida em que ele “nunca sacrificou a segurança jurídica como elemento da ideia de direito a um vago conceito de direito natural”, como observa Kaufmann. O que Radbruch, com efeito, reconhece como “direito natural”, nada mais são do que “certos direitos subjetivos do homem, que se impõem à legislação estadual como direitos indisponíveis, não obstante serem também historicamente referenciados. No fundo, trata-se daquilo a que nós chamamos direitos fundamentais ou direitos humanos”. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 136-7.

⁴⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 410-1.

para o problema moral seria (suponhamos uma vez mais) a de que a lei não deveria ser cumprida.

Há duas maneiras, porém, de enunciar esse problema: uma, é dizer que se tratava de direito válido, porém muito injusto para ser cumprido; outra, é dizer que a lei, de tão injusta, não era Direito. Dworkin dá preferência, no caso norte-americano, à primeira formulação, que traduz nuances que a segunda não capta. Ela explica porque os juízes da época passaram por um dilema moral, e não somente prudencial. Havia um direito *prima facie* que assistia aos proprietários de escravos; a questão é que este direito era derrotado (*trumped*) por uma *emergência moral*.

No caso das leis nazistas, contudo, Dworkin fica com a segunda formulação: o governo nazista era completamente ilegítimo, de modo que não se poderiam invocar quaisquer princípios estruturantes da justiça para defender a sua aplicação. Os juízes alemães poderiam estar diante de um problema prático (prudencial), mas não de um dilema moral.

O ponto de Dworkin é que somente se pode fazer esse tipo de afirmação se se perceber a integração que há entre Direito e Moral. Até porque, o que há de relevante para ser resolvido nesse *enigma*, é o problema moral. Na opinião do jusfilósofo norte-americano, seria desencaminhador (*misleading*) dizer tanto que o *Fugitive Slave Act* não era direito válido, como que as leis nazistas eram direito válido. Essas descrições obscureceriam aspectos moralmente relevantes das diferenças entre os dois casos. Contudo, a infelicidade da expressão *não equivaleria a um erro conceitual*, ou seja: para Dworkin, o antigo problema do direito injusto está tristemente próximo de uma disputa verbal⁴⁰⁷.

Fechemos o parêntese. O fato é que o positivismo jurídico, enquanto teoria normativa (e, portanto, prescritiva de como os juízes devem agir), tem de *defender* a distinção entre Direito e Moral, ou então apresentar uma maneira democraticamente consistente de conciliar esses domínios com suas premissas descritivas mais abrangentes.

Neste contexto, surgem três perspectivas para o positivismo jurídico: o positivismo *inclusivo*⁴⁰⁸, o positivismo *exclusivo* e o positivismo *ético* ou *normativo*. A

⁴⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 411-3.

⁴⁰⁸ Conforme observa Dimitri Dimoulis, o positivismo jurídico inclusivo (*inclusive legal positivism*) também é conhecido como incorporacionismo (*incorporationism*) e como positivismo brando ou moderado (*soft positivism* – esta, a expressão empregada por Hart, em seu *pós-escrito*, para a

primeira concepção propõe que, em um determinado sistema jurídico, alguns julgamentos de direito podem depender de juízos de moralidade, se – e apenas se – o direito positivo deste sistema jurídico *incluir* normas morais entre as suas normas jurídicas (isto é: se a comunidade jurídica tiver adotado uma *convenção* que assim o determine). A segunda concepção sustenta que, conceitualmente, jamais poderá haver comunicação entre Direito e Moral num sistema jurídico, ou seja: aquilo que o direito exige ou proíbe não pode depender jamais de um critério moral. A terceira concepção é a defendida por Jeremy Waldron. O jusfilósofo neozelandês entende que há um espaço lógico entre a proposição de que o direito não necessariamente implica a moralidade e a proposição de que o Direito necessariamente não implica a moralidade⁴⁰⁹.

Lembremos que o próprio Hart concedeu que, em alguns sistemas, como o norte-americano, o último critério de validade jurídica pode vir a incorporar princípios de justiça ou valores substantivos. Como interpretar essa afirmação? É a resposta a esta pergunta que está na raiz da divisão entre o positivismo inclusivo e o positivismo exclusivo. O primeiro frequentemente aponta para o fato de que o fenômeno social descrito por Hart em momento algum exclui a possibilidade de que a consistência com uma norma moral possa figurar entre as condições de validade jurídica num determinado sistema jurídico, ou seja: a própria natureza do Direito comportaria a possibilidade conceitual de que a regra de reconhecimento (ela própria, uma questão de fato) viesse, também como uma questão de fato, incluir conformidade com as normas morais como critério para a validade jurídica. O segundo sustenta que Hart estava simplesmente errado, proclamando o que se chama de “a tese das fontes” (*the sources thesis*), pela qual as condições da validade jurídica devem focar, exclusivamente, em fatores que nada têm a ver com

definição de sua visão sobre o Direito). DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 136-7.

⁴⁰⁹ MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a dignidade da legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38. Na caracterização de Scott Shapiro, os *positivistas exclusivos* defendem que testes de juridicidade devem sempre distinguir o direito do não-direito baseando-se, exclusivamente, na sua fonte social; além disso, defendem que o Direito deve ser aplicado sem qualquer referência à argumentação moral. SHAPIRO, Scott. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *Social Science Research Network*, 2 fev. 2007, p. 20. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657>. Acesso em: 02 abr. 2014. Já o positivismo inclusivo, observa Dimoulis com base em Coleman, considera que os valores morais, apesar de não serem sempre decisivos para definir e aplicar o direito, podem ser incorporados entre os critérios de juridicidade de determinadas sociedades, por convenção social. É o que justifica a expressão “incorporacionismo”. Outra forma de dizê-lo é a seguinte: a moral não é *conditio sine qua non* da definição do direito, mas *pode* funcionar como tal em determinados sistemas jurídicos. DIMOULIS, op. cit., p. 137-9.

os méritos (morais ou de qualquer natureza) da norma em questão, mas apenas associados às suas fontes de criação (legislação ou precedentes judiciais, por exemplo)⁴¹⁰.

A disputa, por assim dizer, entre o positivismo inclusivo e o positivismo exclusivo é mais complexa do que pode parecer à primeira vista. Veja-se, por exemplo, que, no caso norte-americano, o fato de que a cláusula do devido processo legal (*due process clause*) vem sendo aplicada pelos tribunais, ao longo do tempo, como um teste de validade da legislação associado à justiça (*fairness*), comporta interpretações diferentes. Para o positivista inclusivo (Jules Coleman é, dentre os positivistas inclusivos, o principal alvo de Dworkin), essa seria uma prova de que a consistência com normas morais está entre os critérios de validade do sistema jurídico norte-americano; para o positivista exclusivo (e o maior exemplo dessa corrente é Joseph Raz), não: a cláusula do devido processo apenas especificaria uma condição moral sob a qual os juízes têm o dever legal de *mudar* o Direito. Quer dizer, em que pese o juiz tenha o dever de, nestes casos (conflito da legislação com condições morais), modificar o Direito, *até que o juiz o modifique*, ele deve ser considerado direito válido⁴¹¹. Entenda-se: segue presente a tese das fontes; acontece que *uma das fontes do Direito é a decisão judicial que invalida a legislação injusta*. O juiz teria um *poder dirigido (directed power)* de modificar o Direito⁴¹².

⁴¹⁰ WALUCHOW, Wil J. Four concepts of validity: reflections on inclusive and exclusive positivism. *Social Science Research Network*, 6 nov. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296840>. Acesso em: 02 abr. 2014. Na caracterização de Dimoulis, de acordo com a *sources thesis* (ou *strong social thesis*), mesmo quando uma norma jurídica se refere expressamente à moral, isso não juridifica a moral; o único elemento juridicamente relevante é a norma que foi criada por uma fonte autorizada, independentemente de seu conteúdo e das intenções de seu criador. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 135.

⁴¹¹ Raz ilustra este argumento com o exemplo de um tribunal que seja instruído, pela lei, a só reconhecer a validade de um contrato caso este seja moralmente irrepreensível. Neste caso, concede Raz, para determinar a validade do contrato será necessária a utilização de um argumento moral. Ainda assim, *apenas quando a validade de um contrato tenha sido declarada pelo tribunal é que ela pode ser estabelecida de acordo com a tese das fontes*, quer dizer: mediante referência à decisão do tribunal. Portanto, de acordo com a tese das fontes, antes de tal decisão, nenhum contrato poderia ser considerado conclusivamente válido no direito. RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 287.

⁴¹² WALUCHOW, op. cit. É útil citar, também, a caracterização que Dimitri Dimoulis faz do positivismo jurídico exclusivo (PJE), a partir da obra de Joseph Raz: “Para o PJE, o direito é estabelecido única e exclusivamente por fatos sociais. Para constatar sua existência e conteúdo é suficiente observar as condutas humanas que o criam como convenção social. Mesmo quando o juiz cria uma nova norma para preencher lacunas ou por qualquer outro motivo e decide de acordo com crenças morais, não temos uma influência da moral no direito. Estamos diante de uma decisão humana que constitui um fato social. Essa decisão não cria direito porque é justa, moral ou

Voltemos à tese de Jeremy Waldron. Para compreendê-la, é necessário saber que o positivismo inclusivo tem, por sua vez, duas versões, uma positiva e a outra negativa: o positivismo inclusivo positivo *aceita* a inclusão de regras morais no direito positivo e, eventualmente, *estimula* essa inclusão; já o positivismo inclusivo negativo apenas *não exclui* a possibilidade conceitual de inclusão de regras morais no direito positivo. A tese do positivismo ético ou normativo move-se no “espaço lógico” deixado pelo positivismo negativo, podendo ser entendido como uma posição que condena a possibilidade inclusiva para a qual o positivismo inclusivo deixa espaço. Segundo Waldron, o positivismo normativo aceita a tese do positivismo inclusivo negativo, mas *prescreve* algo como o positivismo exclusivo. Como observa Cláudio Ari Mello, Waldron defende um tipo de positivismo jurídico que rejeita a inclusão de normas morais no direito positivo, inclusive de direitos fundamentais cuja aplicação remeta a juízos de moralidade e de política, embora admita a possibilidade conceitual de que isso venha a ocorrer em determinados sistemas jurídicos; para o autor neozelandês, as razões que o levam a defender este modelo são as mesmas que sustentam a sua tese da *dignidade da legislação*, que examinamos alhures: a promoção da paz, a previsibilidade das regras jurídicas, o controle do poder, a consolidação da democracia, a legitimidade política e as condições de coordenação social⁴¹³.

Pois bem. Não pretendemos aqui é fazer uma análise exaustiva dos diferentes positivismos jurídicos. Nosso objetivo é, apenas, traçar esse panorama geral de como o positivismo dito *prescritivo*, ou *normativo*, lida com o fato de que juízos morais aparecem – quer se queira, quer não se queira – no discurso jurídico. Essa é a deixa para introduzirmos a formulação que Dworkin tem da relação entre Direito e Moral, contrastando-a com teorias ora concorrentes (como a de Richard Posner, por exemplo), ora complementares (como a de Habermas e Lenio Streck).

Antes de fazê-lo, contudo, cabe uma reflexão: se por um lado, o positivismo *hard* é efetivamente congruente com as premissas mais abrangentes de um positivismo descritivo, com pretensão de neutralidade (validade das regras por *pedigree*, separação conceitual entre Direito e Moral, poder discricionário/legislativo

adequada, mas porque a pessoa (ou grupo) que formulou essa vontade possui autoridade para tanto”. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 135.

⁴¹³ MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a dignidade da legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 38-9.

intersticial aos juízes), por outro, talvez não se possa dizer o mesmo do chamado positivismo inclusivo.

Tome-se o exemplo do positivismo defendido por W. J. Waluchow. O autor faz referência a uma formulação de Ken Himma, para quem a regra de reconhecimento dos Estados Unidos, para um positivista inclusivo, seria a seguinte: *uma regra devidamente criada somente pode ser considerada Direito se, e apenas se, apresentar conformidade com as normas substantivas da Constituição, devidamente interpretada*⁴¹⁴.

Mas, cabe a pergunta: no que isso efetivamente difere da visão defendida por Dworkin? Ou, entre nós, do substancialismo obviamente antipositivista proposto por Lenio Streck?

Mais: Waluchow reformula a tese de Himma, para dar-lhe a seguinte (e sofisticada) formulação: uma regra *R*, que entre em conflito com uma norma moral reconhecida, *N*, pode sem dúvida *existir* como direito válido (validade como existência ou aceitação), até que um tribunal determine que este conflito, de fato, existe. Mas isso não quer dizer que *R* seja válida no sentido de satisfazer as condições próprias de validade do sistema jurídico (não será *sistemicamente* válida). Há dois conceitos distintos de validade, pois. Isso quer apenas dizer que o direito é *falível* – e deve estar consciente da própria falibilidade, que não se restringe a falhas morais. Para o autor, *R* é inválida neste sentido específico, não porque não preencha as condições do sistema moral, mas porque não passa no teste de validade estabelecido pelo próprio sistema jurídico⁴¹⁵.

Note-se: a sutil distinção entre conceitos de validade, operada por Waluchow para tematizar o positivismo inclusivo, tem pontos de contato com os traços conceituais empregados por Dworkin no *evil Law puzzle*, acima exposto. Em ambos os casos, estabelece-se uma forma de explicar a *validade* da legislação produzida *conforme critérios sistêmicos* (ou princípios estruturantes de justiça, como diz Dworkin) que, nada obstante, produza um resultado injusto.

Daí se entende porque Dworkin afirma que positivismo inclusivo *não é positivismo nenhum*, mas “apenas uma tentativa de manter o termo ‘positivismo’

⁴¹⁴ WALUCHOW, Wil J. Four concepts of validity: reflections on inclusive and exclusive positivism. *Social Science Research Network*, 6 nov. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296840>. Acesso em: 02 abr. 2014.

⁴¹⁵ *Ibid.*

para uma concepção de direito e da prática jurídica que é totalmente estranha ao positivismo”⁴¹⁶.

De qualquer forma, e independentemente das questões, digamos, taxionômicas, o dado é que entramos, definitivamente, na arena do argumento moral em meio ao cenário jurídico. Nos pontos seguintes veremos qual formulação, em termos democráticos, é a que mais bem estrutura este fenômeno.

3.4.1 O Direito é um ramo da Moral?

Começemos explorando a concepção que Dworkin nos apresenta em *Justice for Hedgehogs*. Vimos alhures que, em textos anteriores (notadamente em *Levando os Direitos a Sério*), o autor norte-americano tratou de Direito e Moral como se fossem dois sistemas distintos, que interagem. Agora, porém, somos apresentados a uma visão um tanto mais radical: o Direito é conceituado como um *ramo* da moralidade política; a moralidade política, como um ramo de uma moralidade pessoal mais abrangente; e esta, por sua vez, seria um ramo de uma teoria ainda mais abrangente do que seja *viver bem*⁴¹⁷.

É claro que essa metáfora da *tree structure* (estrutura de árvore) tem de ser mais bem explicada.

Numa visão que Dworkin chama de *ortodoxa*, concebem-se, Moral e Direito, como sistemas normativos distintos. O Direito pertenceria a uma determinada comunidade, ao passo que a moralidade estabeleceria normas com força imperativa para todos. O Direito seria feito por seres humanos, através de decisões

⁴¹⁶ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 266-7. De fato, Dworkin diz que o texto de Jules Coleman – um positivista inclusivo que é crítico das teses dworkinianas – é “incrivelmente semelhante” ao seu, e que, na verdade, “é difícil perceber alguma diferença real” entre eles. *Ibid.*, p. 267. Em sentido semelhante, Dimitri Dimoulis (um defensor do positivismo exclusivo, diga-se) entende que é impossível encontrar um “meio termo” entre juspositivismo e jusnaturalismo; para o autor, ou a moral exerce uma influência necessária e autônoma ao direito ou não. O positivismo jurídico inclusivo criaria, pois, um “problema lógico”. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 143.

⁴¹⁷ É verdade que esta visão (do Direito como um ramo da moralidade política) somente foi apresentada, com detalhe, em *Justice for Hedgehogs*. Contudo, ao final da longa introdução de *A justiça de toga*, Dworkin já deixa registrado que esse seria o curso de seu pensamento: “[...] poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas. Poderíamos tratar a teoria jurídica como uma parte especial da moral política, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais”. DWORKIN, op. cit., p. 51.

contingentes e de práticas de diferentes tipos. A moralidade não seria produzida por ninguém (exceto, para alguns, por um deus), e não seria contingente a qualquer decisão ou prática humanas. Para ilustrar: seria contingente o fato de que o direito de Rhode Island exige que as pessoas que praticam danos às outras, de forma negligente, tenham o dever de compensá-las; não seria contudo contingente, mas *necessário*, que as pessoas que agravam aos outros de forma negligente têm uma *obrigação moral* de compensar os agravados, sempre que isso for possível⁴¹⁸.

Essa, ao menos, seria a visão que Dworkin chama de comum, ou *ordinária* (*ordinary view*). Alguns filósofos rejeitam esta descrição: eles acreditam que a moralidade também possui as características acima atribuídas ao Direito, ou seja: seria feito por pessoas, pertenceria a comunidades determinadas, seria contingente. O autor norte-americano, já vimos quando discutimos a objetividade dos juízos morais, acredita que esta concepção esteja equivocada. Entretanto, para o efeito deste tópico, não importa: tanto convencionalistas quanto relativistas percebem a relação entre Direito e Moral da maneira tida como *ortodoxa*, ou seja: concordam que se trata de dois sistemas normativos distintos e que as conexões entre eles são problemáticas, ainda que ambos sejam constructos humanos⁴¹⁹.

Já vimos também um tipo de questionamento clássico que surge desta concepção: trata-se do *enigma do direito injusto* (*evil Law puzzle*). Temos o dever moral de cumprir a lei, não importa o que ela diga? Até que ponto nossas obrigações jurídicas dependem de exigências morais?

Para responder essas perguntas, Dworkin opõe o positivismo jurídico (*legal positivism*) – sobre o qual já falamos bastante – ao *interpretativismo* (*interpretivism*) – sobre o qual ainda falaremos mais. Para os efeitos deste capítulo, tenhamos presente apenas as características-chave: o positivismo declara a independência completa entre Direito e Moral, e trabalha com a *teoria das fontes* (vale como direito aquilo que passe pelo filtro regra de reconhecimento; que, no limite, é uma questão de fato e de aceitação, de prática e de costume, não de conteúdo); o interpretativismo sugere que princípios morais (princípios que fornecem a melhor justificativa moral das regras positivas) também podem dar origem a regras jurídicas, ainda que não promulgadas.

⁴¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 400-1.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 401.

Além disso, o jusfilósofo norte-americano apresenta três contextos distintos em que usamos a palavra “direito”, traçando, então, três *conceitos* diferentes. Num sentido *sociológico*, falamos no “direito” das comunidades primitivas; num sentido *aspiracional*, quando celebramos o Estado de “Direito”; e num sentido *doutrinário*, quando pretendemos afirmar o que é o “direito” sobre determinada matéria (por exemplo: sob o “direito” brasileiro, os danos morais são indenizáveis). O argumento de Dworkin é o de que o *positivismo jurídico* trata do conceito de direito *doutrinário* como se este fosse *criterial*: procura identificar testes de *pedigree* feitos pelos operadores do Direito na tarefa de identificação do que eram proposições jurídicas verdadeiras; já o *interpretativismo* trata o conceito *doutrinário* como se este fosse *interpretativo*: considera as afirmações dos operadores do Direito como resultado de um argumento interpretativo – ainda que a maior parte do processo interpretativo esteja sempre oculta⁴²⁰.

Há ainda uma outra premissa a ser estabelecida para que cheguemos à *metáfora da árvore*. Para entendê-la, devemos ter em mente os argumentos que examinamos acima, a respeito da (im)possibilidade de se descrever o Direito desde um ponto de vista moralmente neutro. Antes – e contrariando de algum modo a doutrina de Dworkin – concedemos a possibilidade de uma descrição do sistema jurídico que opere com valores *epistêmicos* (como propôs Leiter) e não necessariamente *morais*, como num exercício sociológico, por exemplo. Entretanto – e aqui concordando com Dworkin –, rejeitamos a possibilidade de haver uma teoria *normativa*, com exigências democráticas a cumprir, que separe o Direito da Moral de forma radical. Assim, a premissa seguinte deve ser compreendida nos limites de uma teoria jurídica *prescritiva* (embora Dworkin, vimos, dê uma abrangência ainda maior às suas teses).

Dworkin retoma o raciocínio: não haveria um ponto de partida neutro, a partir do qual se pudessem estabelecer as conexões existentes entre os sistemas da Moral e do Direito, entendidos como separados. Ao menos, não há como decidir qual das teorias apresentadas (positivismo jurídico ou interpretativismo) apresenta uma versão *melhor* ou *mais precisa* sobre a relação entre Direito e Moral desde um ponto de vista neutro. Aliás, essa questão é uma questão jurídica ou moral?

⁴²⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 402.

Suponhamos que se trate de uma questão jurídica. Nós olhamos para as constituições, leis, precedentes etc. e nos perguntamos a respeito da maneira correta de interpretá-los. Não poderemos, contudo, responder a uma questão desse tipo, sem uma *teoria* sobre como ler o material jurídico; e não poderemos estruturar uma tal teoria se já não tivermos decidido de antemão qual o papel que a moralidade desempenha na tarefa de fixar o conteúdo legal. Quando nos perguntarmos sobre se o material examinado demonstra ou nega a conexão entre Direito e Moral, já saberemos a resposta desde o início: se pressupusermos que o material contém apenas regras com *pedigree* nas práticas convencionais, estaremos com o positivismo jurídico; se incluirmos nessa conta princípios que justifiquem as regras, estaremos com o interpretativismo⁴²¹.

Se nos voltarmos à Moral para a resposta, a situação é espelhada. É melhor, para a justiça, que a moralidade faça ou não parte de uma análise jurídica? Em outras palavras, para que se possa fazer um juízo moral sobre uma afirmação jurídica, já precisaríamos saber de antemão se a argumentação jurídica inclui (como no interpretativismo) ou rejeita (como no positivismo jurídico) o argumento moral⁴²².

De um ou de outro modo, pois, segundo Dworkin, a visão da Moral como um sistema separado do Direito (*two-systems picture*) somente produz argumentos circulares: propõe perguntas que não podem ser respondidas sem que já se tenha uma resposta desde o início.

O jusfilósofo norte-americano observa que a empreitada positivista, de tentar resolver o *enigma* dos sistemas separados, deu-se através da analítica do conceito *doutrinário* de Direito. Mediante a análise da natureza, ou da essência, do conceito de Direito, e sem qualquer suposição moral, seria possível distinguir “o Direito” do “conteúdo” do Direito. Contudo, essa empreitada somente seria possível caso conseguíssemos tratar, sinceramente, do conceito doutrinário de Direito como *criteria* – o que seria impossível, uma vez que não há acordo, mesmo em comunidades políticas complexas e maduras, a respeito dos critérios que tornam uma proposição jurídica verdadeira.

Aqui, talvez seja necessário abrir um parêntese para retomar essa distinção entre conceitos *criteria* e interpretativos. Perceba-se que, sem que se compartilhem

⁴²¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 403.

⁴²² *Ibid.*, p. 403.

conceitos, o diálogo (e, pois, a divergência sincera) é impossível. Então, em alguma medida, o compartilhamento de conceitos articulados na argumentação é necessário. Contudo, esse compartilhamento pode ser de duas formas distintas: pode-se concordar, pelo menos substancialmente, com os critérios para a aplicação bem sucedida de um conceito a casos específicos; e pode haver discordância a respeito dos próprios critérios de aplicação. No primeiro caso, o compartilhamento de uma concepção *crieriológica* do conceito é possível; no segundo, apenas o compartilhamento de um conceito *interpretativo* é possível. O argumento de Dworkin é: as controvérsias jurídicas substantivas não são um diálogo de surdos, em que cada um dos debatedores defende um conceito diferente de direito (caso em que a divergência seria ilusória). São discussões sobre o *conteúdo* do Direito. Discussões que somente são possíveis porque os juristas compartilham um conceito de direito no sentido *interpretativo* (ou essencialmente contestado)⁴²³.

Outra observação: os conceitos criteriais e naturalísticos (estes, são aqueles cujos critérios de identificação estão fixados na natureza, como os compostos químicos) não são compartilhados pelas pessoas caso não se possua um *teste decisivo* – uma espécie de procedimento de tomada de decisão – para que se resolva, finalmente, em quais casos se aplica o conceito (salvo em casos que possam, consensualmente, ser considerados marginais). Quando se lida com conceitos desse tipo, uma vez que haja acordo com relação aos fatos pertinentes, o desacordo genuíno está descartado. Contudo, quando compartilhamos um conceito interpretativo, não temos em mente um procedimento idealizado para decidir os casos em que ele se aplica. Estes conceitos são compartilhados não quando concordamos com a sua aplicação uma vez que todos os fatos estejam

⁴²³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 312-4. A resposta de Dworkin às objeções de Jules Coleman, resumidas num *apêndice* que fecha o capítulo 7 de *A Justiça de Toga*, é iluminadora a respeito desse ponto de difícil compreensão no contexto da teoria dworkiniana: o compartilhamento de conceitos interpretativos e a metáfora do *agulhão semântico* (*semantic sting*). Essa imagem, conforme explica Ronaldo Porto Macedo Junior, é utilizada para designar a razão “filosófica” pela qual os positivistas exigem que os fundamentos do Direito (*grounds of Law*) sejam determinados por consenso (isto é, um fato do mundo). Segundo Porto Macedo, a “hipótese levantada é de que esse tipo de exigência assume tacitamente uma semântica criterial (e fiscalista), segundo a qual somente compartilhamos conceitos se também compartilharmos critérios para a sua correta aplicação. Isso implicaria que as sociedades deveriam compartilhar dos mesmos fundamentos (consensuais) do direito para poderem usar o mesmo conceito de *direito*. O problema, para Dworkin, é que esse tipo de semântica criterial não é capaz de explicar adequadamente os desacordos teóricos. Para ele, o positivismo jurídico fracassou em sua explicação do significado das controvérsias jurídicas porque foi vítima do mencionado *agulhão semântico* (*semantic sting*)”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181.

estabelecidos, mas quando expressamos um entendimento de que a aplicação correta é estabelecida pela melhor interpretação das práticas em que eles (os conceitos) figurem⁴²⁴.

Para Dworkin, compartilhamos um conceito *interpretativo* de Direito; e isso significa dizer que nossas divergências substantivas sobre o Direito são divergências *valorativas*. Explicando melhor, as pessoas participam de práticas sociais nas quais elas tratam determinados conceitos como identificadores de valores e desvalores, mas discordam sobre como esses valores devam ser caracterizados ou identificados. Concordamos que a justiça, por exemplo, seja um valor; mas não concordamos a respeito do *quê*, efetivamente, torna um ato justo ou injusto. Entretanto – segue o jusfilósofo norte-americano –, nós concordamos suficientemente sobre aquilo que podemos chamar de *instâncias paradigmáticas do conceito* (*paradigm instances of the concept*) e de casos paradigmáticos de reações apropriadas a estas instâncias. É esse tipo de concordância que nos permite argumentar, de uma maneira que seja inteligível aos demais, que uma caracterização particular de um valor determinado seja aquela que melhor justifica nossos *paradigmas compartilhados*⁴²⁵.

Fechemos o parêntese. Vejamos agora, em conclusão, se, ao tratarmos o Direito como um conceito interpretativo, isso nos auxilia, de algum modo, no fornecimento da melhor descrição da sua relação com a moralidade.

Adiantamos que, no tópico seguinte, faremos uma análise crítica desse pensamento. Por ora, a pretensão é apresentá-lo da forma mais clara possível.

Vamos lá. Dworkin entende que seu raciocínio se desenvolve como uma árvore em crescimento. No seguinte sentido: para o autor, no âmbito da sua *tese da unidade do valor*, na qual se integram os diferentes departamentos do valor, a moralidade pessoal pode ser concebida como um desdobramento da Ética e, a moralidade política, como um desdobramento da moralidade pessoal. Num quadro mais geral: a Ética estuda como as pessoas devem exercer a sua responsabilidade de bem viver; a moralidade pessoal estuda o que cada um, como um indivíduo, deve

⁴²⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 160.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 160-1.

aos demais. A moralidade política, por sua vez, estuda o que nós todos devemos aos outros indivíduos quando agimos *na* e *em nome da* comunidade política⁴²⁶.

Tenhamos em mente a grande figura: uma comunidade política não tem poder moral para criar e fazer cumprir obrigações que vinculem seus integrantes, a não ser que os trate com igual consideração e respeito. A não ser, quer dizer, que (1) trate os destinos de seus membros como igualmente importantes, e que (2) respeite suas responsabilidades individuais por suas próprias vidas. Esse *princípio de legitimidade* é a fonte mais abstrata dos direitos políticos, pois. O governo não tem autoridade moral para coagir ninguém, nem mesmo para melhorar o bem-estar da comunidade como um todo, a não ser que respeite essas duas exigências com relação a cada uma das pessoas sob o seu domínio. Os *princípios da dignidade*, portanto, enunciam direitos políticos bastante abstratos: eles servem como *trunfo* em relação às políticas governamentais coletivas. Todos os direitos políticos são derivados, de algum modo, daquele direito mais fundamental. Defendemos e delimitamos direitos particulares perguntando, com maior detalhe, o que a igual consideração e respeito exige⁴²⁷.

Essa integração entre conceitos de diferentes domínios, para Dworkin, pode ser ilustrada pela estrutura de uma árvore, com diferentes ramos. Nessa estrutura, e reunindo aqui os fios do raciocínio, o conceito doutrinário de Direito pode (*facilmente*, diz o autor) ser visto como um galho, uma subdivisão, da moralidade política. A verdadeira questão que se coloca é: como distingui-lo do restante da moralidade política, tratando a ambos os conceitos (direito e moralidade política) como interpretativos? Qualquer resposta plausível, para o autor, estará centrada no fenômeno da *institucionalização*⁴²⁸.

E é de *institucionalização* e de seus desdobramentos que trata o ponto seguinte, em que faremos o contraste entre a proposta de Dworkin e as demais perspectivas que nos servem de subsídio para a tese.

⁴²⁶ A moralidade das relações privadas, ou pessoais, estabelece o conteúdo dos deveres que temos (de ajuda e de não machucar) para com os demais. Esses deveres variam conforme se estabelecem nossas relações com essas outras pessoas, como por intermédio de laços familiares ou de amizade. A moralidade política, por sua vez, trata das obrigações exurgentes da condição de integrante de uma entidade coletiva artificial – a comunidade política. Comunidades políticas nada mais são do que somas de indivíduos; contudo, alguns destes possuem papéis e poderes que os autorizam a agir em nome da comunidade como um todo. DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 327-8.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 330.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 405.

3.4.2 Moralidade política, cooriginariedade e autonomia do Direito

Para Dworkin, o Direito é um *ramo*, uma subdivisão, da moralidade política. Essa classificação tem profundas implicações para uma teoria da decisão jurídica – implicações que tentaremos deixar mais claras através do contraste com as propostas de autores cujas perspectivas distintas vêm nos subsidiando até aqui: Jeremy Waldron, Jürgen Habermas e, entre nós, Lenio Streck. Depois, retomaremos ao problema de saber *de que maneira* o Direito se diferencia do restante da moralidade política.

Antecipemos de plano a nossa conclusão: há pontos de contato importantes entre todas as propostas que analisaremos.

Começemos com a delimitação que Dworkin estrutura, *via institucionalização*, entre normas morais e normas jurídicas. Tomemos essa questão pelo ponto de vista dos *direitos* que as pessoas possuem. De acordo com o autor norte-americano, direitos políticos somente podem ser diferenciados dos direitos morais numa comunidade que tenha desenvolvido alguma versão daquilo que Hart chamou de *regras secundárias*: regras estabelecendo autoridades legislativa, administrativa e judiciária. Bem assim, os direitos legais ou jurídicos (*legal rights*) somente podem ser distinguidos de outros direitos políticos se essa comunidade possui uma estrutura, ainda que embrionária, de separação de poderes. Com isso em mira, será possível distinguir ainda duas classes de direitos e deveres políticos. Direitos legislativos (*legislative rights*) são direitos a que os poderes legislativos da comunidade sejam exercidos de determinada forma (por exemplo, de que seja criado um determinado sistema de público educação; e de que opere sem censura ao discurso político). Os direitos legais são aqueles que as pessoas têm o direito de ver cumpridos numa demanda judicial, sem qualquer outra intervenção legislativa. A diferença entre ambos (direitos legislativos e direitos legais) está na *oportunidade*: os direitos legislativos devem *esperar a sua vez*, ou seja, dependem dos caprichos da Política para serem redimidos; os direitos legais, em princípio ao menos, podem ser resgatados pelos indivíduos através de processos que lhe estão imediatamente disponíveis. Direitos legislativos, mesmo quando reconhecidos, não têm força

imediate; direitos legais, quando reconhecidos, podem ser exigidos na instância judiciária, sem mais qualquer intervenção legislativa⁴²⁹.

Essa distinção é, para Dworkin, filosoficamente iluminadora porque nos ensina de que modo nós devemos entender teorias políticas e teorias jurídicas. A teoria política geral trata, dentre outras questões, dos *direitos legislativos*; a teoria jurídica trata dos *direitos jurídicos*. Contudo – e esse é o ponto – uma teoria jurídica é, nada obstante, uma teoria política, porque procura uma resposta normativa à seguinte pergunta: sob quais condições as pessoas adquirem direitos e obrigações genuínas, aptos a serem reconhecidos diretamente numa demanda judicial? O positivismo jurídico e o interpretativismo teriam respostas diferentes a essa questão. Devemos entendê-las, contudo, como *teorias políticas rivais* – e não como divergência a respeito de conceitos criteriosais⁴³⁰.

Retomaremos essa distinção e defenderemos, conceitualmente ao menos, a proposta de Dworkin de que o argumento jurídico é, essencialmente, um argumento de filosofia política.

É útil voltarmos o foco, agora, para as observações de Jeremy Waldron, um autor que, vimos acima, defende um *positivismo ético* ou *normativo* – uma postura que *aceita* a tese do positivismo inclusivo negativo, mas que *prescreve* algo como o positivismo exclusivo. Curiosamente, encontraremos mais convergência do que o esperado entre ambos (Dworkin e Waldron) nesse campo.

Waldron endossa, em linhas gerais, a posição que Dworkin apresenta em *Justice for Hedgehogs*, de que não apenas os argumentos de *teoria* jurídica são morais, mas também os da *prática* jurídica o são. Assim, quando um juiz tem de resolver como interpretar uma cláusula constitucional, por exemplo, essa questão não apenas *envolve* elementos morais: ela é uma questão moral. Descobrir o que o Direito quer dizer é *uma questão moral*, radicada num dos ramos mais importantes da moralidade política. Vejamos a que ponto o autor neozelandês leva o argumento de Dworkin⁴³¹.

Se o Direito é um ramo da moralidade política, *que ramo* é este? Qual é a nota distintiva do Direito em relação ao restante? Waldron observa que o fato de o

⁴²⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 406.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 406-7.

⁴³¹ WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for hedgehogs. *Social Science Research Network*, 5 jul. 2013. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309>. Acesso em: 02 abr. 2014.

Direito estar preocupado com a coerção governamental não é o bastante para distingui-lo; talvez seja o bastante para divisar o Direito da Ética, mas não da moralidade política, na medida em que, em princípio, toda esta está interessada naquilo que merece ser garantido pelo uso da força. O que, aí sim, talvez o distinga, seja a sua preocupação com o significado moral das decisões políticas do passado. De fato, o Direito parece diminuir a força governamental de tentar tornar as coisas melhores visando ao futuro. Essa seria uma das exigências da legalidade, ou do princípio do Estado de Direito⁴³².

Mas não se trata da única subdivisão da moralidade voltada para o significado moral de eventos do passado. Também a moralidade das relações pessoais está preocupada com isso. Basta pensar num tipo especial de evento passado: as *promessas*. Há repercussões morais tanto para o promitente como para o promissário; não se descartando que a promessa venha ter repercussões morais, também, para as demais pessoas que eles se relacionem (por exemplo, família e amigos)⁴³³.

Pode-se dizer que o Direito está preocupado com dois tipos de eventos; os *eventos gerais* (*eventos legislativos*: resoluções públicas expressando de modo formal, e em termos gerais, uma determinação de perseguir certas políticas, de manter alguns padrões, de aplicar alguns princípios etc.) e os *eventos individuais* (decisões sobre os direitos e responsabilidades das pessoas, o seu significado moral enquanto *precedentes*, comprometendo-nos, por uma questão de consistência, a alguns padrões ou princípios que devemos honrar enquanto prosseguimos). Esses eventos têm significado moral tanto pelas suas consequências (por exemplo: a resolução de um problema) como pelo simples fato de terem sido produzidos (por exemplo, pelo fato em si de representantes da comunidade terem adotado uma determinada decisão em nome de todos os membros). Nesse sentido, o Direito é o ramo da moralidade que toma em consideração o significado moral de eventos desse tipo⁴³⁴.

Essa linha de pensamento adota uma premissa de contornos dworkinianos: de que os eventos que geram o que se conhece por *direito positivo* são eventos que

⁴³² WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for hedgehogs. *Social Science Research Network*, 5 jul. 2013, p. 9. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309>. Acesso em: 02 abr. 2014.

⁴³³ *Ibid.*, p. 9-10.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 10.

têm natureza moral, e cujo impacto moral deve ser avaliado com argumentos morais. *Nestes termos*, seria possível considerar o Direito como um ramo da moralidade política. Numa analogia com a moralidade pessoal, Waldron sugere que se conceba o Direito como o ramo da moralidade política que se preocupa com eventos passados da mesma forma que a moralidade pessoal está preocupada com o significado moral das *promessas*. Entretanto, o Direito está preocupado com práticas que estão formalizadas e gravadas, gerando um conhecimento que se acumula e que se constrói reflexivamente. E isso exige, do jurista, *habilidades especiais*, frequentemente distintas das habilidades mais amplas de um moralista político⁴³⁵.

Uma pausa aqui é necessária. Não é curioso que um positivista possa endossar a tese de que o Direito é um campo da Moral? Dworkin repetiria aqui, provavelmente, o argumento que articulou diante do ataque de Jules Coleman, retratado em *A Justiça de Toga*: positivismo inclusivo é positivismo nenhum. Contudo, a obra de Waldron é útil em mais de um sentido. Fundamentalmente, porque sua tese não é meramente descritiva. Acompanhamos antes seus argumentos substantivos, prescritivos, em favor de uma teoria jurídica que privilegie as decisões legislativas em detrimento de juízos morais judiciais. Mas essa é uma defesa, como agora talvez tenha ficado mais claro, radicada ela própria em argumentos morais abrangentes: o de que o desacordo sobre os juízos morais é inevitável, de que não há como superar o desacordo em sociedades democráticas, e de que a melhor maneira de coordenar o uso coletivo da força, especialmente em questões morais controvertidas, é seguir a regra da maioria⁴³⁶.

Mesmo porque, se o Direito é o ramo da moralidade que lida com eventos passados (leis, decisões judiciais), isso significa que ele deve poder assimilar o impacto moral de leis eventualmente injustas e de decisões erradas. O Direito deve responder aos eventos políticos do passado que são infelizes, mas que, nada obstante, podem ter no presente um impacto na formação do que é moralmente

⁴³⁵ WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for hedgehogs. *Social Science Research Network*, 5 jul. 2013, p. 12. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309>. Acesso em: 02 abr. 2014.

⁴³⁶ Há alguma proximidade, aqui, entre a tese de Waldron e o pensamento de Scott Shapiro, para quem uma “verdade fundamental sobre o direito” é que este “guia a conduta humana por meio da resolução autoritativa de matérias morais e políticas”; por isso, na visão do autor, os fatos morais “não podem determinar aquilo que é o Direito”, porque estes desacertariam as exatas questões que o Direito visa a resolver. SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *Social Science Research Network*, 2 fev. 2007, p. 6. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657>. Acesso em: 02 abr. 2014.

exigido, ainda que contrariamente à nossa vontade. Daqui, Waldron retira dois apontamentos: primeiro, que do fato de o Direito ser um ramo da moralidade *não se segue que as exigências juridicamente vinculantes sejam sempre justas ou que nunca provoquem arrependimento moral*⁴³⁷; segundo, que decisões políticas do passado fazem reivindicações morais perante pessoas que discordam a respeito do que é bom ou mau, justo ou injusto; mas isso não altera a importância de que decisões tomadas em nome de todos devam prevalecer⁴³⁸.

Ainda voltaremos a Waldron – que, como se vê, não só concorda com Dworkin, como leva adiante o argumento deste. Agora, porém, cumpre investigar a perspectiva com que Habermas enfrenta a questão. Adiantamos que, em que pese haja algumas diferenças a serem observadas, as visões de Dworkin e Habermas sobre o ponto são *compatíveis e complementares*.

Vimos alhures que, para Habermas, a questão nuclear é equacionar a legitimidade do Direito positivo, que, no paradigma procedimentalista por ele proposto, está baseada na relação de complementaridade entre as autonomias pública (soberania popular, direitos de participação e comunicação) e privada (direitos fundamentais à vida e à liberdade privadas). Esses conceitos são complementares no seguinte sentido: de que o uso *adequado* da autonomia pública somente é possível quando os indivíduos são independentes na configuração de suas vidas privadas. Em síntese, pois, o jusfilósofo alemão está preocupado com a legitimidade do Direito, a ser estabelecida num nível de fundamentação pós-metafísico⁴³⁹.

⁴³⁷ Aliás, Waldron responde aqui a uma crítica que Simon Blackburn fez às teses de *Justice for Hedgehogs*; segundo o filósofo britânico, em síntese, Dworkin teria cometido o equívoco de confundir o que o Direito é com aquilo que ele *deve ser*. BLACKBURN, Simon. Justice for hedgehogs. *Times Higher Education*, 27 jan. 2011. Disponível em: <www.timeshighereducation.co.uk/414939.article>. Acesso em: 02 abr. 2014. A crítica não procede. Ao longo de toda a sua obra, Dworkin estabeleceu a diferença entre o que é o Direito e *aquilo que os juízes disseram que ele era*. De qualquer modo, o próprio Dworkin respondeu diretamente a Blackburn no *site* que abriu para abrigar respostas às críticas e comentários endereçados ao seu trabalho: www.justiceforhedgehogs.com.

⁴³⁸ WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for hedgehogs. *Social Science Research Network*, 5 jul. 2013, p. 24. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309>. Acesso em: 02 abr. 2014.

⁴³⁹ Fundamentação num nível “pós-metafísico”, neste contexto, indica a proposta habermasiana de superação não só da distinção tradicional entre direito positivo e direito natural, mas também dos pontos de partida (de algum modo *absolutos*, como ensina Ernildo Stein) com que trabalham as filosofias da consciência. De fato, no paradigma das filosofias da consciência, “o ponto de partida é de certo modo absoluto, o que permite a produção de um observador imparcial dos passos que a consciência realiza através das figuras que se sucedem, e a introdução de uma teleologia como resultado já está, entretanto, no começo”. STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “ser e tempo”*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 53.

Dadas essas premissas, como se relacionam (diferenciam) as normas morais e jurídicas? Para Habermas, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, completando-se; assim, o conceito mais abrangente de *autonomia* deve ser lapidado de modo a comportar não somente o princípio moral, mas também o princípio da democracia⁴⁴⁰.

É a partir do conceito de autonomia, pois, que Habermas estabelece os aspectos sob os quais se diferenciam as normas morais e jurídicas; a ideia é a de que “os direitos humanos, inscritos na prática de autodeterminação democrática dos cidadãos, têm de ser interpretados *a limine* como direitos jurídicos, não obstante seu conteúdo moral”⁴⁴¹.

O jusfilósofo alemão entende que uma ordem jurídica somente pode ser legítima quando não contrariar princípios morais. Assim, o componente de legitimidade da validade jurídica faz com que o Direito se relacione com a Moral. Essa relação, contudo, não seria de subordinação, mas de complementaridade: o

⁴⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. I), p. 139. Perceba-se que, como anota Marcelo Cattoni, para Habermas, não pode haver, do ponto de vista normativo, Estado de Direito sem democracia – e vice-versa. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 173. Daí a necessidade de que o conceito de autonomia abranja o princípio da democracia: este fundamenta a norma jurídica. Na leitura de Werle, a “ideia é que o problema da integração social e da justificação das normas e princípios que devem regular a vida em comum deve ficar submetido às exigências da legitimidade racional moderna, segundo as quais é legítima aquela normatividade que puder ser reconhecida por todos os cidadãos no uso público de sua razão. O princípio da legitimidade reside na razão pública, que é entendida tanto por Rawls quanto por Habermas como sendo a expressão política do conceito kantiano de autonomia interpretado intersubjetivamente: os cidadãos atuam de modo autônomo quando se submetem àquelas leis que poderiam ser aceitas, com boas razões, por todos os atingidos sobre a base de um uso público de sua razão”. WERLE, Denilson Luis. *Justiça e democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Singular; Esfera Pública, 2008, p. 11.

⁴⁴¹ HABERMAS, op. cit., p. 140. Veja-se, a propósito, a feliz síntese de Vicente Barretto e Fernanda Bragato: “Autonomia pública e privada, para Habermas, são cooriginárias, porque a autolegislação é decifrada em termos da teoria do discurso, onde os destinatários são os autores de seus direitos. Para ele, ‘a substância dos direitos do homem se encerra nas condições formais da institucionalização jurídica deste tipo de formação discursiva da opinião e vontade comuns, no qual a soberania popular assume forma jurídica’ [...]. Na sua visão, os direitos fundamentais – positivados em normas constitucionais – não são simples cópias de direitos morais. A autonomia política também não é entendida como mera cópia da autonomia moral. Antes disso, as normas gerais de ação dividem-se em normas morais e jurídicas, regras complementares, mas independentes. Partindo desse pressuposto, Habermas tenta resolver o problema da tensa relação entre moral e direito, aludindo à cooriginalidade da autonomia moral e da autonomia política, a qual pode ser explicitada com apelo ao princípio do discurso. Esse princípio expressa o sentido das exigências pós-convencionais de fundamentação, consubstanciado na imparcialidade dos juízos práticos”. BARRETTO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Leituras de filosofia do direito*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 154.

direito positivo, que depende de fundamentação, e a moral autônoma, estabeleceriam uma complementação recíproca. Com efeito, questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas: ambas têm de fornecer razões para a coordenação legítima das relações interpessoais, soluções para conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente. O ângulo de abordagem é, todavia, diferenciado: a Moral pós-tradicional representaria uma forma de saber cultural, ao passo que o Direito demanda obrigatoriedade no nível institucional⁴⁴².

Normas de ação geral, portanto, ramificam-se em regras morais e jurídicas; as *autonomias* moral e jurídica são, neste sentido, cooriginárias, podendo ser examinadas, para Habermas, de acordo com o princípio do discurso, o que colocaria em relevo o sentido de suas respectivas exigências pós-convencionais. Esse princípio do discurso tem conteúdo normativo, uma vez que explicita o sentido da imparcialidade dos juízos práticos; porém, “ele se encontra num nível de abstração, o qual, apesar desse conteúdo moral, *ainda é neutro* em relação ao direito e à moral; pois ele refere-se a normas de ação em geral”⁴⁴³.

Do ponto de vista do indivíduo, como se dá essa inter-relação? Segundo ensina Marcelo Cattoni, os direitos subjetivos, com os quais se constroem as ordens jurídicas modernas, têm o sentido de desonerar os sujeitos de direito em relação aos mandamentos morais, garantindo que estes possam agir segundo suas preferências pessoais. Para Habermas, enquanto na Moral há simetria entre direitos e deveres, no Direito as obrigações resultam somente da restrição das liberdades subjetivas – fazendo valer o princípio segundo o qual “tudo o que não está proibido está permitido”, que reflete o compromisso da comunidade jurídica com a integridade de seus membros⁴⁴⁴.

Desse modo – segue Cattoni –, as matérias jurídicas são, ao mesmo tempo, mais restritas que as questões moralmente relevantes (já que somente o comportamento exterior é acessível ao Direito), e mais amplas, já que o Direito, como meio de organização, não trata apenas da regulamentação de conflitos

⁴⁴² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. I), p. 141.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 142.

⁴⁴⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 176.

interpessoais, mas também do cumprimento de programas políticos e das demarcações políticas de objetivos. Neste fio,

as questões jurídicas tangenciam não apenas questões morais, mas também éticas e pragmáticas, bem como o acordo de interesses conflitantes. A pretensão de legitimidade das normas jurídicas apoia-se sobre vários tipos de razões, e depende de uma rede ramificada de discursos e negociações, e não somente de discursos morais. Assim, para Habermas, a ideia de Direito natural com padrões distintos de dignidade é desencaminhante⁴⁴⁵.

Como se vê, pois, o conceito central, aqui, é o de *autonomia*. Tanto a Moral como o Direito devem defender a autonomia de todos os envolvidos e atingidos. É assim que o Direito, especificamente, comprova a sua legitimidade. Para Habermas, porém, a positividade do Direito obriga a uma espécie de *decomposição* da autonomia, que não é familiar ao domínio moral. A autonomia moral seria um conceito unitário, ao passo que a autonomia jurídica traduz-se, como vimos, em autonomia pública (indivíduos enquanto autores das normas jurídicas) e privada (enquanto destinatários)⁴⁴⁶.

Eis a nossa visão: como dissemos antes, a despeito das premissas diferenciadas, não há razões para que se abra mão, do contexto de uma teoria dworkiniana, da contribuição habermasiana a respeito da autonomia do Direito. Note-se que Dworkin, ao conceber o Direito como uma subdivisão da moralidade política, delimita as especificidades do sistema jurídico, justamente, a partir da institucionalização; para Habermas, semelhantemente, é a positividade do Direito que demarca a obrigação jurídica da obrigação moral (lembramos: é justamente a *positividade* que obriga a decomposição da autonomia jurídica, que na Moral é unitária, em pública e privada). Tanto para Habermas como para Dworkin, o componente moral da obrigação jurídica é decisivo, para garantia de sua legitimidade; trata-se de uma condição necessária da obrigação jurídica (condição de legitimidade), mas não de uma condição suficiente. As teses de Waldron demarcam bem esse ponto, ao demonstrar que os eventos passados com os quais se preocupa o Direito, a despeito de sua especificidade, têm conteúdo moral e

⁴⁴⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 177.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 178.

geram impacto moral – podendo inclusive fazer com que, no presente, haja uma modificação daquilo que é moralmente exigido. Assim, se Habermas está certo ao apontar que as questões jurídicas não são apenas morais, mas também éticas e pragmáticas, podemos dizer que estas devem ser tratadas, pelo Direito, de acordo com seu impacto moral. Trata-se, cremos, de uma boa ilustração de que se trata de complementaridade, e não de subordinação.

Por razões semelhantes, o próprio Dworkin concedeu que suas teses seriam compatíveis e complementares às de Habermas. Como dissemos antes, uma versão inicial de *Justice for Hedgehogs* foi submetida a um valioso debate público, ainda hoje disponível no *site* da Universidade de Boston. E uma das objeções opostas à primeira versão do livro foi feita pelo filósofo Hugh Baxter, que sugeriu a Dworkin que sua concepção de Direito como um *ramo da moralidade*, sugerida no texto então inédito, seria mais bem compreendida a partir de Habermas, ou seja, como uma moralidade *instituída* no Direito. Segundo Baxter, a visão de Habermas, de que a dimensão institucional do Direito, bem como seus mecanismos coercitivos, mais diferenciam o Direito da Moral do que apontam para o fato de que o Direito é *um galho da Moral*⁴⁴⁷. A resposta de Dworkin vai, contudo, ao ponto: o autor crê que haja duas tarefas distintas para a teoria jurídica: uma, descrever de que maneira o Direito é uma subdivisão da Moral; outra, descrever de que modo o Direito é um ramo *especial* da moralidade. Segundo Dworkin, Habermas descreve a positivação da moralidade no Direito para explicar o segundo desses fenômenos desde o ponto de vista da teoria social, ao passo que ele (Dworkin) tenta explicar o primeiro destes fenômenos a partir de um ponto de vista interpretativo⁴⁴⁸. Nada impede, pois, que os projetos convivam.

Pois bem. Todos os fios do raciocínio desenvolvido até aqui são reunidos, de algum modo, na obra de Lenio Streck, cuja *Crítica Hermenêutica do Direito* se

⁴⁴⁷ BAXTER, Hugh. *Dworkin's "one-system" conception of law and morality*. 2010. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/BAXTER.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

⁴⁴⁸ No original: "Hugh Baxter usefully contrasts my view of the development of law from morality with that of Jürgen Habermas. I believe the two approaches are compatible; indeed complementary. I agree that there are two tasks for legal theory: describing the way in which law *is* a special department of morality and the way in which it is a *special* branch of morality. Habermas describes the 'positivization' of morality into law to explain the second of these phenomena from the point of view of social theory. I try to explain the first from an interpretive standpoint. I do not see, however, how understanding either law or morality self-referential helps to resolve the circularity in what I call the two-systems approach". DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs: response*. Disponível em: <www.bu.edu/law/events/upcoming/documents/9.25.09RonaldDworkinBrochure_Panels.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2014.

apropriada, de maneira original, de aportes substantivos da teoria de Dworkin. No tópico seguinte, alinharemos uma espécie de *balanço parcial* do trabalho desenvolvido até aqui, aliando, às nossas observações, as contribuições de Streck.

3.5 UM BALANÇO PARCIAL A PARTIR DA *CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO*, DE LENIO STRECK

Ao longo do presente capítulo, percorremos uma série de questões importantes para o nosso objetivo de, a partir da obra de Ronald Dworkin, construir uma teoria da decisão jurídica que seja adequada para o Brasil. Nesse trajeto, nossa estratégia foi a de estruturar uma análise dos argumentos centrais de Dworkin, colocando-os em contraste, em especial, com as diferentes visões de Brian Leiter, Jeremy Waldron e Jürgen Habermas.

Nosso propósito, agora, é o de apresentar, em breves parágrafos, a visão de Lenio Streck sobre esses elementos. Melhor dito: nosso objetivo é, a *partir* dos supostos da Crítica Hermenêutica do Direito, aqui endossados, posicionar nosso argumento a respeito dos pontos que analisamos. Isso, esperamos, facilitará a compreensão da nossa tese, deixando pavimentado o caminho para que, no capítulo final, tratemos mais especificamente das exigências democráticas do processo jurisdicional e da decisão jurídica por este preparada.

Vejamos.

Primeiro: a tarefa da doutrina. De plano, cabe aqui reafirmar que concordamos com a posição, abordada ao longo do trabalho, de que a normatividade do Direito deve ocupar o papel central de uma teoria jurídica. Sem qualquer desprestígio ao exercício de *sociologia descritiva* de Hart, cujo valor foi, esperamos, devidamente reconhecido na nossa análise, neste particular, estamos com Lenio Streck: sendo o Direito um saber prático, a tarefa nuclear da teoria jurídica é buscar condições para: a) concretização de direitos e b) evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas⁴⁴⁹. Dá-se razão a Dworkin, pois, quando este afirma que os filósofos do direito que consideram seu trabalho descritivo ou conceitual, e não normativo, perderam a oportunidade de se juntar à tarefa de discutir o *conteúdo* da legalidade e suas implicações para o *conteúdo* do

⁴⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 410.

Direito. Segundo o filósofo norte-americano – numa posição que endossamos –, aqueles que se dedicam à filosofia do Direito têm responsabilidades legítimas a assumir, que não devem ficar ocultas sob o manto da neutralidade⁴⁵⁰.

Segundo: a tese das fontes. Se, para Hart, desde um ponto descritivo, o Direito é uma *questão de fato*, de convenções pelas quais se reconhece a autoridade de determinados eventos ou instituições, desde um ponto de vista normativo, qualquer prescrição que iguale validade a eficácia sofre de um *déficit* democrático. Com isso, rejeita-se a *tese das fontes* (*the sources thesis*), segundo a qual as condições de validade jurídica devem estar baseadas em critérios que não têm a ver com o conteúdo das normas, mas apenas com suas fontes de criação (legislação ou precedentes judiciais vinculantes, por exemplo). Trata-se de um pensamento caro, como se viu, ao chamado *positivismo exclusivo*. Em democracias constitucionais, contudo, em que o Direito deve ter *legitimidade* (seja via preservação da autonomia, como para Habermas, seja pelo cumprimento dos princípios da dignidade, para Dworkin), a tese das fontes está em xeque. Como ensina Lenio Streck, o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento da práxis político-jurídica, que ocorre em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e *no plano da teoria do direito*, a qual exige a reformulação não só da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), mas também na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que passa, a partir da matriz hermenêutica, a ser antirrelativista)⁴⁵¹. Voltaremos a falar sobre a teoria interpretação de Streck no próximo capítulo.

Terceiro: a relação entre teoria e prática e a doutrina da discricionariedade judicial (1). Durante a discussão sobre as relações entre Direito e Moral apareceu, mais de uma vez, a distinção entre aquilo que o Direito *deveria ser* e aquilo que o Direito *é*. Dworkin não nega que haja uma distinção essencial entre uma coisa e

⁴⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 263.

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37. Dito de outro modo, para Streck e Abboud, o chamado “novo constitucionalismo” é um fenômeno político-jurídico surgido no pós-guerra, assentado num “paradigma filosófico jurídico que se originou a partir do giro linguístico”; neste fio, com o advento do novo constitucionalismo, “ocorrem profundas mudanças no paradigma jurídico. Dentre elas, podemos mencionar o surgimento dos princípios constitucionais, a necessária distinção entre norma e texto normativo, a superação do silogismo como forma de solução das questões jurídicas etc.”. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 74.

outra, e tentamos demonstrar como a sua concepção (*Law as a branch of morality*) respeita essa diferença. A melhor interpretação dos princípios estruturantes do Direito pode exigir que se cumpram decisões que lamentamos, ou que preferiríamos que nunca tivessem sido tomadas⁴⁵². De fato, essa dicotomia (entre ser e dever ser) aparece de modo muito claro na doutrina do poder discricionário. Quando se diz que o juiz, em casos complexos, *cria* o Direito (exerce um poder legislativo intersticial), conforme a sua convicção pessoal, frequentemente se pretende apenas *descrever o que ocorre na prática*, mas não o que *teoricamente, deveria ocorrer*. A obra de Streck é pontuada por uma profunda crítica filosófica a esse tipo de postura⁴⁵³. Lenio observa que as teorias positivistas do Direito recusaram-se a fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito (escolhas, justificações etc.). Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado numa razão teórica pura: o Direito deveria ser pensado como um objeto a ser analisado segundo os critérios de uma lógica formal rígida. Foi dessa maneira que se distinguiram, no pensamento jurídico, as perspectivas “teórica” (científica) e “prática”. Isso significa dizer que, para o positivismo jurídico – segue Lenio Streck –, pouco importava colocar em discussão, no campo de uma teoria do direito, a questão da *legitimidade* da decisão. Com isso, *operou-se uma cisão entre validade e legitimidade*, ficando, os problemas relacionados a esta (que incluem uma

⁴⁵² DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 407-9. Nesta passagem, Dworkin ilustra o argumento através do exemplo da tomada de decisões no âmbito de uma família que esteja disposta a observar um código moral na tomada de decisões. Cada família desenvolverá seus princípios estruturantes de moralidade, e a observância destes princípios fará com que sejam tomadas decisões, ao longo do tempo, que o tomador de decisões (no exemplo, o chefe de família) não gostaria de tomar.

⁴⁵³ Cumpre deixar registrada a nossa censura à leitura (aparentemente apressada) que Dimitri Dimoulis fez da obra de Lenio Streck. Segundo Dimoulis, a obra de Lenio seria “um exemplo de aceitação da liberdade do intérprete, visto como sujeito político”; e recepcionaria a “teoria da pré-compreensão como elemento decisivo da interpretação jurídica [...] e invoca a ‘vida’ e seus ‘conteúdos materiais’ [...] em menosprezo da normatividade jurídica e a favor de uma abertura principiológica do direito”. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 60. Com todo o respeito, a crítica de Dimoulis consiste numa óbvia descaracterização da obra de Streck. Na verdade, a teoria adotada por Streck tem objetivos diametralmente distintos daqueles entendidos por Dimoulis: para Lenio, vimos à exaustão, não se deve compactuar com subjetivismos ou liberdades interpretativas; e os princípios jurídicos devem ser aplicados não “em menosprezo da normatividade jurídica”, mas em defesa desta, por meio da integridade. A ideia é justamente *fechar* a interpretação e evitar decisionismos. Se Dimoulis entende que a teoria de Streck leva a resultados distintos daqueles a que se propõe atingir, então que apresente os argumentos de seu *case* – isso seria diferente de dizer, como efetivamente disse Dimoulis, que “a rejeição do positivismo jurídico oferece uma espécie de carta de alforria ao intérprete para que ele atribua às normas jurídicas o sentido que considere mais adequado”. Curiosamente, a crítica de Dimoulis a Lenio está situada páginas depois de um contundente (e correto) reproche a autores que constroem imagens caricaturais de seus adversários teóricos.

problemática moral), relegados a uma teoria política que poucos resultados poderia produzir, dado o pluralismo de ideias de um contexto democrático. Isso levou ao nosso próximo ponto: o *relativismo filosófico*⁴⁵⁴.

Quarto: a objetividade dos juízos morais e a doutrina da discricionariedade judicial (2). A defesa de Dworkin a respeito da objetividade dos juízos morais, recebe ataques de todas frentes: argumentos que questionam, desde a sua possibilidade (Leiter), até a sua relevância (Hart e Waldron). Ambos os ataques acabam servindo de base à doutrina da discricionariedade judicial. Se não é possível que se encontrem respostas corretas para problemas morais, então, quando o juiz articula um juízo moral, ele está simplesmente expressando sua opinião pessoal, ou fazendo uma escolha. Se, por outro lado, sendo possível que haja respostas corretas para problemas morais, não é possível que se demonstre essa conclusão, de forma irrefutável, então a discussão seria irrelevante. De um ou de outro modo, chega-se à discricionariedade judicial. Contudo, estamos com Dworkin quando este afirma que é possível, sim, que se chegue à verdade no domínio moral – contanto que se a conceba como um domínio independente das ciências naturais; e, também, quando este demonstra, mediante uma epistemologia da responsabilidade, como é que se deve justificar, num contexto intersubjetivo, uma reivindicação desse tipo (de que determinado juízo moral é correto). Mas cabe aqui a pergunta: a defesa da objetividade da (e na) Moral faz de Dworkin um realista filosófico? Novamente, a razão está com Lenio Streck: a tese dworkiniana da objetividade dos juízos morais deve ser entendida no contexto da chamada *viragem linguística*⁴⁵⁵, isto é, para além da dicotomia entre objetivismo e subjetivismo filosóficos. Segundo ensina o autor gaúcho,

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 456-7.

⁴⁵⁵ Em poucas palavras, a teoria da interpretação jurídica concebida por Lenio Streck é, em grande parte, tributária da Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger. Na leitura de Lenio, a linguagem, a partir da Filosofia Hermenêutica, deixa de ser relegada a uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (o intérprete) e um objeto (a realidade), para ser alçada à cimeira condição de possibilidade do nosso *modo-de-ser-no-mundo*; supera-se, assim, a *metafísica* relação cognitiva sujeito-objeto, desmistificando, conseqüentemente, a ideia de que a *verdade* possa ser produto de um procedimento cognitivo. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo, 2003, p. 223-4.

no paradigma da linguagem pressupõe uma certa “objetividade”, que nada mais é do que o reconhecimento da facticidade (por isso é que se pode falar em ontologia da facticidade, ou em hermenêutica da facticidade). A hermenêutica (fenomenologia hermenêutica) é *uma cadeira que se assenta entre o objetivismo e o subjetivismo* (Stein). Nem uma *adequatio intellectum et rei*, nem uma *adequatio rei et intellectum*. Em uma linguagem heideggeriana, *o ser não é um ente*: ele só existe para dar sentidos aos entes – que, se tornam assim *presentes*. O ente, portanto, não é algo *em si*, assim como o ser também não pode *ser visto*: o sentido se dá. Ele exsurge. E isso é assim por causa da diferença ontológica. Dworkin trata do objetivismo moral a partir da tese de que há coisas consolidadas pela tradição. O que ele chama de *objetividade* deve ser entendido como o *sentido consolidado pela tradição (autêntica) de uma dada sociedade*. Pois quando dizemos que algo é (por exemplo, uma árvore), isso não quer dizer que sejamos objetivistas, somente porque uma árvore é uma árvore em qualquer lugar. O hermeneuta poderá dizer que uma árvore é uma árvore em face de (ou do) a *priori* compartilhado. E esse é o caso de Dworkin quando fala do objetivismo dos juízos morais⁴⁵⁶.

Quinto: a autonomia do Direito e a discricionariedade judicial (3). Defendemos ao longo do capítulo que a tese do *Direito como ramo da moralidade política*, de maneira alguma, subordina o Direito à Moral. O interpretativismo de Dworkin preserva o Direito e observa, a partir das especificidades deste, a sua autonomia⁴⁵⁷. Sua intenção, ao apontar para o fato de que o Direito é uma *subdivisão* da moralidade política, foi apenas a de contornar a circularidade em que se encontra

⁴⁵⁶ A passagem que transcrevemos foi retirada de uma mensagem pessoal que nos foi remetida pelo Professor Lenio Streck, durante a orientação da presente pesquisa. A tese de fundo defendida pelo autor gaúcho pode ser conferida ao longo do seu *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas* (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*).

⁴⁵⁷ Um autor que aborda essa questão de maneira original, a partir da matriz hermenêutica, é Adalberto Hommerding. Segundo o jurista gaúcho, o Direito, a exemplo da Moral, possui um aspecto *existencial* e, neste sentido, *reveladora*; concordando com Dworkin, Adalberto aponta que, quando se compreende melhor a natureza do argumento jurídico de uma determinada sociedade, conhece-se melhor, também, *que tipo de pessoa* somos. A diferença entre Direito e Moral (ambos sistemas normativos autônomos), para o autor, é que a Moral possui *apenas* um aspecto existencial (é algo inerente ao ser humano), ao passo que o Direito tem, além disso, um aspecto *estrutural* de caráter coercitivo. Numa Constituição em que se prevejam direitos fundamentais, contudo, há uma *fusão* entre Direito e Moral, por meio da qual a Moral passa a ter um instrumento de presentificação: o Direito mesmo. Nas suas palavras, o “Direito remete à Moral e a Moral passa a remeter ao Direito. O que seria a Moral, neste sentido, no momento em que passa a falar, no momento em que atua como norma de ação com caráter coativo? Nada além de linguagem! Porém, linguagem enquanto ação, com efeitos concretos, com existência no sentido da existência em Martin Heidegger. Aqui não estamos mais diante de uma moral num sentido metamoral, de metalinguagem. A Moral adquire aqui, desta forma, sua densidade como ‘palavra’, como linguagem, que opera efeitos. A Moral será o lugar a partir do qual será possível o ‘dar-se’ do Direito. E o Direito será o lugar a partir do qual será possível o dar-se da Moral. A existência da Moral, assim, está na linguagem. A Moral ‘acontece’ no mesmo momento em que se compreende o ser do Direito, que é Moral” (tradução nossa). HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 147-8.

enredada a visão que simplesmente separa estes dois sistemas (*two-system view*), atentando para o fato de que não há um ponto de vista arquimediano, neutro, a partir do qual se possa examinar as normatividades específicas destes domínios distintos. Agora, vimos também que a visão habermasiana, de que Direito e Moral complementam-se reciprocamente, desdobrando-se simultaneamente do princípio da autonomia, não é incompatível com a teoria de Dworkin. Lenio Streck, um autor da matriz hermenêutica, crítico do procedimentalismo habermasiano (como vimos no primeiro capítulo) e que acolhe aportes dworkinianos em suas principais teses, entende que esta é uma contribuição fundamental de Habermas para o Direito: a noção de cooriginariedade. Para o jusfilósofo gaúcho, não pode restar dúvida de que tanto a separação como a dependência/vinculação entre Direito e Moral estão ultrapassadas, em face daquilo que se convencionou chamar de *institucionalização da Moral no Direito*. A moral regula o comportamento interno das pessoas, e essa regulação, por si-só, não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o Direito, que recebe conteúdos morais quando da sua elaboração. Por isso é que – segue Lenio –, o Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade *nem mesmo para o legislador*, que está, também ele, vinculado à Constituição. Nas palavras do autor gaúcho, “O ‘constituir’ da Constituição é a obrigação suprema do direito. É, pois, a virtude soberana (parafraseando Dworkin)”⁴⁵⁸.

Sexto: regras, princípios e a discricionariedade (4). Vimos que o positivismo jurídico, ao menos na sua versão *soft*, não rejeita a hipótese de que princípios (argumentos morais) sejam juridicamente vinculantes. Seria necessário, contudo, para tanto, que por convenção tenha ficado estabelecido o critério moral como condição de validade da norma jurídica. Vale notar que, quando conceituou o Direito como um *sistema de regras* (na verdade, *sistema de normas*), Hart não tinha em mente o conceito de *regras* formulado por Dworkin (determinações jurídicas aplicáveis à moda do *tudo ou nada*). Desse modo – e deixando por ora de lado a observação de Dworkin de que *positivismo inclusivo é positivismo nenhum* –, temos de estabelecer qual maneira adequada de se lidar com os princípios na prática jurídica. Dworkin aponta para o fato de que os princípios (enquanto argumentos morais) devem *justificar* as regras, e devem ser articulados para a evitação da

⁴⁵⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 510.

discricionariedade judicial. A visão de Lenio Streck é semelhante: ao contrário do que se poderia supor, os princípios *fecham*, ao invés de abrir, a interpretação, tornando-a correta. A nota final é: os princípios evitam que normas valham por seu *pedigree*. A esse tópico, voltaremos, com vagar, na abertura do terceiro capítulo.

4 A DUPLA DIMENSÃO DA RESPOSTA CORRETA

Neste ponto, defenderemos o argumento de que uma decisão jurídica e democraticamente correta deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: *interpretativo* e *procedimental*. Eis a *dupla dimensão da resposta correta*, de que trata nosso capítulo final. Chegaremos a ela por meio de uma análise da teoria da interpretação proposta por Dworkin, cuja compatibilidade com os pressupostos da matriz hermenêutica, da forma como trabalhada por Lenio Streck, será investigada. Por fim, considerada a interpretação especificamente jurídica, será a partir de uma *leitura moral (moral reading)* das cláusulas constitucionais que se densificarão as anunciadas *dimensões*, apresentadas, neste trabalho, como interdependentes e complementares.

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Toda a nossa caminhada até aqui teve o sentido de construir, a partir das principais teses de Ronald Dworkin, as premissas de uma teoria democrática da decisão jurídica que seja adequada para o Brasil. Durante o percurso, enfrentamos algumas das questões estruturantes de uma discussão como essa, a saber: o papel da teoria do Direito contemporânea (deve assumir a responsabilidade de ser *normativa*, e não *meramente descritiva* – em que pese Brian Leiter tenha demonstrado, de forma satisfatória, a importância e a possibilidade conceitual de um empreendimento descritivo como aquele visualizado por Hart); o conceito de democracia constitucional e sua interdependência com o sistema de direitos (acatamos o conceito de *democracia constitucional*, ou *em parceria*, de Dworkin, em contraste com as concepções *majoritárias*); as balizas da revisão judicial da legislação (consideradas as pertinentes ressalvas de Waldron, e sem qualquer concessão ao ativismo judicial, apontamos para a necessidade de adoção, no Brasil, de uma postura *substancialista*, nos termos propostos por Lenio Streck); os diversos aspectos da relação entre Moral e Direito (defendemos, com Dworkin, a possibilidade e a necessidade de se trabalhar, numa democracia constitucional, com juízos morais objetivos; contextualizamos a tese de que *o Direito é um ramo da*

moralidade política, visando a harmonizá-la com a cooriginariedade concebida por Habermas).

Procuramos dar a esses temas todos uma abordagem *interpretativa*, no seguinte sentido: tratamos, como sugere Dworkin, os conceitos políticos, morais e jurídicos apresentados como *conceitos interpretativos*. Endossando a tese nuclear de *Justice for Hedgehogs*, a *tese da unidade do valor*, procuramos demonstrar o que há de valioso em cada um desses conceitos, e mais: tentamos fazer com que estes se encaixassem e se apoiassem reciprocamente, no quadro de uma rede mais abrangente. É preciso ter cuidado para evitar, numa empresa desse tipo, *mixagens teóricas*. Pretendemos ter dado consequência, contudo, à *epistemologia integrada* proposta por Dworkin, por meio da qual se *conquista o direito* de ter o argumento levado em consideração, quando se o apresenta de modo *responsável*.

Ainda há, contudo, um outro passo a ser dado. A tese que defendemos, com base nos subsídios acima resumidos, é a seguinte: há respostas corretas em Direito – *boas respostas*, hermeneuticamente adequadas à Constituição; e essas respostas confirmam a sua *legitimidade* de dois modos: primeiro, por meio da observância de um procedimento no qual se garanta a participação (constitucionalmente adequada) de todos os interessados na formação do provimento; segundo, por meio de decisões jurídicas *responsáveis*, fundamentadas em interpretações constitucionais que possam ser justificadas perante a integridade do Direito⁴⁵⁹.

Num nível mais abstrato, pode-se dizer que o procedimento deve garantir a *autonomia jurídica* dos indivíduos interessados, tanto a *pública* como a *privada*; e que o resultado do procedimento deve prestar contas àquilo que Dworkin denomina *princípios da dignidade humana* (cuja expressão para o Direito está no dever de o Poder Público devotar *igual consideração e respeito* às pessoas sob o seu domínio, bem como de preservar a *responsabilidade dos indivíduos por suas próprias vidas*).

⁴⁵⁹ Merece referência, neste ponto, o trabalho de André Karam Trindade, que também propõe uma teoria da decisão judicial que integra elementos dworkinianos. O autor gaúcho, a partir das obras de Luigi Ferrajoli e de Lenio Streck, estrutura uma *teoria garantista da decisão judicial*, no âmbito da qual se explicitam, com o propósito de preservar os direitos do cidadão em face do arbítrio judicial, as seguintes exigências *internas* ao Direito (e não *externas*, como a moral, a economia a política etc.): a) exigência de reconstrução da cadeia discursiva; b) exigência de consistência; c) exigência de coerência; e, por fim, d) exigência de integridade. Ver: TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-131.

Veja-se que não se quer aqui *equiparar* o conceito habermasiano de *autonomia* com o conceito dworkiniano de *dignidade humana*; por outro lado, o nosso objetivo também não é cindi-los. Trata-se de conceitos *complementares* e que, integrados, ilustram as exigências políticas, morais e jurídicas de uma decisão democrática.

É claro que essa conclusão tem de ser mais bem elaborada, e é disso que trata o último capítulo da nossa pesquisa. Trataremos dessa *dupla dimensão* da resposta democrática e juridicamente correta a partir da seguinte abordagem: primeiro, falaremos sobre a dimensão, diríamos, *substantiva*: discutiremos interpretação constitucional, pretendendo harmonizar a *leitura moral* proposta por Dworkin com a teoria da interpretação de Lenio Streck. É claro que o faremos por meio do contraste com argumentos opostos, chamando para o debate autores que têm perspectivas distintas, como Tribe, Akhil Amar e Posner. Segundo, discutiremos a dimensão dita *procedural*: estudaremos o devido processo jurisdicional, agora concebido a partir de uma leitura moral de suas cláusulas estruturantes. Buscaremos, neste ponto, o auxílio da matriz habermasiana, trabalhada por Marcelo Cattoni, com a qual procuraremos tornar visíveis as exigências de um processo jurisdicional democrático.

4.2 TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO E A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO

Nesse tópico, percorreremos o seguinte trajeto: primeiro, apresentaremos a teoria da interpretação *dirigida pelo valor*, proposta por Ronald Dworkin; depois, estabeleceremos as premissas do *paradigma da linguagem*, tomando por fio condutor a investigação da Filosofia Hermenêutica (Heidegger) e da Hermenêutica Filosófica (Gadamer). Nosso objetivo será o de demonstrar que há pontos de contato importantes entre a hermenêutica gadameriana e o interpretativismo dworkiniano⁴⁶⁰. Se formos bem sucedidos, isso permitirá que façamos uma releitura da tese da *leitura moral da Constituição*, por meio da qual defenderemos o argumento de que a decisão jurídica confirma sua legitimidade em duas dimensões: uma, *interpretativa*; a outra, *procedural*. Procuraremos fazer um contraste entre a

⁴⁶⁰ Essa ideia foi defendida em nosso trabalho anterior; ver: MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, *passim*.

posição que defendemos como correta e outras propostas de interpretação constitucional (Habermas, Tribe, Amar e Posner), visando a iluminar os aspectos centrais de nossa tese e a defender seus méritos.

Ao trabalho.

4.2.1 A teoria da interpretação dirigida pelo valor: ampliando a *conceitografia* dworkiniana

Ao longo de nosso trabalho, falamos diversas vezes – ainda que de maneira incidental – sobre as concepções bastante particulares que Ronald Dworkin possui a respeito da interpretação em geral e da interpretação jurídica em particular. Com efeito, referimos que o jusfilósofo norte-americano propõe algo como uma *teoria geral da interpretação*, que engloba gêneros tão diferentes como a literatura, a religião, a história e o direito; e revisamos, na ilustração desse argumento, a metáfora do *romance em cadeia*, por meio da qual interpretações jurídica e literária, de alguma forma, se encontram (lembramos da *hipótese estética* e das dimensões de *fit* e *value*). Chamamos a atenção, também, para a importância que Dworkin atribui, no contexto de sua teoria integrativa, às ideias de *responsabilidade* e *valor*, que guiam a interpretação. E discutimos, aí sim com um pouco mais vagar, os célebres *conceitos interpretativos* propostos pelo jusfilósofo norte-americano.

Agora é chegada a hora de nos debruçarmos um pouco mais sobre essa temática, que é central para a compreensão do pensamento de Dworkin e para que nos apropriemos de suas contribuições no âmbito de uma teoria da decisão jurídica. As afirmações de que o Direito é uma prática interpretativa, de que há *verdade* na interpretação, e de que os princípios da dignidade desempenham um papel nuclear nesta atividade, têm um sentido estruturante da discussão. Cabe explicitá-lo da maneira mais clara possível, para que possamos chegar bem à tese da *leitura moral* da Constituição.

Por partes.

A primeira questão a ser respondida é: é possível atingir a *verdade* na interpretação? É claro que retomaremos, aqui, o debate estabelecido no capítulo anterior, sobre a objetividade dos juízos morais. Não por acaso: os conceitos morais são conceitos interpretativos, de modo que a sua pretensão de verdade passa,

necessariamente, por uma reflexão sobre a interpretação em geral. Dworkin sustenta que gêneros interpretativos distintos compartilham aspectos comuns que nos permitem tratá-los como integrantes de um dos dois grandes domínios da atividade intelectual; um deles, a *interpretação*; o outro, a *ciência*⁴⁶¹.

Essa proposição está longe de ser óbvia. Mesmo porque, a interpretação não é algo que se dá em abstrato, não é uma atividade que possa se desenvolver independentemente de se selecionar um *gênero* interpretativo particular e concreto. Dworkin ilustra esse argumento com um exemplo: suponha que você seja chamado a interpretar o significado de manchas de luz coloridas, projetadas numa parede. Você não conseguiria sequer *começar a interpretar essas manchas* sem que fizesse algumas suposições prévias a respeito delas. Você teria de decidir, exemplificativamente, se vai tratá-las como uma mensagem extraterrestre, como uma luz projetada por um artista, ou como alguma outra manifestação, criada de outro modo ou com outro propósito. Somente então – segue o autor norte-americano – você conseguiria começar a construir uma interpretação. Ou seja, você precisaria selecionar um gênero interpretativo *antes mesmo* de conseguir começar a interpretar (você interpreta algo “como” algo⁴⁶²). Veja-se, contudo, que esse exercício, ao invés

⁴⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 123. Perceba-se que, na conceitografia de Dworkin, diferencia-se o domínio da *interpretação* do domínio da *ciência*; outra maneira de dizê-lo, já mencionada no curso do trabalho, é a divisão entre *ciências humanas* e *ciências naturais*. Perceba-se que essa distinção conforma a separação entre os conceitos do tipo natural (*natural kind concepts*) e do tipo *hermenêutico* (*hermeneutic concepts*), na obra de Brian Leiter. Equivale a dizer: quem quer que pretenda tratar das pretensões de verdade nas ciências humanas tem de, alguma forma, oferecer uma forma de abordar a relação (e/ou distinção) entre estas e aquelas pertinentes às chamadas *hard sciences*.

⁴⁶² Cabe observar que, em termos hermenêuticos (e falaremos depois, ainda que brevemente, sobre hermenêutica), essa “seleção de gêneros interpretativos”, que permite ao intérprete “começar a interpretar” é traduzida, na fenomenologia, pela expressão “como” (assim mesmo, entre aspas). Segundo observa Adalberto Hommerding, a fenomenologia, como possibilidade, deve ser entendida como algo que não é manifesto nem óbvio. A fenomenologia é um peculiar “como” da investigação. Os objetos chegam a determinar-se tal como eles mesmos se dão. A indagação ocupa-se em alcançar a atualização da coisa. É essa via que a hermenêutica da faticidade trata de seguir. Os objetos devem tornar-se tal como eles em si mesmos se mostram, tal como aparecem ante um determinado olhar. E esse olhar surge de um “estar orientado” neles, de um “estar já familiarizado com o ente”. Esse “estar familiarizado” é, na maioria dos casos, fruto de um “ter ouvido”, de uma aprendizagem. HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: hermenêutica de la facticidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 98-9. O compreender – segue Adalberto, agora com base em Stein – só é possível na medida em que o homem é um ser-no-mundo. Enquanto ser-no-mundo, o homem ocupa-se da análise dos objetos dentro do mundo (discurso apofântico, lógico-semântico) ou descreve também o mundo, isto é, fala sobre a estrutura do mundo, descreve as condições de possibilidade dos objetos ou do conhecimento dos objetos. É neste sentido que o nosso acesso aos objetos faz-se pela linguagem: *algo enquanto algo*. O compreender, portanto, é um compreender “algo como algo”. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 60. Nas palavras do jurista gaúcho, a “hermenêutica indica que o objeto tem um ser que está capacitado para interpretação e necessitado dela. Assim, é inerente a esse seu ser

de demarcar a singularidade dos gêneros interpretativos, aponta para um aspecto comum entre estes: o fato de que seria natural articular, em cada uma de nossas propostas interpretativas, a linguagem da *intenção* ou do *propósito*. Por isso, é natural considerarmos o *significado* de uma determinada passagem de um poema ou de uma peça teatral; do *objetivo* de uma determinada cláusula legal; dos *motivos* que produziram um determinado sonho, das *ambições* ou *entendimentos* que moldaram uma determinada era, e assim por diante⁴⁶³.

Para desenvolver seu argumento, Dworkin inicia observando que, nos *jogos de linguagem*⁴⁶⁴ em que a interpretação aparece, frequentemente se inclui a ideia de que esta está voltada para a verdade. Notadamente, no contexto judiciário. O autor norte-americano dá o exemplo de um juiz que manda um acusado para a cadeia, ou quem sabe o sentença à morte; seria não apenas estranho, mas também *aviltante*, que, no curso de sua decisão, o julgador afirmasse que outras interpretações jurídicas, que levariam a resultados contrários, fossem tão boas, tão justas ou tão válidas quanto aquela que ele próprio articulou. Seria igualmente extravagante que um amigo, que exigisse do outro o cumprimento de uma promessa, concordasse

estar de algum modo já interpretado, pois a interpretação é algo cujo ser é o do próprio viver fático. A possibilidade mais própria de si mesmo que o existir (faticidade) denomina-se existência. Por meio do questionamento hermenêutico consegue-se situar a faticidade no “ter-prévio”, a partir do qual e à vista do qual será interpretado”. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 180-1.

⁴⁶³ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 124-5.

⁴⁶⁴ A expressão “jogos de linguagem” está associada à filosofia de Ludwig Wittgenstein, da qual boa parte da teoria interpretativista dworkiniana é tributária – como observa Ronaldo Porto Macedo Junior ao longo de seu *Do xadrez à cortesia* (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013). Como explica Lenio Streck, a partir de suas *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein passa a ser, ao lado de Heidegger, um dos mais ardorosos críticos da filosofia da subjetividade ou da filosofia da consciência. A ideia central é a de que não existe um mundo em si, que independa da linguagem; a linguagem deixa de ser, nessa formulação, um instrumento de comunicação do conhecimento para se tornar *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento. Dada a ambiguidade da linguagem, é necessário determinar a significação das palavras levando-se em consideração o contexto socioprático em que são usadas. Os contextos sociopráticos são chamados por Wittgenstein “formas de vida”; e todo o processo de uso de palavras (considerada a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada), de “jogos de linguagem”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 244-5. Noutras palavras, Wittgenstein simpatiza, primeiro, com a ideia de que o significado das palavras depende de suas regras de emprego (de forma parecida com o que ocorre com as possibilidades de movimento de uma peça de xadrez, que dependem das regras do jogo de xadrez). Isso, por sua vez, “leva Wittgenstein à concepção de que o significado linguístico é determinado pelos vínculos de ação nos quais os sinais linguísticos são empregados. Esses vínculos de ação, Wittgenstein os denomina jogos de linguagem”. BUCHHOLZ, Kai. *Compreender Wittgenstein*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 83.

que uma interpretação diferente do que foi dito, que levasse à conclusão de que não foi feita promessa alguma, fosse igualmente válida. Quer dizer, há pelo menos alguns casos em que a *fenomenologia* da interpretação indica que a verdade está envolvida⁴⁶⁵.

Curiosamente – repara Dworkin –, o mesmo jurista que se sentiria afrontado com uma decisão judicial que apontasse que sua conclusão é tão boa quanto qualquer outra possível (*i.e.*, que condenasse um réu à prisão ou à morte, mas que admitisse que uma interpretação jurídica que levaria à absolvição seria tão boa ou justa quanto), dificilmente endossaria a afirmação de um filósofo do Direito que dissesse que sempre há uma interpretação jurídica melhor do que as outras, e que esta circunstância torna as demais interpretações simplesmente erradas. Muito provavelmente, o jurista em questão daria preferência a uma formulação menos incisiva. Por exemplo, poderia dizer que, apesar de entender que uma determinada interpretação da cláusula de igualdade de proteção pareça-lhe a mais adequada, ele reconhece que outros podem discordar; e, diante da discordância, ele não teria como dizer que as pessoas que dele discordam estão equivocadas. Dworkin reputa esse tipo de proposição *atenuada* uma *bizarrice*. Se alguém diz que, em sua opinião, a sua interpretação é a melhor, então é claro que, na sua opinião, as demais interpretações são inferiores⁴⁶⁶.

Seja como for, a proposta de Dworkin é elucidar esta *ambivalência* com a qual lidam o domínio interpretativo e o raciocínio moral. Seu desafio é o de demonstrar que o raciocínio moral é interpretativo; e de que modo seus conceitos de *responsabilidade* e *valor* servem não só à interpretação moral, mas também à interpretação em geral.

Permitimo-nos, aqui, uma digressão. O case em favor da epistemologia da responsabilidade e do valor, no âmbito da interpretação em geral, é efetivamente trabalhoso de se montar. De fato, conforme por vezes se sublinhou ao longo do trabalho, a tese assume um caráter, por vezes, contraintuitivo. O próprio Dworkin salienta que a fenomenologia da interpretação revela a dificuldade, ou a aparente impossibilidade, de se traduzir em palavras a explicitação das razões que fazem com que uma determinada interpretação tenha sido percebida, ou *sentida*, como

⁴⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 126.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 126.

correta. Em alguns gêneros (por exemplo, quando somos tocados por um filme ou por uma determinada leitura de um poema), a interpretação tem a característica da infabilidade. Não raro, recorre-se a metáforas e metonímias: diz-se que um intérprete habilidoso ou sensível simplesmente “enxerga” o significado de uma obra de arte; ou que uma sonata “dita” como ela própria deve ser tocada etc.⁴⁶⁷ Até aí, esse tipo de inferência é, por assim dizer, inofensivo (ao menos em termos políticos e jurídicos). O problema é quando se transcende esse tipo de afirmação para o campo do direito democraticamente produzido (com demandas de autonomia a realizar e de dignidade a observar). Será que ainda se poderia, *responsavelmente*, seguir dizendo que sentença vem de *sentire*? Ou que a decisão judicial (resultado de interpretação) é um ato de vontade? Perceba-se, portanto, como esses temas estão interconectados; como é relevante saber *o que torna uma interpretação jurídica verdadeira*; e como é importante que a resposta a esta questão honre as exigências do Direito e da Democracia.

Fechemos o parêntese. O primeiro passo, na direção da construção de uma teoria geral da interpretação, segundo Dworkin, é descartar a chamada tese dos *estados psicológicos* (*psychological states*). De acordo com essa teoria, o que torna as propostas de interpretação verdadeiras, quando estas são verdadeiras, é a coincidência entre determinados fatos e o *estado mental* de uma ou mais pessoas. Explicando melhor, se a cláusula da igual proteção veda as cotas raciais, é porque os autores do texto constitucional, ou o povo por estes representado, pensava(m) assim. Ainda que essa afirmação seja contrafática (quer dizer, mesmo que os legisladores responsáveis pela edição da Décima Quarta Emenda à Constituição Norte-Americana não tivessem sequer considerado a possibilidade da montagem de um sistema de ações afirmativas), o que a tornaria verdadeira, no final das contas, seria algum tipo de estado psicológico. Segundo o jusfilósofo norte-americano, é isso, aliás, que justifica a popularidade dessa teoria: o fato de que se reconduz a verdade de uma determinada interpretação a uma *questão de fato*. Essa tese também explicaria por que acharmos natural o fato de fazermos referência, quando defendemos uma proposta interpretativa, a alguma *intenção*; esta intenção seria,

⁴⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 128.

nos limites dessa tese, justamente a intenção daquelas pessoas cujo estado mental faz uma interpretação verdadeira⁴⁶⁸.

Em realidade, essa abordagem é bastante familiar ao jurista; ou, como diz Lenio Streck, com base em Warat⁴⁶⁹, essa forma de interpretar compõe o *senso comum teórico* dos juristas. De fato, segundo Lenio, “juristas de todos os escalões” ainda hoje se perguntam

o que vale mais: a vontade da lei ou a vontade do legislador? Tem importância saber/descobrir o que é que o ‘legislador’ quis dizer ao elaborar o texto normativo? Qual era a sua intenção? É possível descobrir ‘a vontade da lei’? Pode uma norma querer alguma coisa?⁴⁷⁰

Trata-se, contudo, de uma discussão que, como observa o professor gaúcho, está ultrapassada; na sua opinião, a expressão *vontade do legislador* é articulada, num primeiro momento, a partir da ideia objetivista de que a lei carregaria consigo todos os seus sentidos (ideia que estaria presente na raiz do positivismo jurídico primitivo, no qual, simplificando, se confundiam lei e Direito); no momento seguinte (movimento do direito livre, realismo jurídico, jurisprudência dos interesses etc.), parte-se para uma fragmentação completa das estratégias objetivistas, passando-se a afirmar que o Poder Judiciário deve afirmar (e não *revelar*) a *vontade* (política) *da lei*. Salta-se do objetivismo para um subjetivismo centrado, no limite, na vontade do Poder Judiciário⁴⁷¹. Seja como for, num e noutro caso, essas abordagens estariam ancoradas em paradigmas filosóficos anteriores à viragem linguística (influyente no contexto da obra de Dworkin, como se viu); e, desde o ponto de vista da Filosofia Política, seriam caudatárias de um conceito de Direito frágil do ponto de vista

⁴⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 129.

⁴⁶⁹ A expressão “sentido comum teórico” é atribuída a Luís Alberto Warat. Segundo o professor argentino, “os encarregados de aplicar as leis, os produtores das teorias jurídicas, os professores das escolas de Direito (os construtores das significações jurídicas) forjam uma realidade imaginária (colocada na perspectiva do senso comum) que fazem prevalecer como naturalismo. Um verdadeiro mundo de faz-de-conta instituído como realidade natural do Direito. Uma realidade imaginária que poderá ser considerada mítica, mágica (no sentido freudiano) capturadora, extravagante, mas que resulta imprescindível para a própria configuração do Direito na sociedade. A interpretação da lei seria impossível se os juristas decidissem sair da realidade mágica por eles mesmos instaurada”. WARAT, Luís Alberto; ROCHA, Leonel Severo. *O Direito e sua linguagem*: segunda versão. 2. ed. aum. Porto Alegre : Fabris, 1995, p. 120.

⁴⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 138-9.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 146.

democrático (há pouca preocupação com um sistema de direitos e com as exigências de autogoverno).

Retomando o raciocínio, Dworkin observa que, em que pese adequada a alguns campos do conhecimento (como na interpretação de uma conversa, por exemplo, na qual você procura entender o que seu interlocutor tem em mente quando fala), a teoria dos *estados psicológicos* não fornece uma descrição adequada para a interpretação em geral. Ela não faz sentido na interpretação histórica e, no âmbito jurídico, é amplamente questionável. Dworkin anota que, quando juristas falam em “vontade da lei”, certamente não têm em consideração o estado mental dos legisladores que a criaram (mesmo porque, individualmente, cada político pode ter levado em conta a sua própria *agenda*, não necessariamente relacionada a políticas ou princípios: agradar eleitores, financiadores de campanha etc.). Deveras, o jusfilósofo norte-americano dá razão às visões mais recentes a respeito da interpretação, que favorecem o material a ser interpretado sem dar uma importância excessiva ao seu “criador”. Endossando uma conhecida máxima do filósofo francês Paul Ricoeur, mediante a qual o autor é apenas o *primeiro leitor* de sua obra, Dworkin acata o pensamento de que, uma vez que o trabalho seja submetido ao público, o autor não tem mais autoridade do que qualquer outro para interpretar o seu significado⁴⁷². É a deixa para que se volte a abordar sua *teoria do valor*.

A ideia é que uma boa teoria da interpretação deve dar conta de dois aspectos diferentes e, de algum modo, aparentemente conflitantes: por um lado, deve ter em conta a possibilidade de verdade na interpretação; por outro, deve também considerar a infabilidade dessa verdade, bem como a incontornável controvérsia sobre o que esta significa. Eis a proposta de Dworkin: a interpretação é um fenômeno social. Nós somente conseguimos interpretar algo, como de fato interpretamos, porque há práticas ou tradições interpretativas às quais podemos nos juntar. Estas práticas dividem-se em *gêneros*, tais como a interpretação histórica, literária ou jurídica. Cada uma destas práticas sociais procura um determinado tipo de verdade. Quando sustentamos alguma interpretação sobre Macbeth (por exemplo, de que a personagem Lady Macbeth foi, ou não, casada antes dos acontecimentos retratados na peça de Shakespeare), ou sobre a cláusula da

⁴⁷² DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 130.

igualdade de proteção (por exemplo, que esta comporta, ou rejeita, discriminações positivas), nós acreditamos que há algum tipo de verdade naquilo que afirmamos. Quer dizer, nós aceitamos a *responsabilidade* de promover aquele *valor*, no seguinte sentido: quando interpretamos alguma coisa, nós também estamos interpretando a prática interpretativa à qual julgamos termo-nos somado; nós interpretamos aquele *gênero* particular por meio da atribuição daquilo que entendemos seja o seu devido *propósito* (*purpose*) – o *valor* que o gênero em questão fornece e deve fornecer⁴⁷³.

Desse modo – segue o jusfilósofo norte-americano –, a interpretação é interpretativa, *tal como a moralidade é moral*, do início ao fim (*all the way down*). Uma interpretação atinge a verdade quando mais bem considera, com relação ao material interpretado, os propósitos devidamente atribuídos à prática interpretativa identificada como pertinente. Haveria três *estágios* na interpretação. Primeiro, nós interpretamos uma prática social quando individualizamos esta prática (identificamos, equivale a dizer, o *gênero* de interpretação: literária, jurídica e assim por diante). Segundo, nós atribuímos um conjunto de *propósitos* pertinentes ao gênero selecionado; e, terceiro, nós tentamos identificar a melhor realização desse conjunto de propósitos numa determinada ocasião⁴⁷⁴.

O sucesso da interpretação, em uma determinada comunidade (lembramos que a interpretação é um fenômeno social), depende do nível de convergência que se obtenha em cada um destes *estágios*. A convergência será necessariamente menor a cada estágio (haverá mais no primeiro que no segundo; mais no segundo que no terceiro), mas é disso que depende uma divergência genuína – embora o grau de divergência tolerável não possa ser determinado *a priori*⁴⁷⁵. É necessário, pois, que se *compartilhem alguns conceitos e critérios* para que a divergência seja produtiva. É claro que se retomam aqui, de forma agora mais analítica, os pressupostos da discussão que estabelecemos acima, a respeito dos *conceitos interpretativos* – expressão que, vimos, tem um significado particular e fundamental no contexto das reflexões dworkinianas. É importante ter isso bem presente, enquanto continuamos a exposição.

Cabe, aqui, uma nota explicativa. Já dissemos antes (e explicaremos isso melhor na sequência da tese) que, para Dworkin, a doutrina é o “prólogo silencioso”

⁴⁷³ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 130-1.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 131.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 131.

de toda a decisão judicial; e que a filosofia moral fornece, digamos, a “raiz” do argumento jurídico. O argumento especificamente dworkiniano, ligado ao papel da argumentação moral no Direito, ficará mais claro em seguida, quando tratarmos da tese da leitura moral da Constituição. Mas queremos desde já chamar a atenção para um aspecto estruturante desse debate: o fato de que os fundamentos da prática social nem sempre são trazidos à luz quando dela participamos, ou quando a ela aderimos. Veja-se que, como nota Dworkin, em geral, os intérpretes não possuem uma teoria autoconsciente e articulada a respeito das finalidades ou das fronteiras de algum gênero interpretativo. A maioria dos intérpretes adota uma série de pressuposições irrefletidas enquanto interpreta. Isso ajuda a explicar por que um dos aspectos da interpretação é *inefabilidade*: por que uma interpretação pode ser persuasiva para um e não para outro, simplesmente devido ao fato de que se “vê” (ou sente) no (ou a partir do) material interpretado, sem que se consigam explicitar as razões pelas quais isso se dá⁴⁷⁶.

Em todo o caso, o ponto é que Dworkin não fornece a *estratégia do valor* como uma descrição psicológica de como pensam os intérpretes; ela serve, isso sim, como uma *reconstrução*⁴⁷⁷. Essa descrição expõe as premissas submersas, por assim dizer, adotadas pelos intérpretes para sustentar suas propostas de interpretação – premissas que redimem a intuição de que suas afirmações estão dirigidas à verdade. Perceba-se que essas premissas, ou suposições, compõem, nas palavras de Dworkin, uma *bagagem inarticulada* (*inarticulate package*). Desse modo, quando chamado a explicitar essas premissas de forma racional, o intérprete certamente terá de buscar argumentos e convicções que ele não tinha de antemão, e que desenvolverá enquanto apresenta seu *case*⁴⁷⁸. Essas reformulações não são um defeito, mas parte do que significa defender que uma determinada interpretação é a que melhor capta o valor daquela prática interpretativa como um todo⁴⁷⁹.

Voltemos aos estágios de interpretação: segundo Dworkin, uma interpretação passa por três etapas, estejam estas visíveis ou ocultas: primeiro, identificamos o

⁴⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 132.

⁴⁷⁷ Em seguida falaremos sobre a diferença, oferecida pela matriz hermenêutica, entre compreensão e interpretação – na qual se dá primazia existencial à primeira. Isso talvez ilumine ainda mais o argumento de Dworkin.

⁴⁷⁸ Novamente: sem querer adiantar aqui o conteúdo do próximo tópico, chamamos desde já a atenção para o fato de que os conceitos de *preconceito* e de *círculo hermenêutico* claramente capturam o argumento de Dworkin nessa passagem.

⁴⁷⁹ DWORKIN, op. cit., p. 132.

gênero da interpretação; segundo, focamos nos *propósitos* daquela prática; terceiro, mostramos como uma determinada proposta de interpretação *mais bem realiza* esses *propósitos*. Trata-se, como se vê, de uma *reconstrução* do processo interpretativo, que é tanto mais iluminadora quanto se tenha em conta que há, nada obstante as distinções, uma *interação* entre cada um destes estágios. A interpretação que Dworkin faz, por exemplo, do significado da cláusula constitucional da igualdade, está totalmente conectada com o entendimento que o autor tem a respeito do papel das limitações constitucionais do poder numa democracia. O ponto é: a interpretação é *holística*. Se um filósofo moral pretende amarrar suas opiniões morais concretas com princípios justificativos mais abstratos, a reinterpretação de ambos é imprescindível para que se atinja esta integração. E é isso que ocorre com a interpretação em geral, na opinião de Dworkin, ainda que, costumeiramente, não nos demos conta disso: procuramos uma integração entre valores de fundo e *insights* interpretativos concretos⁴⁸⁰.

O *esqueleto* fornecido por Dworkin ilustra a centralidade dada por este à conexão entre o valor e os padrões de interpretação. Sua proposta faz com que se aproximem dois questionamentos aparentemente distintos. Por um lado, a pergunta sobre o que um determinado objeto (um poema ou um texto legal) significa; e, por outro, a pergunta sobre que tipo de valor este objeto tem, em si ou para nós mesmos. A teoria dworkiniana do valor faz com que a resposta à primeira questão seja sensível à resposta da segunda. Veja-se que, se as concepções valorativas do intérprete forem modificadas, modificar-se-ão, também, suas opiniões interpretativas concretas⁴⁸¹. Não se trata aqui, atenção, de uma concessão subjetivista ou relativista. O ponto é que, a partir da analítica dos *estágios* de interpretação, nós temos melhores condições de distinguir os *tipos de valor* que cada um dos gêneros interpretativos deve privilegiar. Quanto mais autoconscientes estivermos de cada uma dessas etapas, em melhores condições estaremos de fornecer uma interpretação que se aproxime do *tipo* de verdade que lhe é possível atingir.

É a deixa para Dworkin ampliar a sua *conceitografia*, apresentando-nos uma distinção entre três tipos de interpretação. Cada um destes favorecerá, como se verá, um tipo diferente de valor na interpretação. Assim, temos a interpretação

⁴⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 134-5.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 135.

colaborativa (*collaborative interpretation*), a interpretação *explanatória* (*explanatory interpretation*) e a interpretação *conceitual* (*conceptual interpretation*).

A interpretação *colaborativa* supõe que o objeto interpretado tem um autor, ou um criador, e que este deu início a um projeto que cabe ao intérprete continuar. A interpretação conversacional é quase sempre colaborativa, e boa parte da interpretação artística e literária, também. A interpretação jurídica pode ser igualmente colaborativa: frequentemente, um juiz acredita estar voltado para o mesmo objetivo dos criadores da lei que interpreta (justiça). Mesmo quando o julgador entende que seu papel é completamente subordinado ao do legislador, essa visão estaria justificada pelo ideal mais abrangente de justiça que é compartilhado entre ambos. Perceba-se que, nesta modalidade de interpretação, há uma conexão direta entre o valor que o intérprete atribui à classe de objetos que ele interpreta, e o valor que ele atribui ao ato de interpretar. O intérprete se soma ao autor na tarefa de realizar um valor: um valor que o objeto interpretado pode e deve ter⁴⁸².

Já a interpretação *explanatória*, por sua vez, supõe não que os intérpretes sejam *parceiros* dos criadores do objeto ou evento a ser interpretado, mas que esse evento tenha algum significado particular para a audiência a quem se dirige. Interpretações histórica e sociológica são, frequentemente, casos de interpretação *explanatória*. Um historiador que constrói uma teoria sobre o Holocausto não está, de modo algum, em parceria com os nazistas; ele apenas tenta encontrar o significado daquela época, daquele evento, para aqueles a quem sua teoria se dirige⁴⁸³.

Por fim, a interpretação *conceitual* está estruturada a partir de um pressuposto bem diferente: o de que o intérprete procura o significado de um conceito, como *justiça* ou *verdade*, que foi criado e recriado não por algum autor em particular, mas pela comunidade a que pertence aquele conceito, uma comunidade

⁴⁸² DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 136. Com outro vocabulário, tem alguma semelhança com a proposta de Dworkin a conhecida distinção que Eros Grau faz entre as artes *alográficas* e as *autográficas*. As primeiras (como a música e o teatro) completam-se com o concurso de dois personagens, o autor e o intérprete. As segundas (como a pintura e o romance), o autor contribui sozinho para a realização da obra. Há interpretação em ambos os casos, mas, no primeiro, a contemplação estética depende de um intérprete (alguém que cante a música ou que encene a peça) e, no segundo, não. O argumento de Grau é que o Direito é alográfico, na medida em que o texto normativo somente se completa quando o sentido por este expressado é produzido por um intérprete. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 30-1.

⁴⁸³ DWORKIN, op. cit., p. 136.

que é integrada, também, pelo intérprete. Quer dizer, na interpretação conceitual, a distinção entre criador e intérprete, que marca a interpretação colaborativa, desaparece. Não porque o intérprete esteja livre para usar os conceitos como ele queira, mas porque o seu uso do conceito, em resposta àquilo que ele acredita seja a interpretação correta, terá repercussão (ainda que de forma imperceptível) nos problemas interpretativos dos demais integrantes da comunidade⁴⁸⁴.

O argumento de Dworkin completa-se quando se observa que as formas de interpretação apresentadas podem se relacionar de diferentes modos. Pode haver entre estas *independência*, *complementaridade* ou *competição*.

Note-se que o objetivo do jusfilósofo norte-americano é, por meio dessa analítica, fornecer o ferramental necessário para que identifiquemos, em propostas de interpretação distintas, a raiz destas distinções. A ideia é decompor a interpretação até que se consiga identificar o ponto em que o desacordo gerou argumentos conflitantes; trata-se de estabelecer a razão da *divergência* para que não se fique, apenas, com argumentos *diferentes*. Quer dizer, para que o desacordo se forme de maneira genuína, e para que o debate seja produtivo, devemos compartilhar alguns critérios interpretativos; e a reconstrução da interpretação proposta por Dworkin auxilia na tarefa de iluminar a estrutura, por vezes oculta, de interpretações concorrentes sobre o mesmo material ou evento.

Uma nota à margem, porém: o próprio autor norte-americano ressalva que não se deve dar importância demasiada às classificações propostas. É frequentemente irrelevante saber *em que caixa colocar* o trabalho de um crítico. Não devemos nos perder na tarefa de identificar uma determinada proposta de interpretação como fruto de uma prática com responsabilidade *colaborativa*, *explanatória* ou *conceitual*, que esteja em relação de *independência*, *complementaridade* ou *competição* com uma interpretação diferente. Essa reconstrução (e as classificações que a acompanham) tem o objetivo de fazer com que evitemos confusões, e não que as geremos. Mas, por vezes, essas distinções são essenciais para que possamos localizar uma divergência importante e genuína que, não fosse por meio daquelas, não teríamos alcançado⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 136.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 143.

Dworkin fornece um exemplo que talvez deixe seu empreendimento mais claro. Consideremos o movimento do *Critical Legal Studies*. Tratou-se de um movimento acadêmico cujos objetivos, em resumo, consistiriam em desmistificar a suposição de que o Direito espelhasse um conjunto coerente de princípios de moralidade pessoal e política. Os *críticos* dedicaram-se a por em evidência as contradições da doutrina jurídica, expondo-lhe as causas: estas contradições seriam fruto da atividade de grupos poderosos que defendiam seus próprios interesses. Dworkin considera este movimento um exemplo de interpretação *explanatória*: ela reivindica significância contemporânea por meio de uma descrição particular de como o Direito se desenvolve. Não haveria qualquer razão – sugere o jusfilósofo norte-americano – para que o *Critical Legal Studies*, entendido dessa forma, devesse ser considerado em *competição* com algum tipo de interpretação colaborativa, que tivesse o objetivo de aperfeiçoar o Direito mediante a imposição de algum grau de integridade e princípio à doutrina jurídica – especialmente, naqueles casos em que os *críticos* tivessem exibido a fonte espúria da norma. Ao contrário, os empreendimentos poderiam bem ser considerados *complementares*, no seguinte sentido: por um lado, desmistifica-se a origem da doutrina; por outro, submete-se a uma interpretação iluminada por fins melhores. Não haveria conflito em identificar a origem da legislação na ganância para, num segundo momento, interpretá-la (a legislação) de modo a combatê-la (a ganância)⁴⁸⁶.

Nesse ponto é que se percebe a utilidade de se trabalhar com a classificação proposta por Dworkin. Se, a partir desta, o *liberal legalism*⁴⁸⁷ for considerado um exemplo de interpretação *colaborativa*, e o *Critical Legal Studies*, um exemplo de interpretação *explanatória*, não há motivo para que se veja, entre estas correntes de pensamento, qualquer divergência. Por outro lado, sendo a interpretação uma

⁴⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 144.

⁴⁸⁷ Nesta passagem, a expressão *legal liberalism* (algo como liberalismo jurídico) remete à teoria *normativa* do Direito proposta por Ronald Dworkin. O autor claramente pretende colocar, aqui, seu debate com o *Critical Legal Studies* sob outra luz. A respeito de debate entre Dworkin e o referido movimento, ver: GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 204-5. Anota-se que Guest, considerados os termos do debate, dá razão a Dworkin, como se lê na seguinte passagem: “Os estudiosos do *critical legal studies* simplesmente pressupõem que não há *nenhuma* argumentação da qual valha a pena participar. Contudo, eles deviam apreciar que, se participamos do argumento jurídico, não é decorrência inexorável que estamos encorajando o *atual* sistema. O reconhecimento de que pode haver tipos diferentes e controvertidos de argumento que são caracteristicamente jurídicos não significa que ‘o direito’ represente um conjunto caótico e conflitante de normas baseadas em diferentes interesses da classe”. *Ibid.*, p. 205.

questão de responsabilidade, num nível mais profundo, é possível entender o debate não como o resultado de uma simples confusão entre *interpretação* e *explicação*, mas como o reflexo de uma divergência mais profunda, e genuína, sobre a *responsabilidade* da academia jurídica. Contudo, nesse caso – e esse é o ponto de Dworkin –, se o objetivo da interpretação explanatória entabulada pelos *críticos* era o de mudar radicalmente a opinião e a prática, talvez eles tivessem sido mais bem sucedidos se o fizessem mediante *interpretação colaborativa*⁴⁸⁸.

É claro que interessa pouco, aqui e agora, entrar na minúcia das divergências entre Dworkin e os *críticos*. O exemplo apenas demonstra de que forma, ao reposicionarmos as premissas do debate na estrutura concebida por Dworkin, compreendemos melhor o desacordo e seus efeitos. Evita a ocorrência do *diálogo de surdos*, fazendo com que o desacordo, se houver, seja genuíno. No caso trabalhado, reconduzidos os argumentos à sua origem, percebe-se que, ao revés de complementaridade e/ou independência, o que se tem é efetiva *competição*.

Pois bem. No tópico seguinte, investigaremos essa questão das teorias da interpretação por meio de uma abordagem centrada nos supostos da matriz hermenêutica. Nosso propósito é o de demonstrar, num momento seguinte, de que modo a teoria da interpretação guiada pelo valor, proposta por Dworkin, se apresenta à luz da Hermenêutica Filosófica (Gadamer) – o que nos obrigará a falar, um pouco ao menos, sobre a Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger. Na nossa concepção, a hermenêutica filosófica gadameriana fornece uma maneira atraente de se ler a interpretação construtiva de Dworkin, deixando-nos em boas condições de trabalhar sua proposta de leitura moral da Constituição.

Antes, porém, à guisa de fechamento deste tópico, cabe repassar um assunto que já foi mais de uma vez tangido ao longo dessa pesquisa: a diferença fundamental entre as ciências naturais e as ciências humanas. Já examinamos os contornos que Brian Leiter deu à questão e já afirmamos dar preferência à perspectiva gadameriana, que segue nesse particular a filosofia de Dilthey. Esperamos que já tenha ficado mais clara, a estas alturas, a visão de Dworkin a respeito do assunto. A pretensão de verdade interpretativa almejada pela sua teoria da unidade do valor, examinada ao longo de sua defesa da objetividade dos juízos morais, depende de uma distinção entre os domínios do conhecimento. E a

⁴⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 144.

iluminação desse ponto decisivo de sua teoria aumenta por meio da distinção entre *ciência e interpretação*. Cabe repassá-la.

Dworkin observa que alguns filósofos traçam uma separação entre explicação (*explanation*) e entendimento (*understanding*); a primeira seria investigada pelas ciências naturais, ao passo que o segundo seria investigado pelas disciplinas humanas. As ciências naturais buscariam explicações que não dependem de um propósito (*purpose*), enquanto as ciências humanas almejariam atingir a compreensão *por meio* do propósito. A abordagem do jusfilósofo norte-americano é, porém, diferenciada: ele concebe que o entendimento significa *interpretação*. E a interpretação difere da ciência porque *depende* do propósito (ou intencionalidade), tanto no vocabulário de suas proposições como nos padrões de seu sucesso⁴⁸⁹.

De acordo com Dworkin, sempre que nos lançamos à investigação de qualquer coisa, nosso objetivo intrínseco (*intrinsic goal*) é encontrarmos a verdade – se não tivéssemos esse objetivo, não haveria por que investigarmos. Mas podemos, além disso, identificar as *justificativas* (*justifying goals*) de nossa pesquisa: os objetivos ou propósitos que acreditamos justificar a nossa tentativa de encontrar a verdade. O argumento do autor norte-americano é o de que, em que pese obviamente haja justificativas para a investigação científica (melhor dito: objetivos que justifiquem a pesquisa científica), estas nada têm a ver com a verdade perseguida; há uma distinção essencial entre a verdade científica e as nossas razões para procurá-la. E é aqui que reside a distinção básica entre a interpretação e a ciência: no domínio interpretativo, as justificativas estão no coração do sucesso do empreendimento. No âmbito da *teoria do valor*, como vimos, os padrões de sucesso de um determinado gênero interpretativo *dependem* daquilo que acreditamos ser o melhor entendimento do objetivo da interpretação naquele gênero. Outra maneira de dizê-lo é: na interpretação, *fundem-se* as justificativas e os objetivos intrínsecos da prática. Intérpretes – segue Dworkin – têm ou fazem suposições sobre esses objetivos e sobre os valores que os suportam; e estas suposições, ainda que frequentemente inarticuladas e não reconhecidas,

⁴⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 152.

determinam quais reivindicações interpretativas eles aceitam, e quais eles rejeitam⁴⁹⁰.

Esta moldura auxilia na compreensão das distinções, antes apontadas, entre ciência (ciências naturais, *hard sciences*) e moral. Ao contrário de afirmações científicas, propostas de interpretação não podem ser *simplesmente verdadeiras* (*barely true*): estas somente serão verdadeiras em virtude de uma justificativa interpretativa, que por sua vez remonta a um complexo de valores, nenhum destes *simplesmente verdadeiros* também. Uma interpretação não é uma evidência empírica. Uma interpretação verdadeira é verdadeira porque as razões fornecidas para aceitá-la são melhores do que as razões disponíveis para aceitar uma interpretação rival⁴⁹¹. O fato de não haver um, por assim dizer, *chão firme* (*no firm ground at all*) para a interpretação não é, portanto, prova de que a verdade é inatingível; é apenas um sintoma de que se trata de um domínio distinto do conhecimento – um domínio que, ao contrário da ciência, é moldado, inclusive metodologicamente, por seus objetivos e justificativas.

4.2.2 Filosofia e interpretação: a matriz hermenêutica

Observamos ao longo do trabalho – em especial no ponto em que discutimos as ideias de Brian Leiter a respeito da objetividade no domínio moral – que as propostas de Dworkin deveriam ser compreendidas no contexto de uma mudança de paradigma teórico, de uma “virada metodológica”, havida na teoria do direito do século XX; referimo-nos, então, à chamada “viragem hermenêutica” (*hermeneutic turn*). Segundo Ronaldo Porto Macedo Junior, a palavra “hermenêutica” designa um tipo de abordagem em que a produção do sentido da ação é um elemento decisivo para o seu conhecimento; nesse sentido, seriam abordagens hermenêuticas tanto o interpretativismo de Ronald Dworkin, como as concepções de Direito defendidas por autores positivistas como Hart e Raz⁴⁹².

Neste mesmo contexto, quando discutimos a possibilidade de que Dworkin fosse considerado um *realista filosófico*, trouxemos à luz as considerações de Lenio

⁴⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 153.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 154.

⁴⁹² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66.

Streck, que situa o contributo do jusfilósofo norte-americano para além da dicotomia entre objetivismo e subjetivismo filosóficos, isto é: no contexto da filosofia da linguagem e a partir da *viragem linguística*⁴⁹³. Adiantamos: as ideias de Streck devem ser entendidas, especialmente, a partir da Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger e da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer⁴⁹⁴.

Ainda, por mais de uma vez, antecipamos a noção de que a hermenêutica gadameriana fornece uma maneira adequada de se compreender as principais teses de Dworkin sobre a interpretação. Já se anotou, ainda que apenas incidentalmente, que determinadas categorias hermenêuticas (*preconceito* e *círculo hermenêutico*, por exemplo) captam bem a estrutura do pensamento do jusfilósofo norte-americano, auxiliando na explicitação de suas premissas.

Pois bem: é chegada a hora de explicarmos melhor do que trata, afinal, o paradigma hermenêutico. Reconstruiremos, para tanto, o percurso adotado por Lenio Streck na montagem de sua *Crítica Hermenêutica do Direito*: de Heidegger a Gadamer (autor este que, por razões que ficarão mais claras ao longo desta seção, nos interessa mais de perto).

Começemos com Martin Heidegger; no contexto de sua obra (em especial, *Ser e Tempo*, de 1927), a hermenêutica passou a ser associada a uma perspectiva fundamental, dizendo respeito às condições prévias não só da interpretação de textos, mas de todo pensamento e atividade humana⁴⁹⁵. A filosofia de Heidegger parte da “necessidade de uma retomada explícita da questão do ser”, que teria sido emudecida enquanto “questão temática de uma real investigação” desde as

⁴⁹³ Ideia que é desenvolvida com maior detalhe em: STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, *passim*.

⁴⁹⁴ A título introdutório, Ernildo Stein traça uma útil distinção entre *hermenêutica técnica*, *hermenêutica filosófica* e *filosofia hermenêutica*. De acordo com Stein, a hermenêutica técnica é “o vasto campo onde se situam os instrumentos de caráter formal com que abordamos o universo de tudo aquilo que pode ser chamado texto”. Já a hermenêutica filosófica “representa um campo com pretensões mais teóricas. Trata-se de atribuir a uma espécie de disciplina uma autonomia entre outros campos da Filosofia. Com a expressão hermenêutica filosófica, introduziu-se, na segunda metade do século XX, um novo âmbito que tem um alcance de caráter mais ligado ao problema do conhecimento. A hermenêutica filosófica apresenta-se com uma pretensão de universalidade semelhante ao conceito de dialética em outros tempos”. E, por fim, a filosofia hermenêutica “vai além dos aspectos técnicos da primeira, dos aspectos gnoseológicos da segunda e introduz um novo modo de conceber o próprio conceito de compreensão e interpretação. Assim, a Filosofia Hermenêutica apresenta-se com uma pretensão de radicalidade desconhecida das outras duas, na medida em que com ela se inaugura um novo ponto de partida para a Filosofia”. STEIN, Ernildo. Interpretacionismo: a tradição hermenêutica diante de duas novas propostas. In: REIS, Róbson Ramos dos; ROCHA, Ronai Pires da. *Filosofia hermenêutica*. Santa Maria: UFSM, 2000, p. 56.

⁴⁹⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 50.

“pesquisas de Platão e Aristóteles”; mais especificamente, o filósofo pretende responder à questão sobre o sentido de “ser”, que seria o “conceito mais universal e mais vazio”, e que, não podendo ser concebido como um “ente”, possui a característica da “indefinibilidade”, o que, nem por isso “dispensa a questão de seu sentido; ao contrário, justamente por isso a exige”⁴⁹⁶.

Essa questão, que abre *Ser e Tempo*, é a questão da chamada “ontologia fundamental”, domínio no qual se estabelece a distinção entre “ser” e “ente” (*diferença ontológica*⁴⁹⁷). Segundo observa Ernildo Stein, o enfrentamento dessa temática exigiu de Heidegger, programaticamente, “uma destruição da ontologia do ente puramente subsistente” e, metodologicamente, a elaboração de uma “fenomenologia hermenêutica cujos enunciados pretendem validade transcendental”⁴⁹⁸.

Heidegger explica que a palavra “fenomenologia” (etimologicamente, algo como “a ciência dos fenômenos”) exprime uma máxima que se pode formular, com base em Husserl, na expressão: “para as coisas elas mesmas”; isso “por oposição às construções soltas no ar, às descobertas acidentais, à admissão de conceitos só aparentemente verificados, por oposição às pseudoquestões que se apresentam, muitas vezes, como ‘problemas’ ao longo de muitas gerações”⁴⁹⁹. Com a expressão “fenomenologia”, Heidegger determina o conceito de um “método” (compreendido não como algo exterior e puramente técnico, mas tanto mais ligado à discussão das coisas em si mesmas quanto mais determina o movimento básico de uma ciência) que não visa a caracterizar os conteúdos dos objetos da pesquisa filosófica, mas que apenas caracteriza o “como”, a maneira de proceder da filosofia⁵⁰⁰. Assim, Heidegger chega a um conceito preliminar de fenomenologia: “deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo”; com isso,

⁴⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 37-9.

⁴⁹⁷ Gadamer deixa esta questão particularmente clara: “Nenhum homem sabe no fundo o que o conceito ‘o ser’ designa, e, apesar disso, nós todos temos uma primeira pré-compreensão ao ouvirmos a palavra ‘ser’ e compreendermos que aqui o ser, que cabe a todo ente, é elevado desde então ao nível do conceito. Com isso, ele é diferenciado de todo ente. É isso que significa inicialmente a ‘diferença ontológica’”. GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva*. 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007, p. 92.

⁴⁹⁸ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “ser e tempo”*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 13.

⁴⁹⁹ HEIDEGGER, op. cit., p. 66.

⁵⁰⁰ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 162.

de acordo com o filósofo alemão, “não se faz outra coisa do que exprimir a máxima formulada anteriormente – ‘para as coisas elas mesmas!’”⁵⁰¹.

Tenhamos presente que, para Heidegger, em sentido fenomenológico, “fenômeno é somente o que constitui o ser, e ser é sempre ser de um ente”; portanto, “ao se visar uma liberação do ser, deve-se, preliminarmente, aduzir de modo devido o próprio ente”, ou seja, “este ente também deve mostrar-se no modo de acesso que genuinamente lhe pertence”; é nesse sentido que, em seu conteúdo, “a fenomenologia é a ciência do ser dos entes – é ontologia”⁵⁰².

A fenomenologia, para Heidegger, é *hermenêutica*. Aqui, entra em cena uma das categorias fundamentais do pensamento de Heidegger: o *Dasein*. Trata-se, o *Dasein* (habitualmente traduzido como “ser-aí”, “estar-aí”, “pre-sença” ou mesmo por “homem”)⁵⁰³, de um ente compreensivo, um ente que é justamente se questionando a respeito do sentido de *ser*. Um ente que, como diz Heidegger, é “dotado de um privilégio ôntico-ontológico”, na medida em que “somente a ontologia fundamental pode colocar-se diante de um problema cardeal, a saber, da questão sobre o sentido de ser em geral”; é a partir dessas considerações que o filósofo dirá que “da própria investigação resulta que o sentido metodológico da descrição fenomenológica é *interpretação*”⁵⁰⁴. Assim, a fenomenologia do *Dasein* é “*hermenêutica* no sentido originário da palavra em que se designa o ofício de interpretar”; é desvendando-se o sentido de ser e as estruturas fundamentais do *Dasein* em geral que se abre “o horizonte para qualquer investigação ontológica ulterior dos entes não dotados do

⁵⁰¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 74.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 77.

⁵⁰³ Márcia Sá Cavalcante Schuback, que traduz e prefacia a edição de *Ser e Tempo* consultada nesta pesquisa (e que traduz a expressão “*Dasein*” como “*presença*”), faz considerações esclarecedoras para a compreensão desta categoria hermenêutica fundamental, e sobre o dilema de traduzir, ou não, a expressão “*Dasein*”: “Se o leitor lê a tradução porque não sabe alemão, ele lerá em primeiro lugar não uma palavra mas um conjunto de letras e fonemas, e essa palavra só terá sentido, ou bem quando explicada e traduzida, ou bem quando o leitor aprender alemão, e nesse caso poder prescindir da tradução. A não-tradução faz da palavra mais cotidiana em alemão, *Dasein*, a palavra mais esdrúxula quando pronunciada em português, ‘*Dasein*’, tornando-se assim infiel à característica mais própria da linguagem de Heidegger, que não é tanto a introdução de palavras inusitadas, mas o uso inusitado e extraordinário de palavras usuais e cotidianas da língua alemã”; dito isso, guarde-se bem que “*Dasein* é um termo decisivo em *Ser e Tempo*. Mas é decisivo precisamente por indicar a condição existencial de possibilidade de um pensamento que não se define e nem se esgota com a racionalidade categorial dos conceitos. *Dasein* não é um conceito, mas uma ‘indicação formal’, um aceno. Distintamente de um conceito, que é síntese do múltiplo e diverso numa universalidade, *Dasein* é indicação de experiência, onde compreender não diz agarrar a realidade com esquemas já dados, mas deixar-se tomar pelo que faz a compreensão buscar compreender”. *Ibid.*, p. 16-7.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 77.

caráter de presença”, donde decorre que “a hermenêutica da presença torna-se também uma ‘hermenêutica’ no sentido de elaboração das condições de possibilidade de toda investigação ontológica”⁵⁰⁵.

A partir do momento em que a investigação do sentido de ser parte de uma analítica do *Dasein* (um ente que atua a partir de uma certa compreensão de seu próprio ser, e que é, neste sentido, “pré-ontológico”⁵⁰⁶), trabalha-se com uma interpretação fundada no momento mais radical, o da abertura para o mundo, o da compreensão primeira, a partir da qual se desenvolve a ação humana; essa *compreensão existencial* faz com que a hermenêutica passe a ser o fundamento ontológico do próprio *Dasein*, sendo anterior à cisão entre sujeito e objeto, natureza e cultura, ou até mesmo à própria consciência⁵⁰⁷.

Em sua cotidianidade, o *Dasein* é o pressuposto inafastável a partir do qual se pode entrar em contato com o ser; daí Heidegger utilizar a expressão “ser-no-mundo” para designar a estrutura do *Dasein*, que deve ser o ponto de partida de sua analítica; Silva Filho anota que a referência a *ser-no-mundo*⁵⁰⁸ implica, basicamente, três abordagens elaboradas na primeira parte de *Ser e Tempo*: “o conceito de *mundo* e a ideia de *mundanidade*; o *ser-aí* enquanto jogado no cotidiano, isto é, a referência ao homem concreto, visto em sua vivência; e, finalmente, a relação de sentido unitária que se estabelece entre os entes a partir do *ser-aí* em sua

⁵⁰⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 77. Ernildo Stein anota que, ao introduzir o *Dasein* em seu pensamento, Heidegger elabora um novo conceito “de ser que não está mais ligado aos entes de maneira objetivista, mas que surge no ser-aí como o sentido do ser. É desse ser que podemos afirmar que foi esquecido na metafísica, e somente um conceito de ser ligado ao ser-aí, que é um nível de ente que se articula fora da metafísica, é capaz de constituir o ponto de partida da superação da metafísica”. STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 150.

⁵⁰⁶ Ensina Stein que “para colocar a questão do sentido do ser, de modo expresso, era necessária uma explicação ontológica do ser-aí. Isto seria necessário porque ‘compreensão do ser é, em si mesma, uma determinação ontológica do ser-aí’, justamente porque ‘a cada característica ôntica do ser-aí deve-se ao fato de ele ser ontológico’, o que não quer dizer que ele tenha elaborado uma ontologia. E porque reservamos o nome ontologia para a interrogação explícita e teórica a respeito do sentido do ser, o ser-aí assume uma característica pré-ontológica. Isto quer dizer que o ser-aí é ao modo de compreensão do ser”. STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 186.

⁵⁰⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 58-9.

⁵⁰⁸ Em um texto posterior a *Ser e Tempo*, Heidegger assim se pronunciou sobre a expressão *ser-no-mundo*: “Naquela determinação, ‘mundo’ não significa um ente e nem o âmbito do ente, mas a abertura do ser. O homem é e é homem, na medida em que é ek-sistente. Ele está postado na e a caminho da abertura do ser, abertura que é, como tal, o próprio ser, o qual, como jogada, jogou a si mesmo como essência do homem no ‘cuidado’. E é assim ‘jogado’ que se encontra o homem ‘na’ abertura do ser. ‘Mundo’ é clareira do ser, na qual o homem, a partir de seu ser jogado, surge e se põe de pé”. HEIDEGGER, Martin. *Marcas do caminho*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008, p. 362.

mundanidade, o que Heidegger designa por *ser-em*”; nesta vereda, a analítica do *Dasein* revelar-se-á um caminho que encontra os entes e sua significação no plano da faticidade; daí falar-se em “hermenêutica da faticidade”, entendida aqui como a investigação ontológica fundamental de Heidegger⁵⁰⁹.

Veja-se que, antes mesmo de *Ser e Tempo*, Heidegger já introduzira a expressão “hermenêutica da faticidade”, a fim de contrapor seu próprio modo de colocação do problema ao idealismo da consciência; Gadamer explica que “faticidade é mesmo manifestamente o inabarcável que resiste a toda tentativa de alcançar a transparência da compreensão”, donde “fica claro que permanece em toda compreensão de sentido algo impassível de ser esclarecido e que se precisa retrojetar a questão àquilo que motiva toda a compreensão”⁵¹⁰. Essa faticidade, que visa ao *ser-aí* (*Dasein*) do homem, e que sublinha a “fatorialidade do fato”, torna-se um novo desafio para o querer compreender; assim, é constitutivo do *Dasein* humano “o fato de irmos ao mundo sem sermos questionados e de sermos chamados sem sermos questionados”, sendo que “em todo o nosso ‘ter-sido-jogado’, vivemos em vista de nosso futuro, de um futuro para o qual nos projetamos”⁵¹¹.

Com isso – segue Gadamer –, a hermenêutica concentra-se em algo incompreensível, sendo, por meio daí (do desafio do incompreendido e do incompreensível), trazida para o caminho do questionamento e obrigada a compreender; isso acaba por minimizar o paradoxo que reside na hermenêutica da faticidade; não “isso ou aquilo que não foi compreendido, mas o incompreensível puro e simples, o fato de estar aí, e, ainda mais, a incompreensibilidade de não ser: é isso que projetamos em vista de sentido”⁵¹².

Sigamos. Em *Ser e Tempo*, Heidegger reelabora a relação entre “compreensão” e “interpretação”, dando primazia existencial à primeira. O compreender passa a ser interpretado como um “existencial fundamental”, como um fenômeno concebido “como modo fundamental de *ser* da presença”; isto é: se o *Dasein* é um ente no qual, como *ser-no-mundo*, está em jogo “seu próprio ser” (cujo

⁵⁰⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 59-60.

⁵¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007. (v. II), p. 19.

⁵¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva*. 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007, p. 96.

⁵¹² *Ibid.*, p. 96-7.

sentido é interrogado), ele é, sobretudo, “possibilidade de ser”, ou seja, “toda presença é o que ela pode ser e o modo em que é a sua possibilidade”, entendida esta como designativa do que “*ainda* não é real e que *nunca* será necessário” (grifo do autor); neste sentido, “a presença é de tal maneira que ela sempre compreendeu ou não compreendeu ser dessa ou daquela maneira”⁵¹³. Daí, a conclusão: “interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender”⁵¹⁴.

Detenhamo-nos nesse ponto. O argumento de Heidegger é o de que qualquer significação que se atribua a um ente é, na verdade, uma interpretação, uma vez que toda a atividade do sujeito está calcada em um momento prévio, fundante, de abertura para o mundo; é a este instante que se denomina *compreensão existencial*, e que permitirá instaurar inúmeras possibilidades do ser-aí, a serem desenvolvidas na *interpretação*⁵¹⁵. Nesta linha, conforme observa Lenio Streck, a compreensão antecede qualquer interpretação, ou seja: “*não é a interpretação que conduz a alguma coisa, mas, antes, é a compreensão que atua como condição de possibilidade desse ato interpretativo*, que funciona como uma elaboração (explicitação) do (já) compreendido”⁵¹⁶ (grifo do autor).

Outro aspecto a ser considerado é que, para Heidegger, a “interpretação cotidiana da circunvisão” sempre se funda numa *posição prévia*⁵¹⁷, numa *visão prévia*⁵¹⁸ e numa *concepção prévia*⁵¹⁹. Quer dizer, a compreensão possui uma estrutura que antecipa o sentido. Pode-se dizer, com Silva Filho, que, inicialmente, o homem está em uma relação de disponibilidade com as coisas, que adquirem um

⁵¹³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 203-4.

⁵¹⁴ Ibid., p. 209.

⁵¹⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 60-1.

⁵¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo, 2003, p. 228.

⁵¹⁷ “Ao apropriar-se da compreensão, a interpretação se move em sendo compreensivamente para uma totalidade conjuntural já compreendida. A apropriação do compreendido, embora ainda velado, sempre cumpre o desvelamento guiada por uma visão que fixa o parâmetro na perspectiva do qual o compreendido há de ser interpretado”. HEIDEGGER, op. cit., p. 211.

⁵¹⁸ “A interpretação funda-se sempre numa *visão prévia*, que ‘recorta’ o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação. O compreendido, estabelecido numa posição prévia e encarado numa ‘visão previdente’ (*vorsichtig*) torna-se conceito através da interpretação”. Ibid., p. 211.

⁵¹⁹ “A interpretação pode haurir conceitos pertencentes ao ente a ser interpretado a partir dele mesmo, ou então forçar conceitos contra os quais o ente pode resistir em seu modo de ser. Como quer que seja, a interpretação sempre já se decidiu, definitiva ou provisoriamente, por uma determinada conceituação, pois está fundada numa *concepção prévia*”. Ibid., p. 211.

sentido a partir de sua utilidade pragmática; assim, antes de o homem ter consciência de que este ou aquele ente possuem tais ou quais características que lhe são úteis, ele já conhece esta utilidade a partir de um sentido que aquele ente já possui em sua circunvisão; esta “disponibilidade é o *à-mão* do qual trata Heidegger. Em outras palavras, ser *jogado no mundo* significa que primeiro estamos enredados na disponibilidade dos entes, para só depois termos consciência disto e podermos tematizar esta disponibilidade”⁵²⁰ (grifo do autor). Assim, a compreensão prévia é um *sentido*⁵²¹ que o homem assume de modo inconsciente e que, ademais, já lhe é transmitido pela própria linguagem⁵²².

Perceba-se que há, pois, uma relação *circular* entre o compreendido (algo que nos chega “como” algo⁵²³) e o interpretado. No seguinte sentido: a interpretação não é a colocação posterior, pelo intérprete, de um significado a um objeto neutro; ela é o desenvolvimento de algo prévio, que instaura o próprio objeto; e é apenas *depois* da interpretação que se pode retornar à compreensão fundante, que só agora pode ser tematizada⁵²⁴.

Explicando melhor, de acordo com Heidegger, a “interpretação já sempre se movimenta no já compreendido e dele se deve alimentar”, o que não deve ser entendido como “um vício”, mas, sim, como um reconhecimento das condições essenciais de realização de qualquer interpretação possível; é no contexto destas reflexões que o filósofo lança uma de suas máximas mais conhecidas: “o decisivo não é sair do círculo mas entrar no círculo de modo adequado”⁵²⁵. Com isso se quer dizer que a possibilidade positiva do conhecimento mais original só pode ser apreendida de modo *autêntico* se a interpretação tiver compreendido que “sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão

⁵²⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 62-3.

⁵²¹ A expressão “sentido”, para Heidegger, tem um significado diferenciado: “Se junto com o ser da presença o ente intramundano também se descobre, isto é, chega a uma compreensão, dizemos que ele tem *sentido*. Rigorosamente, porém, o que é compreendido não é o sentido, mas o ente e o ser. Sentido é aquilo que sustenta a compreensibilidade de alguma coisa. [...] *Sentido é a perspectiva na qual se estrutura o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia. É a partir dela que algo se torna compreensível como algo*”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 212-3.

⁵²² SILVA FILHO, op. cit., p. 63.

⁵²³ “O que se abre no compreender, o compreendido, é sempre de tal modo acessível que pode relevar-se expressamente em si mesmo ‘como isto ou aquilo’. O ‘como’ constitui a estrutura do *expressamente* compreendido; ele constitui a interpretação” (grifo do autor). HEIDEGGER, op. cit., p. 210.

⁵²⁴ SILVA FILHO, op. cit., p. 61-2.

⁵²⁵ HEIDEGGER, op. cit., p. 214.

prévia e concepção prévia, por conceitos populares e inspirações”, ou seja, na “elaboração da posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, ela deve assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas”⁵²⁶. Trata-se, portanto, de um exercício de fenomenologia hermenêutica.

Stein faz a seguinte leitura do “círculo da compreensão” em Heidegger: “somente o ser-aí pode ter ou estar privado de sentido. Portanto, pela compreensão prévia, que é a abertura do ser-aí, nós já sempre levamos conosco o sentido que buscamos”; e *disso* é que resulta, arremata o filósofo gaúcho, “o círculo da compreensão ou o círculo hermenêutico”⁵²⁷.

Nas palavras de Gadamer, a reflexão hermenêutica de Heidegger tem o seu ponto alto não no fato de demonstrar que prejaz um círculo à interpretação compreensiva, mas em demonstrar que este círculo tem um sentido ontológico positivo, pela exata razão de que “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’”, pois “o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das idéias que lhe ocorrem”⁵²⁸.

Fixemo-nos, agora, na centralidade que a *linguagem* assume no contexto da interrogação heideggeriana. A celebrada frase “a linguagem é a morada do ser”⁵²⁹, lançada por Heidegger em sua carta *Sobre o Humanismo*, é um bom eixo para desenvolvermos este tópico. A ideia central, aqui, é a de que a linguagem é indissociável do pensamento, isto é, “não podemos presumir um momento em que, ao mesmo tempo, temos consciência de algo e estamos despidos de linguagem, podendo utilizá-la como mero instrumento de expressão de ideias”, uma vez que o pensar já traz *em si* o acesso à linguagem; dessa forma, “é a linguagem que nos traz

⁵²⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 215.

⁵²⁷ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 247.

⁵²⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 356.

⁵²⁹ Eis o contexto em que a frase foi empregada: “O pensamento leva a cabo a relação entre o ser e a essência do homem. Ele não faz, nem produz essa relação. O pensamento se limita a oferecê-la ao ser como aquilo que a ele próprio foi doado pelo ser. Esse oferecer consiste no fato de o ser vir à linguagem no pensar. A linguagem é a morada do ser. Na habitação da linguagem mora o homem. Os pensadores e os poetas são os guardiões dessa morada. Sua vigília consiste em levar a cabo a manifestação do ser, na medida em que, por seu dizer, a levam à linguagem e nela a custodiam”. HEIDEGGER, Martin. *Marcas do caminho*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008, p. 326.

a verdade do ser, ou seja, o desenvolvimento das possibilidades em nós previamente instauradas (a interpretação)⁵³⁰. Dito de maneira mais simples, é justamente com a linguagem que pensamos: é ela que nos possibilita interpretar o compreendido.

Com base em premissas heideggerianas, Lenio Streck afirma que linguagem é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, *condição de possibilidade*; nas suas palavras, a linguagem “é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir”⁵³¹. De acordo com Heidegger, a linguagem, enquanto *casa do ser*, é “apropriada pelo ser em meio ao acontecimento e estabelecida pelo ser. Por isto há que se pensar a essência da linguagem a partir de sua correspondência, ou seja, como morada da essência do homem”⁵³². Heidegger retomou o assunto na conferência intitulada *A Essência da Linguagem*. Nesta ocasião, ao abordar a relação entre a “palavra” e a “coisa”, colocou que “esta relação não é contudo um relacionamento entre a coisa de um lado e a palavra de outro. A palavra é ela mesma a relação que a cada vez envolve de tal maneira a coisa dentro de si que a coisa ‘é’ coisa”; isso quer dizer que “o ser de tudo aquilo que é mora na palavra”, já que “é a palavra que confere ser às coisas”⁵³³. É por isso que o filósofo explica que, para se questionar sobre a linguagem ou sobre a sua essência, é preciso que tanto a linguagem como a essência já se nos tenham indicado (como tais), ou seja, “tanto o questionamento quanto a interrogação necessitam, não só aqui como em qualquer outro lugar, de ter dado indícios daquilo que tocam e buscam com suas questões”⁵³⁴.

Lenio Streck adverte, porém, que conceber a linguagem como totalidade não implica dizer que esta *cria* o mundo: este existe independentemente de nós; o que se quer dizer é que, já que a linguagem nos precede, o mundo somente será mundo, como mundo, se o nomearmos, é dizer, se lhe dermos sentido como mundo – e não como mundo em si⁵³⁵. Na síntese de Silva Filho, dada a centralidade da linguagem,

⁵³⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 67.

⁵³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 288.

⁵³² HEIDEGGER, Martin. *Marcas do caminho*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008, p. 346.

⁵³³ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. 3 ed. Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária São Francisco, 2003, p. 127-30.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 134-5.

⁵³⁵ STRECK, op. cit., p. 197-8.

“a função do pensamento passa a ser a de trazer a ocorrência do ser para uma forma falada”⁵³⁶.

Repare-se que o conjunto destas noções modifica as bases do que Heidegger denominou de “conceito corrente” de *verdade*; este, segundo o filósofo, se exprimiria de duas maneiras: “por um lado, a consonância entre uma coisa e o que dela previamente se presume, e, por outro lado, a concordância entre o que é visado pela enunciação e a coisa”; ou, dito de outro modo, verdade como “adequação da coisa com o conhecimento” ou como “adequação do conhecimento com a coisa”⁵³⁷. Entenda-se: a partir do momento em que não há uma cisão entre um sujeito cognoscente e um objeto a ser conhecido, a verdade deixa de ser concebida como a representação do real. Heidegger acredita que a *liberdade* é a essência da verdade; não a liberdade como “arbítrio humano”, mas como aquilo que “deixa que cada ente seja o que ele é”, ou seja, liberdade enquanto aquilo que “deixa-ser” o ente⁵³⁸. Verdade é, neste sentido, *desvelamento*. Nas palavras do filósofo,

A liberdade assim compreendida, como deixar-ser do ente, realiza e efetua a essência da verdade sob a forma de desvelamento do ente. A “verdade” não é uma característica de uma proposição conforme, enunciada por um “sujeito” relativamente a um “objeto” e que, então, é “válida” não se sabe em que âmbito; a verdade é muito mais o desencobrimento do ente graças ao qual se realiza uma abertura⁵³⁹.

Heidegger acrescenta, ainda, que o *desvelamento* do ente implica um “recuo diante do ente, a fim de que este se manifeste naquilo que é e como é, de tal modo que a adequação representativa dele receba a medida”⁵⁴⁰.

Para que essa noção (de *verdade* como *desvelamento*) seja adequadamente entendida, precisamos ainda avançar na *conceitografia* apresentada por Heidegger, explicitando a noção, mencionada de passagem nesta pesquisa, de “diferença ontológica”. Trata-se, como dito, no vocabulário heideggeriano, da diferença existente entre o “ser” e o “ente”. O que essa expressão tem como meta, é revelar a diferença do ser em relação a todo ente⁵⁴¹. Chamam-se “ente” muitas coisas e em

⁵³⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 71.

⁵³⁷ HEIDEGGER, Martin. *Marcas do Caminho*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008, p. 192.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 200.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 202.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 200-1.

⁵⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva*. 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007, p. 92.

sentidos diversos; ente “é tudo de que falamos dessa ou daquela maneira, este é também o que e como nós somos”⁵⁴². Ente, pois, é tudo aquilo com quem o homem mantém uma relação. Já o “ser” é o que diz respeito ao universo das condições do encontro com os entes. O “ser” não é um “ente”, mas é o que determina o ente como ente; “é aquilo em vista de que o ente já está sempre sendo compreendido, em qualquer discussão”⁵⁴³.

Gadamer auxilia no esclarecimento desse importante *teorema*; ele próprio teve a oportunidade de perguntar a Heidegger como é que se chegava ao ponto de *fazer* uma tal diferenciação ontológica, o obteve como resposta – isso em 1924 – o seguinte: “Mas não! Essa distinção não é de modo algum feita por nós”; aos olhos de Gadamer, isso quer dizer que “a diferença não é algo feito por alguém, mas que somos colocados nessa diferenciação, nessa diferença”; vale dizer, “ser” mostra-se “no” ente e nisso já reside a questão sobre o que significa o fato de o ente se “dar”, ou seja, “o nosso pensamento se encontra desde o princípio sobre o caminho da diferenciação do ente em relação ao ser”⁵⁴⁴. Gadamer continua: “a diferença não é algo que se faça, mas algo que se apresenta aí, que se abre como um abismo. Algo se afasta. Um despontar em lugar”; no quadro da filosofia heideggeriana, isso se chama de a “abertura do ser”⁵⁴⁵.

Feita essa breve reconstrução da filosofia heideggeriana, fixaremos-nos de ora em diante em Gadamer, cuja hermenêutica auxiliará, veremos no próximo tópico, na compreensão filosófica da teoria da interpretação proposta por Dworkin.

Lembremos que, em Heidegger, a hermenêutica está relacionada com o que acontece em qualquer atividade cognitiva, e não especificamente com a interpretação de textos ou eventos. Pode-se dizer que a hermenêutica integra a nossa própria estrutura ontológica (daí falar-se, no contexto da obra de Heidegger, em *Filosofia Hermenêutica*, e não em *Hermenêutica Filosófica*⁵⁴⁶). Dessa forma, todo pensamento ou proposição pode ser considerado uma interpretação, na medida em que desenvolve uma dimensão prévia: a compreensão existencial. Pois é exatamente a descoberta de uma pré-estrutura de compreensão que se revela, ao

⁵⁴² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006, p. 42.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 41.

⁵⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva*. 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007, p. 92-3.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 93.

⁵⁴⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 72.

mesmo tempo, “o ponto de partida de Gadamer e o ponto de chegada do Heidegger de 1927”⁵⁴⁷.

Gadamer, assim, tem um alvo distinto daquele visado por Heidegger. Enquanto Heidegger se interessa pela problemática da hermenêutica histórica e da crítica histórica com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir destas, a estrutura prévia da compreensão, o objetivo de Gadamer, ao revés, é, “uma vez tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, [...] compreender como à hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão”⁵⁴⁸. Na leitura de Silva Filho, o projeto gadameriano pode ser resumido, assim, na forma de duas *retomadas*: por um lado, das questões hermenêuticas que motivaram a tradição romântica (a saber: aquelas concernentes à indagação dos significados ocultos dos textos); e, por outro, da perspectiva diltheyniana de demarcar o caráter compreensivo das ciências do espírito⁵⁴⁹.

Dito de maneira mais simples, Gadamer não está tão interessado quanto Heidegger em desenvolver uma ontologia fundamental (na investigação do sentido de ser em geral), mas sim em desenvolver uma hermenêutica antirrelativista que se aproprie das noções da Filosofia Hermenêutica e da fundação epistemológica das ciências do espírito (Dilthey). Pode-se dizer, simplificando, que Gadamer está preocupado com as condições de possibilidade de se fazerem interpretações *corretas*.

Para efeito da hermenêutica gadameriana, a estrutura universal da compreensão atinge a sua concreção na compreensão histórica, uma vez que “os vínculos concretos de costume e tradição e suas correspondentes possibilidades de futuro tornam-se operantes na própria compreensão”; quer dizer, há uma imbricação entre as noções de “estrutura existencial da pré-sença” (Heidegger) e de “compreensão da tradição histórica” (Dilthey); a ideia é que “a pertença do intérprete ao seu objeto, que não conseguia encontrar uma legitimação correta na reflexão da

⁵⁴⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 72.

⁵⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 354.

⁵⁴⁹ SILVA FILHO, op. cit., p. 73. Manfredo Araújo de Oliveira observa, a propósito, que o homem está imerso na história e não é possível situar-se fora dela; por isso, a pergunta fundamental que vai marcar o pensamento de Gadamer é: que significa para a compreensão e a autocompreensão do homem saber-se “carregado” por uma história, que se articula para nós como linguagem dada pela tradição? OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 226.

escola histórica, obtém agora um sentido que pode ser demonstrado concretamente”; demonstrar este sentido “é a tarefa da hermenêutica”⁵⁵⁰.

Essa tarefa não se cumpre, entretanto, para Gadamer, por meio de um método que elimine os preconceitos. Pelo contrário: a historicidade, que é inerente ao homem, traz consigo os preconceitos; e Gadamer eleva a historicidade da compreensão ao patamar de princípio hermenêutico⁵⁵¹. Tenha-se presente, portanto, que a hermenêutica gadameriana coloca em questão não o que fazemos, ou o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer; neste sentido, seu escopo não é o de estabelecer um método, mas o de descobrir e tornar consciente algo que foi encoberto e ignorado pela disputa sobre os métodos; algo que, antes de limitar e restringir a ciência moderna, precede-a e em parte torna-a possível⁵⁵². Para o filósofo, compreender e interpretar textos não é um expediente reservado apenas à ciência, mas pertencente ao todo da experiência do homem no mundo; assim, na sua origem, “o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método”⁵⁵³.

Pois bem. Ainda estamos devendo uma melhor explicitação do projeto gadameriano. Contudo, já nos estendemos o bastante neste tópico, e é tempo de retomarmos o foco. Uma vez expostos, no item anterior, os pilares da teoria da interpretação dworkiniana (uma teoria *geral* da interpretação, por assim dizer, guiada pelo valor), e, neste tópico, o ponto de partida da hermenêutica gadameriana, veremos, na próxima seção, como essas noções se revelam (e, se estivermos corretos, se encontram) no âmbito de uma teoria de interpretação *jurídica*.⁵⁵⁴ Nosso

⁵⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 353.

⁵⁵¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 229. Jânia Maria Lopes Saldanha explica bem este ponto: *preconceitos* não são *preconceitos* de um sujeito, mas sim a realidade histórica de seu ser. Nas suas palavras, “captar esse ponto de vista desnuda duas situações. A primeira, é que o homem está sempre dentro da experiência hermenêutica por meio do diálogo, decorrente dessa estrutura pré-conceitual de toda compreensão. A segunda, a consciência hermenêutica está sempre limitada, em consequência da própria finitude humana”. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariada material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 339.

⁵⁵² GADAMER, op. cit., p. 14-5.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 29.

⁵⁵⁴ Jânia Maria Lopes Saldanha também defende, a partir de Gadamer e Stein, a possibilidade de aproximação entre a hermenêutica filosófica e a jurídica, no seguinte sentido: “Assim como nas teorizações hermenêuticas é impossível separar o sujeito do objeto, porque o homem está sempre mergulhado no fato histórico, não é possível, da mesma maneira, o julgador distanciar-se do fato a julgar, adotando posição neutra e de distancialmento total, como ocorre na observação do

objetivo mais abrangente é o de conciliar a ampla conceitografia dworkiniana com as categorias hermenêuticas gadamerianas, que serão a seguir apresentadas; nosso objetivo específico é o de trabalhar a dimensão *substantiva* da tese da resposta jurídica e democraticamente correta.

4.2.3 A filosofia e a interpretação jurídica construtiva: da autoridade da tradição à integridade do Direito

A partir da segunda metade do século XX, o debate metodológico jurídico passou a ser assentado em novas bases, em especial no universo intelectual anglo-saxão. A filosofia geral passa a invadir a teoria do direito, aspecto que se torna visível, particularmente, a partir de *O Conceito de Direito*, de Herbert Hart, publicado em 1961. A obra do jusfilósofo inglês é um verdadeiro ponto de inflexão teórica, tanto para o positivismo jurídico, como para seus críticos. Pode-se dizer que o debate contemporâneo, desde então, tornou-se cada vez mais marcado por preocupações metodológicas. De acordo com Ronaldo Macedo Porto Junior, “a incorporação da agenda metodológica é feita por Hart quando traz para o campo jurídico as novidades e os movimentos filosóficos relacionados à chamada ‘filosofia da linguagem’, em particular, à filosofia analítica”⁵⁵⁵. Os trabalhos de Hart – segue Macedo Junior – incorporaram alguns dos temas e métodos da filosofia analítica então dominante na Inglaterra, propondo um reexame de problemas antigos,

fenômeno físico. Se, na filosofia, para estabelecer a racionalidade de uma verdade, não pode ser usado um fundamento último, a saída é recorrer à hermenêutica. Esta se coloca ali onde não há o empírico como fundamento e tampouco o lógico. Dá-se, ao revés, *fluidez* da própria história e da cultura. Daí ser possível, muito mais do que simplesmente aproximar, antes fundir a hermenêutica filosófica e a jurídica”. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariedade material da jurisdição*: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 347. Ainda, em sentido aproximado, a processualista gaúcha Jaqueline Mielke recorre a Gadamer para afirmar que “a hermenêutica jurídica não deve se restringir a uma mera reprodução de significados preestabelecidos (pelo legislador) na exata acepção gadameriana. O processo hermenêutico deve basear-se em uma interpretação que dê sentido a algo. O Direito deve ser compreendido não como uma sucessão de normas com sentidos pré-construídos, reclamando apenas que o intérprete hermeneuta lhes dê vida, e, sim, como norma que reclama sentido. Portanto, a hermenêutica deve assumir o seu papel de (inter)mediação e, portanto, de produção/atribuição/adjudicação do sentido. Fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito; é desconfiar do mundo e de suas certezas”. SILVA, Jaqueline Mielke. *Os limites subjetivos da coisa julgada na ação civil pública e a realização de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico Editora, 2013, p. 71.

⁵⁵⁵ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

relacionados à formação da linguagem teórica, à construção conceitual da linguagem científica e, por extensão, à própria linguagem descritiva do Direito⁵⁵⁶.

De fato, a abertura de *O Conceito de Direito* é emblemática. Hart anuncia que seu propósito é o de “elucidar a estrutura geral do pensamento jurídico”, o que o levou a, em muitos passos, “indagações que dizem respeito ao significado das palavras”⁵⁵⁷. Na sequência, autor inglês se pergunta sobre o que é o Direito e chama a atenção para o fato de que o homem comum tem mais facilidade em responder a essa pergunta do que os teóricos do direito. Hart observa que à “interminável discussão teórica” sobre o que seria o Direito, “a maioria das pessoas, quando se lhes pede, consegue, com segurança e facilidade, citar exemplos do que venha a ser o direito”⁵⁵⁸. E a tese, como vimos alhures, é a de que o mistério pode ser solucionado se atentarmos para a natureza do *conceito* que utilizamos para responder o que é o Direito. Para ele – um autor fortemente influenciado por Wittgenstein, observa-o Macedo Junior –, as práticas que nos serviriam para a determinação do conceito social de Direito (um conceito descritivo do sentido socialmente associado a essa prática) seriam as práticas de coerção que envolvem deveres fixados por regras instituídas por algum tipo especial de poder (autoridade ou dominação). Além disso, vimos também, esse conceito deve envolver algum tipo de distinção em relação ao conceito de *moralidade*⁵⁵⁹.

O que interessa observar aqui? Ronaldo Porto Macedo Junior chama a atenção para um aspecto que nos parece determinante da discussão que ainda temos pela frente, e que ajudará a iluminar a aproximação que faremos, de forma aberta, entre o interpretativismo de Ronald Dworkin e a hermenêutica de Hans Georg-Gadamer. O caso é que, já em Hart, houve o rompimento com uma “concepção absoluta do mundo”, pressuposta nos trabalhos de Kelsen e de outros positivistas metodológicos⁵⁶⁰.

Veja-se que, para Hans Kelsen, a norma funciona como um *esquema de interpretação* de fatos brutos ou naturais que independem da própria norma. Kelsen considera a existência, pois, de *fatos externos*, descritos como eventos

⁵⁵⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

⁵⁵⁷ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. IX.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁵⁵⁹ MACEDO JUNIOR, op. cit., p. 57-8.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 60. Lembremos que se cuida, a “concepção absoluta do mundo”, de uma visão apoiada no dualismo mundo/realidade e que se reduplica no dualismo entre o objetivo (exterior) e o subjetivo (interior). *Ibid.*, p. 67.

sensorialmente perceptíveis, “uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade”; o argumento do filósofo austríaco é de que estes eventos, enquanto integrantes do “sistema da natureza”, não se constituem objeto de um “conhecimento especificamente jurídico”; o que transforma esses fatos “num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a este ato, a significação que ele possui”⁵⁶¹. Quer dizer: o que dá a um determinado ato de conduta humana um sentido jurídico é uma *operação mental*, uma interpretação específica, uma interpretação *normativa*. Outra maneira de dizê-lo é, usando aqui o vocabulário apresentado na seção anterior, que, na filosofia de Kelsen, está bem presente a separação entre o sujeito (congnoscente) e o objeto (a ser conhecido).

Na reflexão de Lenio Streck, o positivismo jurídico atinge o seu objetivo “quando *consegue descolar a enunciação da lei do mundo concreto*, ou seja, quando transforma a lei em razão autônoma” (grifo do autor); assim, a racionalidade teórica procurou “entender” o Direito em sua “autônoma objetividade”, quer dizer: exclui-se a faticidade das preocupações da teoria do Direito⁵⁶². Isso, no contexto da obra de Kelsen, apareceria de modo muito claro. O jurista gaúcho afirma que Kelsen estava convicto de que não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática; por essa razão que acabou dando pouca importância, em sua *Teoria Pura do Direito*, aos problemas práticos que envolvem a cotidianidade do Direito, na medida em que não se poderia extrair, desse domínio, algo que pudesse ser cientificamente examinado. O resultado disso foi a conhecida distinção entre interpretação jurídica como *ato de vontade*, em paralelo à atividade do cientista, que seria um *ato de conhecimento*. Equivale a dizer, fica em aberto o problema da aplicação judicial do Direito, ficando, a interpretação, relegada a um plano secundário⁵⁶³.

⁵⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4.

⁵⁶² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 63-4. A noção de que não se pode fazer ciência sobre os problemas práticos da cotidianidade compõe as *Regras para a Direção do Espírito*, de Descartes: “Toda ciência é um conhecimento certo e evidente; e o que duvida de muitas coisas não é mais sábio do que o que nunca pensou nelas e, ao contrário, parece-me mais ignorante que este, se de alguma delas chegou a conceber opinião falsa; portanto, é melhor não estudar nunca, do que ocupar-se de objetos de tal modo difíceis que, não podendo distinguir os verdadeiros dos falsos, nos vejamos obrigados tomar como certo o que é duvidoso, já que neles não há tanta esperança de aumentar a instrução como o perigo de diminuí-la. De modo que pela presente regra, rejeitamos todos os conhecimentos que apenas sejam prováveis, e declaramos que não se deve dar assentimento

Seja como for, essa análise não se aplica, sem ressalvas, a Hart. O jusfilósofo inglês adota a crítica da noção de objetividade feita pela filosofia analítica, dando por superada a filosofia clássica da representação, que teve no pensamento de Renés Descartes sua base de sustentação⁵⁶⁴. Na leitura de Macedo Junior, o projeto epistemológico cartesiano estava apoiado naquilo que se chamou, linhas antes, de “concepção absoluta de mundo”; já a concepção levada à teoria do Direito pela obra de Hart trabalha com uma visão diferente de objetividade. A objetividade passa a depender, em alguma medida, de nós mesmos. O conceito de objetividade que subjaz à teoria de Hart está muito mais próximo de uma “congruência de subjetividades” do que de um padrão de objetividade independente de nossa perspectiva⁵⁶⁵.

Explicando melhor, no paradigma do pensamento moderno, descrever o mundo é descrevê-lo objetivamente, independentemente de qualquer subjetividade, ou de como se o percebe, individual, sensorial ou mentalmente. Existe uma separação radical entre o subjetivo e o objetivo. E, a par disso, admite-se que o paradigma da descrição do mundo é a física, na medida em que esta ciência descreve (representa) o mundo “como ele realmente é”, *i.e.*, independentemente de como ele é percebido⁵⁶⁶. Esse é o aspecto que une filósofos racionalistas (como Descartes) e empiristas (como Hume): seus pressupostos são representacionistas. Há uma divisão entre as coisas que existem no “mundo interior” e as espécies de fatos que existem no “mundo exterior”. Partilha-se, a partir disso, a crença de que não se pode conhecer cientificamente o estado mental dos outros, em face da ausência de critérios que tornem esse tipo de conhecimento racionalmente viável. O

senão aos perfeitamente conhecidos a respeito dos quais não se pode duvidar”. DESCARTES, René. *Discurso do método; regras para a direção do espírito*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 75. Gadamer observa, a propósito, que Descartes, apesar de “toda a radicalidade de seu pensamento metodológico, [...] excluiu as coisas da moral das pretensões de uma reconstrução completa de todas as verdades a partir da razão”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 370.

⁵⁶⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 62.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 62-3.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 68. Em sentido semelhante, lembremos o debate com Brian Leiter sobre a objetividade no domínio moral. Segundo Leiter, como vimos alhures, a objetividade é uma qualidade “naturalística”. As concepções “não naturalísticas” de objetividade (como a proposta por Dworkin), na sua visão, não conseguem explicar nossas intuições mais básicas a respeito da objetividade, mesmo na Ética. Isso resulta na conclusão de que o Direito é, de fato, indeterminado. LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 225-55.

que resta, portanto, é apenas aquilo que pode ser problematizado e conhecido por meio da ciência: o mundo físico⁵⁶⁷.

É a esse fenômeno que Ronaldo Porto Macedo Junior chama “fiscalismo”, ou concepção “fiscalista” de mundo (ou ainda, “concepção absoluta da realidade”), e que acaba oferecendo, a partir de explicações empiristas, dois caminhos para a teoria do Direito: ou bem se oferece uma interpretação dos termos e enunciados jurídicos em termos cuja referência sejam “fatos brutos”, ou bem se considera que a maneira pela qual tradicionalmente percebemos os fenômenos jurídicos é repleta de equívocos e deve ser abandonada. Estas duas alternativas marcam o positivismo metodológico do século XX: a teoria positivista do Direito e o realismo jurídico⁵⁶⁸.

Ocorre que Hart rompe com essa tradição. Na sua teoria, as descrições do Direito pretendem ser, ao mesmo tempo, objetivas e dependentes das perspectivas dos sujeitos. As descrições verdadeiras do Direito não são independentes das perspectivas dos participantes. Pelo contrário: a correta descrição da prática social *dependerá* da compreensão da sua “perspectiva interna”, regulada por *regras sociais* constitutivas do Direito⁵⁶⁹.

É instrutivo recordar, neste ponto, de uma das distinções traçada por Hart entre as regras e os hábitos sociais: trata-se daquela referente ao aspecto *interno* das regras. Com efeito, segundo o filósofo de Oxford, quando um hábito é generalizado num grupo, essa generalidade é “apenas uma constatação de fato sobre o comportamento observável da maior parte do grupo”; isto é, para que tal hábito exista, “não é preciso que nenhum membro do grupo pense no comportamento geral, ou mesmo que saiba que o comportamento em questão é geral, e ainda menos que se esforce para ensiná-lo ou pretenda conservá-lo”⁵⁷⁰. É suficiente, portanto, que haja uma convergência de comportamentos, algo que seria possível observar, como um “fato bruto”, desde um ponto de vista *externo*. Por outro

⁵⁶⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 68.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 70. Lenio Streck chama a atenção para o fato de que, no âmbito da aplicação jurídica, esta separação radical entre sujeito e objeto reflete-se em dois paradigmas filosóficos distintos: o *objetivismo* e o *subjetivismo*. Assim, de acordo com o professor gaúcho, “é possível dizer que *objetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que organiza o seu processo de determinação do sentido a partir de um aprisionamento do sujeito que conhece ao objeto que é conhecido; ao passo que *subjetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que espelha o paradigma da filosofia da consciência, no interior do qual o intérprete é o dono dos sentidos”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 144.

⁵⁶⁹ MACEDO JUNIOR, op. cit., p. 85.

⁵⁷⁰ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 75.

lado, para que exista uma regra social, “é preciso que pelo menos algumas pessoas encarem o comportamento em questão como um padrão geral a ser seguido pelo grupo como um todo”, quer dizer, a regra social “tem um aspecto ‘interno’, além do aspecto externo que compartilha com um hábito social e que consiste no comportamento costumeiro e uniforme que um observador poderia registrar”⁵⁷¹. Cuida-se de uma atitude crítica e reflexiva do participante da prática social diante do padrão de comportamento a ser seguido; o participante considera que o padrão é dirigido a todos os membros da comunidade. Esse ponto de vista manifesta-se em forma de críticas e exigências de submissão à regra, na hipótese de desvio. Essas críticas são vazadas em linguagem normativa abrangente (“isso (ou aquilo) é correto”; “eu devo (ou você deve) fazer isso” etc.)⁵⁷². Perceba-se que esse aspecto interno nada tem a ver com uma experiência psicológica, com um “sentimento” do participante com relação ao padrão de comportamento. Esses sentimentos podem até ocorrer (compulsão, contenção etc.), mas não são necessários nem suficientes para a caracterização de regras vinculantes. Nas palavras de Hart,

O que é necessário é que haja uma atitude crítico-reflexiva diante de certos padrões de comportamento aceitos como um modelo comum, e que essa atitude se manifeste sob a forma de críticas (inclusive de autocrítica) e exigências de obediência à norma e também no reconhecimento de que tais críticas e exigências se justificam. Tudo isso encontra sua expressão característica na terminologia normativa do “deve”, “tem de”, “certo” e “errado”⁵⁷³.

Note-se, pois, que o sentido interno da regra diz respeito à existência de *razões* (e não de *fatos*) para o seu reconhecimento; como diz Macedo Junior, seguindo a lição de Brian Bix, quando estamos seguindo uma regra, “esta funciona como uma explicação e uma justificação que admitimos ou oferecemos quando nos perguntam sobre as *razões* de nossos comportamentos”⁵⁷⁴. É dizer, há *razões* para agir, e não apenas sentimentos de obrigação. E estas *razões*, para Hart, seriam constituídas por regras sociais que fixariam a intencionalidade da própria ação⁵⁷⁵. O jusfilósofo inglês entende, portanto, que devemos levar em conta o ponto de vista

⁵⁷¹ HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 75.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 76.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 76.

⁵⁷⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 121.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 122.

interno da regra para que possamos explicar uma ação social, isto é: devemos conceber a intencionalidade normativa aparece como um fator determinante para ação. Vale anotar que o reconhecimento da regra, por parte do participante, não significa que este a aprove; ele pode não endossá-la valorativamente. Ainda assim – e mesmo que a desrespeite –, o participante reconhece as razões que constituem sua existência⁵⁷⁶.

O que essa reconstrução do entendimento de Hart torna visível, é que este trabalhou com uma concepção nova de realidade, no âmbito da qual a objetividade depende, de algum modo, de nós mesmos; esta concepção afirma que nossos conceitos fundamentais para a compreensão do mundo (tais como *objetividade*, *certeza*, *coerência* etc.) dependem de nossa experiência, quer dizer, da existência de algum tipo de *forma de vida* compartilhada. Nesse sentido,

a justificação da objetividade de uma proposição vai se basear, em última instância, numa regra social aceita e compartilhada por indivíduos que vivem dentro de uma mesma “forma de vida”. A regra, aceita, compartilhada, é constitutiva do próprio conceito de objetividade. Este, por sua vez, depende, em certa medida, dos sujeitos. A exigência de uma “congruência de subjetividades” que partilham de uma mesma forma de vida é condição lógica necessária para a constituição da regra que determina o sentido da objetividade. Por esse motivo, para Wittgenstein (e Hart) um conceito de *objetividade* que fosse completamente independente de nossa perspectiva subjetiva (ou *forma de vida*) seria um *nonsense*. A sua afirmação apenas revela um erro gramatical (lógico) no uso do conceito de *objetividade*. Essa nova concepção de objetividade do mundo permitirá afirmar que o direito e seus conceitos são parte da realidade (e não uma ilusão, como afirmarão os realistas escandinavos) e que essa realidade não é reduzível a *atos brutos*. A realidade do direito depende de regras sociais e, dessa forma, depende de nós mesmos. Assim, ela não é passível de uma descrição “a partir de lugar nenhum”, isto é, externamente a nossa perspectiva humana manifesta em nossas *formas de vida*⁵⁷⁷ (grifos do autor).

Pois bem. Qual a importância dessa contextualização do pensamento de Hart no âmbito da filosofia da linguagem?

O caso é que, quando Dworkin afirma que o Direito é uma prática social interpretativa, suas premissas filosóficas não estão muito distantes daquelas

⁵⁷⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124-5.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 133.

adotadas por Hart. Repare-se que o conceito de Direito proposto pelo jusfilósofo inglês, assim como o proposto por Dworkin, é um conceito *hermenêutico*, no sentido que Brian Leiter dá a esta expressão (*Hermeneutic Concept*). A diferença está em que o autor norte-americano agrega, à formulação de seu conceito *interpretativo*, um elemento moral avaliativo. Mas isso reside, segundo pensamos, numa diferença de proposta teórica, não de paradigma filosófico. Hart tinha em mente um empreendimento teórico distinto daquele concebido por Dworkin: o primeiro tinha ideia de descrever as práticas sociais que compõem o conceito de Direito (uma “sociologia descritiva”), ao passo que o segundo tinha em mente uma teoria *normativa*.

É por isso que, em que pese seus desencontros pontuais, não se pode dizer que o debate Hart/Dworkin *fracasse*, como chegou a afirmar Leiter. E não fracassa, justamente, porque os debatedores compartilharam um contexto em que a filosofia geral invadia a teoria do Direito. A virada metodológica presente na obra do jusfilósofo inglês é o ponto de partida das teses dworkinianas. Ambos concebem o conceito de “objetividade” para além do esquema sujeito-objeto e de uma concepção “fiscalista” (ou absoluta) de mundo. Nesse ponto, ambos superam Kelsen, por exemplo. Aliás, é certamente um equívoco pensar na obra de Hart como uma “tradução inglesa” do pensamento do autor austríaco⁵⁷⁸.

Se estivermos corretos em nossa análise, haverá vantagens em se apresentar a teoria interpretativa de Dworkin à luz da hermenêutica gadameriana. Defendemos a tese de que as categorias hermenêuticas apresentadas por Gadamer fornecem uma maneira particularmente iluminadora de se entenderem as propostas dworkinianas⁵⁷⁹. Assim, apresentados, nesse capítulo, tanto a *conceitografia* dworkiniana referente à teoria da interpretação dirigida pelo valor, como, num

⁵⁷⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 62. É claro que há pontos de contato entre os positivismos de Kelsen e Hart, notadamente, no que toca ao momento da aplicação judicial do Direito (um ato de vontade para o primeiro, um ato discricionário para o segundo). Mas seus paradigmas filosóficos são distintos. Um está situado no paradigma moderno e, o outro, no paradigma da filosofia da linguagem.

⁵⁷⁹ Lenio Streck defende um argumento semelhante, também aproximando Dworkin de Gadamer. Segundo o jurista gaúcho, Dworkin superou o paradigma representacional, sendo, a metáfora de Hércules, uma demonstração de que a “morte do sujeito solipsista da modernidade” não significou “a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 434. Lenio aponta, ainda, para o fato de que tanto Gadamer quanto Dworkin assumem posturas antirrelativistas, devendo, suas teses, serem lidas “no interior do giro linguístico-ontológico”. *Ibid.*, p. 438.

segundo momento, a reconstrução do pensamento heideggeriano sobre a pré-estrutura da compreensão⁵⁸⁰, estamos agora em condições de prosseguir.

A tese de que o Direito é uma prática social interpretativa deve ser entendida em harmonia com os pressupostos mais gerais da teoria da interpretação proposta por Dworkin. Lembremos que, para o autor norte-americano, a interpretação é um fenômeno social, de modo que somente conseguimos interpretar algo quando nos somamos a alguma prática ou tradição interpretativa. Essas práticas estão divididas em *gêneros*, cada qual com uma pretensão de verdade distinta. Interpretamos um gênero por meio da atribuição a ele de um *propósito* (*purpose*); e o propósito em questão é o *valor* a ser promovido (o *valor* que o intérprete tem a *responsabilidade* de promover). Analiticamente, pode-se falar em três estágios na interpretação: a individualização de um gênero interpretativo; a atribuição de um conjunto de propósitos a este gênero; a tentativa de identificação, num caso particular, da melhor realização desse conjunto de propósitos. Nessa prática, o sucesso de uma determinada proposta interpretativa (terceiro estágio) depende daquilo que acreditamos ser o melhor objetivo da interpretação daquele gênero (segundo estágio). Há uma *fusão* entre as justificativas de uma interpretação em particular, e aquilo que se entende como sendo os objetivos mais gerais daquele gênero interpretativo. Essas suposições – sobre os objetivos daquele gênero interpretativo e sobre os valores que apoiam estes objetivos –, ainda que frequentemente inconscientes, determinam quais interpretações são aceitas ou rejeitadas pelos participantes do empreendimento interpretativo.

Vejamos, agora, de que modo essas premissas se ajustam à interpretação especificamente jurídica e aos contributos da hermenêutica gadameriana.

No contexto do debate com Hart, Dworkin agrega ao conceito de Direito hartiano um elemento moral avaliativo. Essa diferença entre as concepções dos debatedores é radical e tem repercussões importantes. Uma destas consiste no seguinte: para Hart, há situações em que as regras (e para o filósofo de Oxford o

⁵⁸⁰ Na visão de Lenio Streck, “*falar em hermenêutica no contexto atual e não enfrentar a obra de Heidegger é como falar em Metafísica e ignorar Aristóteles, Tomás de Aquino ou Francisco Suarez* (ou, no Brasil, falar em Heidegger e em hermenêutica sem citar a vasta obra de Ernildo Stein). Há uma fundamentalidade na obra de Heidegger com respeito ao modo como se trabalha com a hermenêutica, que não pode ser afastada por conveniência ou por outras razões (p. ex., políticas). Quer dizer, ‘adotar’ Gadamer e ‘esquecer’ Heidegger é ignorar – deliberadamente ou não – a construção da matriz teórica que nasce na filosofia hermenêutica e desemboca na hermenêutica filosófica”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 60.

Direito é um sistema de regras, lembremos) não cobrem o caso a ser decidido, ou deixam uma margem de dúvida com relação à hipótese de aplicação. Quando isso ocorre, segundo Hart, o juiz decide não propriamente mediante a aplicação de regras, mas fazendo uso de seu poder discricionário. Dworkin discorda dessa concepção por mais de uma razão. Para o autor norte-americano, não existe esse momento em que o juiz “deixa o Direito de lado” e *legisla*.

Perceba-se que Hart atribuía a existência desses “casos não contemplados” aos limites da linguagem, que, no seu uso comum, era repleta de vagezas e ambiguidades. Por que Dworkin rejeita essa caracterização?

A postura de Dworkin pode ser explicada a partir da hermenêutica filosófica. Segundo Gadamer explicita por meio de sua concepção de *applicatio*, não há uma divisão temporal entre os momentos de compreensão-interpretação-aplicação. Não se trata, portanto, de primeiro compreender um texto para depois poder aplicá-lo a situações cotidianas, mas, antes, a compreensão, quando ocorre, já traz em si o momento da aplicação⁵⁸¹. Gadamer chega a essa conclusão justamente por meio do estudo da hermenêutica jurídica. O que chama a atenção do filósofo alemão, neste gênero interpretativo, é o fato de o juiz ter de adaptar um evento do passado (a lei) às necessidades do presente, ou seja: compreender e interpretar significam, para o juiz, conhecer e reconhecer um sentido vigente⁵⁸². A tarefa de interpretação jurídica consiste em concretizar a lei, ou seja, em aplicação. O Direito – segue Gadamer –, dada a pretensão de validade que lhe é inerente, adquire o estatuto de texto, codificado ou não, de modo que a “lei, enquanto estatuto ou constituição, necessita sempre da interpretação para a sua aplicação prática, o que significa, por outro lado, que toda aplicação prática implica interpretação”⁵⁸³.

Explicando melhor, Gadamer observa que, na “velha tradição da hermenêutica”, o problema hermenêutico se dividia da seguinte forma: *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas applicandi* (aplicação). Contudo, já o romantismo reconhecera a unidade interna entre *intelligere* e *explicare*, a saber: a interpretação não é um ato posterior e

⁵⁸¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 87.

⁵⁸² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 430-1.

⁵⁸³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 399.

ocasionalmente complementar à compreensão; antes, compreender “é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita de compreensão”⁵⁸⁴. Mas o filósofo sugere que se dê um passo além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e a interpretação, mas também a aplicação; a aplicação seria “um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação”⁵⁸⁵.

Compare-se a proposta gadameriana com a forma com que Dworkin aborda os seus célebres “casos difíceis”. O autor norte-americano rejeita a hipótese da “teoria do direito clássica”, que pressuporia a divisão das decisões judiciais em duas etapas, a saber: na primeira, a identificação daquilo que o direito explícito exige; na segunda, o exercício de um poder discricionário independente para legislar sobre os problemas que o Direito não alcançou⁵⁸⁶. Nas palavras do autor norte-americano, “os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando, num primeiro momento, os limites das restrições institucionais, para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo”⁵⁸⁷. Para Dworkin, a interpretação também é um “processo unitário”, no qual as restrições institucionais a que os juízes estão submetidos operam do início ao fim. Os juízes não encontram os limites do Direito para, só então, mobilizarem suas próprias convicções políticas de modo a complementá-lo; desde o início, utilizam seus próprios juízos para determinar que direitos as partes têm; e, na fixação destes direitos, devem levar em consideração as tradições morais da comunidade – pelo menos do modo como estas são capturadas no conjunto do registro institucional que é a sua função interpretar⁵⁸⁸.

Para além disso, a imbricação entre o pensamento de Dworkin e a hermenêutica filosófica tem, na “interpretação construtiva” desenvolvida pelo primeiro, um momento privilegiado⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 406.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 407.

⁵⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 195.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 136.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 196.

⁵⁸⁹ Dworkin reconhece, de alguma forma, a influência de Gadamer. Ao longo do capítulo II de *O Império do Direito*, o autor norte-americano faz algumas referências expressas ao pensamento do filósofo alemão, cujo pensamento é contextualizado em relação às teses de Wilhelm Dilthey e de Jürgen Habermas. Em especial, há uma extensa nota de rodapé em que Dworkin reconhece uma contribuição fundamental de Wilhelm Dilthey para a filosofia da interpretação: dar forma ao debate sobre a objetividade nas ciências sociais. Na leitura do jurfilósofo norte-americano, Gadamer e

Vejamos. Dworkin sugere que as pessoas assumem uma “atitude interpretativa” com relação aos fatos sociais, composta por dois pressupostos: o “valor” (conceito que remete, neste contexto, ao *point*, ou propósito, da prática social) e a suscetibilidade da prática interpretada (uma regra, uma conduta etc.) a essa mesma finalidade; trata-se, pois, de um processo de atribuição de uma *intencionalidade* a uma instituição para em seguida reestruturá-la de acordo com esse significado, na qual “valor e conteúdo se confundem”⁵⁹⁰. É interessante observar que, para justificar esta hipótese, o autor norte-americano dá ao seu argumento um desenvolvimento circular; nas suas palavras, “se uma comunidade faz uso de conceitos interpretativos, o próprio conceito de interpretação será um deles: uma teoria da interpretação é uma interpretação da prática dominante de usar conceitos interpretativos”⁵⁹¹. Perceba-se que, para Dworkin, a interpretação das práticas sociais “preocupa-se essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete”⁵⁹². Mas com isso ele não quer dizer que um intérprete “possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; [...] do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto”⁵⁹³.

Ronaldo Porto Macedo Junior auxilia-nos a esclarecer esse ponto. Dworkin atribui, ao intérprete, uma função ativa, mas isso não implica subjetivismo. A perspectiva do sujeito é constitutiva do objeto – daí a expressão “interação entre propósito e objeto”. Em outras palavras, “a interpretação criativa impõe uma intencionalidade (*point*) à prática interpretada, constituindo, assim, um novo tipo de objetividade não concebível dentro dos quadrantes de uma concepção absoluta de mundo”; quer dizer, quando “as práticas sociais que estamos interpretando

Habermas deram continuidade a esse debate, mas por caminhos distintos. Dworkin não se posiciona abertamente com relação ao debate Gadamer/Habermas, em que pese a anotação de que o pensamento de Habermas “aponta mais para a interpretação construtiva do que para a conversacional”. Essa observação é relevante, na medida em que a tese de Dworkin é a de que a interpretação criativa (da qual são exemplos a interpretação artística e a interpretação das práticas sociais, como o Direito) não seria conversacional, mas construtiva. Ver: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 61-3. De qualquer forma, a tese que defendemos é a de que a hermenêutica gadameriana fornece uma maneira iluminadora de se ler a “interpretação construtiva” dworkiniana; e não a de que Dworkin construiu suas teses com base na hermenêutica filosófica.

⁵⁹⁰ Ibid., p. 58.

⁵⁹¹ Ibid., p. 60.

⁵⁹² Ibid., p. 63.

⁵⁹³ Ibid., p. 64.

envolvem algum valor, a nossa interpretação destas é, em alguma medida, criativa, visto que impõe uma intencionalidade (ou propósito, valor ou ainda, *point*) como condição para a prática interpretativa”⁵⁹⁴.

Essa concepção “circular” da interpretação criativa pode ser lida a partir de Gadamer. Segundo o filósofo alemão, quem quer compreender um texto (e, neste contexto, a prática social assume o estatuto de “texto”) realiza sempre um “projetar”, ou seja: tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete imediatamente prelineia um sentido do “todo”. Isso acontece, justamente, porque quem lê o texto possui determinadas expectativas, que se formam na perspectiva de um sentido determinado (o que, no contexto das reflexões dworkinianas, aparece como “propósito”). Assim, é na “elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração de sentido”, que consiste a compreensão⁵⁹⁵.

A aproximação entre a interpretação das práticas sociais e a interpretação artística é outro ponto de comunicação entre as propostas de Dworkin e a hermenêutica gadameriana. Para o jusfilósofo norte-americano, a interpretação de uma prática social é semelhante à interpretação artística no seguinte sentido: ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta destas, ao contrário do que ocorre com a interpretação da conversação (em que se interpreta o que as pessoas dizem) e com a interpretação científica (em que se interpretam fatos não criados pelas pessoas)⁵⁹⁶. Essa proposta encontra sustentação na filosofia de Gadamer, para quem “a experiência da obra de arte sempre ultrapassa, de modo fundamental, todo horizonte subjetivo de interpretação, tanto o horizonte do artista quanto o de quem recebe a obra”, de modo que “a *mens auctoris* não é nenhum padrão de medida plausível para o significado da obra de arte”⁵⁹⁷.

Gadamer dá relevância a dois outros aspectos do processo compreensivo, úteis para que se entenda a interação, proposta por Dworkin, entre propósito e objeto: por um lado, a situação do intérprete, que limita o seu *horizonte*; por outro, a

⁵⁹⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151.

⁵⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 356.

⁵⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 61.

⁵⁹⁷ GADAMER, op. cit., p. 17.

fusão entre o horizonte do intérprete e o horizonte histórico do texto (ou evento) interpretado. Segundo o filósofo alemão, “nós definimos o conceito de situação justamente por sua característica de representar uma posição que limita as possibilidades de ver”, de modo que ao “conceito de situação pertence, essencialmente, então, o conceito de *horizonte*. Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de determinado ponto”⁵⁹⁸. A ideia que se quer transmitir é a de que não podemos separar, de um lado, o horizonte do intérprete e, de outro, o horizonte de produção do texto histórico, vale dizer, não se pode propriamente falar em um horizonte do presente e em um horizonte do passado: o que há é uma *fusão de horizontes*; explica Silva Filho que se fala em *fusão* “não por se defender a existência de horizontes distintos que se fundem”, mas, antes, “porque a tarefa hermenêutica, sintetizada em escapar de uma assimilação ingênua, precisa tornar visível a relação de tensão que se estabelece entre o texto e o presente, necessita explicitar o estranhamento, propiciar a interpelação”⁵⁹⁹. A fusão de horizontes faz, portanto, a intermediação entre o texto e o intérprete, que caracteriza a compreensão; para falar com Gadamer, “a fusão de horizontes que se deu na compreensão é o genuíno desempenho e produção da linguagem”⁶⁰⁰.

Esses dois fatores decisivos para que a compreensão se dê (situação hermenêutica e fusão de horizontes) devem ser entendidos a partir daquilo que Gadamer chama de “a lógica de pergunta e resposta”. O autor alemão supõe que toda experiência pressupõe a estrutura da pergunta, isto é, que não se fazem experiências sem a atividade do perguntar. Toda pergunta tem um sentido, pelo qual se orienta; e o sentido da pergunta é “a única direção que a resposta pode adotar se quiser ter sentido e ser pertinente”⁶⁰¹. Desse modo, a conversão de algo (um texto, um evento, uma prática social) em objeto de interpretação, significa que coloca uma pergunta ao intérprete; a interpretação contém sempre uma referência à pergunta que nos foi dirigida. Compreender algo é compreender essa pergunta. Mas, “isso ocorre quando se conquista o horizonte hermenêutico. Definimos isso como o

⁵⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 399.

⁵⁹⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 86-7.

⁶⁰⁰ GADAMER, op. cit., p. 492.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 473.

horizonte do perguntar, no qual se determina a orientação de sentido do texto”⁶⁰². Dito de forma mais simples, Gadamer pontua que se deve compreender o que foi dito como uma resposta a uma pergunta; assim, “ultrapassando o que foi dito, indaga-se, necessariamente, por algo que *ultrapassa* o que foi dito. Só se compreende o sentido de um texto quando se alcança o horizonte do perguntar, que como tal pode ter também outras respostas”; quer dizer, “o sentido de uma frase é relativo à pergunta a que ele responde e isso significa que ultrapassa necessariamente o que é dito nela”; e conclui: “a lógica das ciências do espírito é uma lógica da pergunta”⁶⁰³.

Comparem-se, novamente, estas lições com a estrutura do projeto dworkiniano. Dworkin propõe que a “interpretação construtiva” de uma cláusula constitucional *comece com uma pergunta*: o que, segundo os melhores indícios disponíveis, os autores do texto em questão pretendiam dizer? Não se trata de “espiar dentro dos crânios de pessoas que morreram há séculos”, mas de “tentar conferir o melhor sentido possível a um evento histórico”⁶⁰⁴. Entenda-se: assim como Gadamer dá primazia hermenêutica à pergunta que o texto responde, Dworkin afirma que a sua “interpretação criativa” deva buscar sua estrutura formal na ideia de “intenção”; não porque pretenda descobrir os propósitos de qualquer pessoa ou grupo histórico específico, “mas porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando”⁶⁰⁵.

Interpretar uma prática social, que envolva algum valor, depende de atribuir-lhe uma intencionalidade (*point*)⁶⁰⁶. Essa atribuição de um propósito à prática social interpretada pode ser entendida como a atribuição de um sentido à pergunta que a prática social visa a responder. Para Dworkin, a propósito, como vimos, a intencionalidade do Direito é a justiça (o exercício legítimo da coação coletivamente organizada)⁶⁰⁷.

⁶⁰² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 482.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 482.

⁶⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 172.

⁶⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275.

⁶⁰⁶ Essa concepção dworkiniana, de que a “atitude interpretativa” envolva a “imposição de um propósito a uma prática ou a um objeto” (*matter of imposing a purpose on an object or practice*), é, segundo Ronaldo Porto Macedo Junior, confessadamente tomada de empréstimo de Gadamer. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 216.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 151.

O jusfilósofo norte-americano salienta, porém, que, se é verdade que a interpretação construtiva “é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”, daí não decorre que o “intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem”; isso porque a “história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos”⁶⁰⁸.

Essa “coerção” exercida pela história em relação ao intérprete pode ser entendida à luz daquilo que Gadamer chama de “a autoridade da tradição”. De acordo com o pensador alemão, o que é consagrado pela tradição, tal como a educação e a realidade dos costumes, possui “uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento”⁶⁰⁹. O argumento de Gadamer é o de que, ao lado dos fundamentos da razão, a tradição “conserva algum direito”, na medida em que “determina amplamente nossas instituições e comportamentos”; essa validade nos determina “de modo espontâneo” e, nesse sentido, “não necessita fundamentos racionais”⁶¹⁰. O que não quer dizer, repare-se, que haja uma oposição entre a tradição e a razão. É que a tradição é conservação, e conservação é um ato de razão. A tradição mais autêntica não se estabelece por inércia, mas deve ser afirmada, assumida e cultivada. Desse modo, “encontramos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio”; do contrário, “trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmos no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição”⁶¹¹.

É possível aproximar o conceito gadameriano de “autoridade da tradição” com a “atração” exercida pela integridade do Direito em Dworkin. Atentemos para o fato de que, na metáfora do *romance em cadeia*, o romancista *continua* o romance, ao invés de inaugurar um novo livro. O juiz é um *romancista na cadeia*, alguém que

⁶⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 64.

⁶⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 372.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 372-3.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 374.

conserva a história institucional do Direito, ao mesmo tempo em que tenta dar, a esta, a melhor interpretação possível para o futuro (a que melhor realize os valores que representam a intencionalidade daquela prática). Aliás, Dworkin dá razão a Gadamer quando este apresenta “a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas”⁶¹².

Outro ponto de aproximação entre Gadamer e Dworkin que precisamos tomar em consideração, ainda neste capítulo, diz respeito às concepções gadamerianas de “pré-compreensão” e de “preconceitos”. Observamos alhures que, para o jusfilósofo norte-americano, uma interpretação, que é um fenômeno social, só é *possível* quando selecionamos um gênero (uma prática social) a partir do qual interpretar; que essa seleção depende de suposições sobre os objetivos e valores que orientam o referido gênero; e que essas suposições, ainda que necessárias, são frequentemente inconscientes.

Comparem-se estas premissas, ainda uma vez, com as teses de Gadamer, para quem a compreensão só é *possível* quando aquele que compreende se lança para a abordagem de um texto já com uma pré-compreensão. Isto significa, que, por um lado, o intérprete já *orienta* o texto *por* alguma coisa, a saber, pelo mundo em que se movimenta; e que, por outro, à compreensão de um texto liga-se um *interesse* na compreensão, é dizer, quando utilizamos o texto, temos algum propósito em mente, e utilizamos sempre a nossa conceitualidade⁶¹³. Por meio da pré-compreensão, que guia a interpretação do texto, cada interpretação de um texto é, simultaneamente, aplicação ao estado atual de consciência do intérprete – o que faz com que o texto se transforme sucessivamente num texto diferente, de modo que a interpretação não será, jamais, meramente reprodutiva⁶¹⁴.

Note-se, pois, que toda compreensão depende dos *preconceitos*, da conceitualidade prévia do intérprete. A questão não é, pois, eliminá-los, mas torná-los conscientes. Nessa vereda, Gadamer afirma que “o que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias

⁶¹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 75.

⁶¹³ SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 383.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 383

peçoais”; donde a sua conhecida máxima de que “quem quer compreender um texto, deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”⁶¹⁵.

Essa concepção tem grande importância na interpretação constitucional dworkiniana, que será examinada na próxima seção. O sujeito só consegue interpretar a partir de determinados pressupostos, é verdade; mas estes pressupostos não devem “assujeitar” o material interpretado. A interpretação correta decorre de uma fusão entre os horizontes do texto (sempre lembrando que o Direito e a sua história institucional assumem, aqui, o estatuto de “texto”), que é um evento, e o horizonte do intérprete, também situado historicamente. Para além da relação sujeito-objeto (e da concepção absoluta e fiscalista de mundo), portanto, a interpretação se dá intersubjetivamente. Apresentar o material interpretado em sua melhor luz (*in its best light*) é uma atividade, neste sentido, ambivalente: depende de uma interação entre propósito (a saber, propósitos atribuídos pelo intérprete) e objeto (reinterpretado em vista desta *intencionalidade*).

4.2.4 As dimensões substantiva e procedimental da resposta correta: a leitura moral da Constituição e o contraste com propostas concorrentes

O propósito nuclear de nosso trabalho é apresentar as bases para uma teoria democraticamente adequada da decisão jurídica, tomando, por fio condutor, a obra de Ronald Dworkin. Defendemos o ponto de que uma decisão jurídica deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: por um lado, deve ser produto de um *procedimento* constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta, aos interessados, aquilo que Dworkin trata por *participação moral*; por outro, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação que, dirigida à integridade, honre a *responsabilidade* enquanto virtude. Outra maneira de dizê-lo é: a resposta jurídica e democraticamente correta tem uma dupla dimensão, a saber, procedimental e interpretativa. Essas dimensões são interdependentes e reciprocamente constitutivas. O próprio conceito de procedimento democrático é um conceito interpretativo; apresentar etapas e garantias procedimentais como exigências democráticas é uma forma de colocá-las sob sua melhor luz. Neste sentido,

⁶¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004, p. 358.

concebe-se o procedimento atribuindo-lhe um propósito, uma intencionalidade, e reinterpretando-o a partir disso.

Mesmo assim, tem-se que a distinção (e não cisão) entre estas “dimensões” pode ser iluminadora. Uma decisão jurídica adequada deve ser resultado de um procedimento juridicamente adequado e deve ter um conteúdo juridicamente adequado. Deve preservar, simultaneamente, os princípios da *autonomia* (no sentido habermasiano) e da *dignidade humana* (no sentido dworkiniano). A separação conceitual entre estas exigências pode tornar mais claros os nossos pressupostos e justificativas em cada uma das etapas de construção da decisão jurídica. Com isso, favorece-se a instauração do debate, do diálogo, da divergência genuína, ao invés daquilo que Dworkin chamou de *o diálogo de surdos*. Mas é claro que não se pode falar, dadas as premissas que fomos tornando explícitas ao longo da pesquisa, em procedimento sem conteúdo, em autonomia sem dignidade e assim por diante. Conceitos morais e jurídicos, como estes, são tratados, aqui, como *conceitos interpretativos*.

Na presente seção, falaremos, mais especificamente, sobre interpretação constitucional. Nosso foco será apresentar uma estratégia de interpretação das cláusulas constitucionais, denominada por Dworkin de “leitura moral” (*moral reading*). A ideia é posicionar esta tese, apresentada em *O Direito da Liberdade*, de 1996, em relação à obra mais recente de Dworkin, reafirmando seus méritos por contraste com propostas paradigmaticamente distintas (Posner, Amar e Tribe/Dorf). Nossa formulação da tese dworkiniana toma, aqui, a hermenêutica gadameriana como pressuposta e tem em mira proposições que se ajustem, também, ao constitucionalismo que se entende adequado para o Brasil. Dada essa reelaboração, no contexto deste trabalho, dá-se ao tema o tratamento de *dimensão interpretativa da decisão jurídica e democraticamente correta*.

Vejamos.

Dworkin pensa o Direito como uma subdivisão da moralidade política. Lembremos sua formulação: a moralidade pessoal (que diz respeito a como devemos tratar os demais, no âmbito das relações privadas) é concebida de modo a derivar da Ética (da ideia de *boa vida*, submetida apenas às restrições impostas pela dignidade humana); e a moralidade política (que diz respeito às relações estabelecidas no âmbito de uma comunidade política) é concebida como um desdobramento da moralidade pessoal.

Recordemos, aqui, duas noções determinantes para a continuidade de nosso trabalho: primeiro, Dworkin tem em mente, com a *metáfora da árvore*, um sentido *doutrinário* para o conceito de Direito (e não *sociológico* ou *aspiracional*), isto é: trata-se de um conceito *normativo*, que dá ao argumento jurídico o formato de um argumento moral, conectando a sua validade com a sua justificação. Segundo, os direitos jurídicos, ou legais (*legal rights*), diferenciam-se dos direitos morais por força da *institucionalização*, no seguinte sentido: são os direitos que as pessoas têm direito de exigir (e ver reconhecidos) numa demanda judicial.

Veja-se que saber se uma pessoa tem ou não um direito a ser reconhecido judicialmente é uma questão de interpretação dos argumentos fornecidos em apoio a um *case* (favorável ou contrário à sua pretensão). Conjugam-se, aqui, uma série de fatores. Eis alguns: a interpretação tem uma pretensão de objetividade, que se estabelece no paradigma hermenêutico (para além de uma concepção fiscalista de mundo e do esquema sujeito-objeto); os argumentos devem ser apresentados de forma integrada e coerente, observando-se, pois, a virtude da *responsabilidade moral*; reconhecer ou deixar de reconhecer um determinado direito, numa demanda judicial, é, no limite, uma questão de democracia (na medida em que os argumentos justificadores da decisão radicam numa concepção mais geral a respeito da maneira adequada de equacionar a tensão que se estabelece entre o sistema de direitos e a soberania popular, entre a autonomia pública e a autonomia privada, entre a *igual consideração e respeito* e a responsabilidade ética individual).

Lembre-se que adotamos, no presente trabalho, a concepção constitucional de democracia (ou *partnership conception*) proposta por Dworkin. Assim, quando afirmamos que uma decisão jurídica é uma questão de democracia, essa afirmação deve ser compreendida num contexto em que as pessoas têm direitos a serem preservados em face da maioria; num contexto, portanto, em que o Direito tem autonomia em relação à Política⁶¹⁶. Integrando-se essas premissas com uma visão

⁶¹⁶ O conceito *doutrinário* (e portanto *normativo*) de Direito trata este como um *ramo*, uma *subdivisão*, da moralidade política; isso não quer dizer, contudo, que o Direito não tenha autonomia em relação à Política. O argumento será desenvolvido, nesta seção, a partir da distinção entre argumentos de política e de princípio. Guarde-se desde já, entretanto, que a dita *autonomia* é conquistada pelo Direito, para Dworkin, por meio do *propósito* que este atribui a esta prática social: a justificação do uso da força coletiva. A justificação só se dá quando o uso público da coerção observa os direitos individuais. Daí dizer-se que a função precípua do Direito é a preservação dos princípios da dignidade humana, na sua dupla formulação: *autorrespeito* e *autenticidade*. Veja-se que a *tradução* destes princípios para o domínio da moralidade política assume a forma de dois *deveres* para o Estado (*government*): o de tratar as pessoas sob o seu domínio com igual consideração e respeito, e o de respeitar a responsabilidade ética dos membros da comunidade

substancialista da intervenção judicial, chega-se a seguinte questão: *que tipo de argumento é um bom argumento (um argumento válido) para justificar uma decisão jurídica?*

A resposta de Dworkin, desde *Levando os Direitos a Sério*, é: a decisão jurídica deve ser gerada por *princípios*.

Com efeito, é conhecida a distinção que Dworkin traça entre os *argumentos de política* e os *argumentos de princípio*. De acordo com o jusfilósofo norte-americano, “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, ao passo que os “argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”⁶¹⁷. Esta diferença deve ser harmonizada, porém, com a ideia de que o Direito é, num sentido normativo, uma subdivisão da moralidade política. Entenda-se, pois, que ambos os argumentos de princípio são, sim, “políticos” num sentido mais abrangente. Pode-se dividi-los, nada obstante, em argumentos de *princípio político* (que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais) e em argumentos de *procedimento político* (que exigem que alguma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público)⁶¹⁸. Assim, enquanto o princípio é um padrão que favorece um “direito”, a política é um padrão que estabelece uma “meta”. Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum. Dito de outro modo, “os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo;” ou, ainda: “os princípios são proposições que prescrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”⁶¹⁹.

Vejamos como opera esta distinção em relação à interpretação constitucional. Dworkin avalia que a maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo de uma forma ampla e abstrata; sua proposta (um “método particular de se ler e executar uma constituição política”) é a de que se faça, desses dispositivos,

por suas próprias vidas. O Direito confirma a sua legitimidade (e, pois, a sua autonomia) quando harmoniza estes princípios.

⁶¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

⁶¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 141.

uma “leitura moral”, isto é: que os interpretemos e apliquemos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça⁶²⁰. De que modo? O exemplo para ilustrar a tese é a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que proíbe o Congresso de fazer leis que prejudiquem a liberdade de expressão (*Congress shall make no Law [...] abridging the freedom of speech*). A ideia é que, sempre que surgir uma questão constitucional nova ou controversa sobre o assunto (como, por exemplo, a de saber se a Primeira Emenda permite que se elaborem leis contra a pornografia), as pessoas encarregadas de decidi-la façam-no por meio de uma interpretação daquele princípio moral abstrato, a saber: por meio de uma interpretação que forneça a *melhor maneira* de se compreender aquele princípio abstrato. Dessa forma, a questão é saber se o “fundamento verdadeiro do princípio moral de condenação da censura, na forma em que esse princípio foi incorporado ao direito norte-americano, se aplica também ao caso da pornografia”⁶²¹.

O propósito de Dworkin é o de inserir a moralidade política no âmago do direito constitucional. Sendo a moralidade intrinsecamente controvertida, um arranjo institucional que incorpore princípios morais deve decidir quem é a autoridade suprema para interpretá-los. Como vimos alhures, não é uma decorrência necessária para a sobrevivência de uma democracia constitucional que esta função seja delegada aos juízes; não há também, contudo, um impedimento para que isso ocorra. O que há, aí sim, são boas razões para que não se dê aos juízes (ou a qualquer instituição democrática digna desse nome) o poder absoluto de impor suas convicções morais aos demais membros da comunidade política. A estratégia da leitura moral, pela via da exigência de coerência, visa a combater essa ameaça. Segundo o jusfilósofo norte-americano, trata-se de um método (claro que não no sentido cartesiano) de interpretação completamente familiar aos operadores do Direito. Juízes e advogados, intuitivamente, na sua cotidianidade, partiriam do princípio de que a Constituição expressa exigências morais abstratas, que somente podem ser aplicadas por um juízo moral concreto – ainda que isso não seja publicamente reconhecido. Neste fio, sempre que alguém se dispuser a seguir uma

⁶²⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 2. A propósito, o pensamento de Dworkin sobre a especificidade pode ser conferido no ensaio *Temos Direito à Pornografia?*, de 1981 (trata-se do capítulo 17 de *Uma Questão de Princípio*). Em resumo, o jusfilósofo norte-americano argumenta em favor de uma atitude permissiva para com o consumo privado de pornografia, derivada do respeito a um direito individual à independência moral dos cidadãos. Ver: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 497-554.

estratégia coerente para interpretar a Constituição, *já estará fazendo uso da leitura moral*⁶²².

Essas noções estão longe de serem óbvias e têm de ser mais bem explicadas. Vamos por partes.

O primeiro ponto a destacar, aqui, é que a afirmação de que as decisões jurídicas devem ser geradas por princípios está, para Dworkin, relacionada à sua concepção de *legalidade* (*legality*, ou Estado de Direito), que está situada, relembremos, no âmbito de uma teoria do Direito em que a *integridade política* é um valor nuclear. O jusfilósofo norte-americano, vimos alhures, entende que os membros de uma comunidade política têm direito a uma extensão coerente, e *fundada em princípios*, das decisões políticas do passado; neste fio, decisões jurídicas decorrem do conjunto de princípios que forneçam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. A integridade é uma exigência da moralidade política de um Estado que deva garantir, às pessoas sob seu domínio, igual consideração e respeito; neste sentido, a coerência de princípios pela integridade assegurada é uma *condição de legitimidade* da coerção oficial, uma questão de *autoridade moral* das decisões coletivas. Daí por que Dworkin chega dizer que “o ideal norte-americano de que um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios, é a contribuição mais importante que nossa história já deu à teoria política”⁶²³.

O segundo, intimamente relacionado com o primeiro, diz respeito à ligação entre os direitos e democracia. Vimos que, dada a concepção dworkiniana (*partnership conception*), não há oposição, mas complementaridade, entre democracia e direitos. O governo deve ser exercido em harmonia, pois, tanto com a *regra majoritária* (ligada à ideia de soberania popular, ou de autonomia pública) como com a proteção dos direitos individuais. Dado o contexto constitucional norte-americano, em que está consagrada a revisão judicial da legislação⁶²⁴, o Poder

⁶²² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2-4.

⁶²³ *Ibid.*, p. 9.

⁶²⁴ Como é notório, a Constituição norte-americana não prevê, com todas as letras, o exercício da revisão judicial da legislação. De todo modo, a noção de que os juízes deveriam recusar a aplicação de leis que contrariassem a Constituição sempre esteve presente no debate público que antecedeu a sua ratificação. Veja-se, a propósito, o texto número 78 dos *Federalist papers*, em que Alexander Hamilton, sob a assinatura de *Publius*, discute a independência do Poder Judiciário. Neste artigo, Hamilton defende o argumento de que “todo o poder emana do povo” e que a Constituição, enquanto manifestação desse poder, deveria ser preservada dos humores da sociedade por um Poder Judiciário independente. Ver: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist*. Cambridge, Massachusetts and London: Belknap Press of Harvard

Judiciário funciona como uma espécie de *guardião* da integridade desse arranjo. A *judicial review* assegura ao indivíduo que as questões mais fundamentais de moralidade política sejam expostas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político; isso significa levar algumas questões da batalha política de poder para o *fórum do princípio*, e tem o sentido de uma *promessa*: de que os conflitos mais profundos de uma sociedade “irão, em algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça”⁶²⁵. Na leitura de Dworkin, pois, Estado de Direito e democracia não são valores políticos conflitantes, mas sim complementares e embasados no ideal mais abrangente de que o Poder Público deve tratar os cidadãos com igual consideração e respeito. Nas suas palavras:

Posso ter dado a impressão de que a democracia e o Estado de Direito são conflitantes. Não é isso; pelo contrário, esses dois importantes valores políticos em um ideal mais fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais. O Estado de Direito, na concepção que defendo, enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público⁶²⁶.

Veja-se, portanto, que a noção que subsidia a tese de que se faça uma leitura moral da Constituição está intimamente ligada com a promessa feita aos cidadãos de que suas controvérsias serão encaradas como uma questão de princípio. Interpreta-se a Constituição a partir de uma determinada concepção de democracia; e, na visão dworkiniana, a democracia é um empreendimento coletivo governado por princípios. O Direito é o sistema que se ocupa das justificativas que legitimam o uso da coerção pública. Portanto, as autoridades encarregadas de aplicá-lo devem argumentar em favor de princípios. Neste fio, o Poder Judiciário, quando autorizado

University Press, 2009, p. 508-17. A história do *judicial review* nos Estados Unidos foi reconstruída por Philip Hamburger no seu belíssimo *Law and Judicial Duty*. Hamburger desenvolve, no livro, o argumento de que a compreensão contemporânea de *judicial review* já foi considerada, simplesmente, uma questão de dever judicial (*judicial duty*), a saber: o dever de se aplicar “a lei da terra” (*the Law of the land*). Quer dizer, na origem ao menos, não se trata de um poder independente autorreconhecido pelos juizes, mas de algo ligado ao próprio ideário do *common Law*. Ver: HAMBURGER, Philip. *Law and judicial duty*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2008.

⁶²⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 102-3. Dworkin arremata seu pensamento de forma expressiva: “Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito”. *Ibid.*, p. 102.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 38-9.

constitucionalmente a revisar a legislação, deve fazê-lo unicamente com argumentos de princípio, e não de política. Trata-se, no limite, de dar consequência ao dever de tratar os indivíduos com igual consideração e respeito, na medida em que o ideal de integridade determina que o Direito seja aplicado de forma coerente e equânime. É uma questão de *responsabilidade política* que o juiz tome decisões coerentes no seguinte sentido: que estejam justificadas no âmbito de uma teoria política mais geral que também justifique as demais decisões que ele se propõe a adotar. Uma teoria como essa deve, como diz Dworkin, condenar “a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”⁶²⁷. Por isso mesmo, a decisão jurídica deve ser gerada por princípios: fosse gerada por políticas, o decisor teria liberdade de tomar decisões que não se ajustem com as decisões anteriores, e nem com as hipotéticas decisões futuras. O dever de aplicar princípios está interconectado com a ideia de que a aplicação deve ser coerente.

Retomando o raciocínio, e com essas premissas em mente, voltemos a tomar em consideração a interpretação constitucional.

Fazer uma “leitura moral” da Constituição é interpretar seus dispositivos considerando-os como referentes a princípios morais. Contudo, isso nem sempre é possível ou imediatamente adequado. Uma coisa é interpretar, desse modo, a cláusula da *liberdade de expressão*, que é vazada numa gramática abstrata e grandiosa; outra, diferente, é interpretar dispositivos bem menos abstratos, como, por exemplo, aquele em que se estabelece a idade mínima (35 anos) para exercício do cargo de Presidente da República (artigo II, seção 1). Por isso, Dworkin dirá que a leitura moral *não é adequada para a interpretação de tudo o que uma Constituição contém*⁶²⁸. É possível que determinadas disposições (como a da limitação de idade para ocupar o cargo de Presidente da República) até tenham sido inspiradas em princípios morais – mas o fato de não os ter enunciado não pode ser desconsiderado.

⁶²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 137.

⁶²⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11.

Como saber, então, se uma cláusula constitucional tem, ou não, como conteúdo, um princípio moral?

É útil considerar que a leitura moral tem em consideração, em primeiro lugar, os dispositivos constitucionais que protegem os indivíduos e as minorias da ação do Estado. Assim, alvo central do jusfilósofo norte-americano são aquelas cláusulas que efetivamente são vazadas em linguagem abstrata, e que tratam, por exemplo, do direito à liberdade de expressão, a uma proteção “igual” e a um processo “devido”. Segundo a leitura moral, “esses dispositivos devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado”⁶²⁹. Esses princípios, tomados em conjunto (lembramos que a interpretação deve ser *holística*, dirigida à integridade), comprometeriam os Estados Unidos com os seguintes ideais políticos e jurídicos:

o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa fé, tratar a todas as pessoas com igual consideração (*equal concern*) e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião⁶³⁰.

Mas essa não é uma resposta satisfatória, ainda, para a pergunta anterior: que argumentos temos para dizer que uma cláusula constitucional expressa um princípio moral e, a outra, não?

Trata-se de uma questão de interpretação ou, se se quiser, de *tradução*. É preciso ter cuidado redobrado para que não se descaracterize, aqui, o pensamento de Dworkin como uma interpretação psicologista, ou como uma redução às (já examinadas) categorias “vontade da lei/vontade do legislador”. Mas o fato é que o autor norte-americano sugere que se comece perguntando o que, segundo os melhores indícios possíveis, os autores do texto em questão (no caso do texto constitucional, os chamados *framers*), pretendiam dizer⁶³¹, partindo do princípio que utilizaram uma linguagem natural, quer dizer, que disseram o que as palavras que

⁶²⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 11.

⁶³¹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 172.

usaram normalmente serviriam para comunicar⁶³². Exemplificando, isso significa dizer que, se o texto constitucional indica que o Presidente da República deve ter 35 anos, isso deve ser considerada como uma referência à sua idade cronológica, e não à ideia vaga e controversa de “idade emocional”⁶³³. Por outro lado, quando os autores utilizaram uma linguagem mais abstrata, como no caso da expressão “cruel” na Oitava Emenda (*cruel and unusual punishment*), ou “igual proteção” (*equal protection of the laws*), é possível entender que quiseram pôr em vigor um princípio geral (independentemente das expectativas que tivessem a respeito da sua aplicação a casos específicos da época). A proposta de Dworkin é a de que interpretemos esses enunciados de forma abstrata, moral e baseada em princípios, e não de forma concreta e datada; na sua leitura, se estivermos dispostos a interpretar “o sentido mais genuíno do modo como os constituintes se expressaram, da maneira como o fizeram e no contexto em que se encontravam, concluiremos que eles pretendiam criar ordens e proibições abstratas, não datadas”⁶³⁴.

Consideremos que Dworkin esteja certo, e que os *framers* tenham, efetivamente, posto em vigor princípios jurídicos. Como saber *que princípios são esses?*

A resposta, mais uma vez, é interpretativa. Tomemos o exemplo da cláusula da igualdade (no contexto constitucional norte-americano, trata-se de dispositivo veiculado na Décima Quarta Emenda). Devemos elaborar as diversas interpretações possíveis da expressão “igual proteção da lei”, cada uma destas, de uma forma que possa ser reconhecida como um princípio de moralidade política que teria recebido a consideração dos *framers*. Nessa tarefa, devemos ter presentes dois fatores importantes, e que funcionam, também, como restrição às nossas possibilidades interpretativas: a linguagem utilizada (os limites semânticos do texto) e a história (a prática jurídica e política do passado, o contexto histórico da elaboração do dispositivo interpretado). No exemplo da Décima Quarta Emenda, fruto da chamada *Primeira Reconstrução*⁶³⁵ norte-americana, e vazada em linguagem abrangente,

⁶³² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 12.

⁶³³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 173.

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 174.

⁶³⁵ A expressão “*First Reconstruction*” é empregada por Akhil Reed Amar para descrever a trilogia de emendas constitucionais que se seguiram à guerra civil norte-americana. Em 1865, a Décima Terceira Emenda deu cabo à escravidão; em 1866, foi proposta a Décima Quarta Emenda (ratificada em 1868), tornando todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos cidadãos americanos; em 1869 foi proposta a Décima Quinta Emenda (ratificada em 1870), garantindo aos

Dworkin conclui ter sido promulgado um princípio de “abrangência e força surpreendentes: o princípio de que o Estado deve tratar todos, sem exceção, como dotados do mesmo status, e deve tratá-los com a mesma consideração”⁶³⁶.

O jusfilósofo norte-americano explica melhor a sua proposta. Em primeiro lugar, a interpretação constitucional tem de partir do que os autores disseram, o que deve ser entendido *no contexto histórico* em que as palavras foram ditas. Veja-se: consulta-se a história para saber o que os autores pretendiam *dizer*, mas não o que eles queriam ou previam que acontecesse a partir do que foi dito. Essa é uma distinção muito importante, porque, conforme pondera Dworkin, somos “governados pelo que nossos legisladores disseram – pelos princípios que declararam – e não por quaisquer informações acerca de como eles mesmos teriam interpretado esses princípios ou os teriam aplicado em casos concretos”⁶³⁷. Em segundo lugar, não podemos perder de vista a exigência, acima examinada, de que a leitura moral seja disciplinada pela imposição da *integridade* constitucional. Isso é particularmente necessário, porque, como vimos, é o dever de agir com integridade que impede que o juiz diga que a Constituição expressa suas próprias convicções. Uma proposta de interpretação somente será considerada caso seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo, e também com as linhas de interpretação constitucional adotadas pelos juízes do passado (lembramos da metáfora do romance em cadeia, na qual cada escritor produz um capítulo novo, mas que deve fazer sentido no contexto global da narrativa). Os juízes fazem, assim, nas palavras de Dworkin, um “trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras”⁶³⁸.

Outra restrição à atividade judicial decorre de um fator que Dworkin designa como sendo a “opinião geral” a respeito do caráter do poder que a Constituição confere aos juízes. Bem entendido, trata-se de não reconhecer, aos juízes, mais poder do que o direito constitucional lhes confere. Ao interpretar dispositivos constitucionais, o juiz deve aderir a uma prática interpretativa já estabelecida, que

negros direitos políticos. Ver: AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005, p. 351.

⁶³⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 12.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 15.

tem uma tradição própria e que, de alguma maneira, lhe conforma. O juiz não deve lançar mão de uma interpretação criativa que não se encaixe no conjunto da história daquela prática. Em outras palavras, não deve ser um *ativista*. Não pode, nas palavras do autor norte-americano, seguir “a sua própria consciência ou as tradições de sua classe ou partido, caso esses ditames ou tradições não se encaixem nesse conjunto histórico”⁶³⁹. São as amarras da integridade e da história que impedem que o juiz tenha um poder absoluto (*i.e.*, não democraticamente justificado) de impor a todos nós suas próprias convicções morais.

Pois bem. Dado esse *esqueleto* da estratégia de leitura moral, que vai aqui endossada enquanto *dimensão interpretativa* de uma resposta correta (democrática e juridicamente justificada), façamos uma comparação entre esta e algumas abordagens concorrentes de interpretação constitucional. Pensar por contraste nos auxiliará a tornar mais claros os nossos pressupostos e a refletir sobre as eventuais vantagens de nossa proposta.

4.2.4.1 A Constituição não escrita (*Unwritten Constitution*) de Akhil Reed Amar e a Constituição invisível (*Invisible Constitution*) de Laurence Tribe

A Constituição norte-americana é um documento bastante enxuto: trata-se de sete artigos e vinte e sete emendas, vazados em cerca de oito mil palavras. O caráter sintético do texto, todavia, contrasta com os numerosos princípios e precedentes que reivindicam sua autoridade por meio do qualificativo “constitucional”. É curioso notar que a Constituição norte-americana não contém, ao contrário do que se poderia supor, expressões absolutamente familiares ao direito constitucional daquele país, tais como *Declaração de Direitos (Bill of Rights)*, *separação de poderes (separation of powers)*, *freios e contrapesos (checks and balances)* e o Estado de Direito (*the rule of Law*)⁶⁴⁰.

Não contém, também, textualmente ao menos, respostas para perguntas que são inerentes ao sistema constitucional norte-americano. Afinal, os cidadãos daquele país podem, ou não, ser obrigados a apresentar uma carteira de motorista

⁶³⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16.

⁶⁴⁰ AMAR, Akhil Reed. *America's unwritten Constitution: the precedents and principles we live by*. New York: Basic Books, 2012, p. ix.

válida como condição para votar? Podem perder o emprego por defender a discriminação da maconha? Podem ser processados criminalmente por praticar relações sexuais no recesso do seu lar? Trata-se, é claro, de perguntas a respeito do que a Constituição tem a dizer sobre o exercício do poder governamental e sobre seus limites. Não se trata, aliás, de perguntas imaginárias, mas de casos concretos – e as pessoas encarregadas de resolvê-los, voltam-se à Constituição em busca das respostas corretas⁶⁴¹.

Estas observações levam Ahil Reed Amar e Laurence Tribe a, ainda que com pressupostos não idênticos, apontar para a seguinte evidência: haveria não apenas uma Constituição *escrita*, ou *visível*, mas também uma Constituição não escrita (*unwritten Constitution*) ou invisível (*invisible Constitution*), com disposições igualmente vinculantes. Como descobri-las?

A resposta é, em ambos os casos: por meio de interpretação. É por isso que se trata de propostas que nos auxiliam a iluminar – ainda que, insistimos, por *contraste* – o pensamento de Dworkin. Veja-se que Dworkin também parte, de algum modo, de uma premissa semelhante à de Akhil e Tribe: a de que a Constituição existe para além de sua textualidade⁶⁴². Esse *gap* entre o texto escrito e tudo aquilo que se compreende “como” Constituição é mediado, para Dworkin, por uma leitura moral, que capta princípios morais abstratos a partir do texto e que lhes dá consequência de forma concretamente coerente. Isso é uma decorrência da inserção da moralidade política no coração do direito constitucional ou, dito de outra forma, é uma consequência da tese de que o Direito deve ser entendido como uma subdivisão da moralidade política. Mas esta não é a única maneira de conceber a questão.

Comparemos, inicialmente, o pensamento de Dworkin com o argumento de Tribe. O jusfilósofo de Harvard afirma que a Constituição depende, todo o tempo, de fontes extratextuais de sentido: haveria uma Constituição *invisível*, que nos diz que temos de aceitar como sendo integrantes da Constituição *visível*, bem como, quanta

⁶⁴¹ TRIBE, Laurence. *The invisible constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1-2.

⁶⁴² Clarissa Tassinari, escrevendo sobre a proposta de Tribe, vai ao ponto: “A polêmica gerada em solo estadunidense sobre o que diz a Constituição é tamanha que conduz a um radical posicionamento, como o de Tribe. Ora, o texto constitucional norte-americano é tão breve que obriga os juristas a elaborarem estratégias teóricas que demonstrem que a Constituição existe para além de sua textualidade. É por isso que surge a constituição invisível, para dar conta deste algo mais que não está no texto, ou seja, para denunciar o abismo que há entre a Constituição como compreendemos e seu texto escrito”. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 86.

importância (força) normativa a estes atribuir. Saber *quais* das fontes disponíveis merecem crédito é uma questão interpretativa, que procura resposta em domínios distintos, tais como a filosofia moral, a filosofia política, as teorias da linguagem ou mesmo em considerações pragmáticas. Seja como for, o dado é: estas fontes não são textuais e nem estão indicadas no texto constitucional, devendo ser encontradas *fora e além deste (outside and beyond the text)*⁶⁴³.

Para as finalidades desta pesquisa, interessa verificar a abordagem de Tribe com relação à atividade judicial, no contexto de suas reflexões. O autor observa que as interpretações judiciais da Constituição, por vezes, ocupam o lugar destinado às emendas constitucionais. Explicando melhor, dada a dificuldade de se emendar, formalmente, a Constituição norte-americana (o artigo V exige, em especial, a ratificação de uma proposta de emenda por três quartos dos Estados da Federação), a modificação de *sentido* do que consta na Constituição, promovida por juízes, acabaria tendo o mesmo efeito de uma reforma. O ponto de Tribe é o de que as decisões judiciais nas quais se interpreta a Constituição – em especial as decisões da Suprema Corte –, acabam integrando-se à *cultura constitucional* do País, passando a ser tratadas como partes componentes do próprio texto constitucional. O argumento é o seguinte: o fato de a Constituição ser comumente considerada um texto escrito que serve de *trunfo* contra todo o restante (o que faz com que se dê grande importância ao texto, ou, por outra, com que se conecte a legitimidade da norma às palavras postas), deve ser harmonizado com a ideia de que o *sentido* da Constituição, bem como os fatores que as tornam importante, *não podem ser encontrados somente no texto*⁶⁴⁴.

Dessa forma, Tribe procura modificar o eixo do diálogo constitucional. Na seguinte direção: não exatamente discutir o que a Constituição *diz*, e nem tampouco debater de uma ou outra proposição está, ou não, devidamente radicada no texto; mas, sim, discutir aquilo que a Constituição *faz*. E isso depende de identificar tanto o conteúdo escrito, como aquele não escrito da Constituição⁶⁴⁵.

Há alguma proximidade entre as concepções de Tribe e Dworkin. Tribe está preocupado, como Dworkin, com argumentos não triviais (*nontrivial arguments*) a respeito dos conceitos subjacentes aos dispositivos constitucionais. Por serem

⁶⁴³ TRIBE, Laurence. *The invisible constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 8.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 15-21.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 22.

subjacentes, são, neste sentido, *invisíveis* – como o seriam os *princípios morais abstratos* por Dworkin identificados na Declaração de Direitos. Tribe enumera alguns princípios (a lista não é exaustiva) que serviriam à sua descrição mais geral de cláusulas constitucionais invisíveis, a saber: a) o governo norte-americano é um governo do povo, pelo povo e para o povo; b) o governo é um governo de leis, não de homens; c) o comprometimento com o Estado de Direito; d) os tribunais não devem automaticamente seguir aquilo que as autoridades eleitas decidirem ser o sentido da Constituição; e) o governo não pode torturar as pessoas para delas extrair informações; f) na vida privada das pessoas, há limites àquilo que o governo pode controlar; g) o Congresso não pode dirigir os Estados como se estes fossem agências ou departamentos do governo federal; e h) nenhum Estado pode se separar da União⁶⁴⁶.

Como se vê, os princípios enumerados por Tribe não podem ser, todos, considerados *princípios morais* nos moldes daqueles concebidos por Dworkin. Isso, em si, não é um ponto de divergência. Nem tudo está sujeito a uma leitura moral, como vimos – em que pese não se possa estabelecer um sentido *contrário* a esta. Mas não é o caso. Além disso, num nível mais profundo, há convergência entre as hipóteses. Tribe sustenta o ponto de que mesmo um positivista convicto concordaria com a existência de *alguns* princípios (não necessariamente os por Tribe enunciados, diga-se) são tão fundamentais para a compreensão do sistema político e jurídico norte-americano, tão indispensáveis à sua legitimidade, tão logicamente nucleares à coerência do seu sistema de governo, que não precisam estar enunciados no texto constitucional para serem vinculantes. Mais: estes princípios não existem *em si mesmos* (não detêm validade *a priori*), mas, isso sim, são produto de uma construção argumentativa⁶⁴⁷. Dê-se a esta construção o formato interpretativo/moral, e estaremos diante de uma tese compatível com o pensamento de Dworkin. Mas é um equívoco tratar as propostas como indistintas.

As ideias de Tribe, aqui descritas, devem ser assimiladas em conjunto com a teoria da interpretação apresentada no seu *On Reading the Constitution*⁶⁴⁸, escrito em parceria com Michael Dorf. Neste livro, em que pese se reconheçam as interseções com a proposta interpretativa de Dworkin (que daria origem a *insight*

⁶⁴⁶ TRIBE, Laurence. *The invisible constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 28.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 34.

⁶⁴⁸ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On reading the constitution*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 1991.

úteis para o direito constitucional), vai dito que, quando se tenta interpretar algo (notadamente, a Constituição) na sua melhor luz, fica difícil traçar a distinção entre o que a Constituição diz e entre aquilo que o intérprete *gostaria que ela dissesse*⁶⁴⁹. A defesa do argumento de Dworkin, em face desta objeção, foi feita, extensamente, ao longo da presente pesquisa. Há diversas restrições à interpretação jurídica (especialmente, o dever de integridade), e uma boa maneira de compreendê-las é, ademais, a hermenêutica gadameriana. A partir desta fica claro o modo como se propõe que a subjetividade, inerente a qualquer interpretação, não torne o processo interpretativo *subjetivo* ou arbitrário. É preciso lembrar, aqui, que Dworkin movimenta-se no paradigma hermenêutico, e suas teses são claramente antirrelativistas.

As lições de Tribe e Dorf, no entanto, estão mais próximas a Dworkin do que os primeiros parecem suportar⁶⁵⁰. Note-se que a dupla de autores endossa a noção de que a consistência de um sistema jurídico é uma *virtude*, e que a prática do Direito é, em boa parte, a “arte” de enunciar princípios. No seguinte sentido: os princípios seriam diferentes das meras intuições, devido à sua abstração; o princípio *conecta* as intuições que temos a respeito de uma situação específica, forçando-nos a, constantemente, checar nossas práticas em contraste com nossos princípios⁶⁵¹. De igual forma, reconhece-se que um método adequado de interpretação constitucional não pode excluir a atividade valorativa por parte dos juízes (*judicial value-choice*)⁶⁵². Ainda, a tese central da dupla gira em torno da definição do grau adequado de generalização dos argumentos que fundamentam direitos (seja na leitura direta da Constituição, seja na aplicação de precedentes). Esses direitos não podem ser abstratos demais (não se pode, por exemplo, defender o direito de vender drogas ilícitas com base numa extensão do direito à privacidade) e nem restritos

⁶⁴⁹ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On reading the constitution*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 1991, p. 17.

⁶⁵⁰ Endossam-se, por exemplo, as lições de Tribe e Dorf a respeito dos fenômenos da desintegração e da hiperintegração do Direito (Ibid., p. 18-30). Quem faz uma correta leitura a respeito da ligação entre a tese do romance em cadeia (Dworkin) e os conceitos apresentados por Tribe e Dorf, é Maurício Ramires. Nas palavras de Maurício, a “especificação exagerada da singularidade de um caso, negando a sua vinculação com a *totalidade da prática jurídica estabelecida até então*, leva à falácia da *desintegração* ou *fragmentação* do direito. Há, por outro lado, o risco da falácia da *hiperintegração*, quando se tenta tratar casos distintos como objetos de uma mesma regra geral, ignorando que, embora deva ser íntegro e coerente, o direito é também distinção e diferenciação. Desintegrar é ignorar que as partes estão conectadas em um todo. Hiperintegrar é esquecer que o todo é composto de partes” (grifos do autor). Ver: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 105.

⁶⁵¹ TRIBE; DORF, op. cit., p. 109.

⁶⁵² Ibid., p. 111.

injustificadamente. E estas distinções – este, parece-nos, é o aspecto mais importante – são feitas, ao fim e ao cabo, com base em princípios⁶⁵³.

Dado esse conjunto de supostos, pode-se dizer que, na sua parte central, as ideias de Tribe não chegam a configurar uma ameaça à teoria interpretativa dworkiniana⁶⁵⁴. Não há nada na tese da *Constituição Invisível* que não possa ser reelaborado nos quadros do interpretativismo; e, no que trata especificamente das teorias de interpretação constitucional, parece-nos que a crítica de Tribe/Dorf a Dworkin é fruto, na especificidade ao menos, como anotamos, de uma descaracterização dos propósitos deste.

Já a proposta de Akhil Amar, esta sim, abre uma divergência mais marcante com relação à estratégia de leitura moral.

Com efeito, o professor de Yale e Columbia sustenta a existência de uma Constituição *não escrita* (*unwritten Constitution*), cujo conteúdo complementa a Constituição escrita e, em alguma medida, possibilita a sua interpretação. O argumento de Amar é o de que a própria Constituição escrita remete o leitor a algumas coisas que não estão no texto – como no caso bastante evidente, mas não exclusivo, da Nona Emenda, que refere a existência de direitos não enumerados no texto⁶⁵⁵. O estudo de outros tópicos caros ao constitucionalismo norte-americano (*judicial review*, federalismo, práticas executiva e legislativa etc.) também aponta caminhos semelhantes. Nas suas palavras, quando devidamente entendida, “a Constituição norte-americana não escrita apoia e suplementa a Constituição escrita, sem suplantá-la”; a ideia é a de que as “duas Constituições da América, a escrita e a não escrita, integram-se para formar um único sistema constitucional”⁶⁵⁶. Neste fio, essas *duas Constituições* interagem de modo circular: a Constituição escrita aponta para fontes extratextuais (princípios e práticas); e estas devolvem-nos ao texto

⁶⁵³ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On reading the constitution*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 1991, p. 114-6.

⁶⁵⁴ Este aspecto foi notado pelo próprio Dworkin, num útil debate estabelecido com Tribe, retratado no capítulo 5 de *A Justiça de Toga*. No curso de uma discussão cujos detalhes não cabem aqui retomar, Dworkin observa que as objeções de Tribe às suas propostas (de Dworkin) são, ou incoerentes entre si, ou, então, fruto de uma descaracterização do pensamento dworkiniano. Ver: DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 167-98.

⁶⁵⁵ No original: “Amendment IX. The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

⁶⁵⁶ No original: “When viewed properly, America’s unwritten Constitution supports and supplements the written Constitution without supplanting it”. AMAR, Akhil Reed. *America’s unwritten Constitution: the precedents and principles we live by*. New York: Basic Books, 2012, p. xi.

escrito. Daí porque, na opinião do autor, ser textualista é, também, uma maneira de manter a Constituição viva⁶⁵⁷.

Na parte que nos interessa aqui e agora, Akhil Amar apresenta, no curso de sua tese, uma série de “instrumentos interpretativos” (*interpretive instruments*), ou “ferramentas metodológicas” (*methodological tools*) que fariam parte da chamada *unwritten Constitution*, e que nos auxiliariam a encontrá-la e defini-la. Um direito específico (por exemplo, liberdade de expressão) pode ser encontrado e definido, de acordo com Amar, de diversas formas, que não são necessariamente autoexcludentes. Sua intenção é demonstrar o que são e como se combinam essas diferentes modalidades de argumento constitucional.

Alguns dos métodos propostos por Amar são compatíveis com a tese da leitura moral dworkiniana. O primeiro deles, por exemplo, sugere que o leitor considere a Constituição como um todo coerente. Ler nas entrelinhas (*read between the lines*) faz com que se encontrem princípios subjacentes ao texto, que não apareceriam numa interpretação literal, mas, sim, numa interpretação de boa fé. Haveria, neste sentido, uma Constituição *implícita*. É o caso de cláusulas notavelmente constitucionais, porém não escritas com todas as letras, como a separação de poderes, o federalismo e o sistema de *freios e contrapesos*. O documento, lido como um todo, é um reflexo dessas concepções – que são, assim, fonte de regras e princípios igualmente vinculantes⁶⁵⁸. Perceba-se que, bem entendida, a leitura moral é uma maneira de fazer exatamente isso: ler a Constituição como um conjunto de disposições harmônicas e coerentes entre si, e que dá um valor substantivo à integridade como fonte de obrigações.

Contudo, a tese de que há uma *Unwritten Constitution* tem desdobramentos questionáveis, caso se considere, de fato, o Direito como um ramo da moralidade política, um *medium* pelo qual transitam as justificativas para o uso da força coletiva. Com efeito, a proposta de Akhil, em alguns pontos ao menos, não constrói um *case* adequado de sua legitimidade moral. Algumas das fontes extratextuais apontadas certamente não passariam pelo filtro de autoridade constitucional dworkiniano.

Considere-se, por exemplo, a tese da *Constituição vivenciada* (*America's Lived Constitution*). Amar considera uma fonte constitucional o modo de vida, os

⁶⁵⁷ AMAR, Akhil Reed. *America's unwritten Constitution: the precedents and principles we live by*. New York: Basic Books, 2012, p. xiii.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 1-48.

costumes, do povo norte-americano. Assim, ainda que a Constituição não diga que o cidadão tem o direito a criar um animal de estimação, ou a criar seus filhos, isso certamente seria uma liberdade constitucionalmente admitida – não porque o texto consagra um direito geral à liberdade, mas pelo simples fato de que “é assim que nós, o povo, fazemos as coisas na América e temos, portanto, o direito de continuar agindo dessa forma”⁶⁵⁹. Da mesma forma, há a tese da *Constituição Simbólica* (*Symbolic Constitution*). Em resumo, segundo Amar, é possível encontrar, no discurso público, fontes de significado e inspiração para a interpretação do texto constitucional. Nessa linha, alguns textos, pela sua importância que adquiriram para o povo norte-americano, forneceriam princípios que deveriam informar a interpretação constitucional, tais como a Declaração da Independência e o discurso de Lincoln em Gettysburg. Essas peças (um conjunto não exaustivo destas), em conjunto, conformariam uma rede simbólica de reflexões constitucionais, funcionando, assim, como uma fonte suplementar de princípios, integrada à cultura constitucional do país e influente da interpretação do texto constitucional⁶⁶⁰. Ou, ainda, a tese de que as sucintas disposições constitucionais sobre os poderes da Presidência da República (artigo II) devem ser lidas à luz das práticas efetivamente adotadas por George Washington (*America’s “Georgian” Constitution*)⁶⁶¹.

De um modo geral, pode-se dizer que as estratégias interpretativas de Akhil Amar fazem uma combinação entre elementos convencionalistas e de moralidade política. Claramente, o professor norte-americano não considera o intérprete constitucional um filósofo político ou moral (ao menos, não em nenhum sentido visível). Isso dificulta a tarefa de unificar suas propostas de modo a dar-lhes um sentido global e coerente. É verdade que suas teses são iluminadoras do ponto de vista histórico e da ciência política; entretanto, sua legitimidade democrática ainda dependeria de melhor fundamentação. Akhil dá bastante ênfase ao fato de que a Constituição é um documento cuja autoridade deriva do “povo”, que a ratificou e que vive suas disposições no cotidiano. Mas a soberania popular não é o único fator constituinte de uma democracia, como vimos; sem um sistema de direitos, não há democracia (ao menos não, *em parceria*). É claro que Amar reconhece a

⁶⁵⁹ No original: “*This is how we, the people, do things in America and we therefore have the right to keep doing these things*”. AMAR, Akhil Reed. *America’s unwritten Constitution: the precedents and principles we live by*. New York: Basic Books, 2012, p. 97.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 243-75.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 309-32.

necessidade de proteção dos direitos individuais e, ao longo de seu livro, inclusive defende que a sua expansão é irrevogável e irreversível⁶⁶². Mas a falta de uma teoria abrangente o bastante em que se justifiquem reciprocamente suas estratégias interpretativas, acaba deixando muitas coisas para serem resolvidas pelo aplicador da Constituição: este acaba com uma caixa repleta de instrumentos interpretativos, mas sem ter um guia seguro sobre como utilizá-los.

Resumindo tudo, não é necessário que se reconheça a existência de uma *Constituição invisível* ou de uma *Constituição não escrita*, para que se dê aos dispositivos constitucionais as devidas dimensão e consequência. Técnicas de interpretação constitucional, quaisquer que sejam, devem ter o seu valor demonstrado e justificado em termos democráticos. E demonstrar essa importância é o papel de uma teoria normativa do direito. Daí a importância de que uma teoria da decisão jurídica traga consigo uma preocupação com a filosofia moral. Entenda-se: nem tudo o que consta em uma Constituição (seja ela visível ou invisível, escrita ou não escrita) está sujeito a uma leitura moral; mas é esta que garante a integridade das demais formas de interpretação. Por isso, em definitivo, que a dimensão interpretativa da decisão jurídica e democraticamente adequada *depende* de uma estratégia de leitura moral da Constituição. Veremos, na sequência, como essas exigências de moralidade política comprometem, também, a dimensão *procedimental* desta denominada *resposta correta*.

4.2.4.2 A leitura moral da Constituição e a antiteoria: é possível eliminar a teoria moral da atividade jurídica?

Sugerimos, no ponto anterior, uma determinada estratégia de interpretação dos dispositivos constitucionais. A *leitura moral da Constituição* indica que devemos compreender dispositivos constitucionais – em especial aqueles vazados em linguagem abstrata, e que estabelecem direitos, tais como “liberdade” e “igualdade” – como princípios morais, que se incorporam ao Direito como limites ao poder do Estado. A ideia é a de que os constituintes, nestes casos, enunciaram uma linguagem abstrata porque pretendiam dar ordens abstratas e não datadas; criou-se, assim, uma Constituição a partir de princípios morais abstratos, e não de referências

⁶⁶² AMAR, Akhil Reed. *America's unwritten Constitution: the precedents and principles we live by*. New York: Basic Books, 2012, p. 239.

codificadas às opiniões que os autores tinham a respeito de como as normas deveriam ser aplicadas⁶⁶³. Essa é a visão que mais bem se ajusta à concepção dworkiniana de democracia constitucional, em que os atos que mobilizam a utilização da força pública devem ser justificados por princípios morais.

É bem verdade, cabe mais uma vez sublinhar, que nem tudo o que integra uma Constituição (e pode-se incluir nessa reflexão aquilo que, nas obras de Akhil Amar e Laurence Tribe, aparecem sob a forma de *elementos constitucionais extratextuais*, mas que assumem, para efeito de interpretação, o estatuto de texto) comporta uma leitura moral. Mas não se pode perder de mira que as disposições constitucionais devem ser entendidas de modo holístico e integrado; e que, sendo assim, as propostas de interpretação de dispositivos constitucionais que não comportem uma leitura moral não poderão, também, *contrariá-la*. Neste sentido, nenhuma proposição constitucional pode afrontar os princípios morais abstratos que estruturam o autogoverno legítimo, a saber: as exigências de que o Estado (*government*) trate as pessoas sujeitas a seu domínio com igual consideração e respeito e que resguarde todas as liberdades individuais necessárias para que isso ocorra.

Lembremos que Dworkin descreve essas demandas como desdobramentos de princípios éticos mais abrangentes. Na sua visão, a dignidade humana exige, por um lado, que se reconheça o valor intrínseco, e objetivo, da vida das pessoas (*princípio do valor intrínseco*); e, por outro, que se deva assumir responsabilidade por nossas próprias vidas (*princípio da responsabilidade pessoal*). De fato, para o jusfilósofo norte-americano a justiça *decorre* da dignidade e para ela aponta⁶⁶⁴. Nesse sentido, a decisão jurídica busca a sua legitimidade em bases menos aparentes e obriga o jurista a, em suas propostas de aplicação, comportar-se, em alguma medida, como um filósofo. Daí o alerta de Lenio Streck: não se faz Direito sem Filosofia.

Esse raciocínio tem desdobramentos interessantes, e que enfrentaremos agora, ao final de nosso trabalho. Por um lado, faremos um contraponto entre a nossa tese e o pensamento de Richard Posner, especificamente sobre esse ponto: o juiz como um filósofo moral. Na sequência, faremos uma *leitura moral* da cláusula do

⁶⁶³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 174.

⁶⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 423.

devido processo legal, sustentando o argumento de que uma resposta jurídica e democraticamente correta *possui uma dimensão procedimental*, no sentido de que é resultado de um processo devido. É precisamente neste ponto em que faremos uma interseção entre o conceito dworkiniano de *dignidade* com o conceito habermasiano de *autonomia*. E em que enfrentaremos, paralelamente, o desafio de Posner às teorias moral e jurídica: a “antiteoria”, sob o formato do pragmatismo.

Por partes.

Será que a leitura moral não espera muito dos juízes? Dworkin sugere que a interpretação correta das cláusulas constitucionais depende da resposta a questionamentos de natureza moral. Mas serão os juízes (e os juristas em geral) realmente responsáveis por e competentes para produzir respostas desse tipo?

Richard Posner certamente entende que não. É útil, para que coloquemos a *leitura moral* em perspectiva, confrontá-la com os argumentos de Posner. Até mesmo porque o *ataque* deste não se dirige apenas às teses de Dworkin, mas também às de Hart e Habermas. Segundo o juiz e professor da Universidade de Chicago, a teoria moral pode ser *descartada* dos sistemas jusfilosóficos de Hart, Dworkin e Habermas:

A característica que pretendo por em evidência nessas teorias jusfilosóficas é a sua pretensão à universalidade. Cada teórico proclama princípios que ele considera aplicáveis a qualquer ordenamento jurídico; mas a melhor maneira de compreender cada sistema teórico é considerá-lo como uma descrição de determinado ordenamento jurídico nacional – inglês no caso de Hart, norte-americano no caso de Dworkin, alemão no caso de Habermas. Quando se percebe isso, qualquer traço de teoria moral em seus sistemas jusfilosóficos pode ser refundido em terminologia política ou pragmática e a teoria moral pode ser descartada⁶⁶⁵.

Posner posiciona seu argumento aproximando-o daquele proposto por Hart, quando este concebe que há uma “zona aberta em que as normas se esgotam”; nestes casos indeterminados, o juiz seria “obrigado a fazer uma escolha de valores baseada na intuição e na experiência pessoal”, ainda que não seja necessário que os juízes saiam “do âmbito do direito quando fazem essas coisas”⁶⁶⁶. Perceba-se que esta “escolha de valores” guarda alguma semelhança com aquilo que Dworkin

⁶⁶⁵ POSNER, Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 144.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 151.

chama de “argumento de política”; e, de fato, Posner rejeita a proposta de Dworkin, de que as decisões jurídicas devem ser geradas por princípios morais. O Direito, para o professor da Universidade de Chicago, tem uma dimensão política, e decidir politicamente faria parte da atividade judicial. Em outras palavras, Direito e Política se interpenetram, de modo que, quando o juiz profere uma decisão política, ele não está deixando de praticar Direito. Não por acaso, na visão de Posner, as decisões que Dworkin considera baseadas em princípios não passam, na verdade, de expressões de suas preferências políticas⁶⁶⁷.

O professor de Chicago rejeita a identificação do raciocínio normativo com o raciocínio moral, bem como, a impressão de que a teoria moral estaria inextricavelmente ligada ao Direito. Na sua opinião, de todos os fatores que podem colaborar na tarefa de criar as normas, a teoria moral seria um dos menos promissores. O Direito e a Moral seriam sistemas paralelos (e não coincidentes) de controle social. Por vezes, haveria sobreposição; mas a conexão entre ambos não seria necessária. Por um lado, o Direito nem sempre respaldaria a Moral (é o caso das imunidades constitucionais, que acabariam garantindo o uso da difamação por autoridades públicas); por outro, muitas condutas punidas com sanções são moralmente indiferentes (como, por exemplo, dirigir sem cinto de segurança)⁶⁶⁸.

Outro argumento contrário à leitura moral faz referência ao fato de que os redatores e ratificadores da Constituição norte-americana podem até ter agido sob a inspiração de filósofos modernos, mas não se pode dizer que estivessem filosofando (ou, ao menos, Posner salienta que não há qualquer evidência histórica disso). Assim, nada indicaria que os *framers*, por exemplo, tivessem a intenção de investir juízes na função de “reis-filósofos ou de acólitos dos filósofos, ou, por fim, que, se tivessem tido essa intenção, os juízes deveriam aceitar a investidura”⁶⁶⁹. Posner observa que, se é verdade que noções fundamentais como a tolerância e a igualdade podem ser objeto de uma interpretação filosófica, não é menos verdade que também podem ser tratadas como programas de ação política que servem à realização de objetivos sociais, como a paz e a prosperidade. Eis uma boa síntese de sua visão: “Locke pode ser discutido tanto pelos cientistas políticos como pelos

⁶⁶⁷ POSNER, Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 152.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 171.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 175.

filósofos morais; as discussões dos cientistas políticos provavelmente serão mais frutíferas”⁶⁷⁰.

Desse modo, Posner rejeita a leitura dworkiniana, de que o juiz, inevitavelmente, faz raciocínios morais. Ética e razão prática não se confundiriam com teoria moral, a não ser que se usasse este termo “para denotar toda espécie de raciocínio normativo sobre questões sociais”⁶⁷¹. O autor norte-americano admite que, para ser coerente, o juiz deve desenvolver uma “teoria” que justifique suas decisões; mas disso não decorreria a conclusão de que ele se beneficiasse da leitura e do estudo da teoria moral, uma vez que os juízes não precisariam tomar partido nas questões morais. Na sua concepção, as

considerações derivadas da teoria moral são mero subconjunto das considerações normativas potencialmente úteis para o juízo judicial. As questões morais podem ser ou suprimidas ou reformuladas como questões de interpretação, competência institucional, prática política, separação de poderes ou *stare decisis* (decisão de acordo com os precedentes) – ou, ainda, encaradas como um motivo convincente para que o Judiciário se abstenha⁶⁷².

Dito de outra forma, para Posner, a razão prática não se confunde com razão moral: a primeira (entendida como “aquele conjunto de métodos, entre os quais as razões instintivas, que as pessoas usam para tomar decisões quando o uso dos métodos da ciência e da lógica não é possível ou produtivo”⁶⁷³) pode ser exercida sem o apoio da segunda. Ainda que os juízes possam tomar a moral como fundamento para decisão de algumas causas, aplicar um princípio moral a uma questão jurídica não é a mesma coisa que utilizar a filosofia moral normativa para resolver a disputa⁶⁷⁴.

Ainda, Posner considera o sistema proposto por Dworkin “abstrato demais”, além de acusá-lo de ser desinteressado pelo funcionamento real do sistema jurídico,

⁶⁷⁰ POSNER, Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 175. Numa perspectiva de algum modo semelhante, o liberalismo político de John Rawls também pretende estabelecer uma concepção política de justiça que seja formulada de modo independente de qualquer doutrina filosófica ou moral. RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 444. Rawls defende o ponto de que sua concepção política de justiça “sustenta-se por si própria”. Dworkin faz uma iluminadora análise dos argumentos de Rawls no capítulo 9 de *A Justiça de Toga*. Ver: DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 341-69.

⁶⁷¹ POSNER, op. cit., p. 176.

⁶⁷² *Ibid.*, p. 177-8.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 178.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 180.

pelas capacidades práticas e constrangimentos políticos dos juízes, pelo texto e história de peças legislativas particulares, pela diferença entre decisões e meras opiniões judiciais (*dicta*), pelos dados e teorias das ciências sociais que tenham relação com as questões envolvidas nos casos que o interessam e pelos efeitos das normas jurídicas. Segundo o professor de Chicago, a “cura” para os pontos fracos do Direito (Posner refere-se aqui, especificamente, ao sistema de precedentes do *common law* norte-americano) não é a “alta teoria”: o que os “juízes precisam é uma compreensão melhor das consequências práticas de suas decisões”⁶⁷⁵.

De fato, e essa acusação não se dirige apenas a Dworkin, Posner considera que muitas das críticas acadêmicas à atividade judicial são inúteis e irrealistas, no sentido de não tomarem em consideração a atividade judicial cotidiana, e de não auxiliarem os juízes a resolver problemas práticos⁶⁷⁶. Filosofias judiciais (tais como *originalismo* e o *textualismo*, por exemplo) não passariam de racionalizações de decisões baseadas em fundamentos extralegais ou de armas retóricas. Na opinião de Posner, nenhuma postura *legalista* (aqui entendidas como aquelas adotadas por juízes que defendem ser a sua função, apenas, aplicar regras preexistentes ou exercitar algum tipo de raciocínio especificamente jurídico, ao invés de político e criativo) tem a aptidão de fornecer material suficiente para a geração das decisões judiciais⁶⁷⁷.

Explicando melhor o pensamento de Posner, o autor norte-americano acredita que as fontes ditas *legalistas* de decisão judicial não conseguem gerar respostas aceitáveis para todos os problemas que os juízes têm de decidir. Embora frequentemente o *legalismo* dirija a atividade judicial, há casos que exigem dos juízes o recurso a outro tipo de material ou argumento. Trata-se de casos em que o *legalismo* manifesta a sua falta de habilidade tanto para guiar a construção da decisão, quanto para avaliar a correção de seu resultado, seja pelas suas consequências, seja pela sua lógica. Esta insuficiência abriria um espaço (*open*

⁶⁷⁵ POSNER, Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 186.

⁶⁷⁶ De fato, Posner considera que a elite acadêmica está alienada da prática jurídica, aí incluída a tarefa judicial. Isso faz, em contrapartida, com que juízes desconsiderem frequentemente a crítica acadêmica como uma avaliação correta de seu trabalho. Posner afirma que o juiz não é um Professor de Direito, e sim um “generalista que escreve suas decisões sob a pressão do tempo em qualquer caso, em qualquer campo do Direito, que lhe seja apresentado” (tradução nossa). POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008, p. 206.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 13.

area) a ser preenchido pela discricção judicial. Tratar-se-ia de uma *liberdade decisória involuntária*, inerente à atividade judicial, que explicita sua dimensão *política*. Neste ponto é que Posner defende uma espécie de *pragmatismo contido*: uma forma de decidir que seja limitada em diversos aspectos (exigência de imparcialidade, de previsibilidade das decisões, de fidelidade às palavras da lei e dos contratos), mas que permita ao juiz que considere as consequências de suas decisões e que aja, portanto, *politicamente* (num sentido não partidário)⁶⁷⁸.

Pois bem.

Nosso objetivo aqui não é examinar mais detidamente o pragmatismo de Posner, mas apenas um aspecto de seu pensamento: o ataque à filosofia moral enquanto “fonte” de decisões judiciais adequadas. A crítica de Posner, se correta, atinge não só o coração da tese da *leitura moral* da Constituição, mas também o nosso trabalho como um todo. Sustentamos que o juiz, ao decidir, enuncia juízos morais, e tentamos demonstrar como essa tarefa pode ser compatível com as exigências de uma democracia constitucional (é nesse sentido, percebe-se, que o Direito pode ser concebido como uma subdivisão da moralidade política⁶⁷⁹). Sustentamos, com Dworkin, o ponto de que a decisão judicial deve ser gerada por princípios morais, e não por argumentos de política. Posner defende o contrário. É instrutivo verificar como Dworkin responde a essas objeções, digamos, “antiteóricas”.

A resposta mais incisiva de Dworkin, no contexto deste debate, é a de que as críticas de Posner à articulação da filosofia moral no âmbito do Direito são, elas também, radicadas numa teoria moral substantiva, ainda que o Professor de Chicago não o admita ou perceba⁶⁸⁰.

Lembremos que Dworkin descreve o raciocínio moral como um processo de “ascensão justificadora”, por meio da qual os juízos morais exprimidos pelas pessoas vão sendo colocados à prova por meio da reconstituição de suas ligações com princípios, concepções ou ideais mais abrangentes. Conforme o raciocínio moral vai se tornando mais amplo, desenvolve-se uma “teoria” – e é neste sentido

⁶⁷⁸ POSNER, Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 13.

⁶⁷⁹ É preciso ter cuidado redobrado para não incorramos, aqui, em mal-entendidos: de fato, o juiz enuncia juízos morais; mas isso ocorre somente até o ponto em que interpretam os princípios políticos que estruturam o Direito como um ramo da moralidade política. Não é a moralidade particular do julgador que deve ser enunciada. A decisão judicial deve ser gerada por princípios que expressem a melhor interpretação do Direito como um todo coerente (lembramos das dimensões de *fit* e *value*), e não pela preferência pessoal do julgador.

⁶⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 109.

que Dworkin emprega a expressão “teoria moral”. Não é algo que se adjudique ao raciocínio moral, como se fosse possível dizer “onde o juízo moral termina e onde começa a teoria moral”⁶⁸¹. Trata-se, isso sim, de uma expressão de responsabilidade moral, no sentido de que uma “teoria”, assim compreendida, deve procurar assegurar a integridade das convicções, articulando-as de forma coerente. Essa, aliás, é a concepção de “teoria” que se utiliza no presente trabalho.

Dada esta concepção de “teoria moral”, parece claro que não procedem os argumentos de Posner, de que, por um lado, a teoria moral não apresenta nenhuma fundamentação para o juízo moral, e de que, por outro, os juízes podem e devem evitar a teoria moral. Os juízes simplesmente se deparam com questões morais e, nas palavras de Dworkin, “vituperar contra a teoria moral não vai transformar essas questões em problemas matemáticos ou científicos”⁶⁸².

Dito de outro modo, a postura antiteórica incorre numa contradição – e a doutrina de Posner é um bom exemplo disso. Uma vez rejeitada a teoria moral e, portanto, o fundamento teórico de suas posições, Posner não apresenta nenhum outro modo pelo qual pode sustentar suas ideias⁶⁸³. Dworkin lembra-nos, aqui, do “clássico dilema pragmatista”. Os pragmatistas afirmam que qualquer princípio moral só deve ser avaliado em contraposição a um critério prático, a saber: adotar este ou aquele princípio torna as coisas melhores? Contudo, se eles estipularem qualquer objetivo social específico – qualquer concepção a respeito de quando as coisas são melhores –, estarão contrariando suas premissas, pois um objetivo social não poderia ser, ele próprio, justificado do ponto de vista instrumental sem que se proceda a uma argumentação em círculos⁶⁸⁴.

Entenda-se: quando Posner defende, por exemplo, que desacordos morais são insolúveis, e que, portanto, a sociedade, o legislativo e a política devem resolvê-los naturalmente, ele está, na verdade, endossando uma afirmação moral normativa. Isto é, está, também ele, *fazendo um juízo moral*, no sentido de demonstrar como os poderes de Estado devem ser distribuídos e exercidos. Deslocar o julgamento do Judiciário para os Poderes Executivo e Legislativo, em razão da indeterminabilidade da questão jurídica, também é uma forma de fazer um julgamento moral⁶⁸⁵. Como

⁶⁸¹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 113-5.

⁶⁸² *Ibid.*, p. 126.

⁶⁸³ ARRUDA, Thais Nunes de. *Juízes & casos difíceis*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 275.

⁶⁸⁴ DWORKIN, op. cit., p. 130.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 267.

diz Dworkin, apesar de “várias tentativas heroicas, porém contraditórias, de dissimular o fato, ele próprio [Posner] continua apelando reiteradamente à teoria moral”⁶⁸⁶. E isso não é um defeito em seu raciocínio, mas uma inexorabilidade.

Insistindo neste ponto: Posner defende, ao longo de sua argumentação, que há uma distinção entre o raciocínio moral inculto, “habitual”, e o moralismo “acadêmico”. O primeiro seria “natural” e deveria ser preservado; o segundo seria antinatural, intervencionista, escrito por pessoas “que não viveram” e, portanto, deveria ser rejeitado (lembramos da distinção, linhas antes, traçada pelo autor norte-americano entre razão moral e razão prática: a primeira seria dispensável na atividade judicante; a segunda, não). Ora, como observa Dworkin, Posner “pede a morte da teoria moral, mas, como todos os pretensos coveiros da filosofia, deseja apenas o triunfo de sua própria teoria”⁶⁸⁷. Como vimos alhures, na discussão com os céticos a respeito da objetividade dos juízos morais, não há como se fazer uma afirmação normativa a respeito da moral que não adote o *mesmo tipo de argumento moral substantivo que compõe esse domínio* (é o *mind independence argument*). Neste fio, uma vez que a perspectiva moral não pode ser eliminada, nem mesmo para o ceticismo ou o relativismo morais (como explanamos no capítulo anterior), *não se pode dispensar a teoria moral*.

Ronaldo Porto Macedo Junior explica bem esse ponto. Não é que Dworkin procure complicar ou tornar filosóficas as coisas do Direito: as coisas do Direito é que são complexas e filosóficas. Para Dworkin,

os problemas concretos da vida do Direito estão concatenados com problemas filosóficos mais técnicos e abstratos. Eles são inevitáveis. Não é possível cindir e explorar “questões concretas” com rigor sem nos confrontarmos com uma rede de questões filosóficas mais abrangentes [...]. É de se notar que essa não é uma característica específica do pensamento de Dworkin. Essas exigências e pressuposições conceituais e epistemológicas decorrem das próprias questões discutidas. Em outras palavras, não é Dworkin quem afirma que elas não podem ser indissociadas “em sua obra”. As questões jurídicas importantes de hoje é que não podem ser dissociadas de seus pressupostos e de suas interconexões com outras áreas do conhecimento. Dworkin apenas estatui a autocompreensão desse fenômeno⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 126.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 133.

⁶⁸⁸ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 283.

Noutro contexto, Dworkin afirmou que os “juristas da academia não podem fugir da filosofia – ela corre a encontrá-los no seu próprio território –, embora possam filosofar de maneira ignorante e fazer má filosofia”; nessa linha, “seria irresponsável o jurista que insistisse que os conceitos de significado e intenção original devem ocupar o próprio centro da prática constitucional, mas ao mesmo tempo negasse a revolução que ocorreu em nossa compreensão desses conceitos no decorrer do século XX”, ou seja, seriam irresponsáveis os juristas “se ignorassem a discussão filosófica dos conceitos que consideram essenciais para o seu trabalho”⁶⁸⁹. Ele tem toda a razão.

4.2.4.3 Uma leitura moral da cláusula do *devido processo legal*

A conformação do nosso projeto chega, aqui, a um ponto de maior, digamos, concretização. Ao longo do percurso, procuramos fundamentar a tese de que há respostas jurídica e democraticamente corretas em Direito. Demos ênfase, até esse ponto, ao aspecto *substantivo* desta proposta. Queremos destacar, agora, o seu aspecto procedimental.

Veja-se que o tratamento que demos à *dimensão interpretativa da resposta correta*, graças ao exercício de “ascensão justificatória” proposto por Dworkin, levou-nos a tratar de forma por vezes muito ampla de assuntos que envolvem, é preciso reconhecer, um alto grau de abstração. Não havia como ser diferente: não só para delimitar nosso horizonte teórico e justificar nossos pontos de vista, mas também para evitar confusões conceituais e epistemológicas, foi necessário posicionar a nossa proposta em relação a temas abrangentes e controvertidos, tais como o Direito, a democracia e, mesmo, a filosofia da interpretação. Repetindo aqui a pertinente observação de Ronaldo Porto Macedo Junior, não é que Dworkin procure complicar ou tornar filosóficas as coisas do Direito: *as coisas do Direito é que são complexas e filosóficas*.

Isso não quer dizer, por outro lado, que não se possam ou devam apontar alguns elementos mais objetivos e concretos, que auxiliem na tarefa de se fazerem interpretações constitucionais que observem os propósitos aqui defendidos. Lenio Streck, por exemplo, deu-se conta disso e estabeleceu, de forma iluminadora, um

⁶⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 486-7.

conjunto mínimo de princípios a serem respeitados no interior de uma teoria da decisão judicial, explicitando-os analiticamente. A saber: a) preservar a autonomia do Direito; b) o controle hermenêutico da interpretação constitucional; c) o efetivo respeito à integridade e à coerência do Direito; d) o dever fundamental de justificar as decisões; e e) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada⁶⁹⁰.

Nas palavras do jusfilósofo gaúcho, uma decisão deve, assim, passar pelo filtro desses cinco princípios, devendo ser respondidas as seguintes perguntas:

- a) Está sendo respeitada a autonomia do direito? Essa decisão não está comprometida com argumentos morais, políticos ou econômicos? A decisão está imune a predadores endógenos e exógenos do direito?
- b) Essa decisão é discricionária? Para chegar a ela, foi efetuada a reconstrução da história constitucional da regra a ser aplicada? Essa decisão é arbitrária? Se eu decidi conforme “minha concepção sobre o direito”, essa concepção é coerente com o que vem sendo decidido e o que consta na doutrina? Foi feito um controle hermenêutico da presente decisão?
- c) Essa decisão possui uma consistência articulada? Os argumentos estão integrados ao conjunto do direito? Essa decisão pode ser aplicada a outros casos semelhantes? O princípio que se extrai da *holding* dessa decisão possui caráter de universalidade?
- d) Essa decisão está devidamente justificada/fundamentada? Todos os argumentos das partes foram enfrentados?
- e) Essa decisão está respeitando o direito fundamental a se ter a melhor resposta a partir do direito, sendo, portanto, uma resposta constitucionalmente adequada? A resposta foi dada com fundamento no direito, entendido, a partir de um conceito interpretativo, como aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, resposta nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador?⁶⁹¹

Como se percebe, esses cinco princípios/perguntas propostos por Streck possuem uma forte influência da obra de Ronald Dworkin. Com efeito, é possível responder às questões formuladas por Lenio com base nas teses trabalhadas ao longo dessa pesquisa. Dessa forma, resumidamente, podemos apontar que: a *primeira pergunta* deve ser respondida a partir da distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio; a *segunda pergunta*, a partir do debate

⁶⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 329-48.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 346-7.

Hart/Dworkin (especificamente quando o segundo contradita a tese da discricionariedade “forte” da atividade judicial); a *terceira pergunta*, a partir da tese da *integridade* (que garante a coerência do governo com base em princípios); e, a *quinta pergunta*, a partir da combinação entre a concepção constitucional de democracia (na qual se justificam as bases para a intervenção judicial) e a teoria da interpretação dworkiniana.

Deixamos de fora, propositalmente, a resposta à *quarta pergunta*, em que se aponta a necessidade de que a decisão judicial seja devidamente justificada, e de que tenham sido “respondidos todos os argumentos das partes”. De fato, por um lado, a necessidade de boa fundamentação da decisão pode ser trabalhada a partir da tese dos argumentos de princípio (a decisão judicial deve ser gerada por princípios que guardem, entre si e com o Direito como um todo, coerência e integridade); mas, por outro, a necessidade específica de que sejam enfrentados todos os argumentos das partes, aponta para uma outra linha de raciocínio. Por que não basta que a decisão jurídica esteja correta no seu *resultado*? Por que a decisão deve, também, legitimar-se a partir da resposta aos argumentos dos interessados?

É possível, defendemos, responder a essa pergunta de modo fiel aos pressupostos dworkinianos, a partir da tese da *leitura moral da Constituição*, acima apresentada. Com efeito, a partir da leitura moral das cláusulas constitucionais que tratam do processo (em especial, as cláusulas do *devido processo legal* e do *contraditório*), pode-se justificar a conclusão de que, nos quadros de um Estado Democrático de Direito, as exigências do *autogoverno* (dito num nível mais abstrato: exigências da autonomia e da dignidade) fazem com que as decisões jurídicas devam ser construídas em conjunto com os interessados no seu resultado; e que, para tanto, deve-se garantir a *participação* destes no processo de resolução das questões que lhes atingem.

É a isso que chamamos de *dimensão procedimental da resposta correta*, ideia que passamos a defender agora, com a intenção de aumentar, na medida em que isso for possível, o grau de determinação de nossa proposta. Porém, entenda-se bem: não é que haja uma cisão entre a dimensão *interpretativa* da decisão jurídica e a sua dimensão *procedural*: a interpretação construtiva é que *opera sobre as*

questões procedimentais, explicitando-as e tornando concretas as suas exigências⁶⁹².

Vejamos.

Argumentamos até aqui que a leitura moral da Constituição recomenda que compreendamos seus dispositivos (em especial os que tratem de direitos individuais e que tenham sido vazados em linguagem abstrata) como *princípios morais*, que se incorporam ao Direito como limites ao poder do Estado. Estes princípios, por sua vez, devem ser interpretados em harmonia com as exigências de legitimação de um governo democrático, a saber: o dever de tratar as pessoas sob seu domínio com igual consideração e respeito, e o dever de preservar a responsabilidade pessoal destes indivíduos por suas próprias vidas. Num nível ainda mais geral, estas demandas (pela imposição de limites ao *government*, pela preservação da igualdade, pelo dever de respeito à autonomia dos indivíduos) derivam de dois princípios éticos ainda mais abrangentes, os chamados *princípios da dignidade* (princípios do *valor intrínseco* e da *autenticidade*). Assim, dando à interpretação um caráter integrado, deve-se ter presente que a leitura moral da Constituição trata, no limite, da construção de interpretações que, respeitados os limites do texto, melhor preservem as dimensões da dignidade humana – ainda que isso (saber se uma determinada interpretação constitucional honra ou avilta a dignidade humana) seja, também, uma questão interpretativa.

Com esse conjunto de supostos em mente, examinemos o que a Constituição tem a dizer sobre o *devido processo*.

A Constituição do Brasil enuncia que *ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). Na Constituição norte-americana, a expressão *due process of law* aparece na Quinta Emenda e na Décima Quarta Emenda como forma de proteção da vida, da liberdade e da propriedade. É possível fazer uma *leitura moral* dessa cláusula? É claro que sim. O dispositivo certamente passa pelos primeiros *testes* que autorizam a utilização da estratégia dworkiniana, a

⁶⁹² Dworkin, lembremos, afirma que a democracia majoritária é “puramente procedimental”, ao passo que sua concepção “em parceria” preveria, também, amarras substantivas de legitimação. DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 384. Nesse sentido, o que a presente tese pretende destacar é que procedimento e substância devem ser interpretados de forma integrada, harmônica e, ver-se-á, *interdependente*. Defendemos que esta é uma boa forma de conceber o processo jurisdicional no quadro mais abrangente da *partnership conception* dworkiniana.

saber: o constituinte empregou uma linguagem abstrata⁶⁹³ e estabeleceu direitos aos indivíduos. De fato, nenhum dos textos constitucionais citados define, em detalhes, em que consiste o devido processo, limitando-se a enunciá-lo de forma genérica. É bem verdade que, no caso brasileiro, a Constituição faz referências expressas a algumas garantias processuais (é o caso do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV); mas isso não invalida – e sim complementa – nosso argumento. A Constituição deve ser interpretada como um conjunto coerente, e os dispositivos que tratam das coisas processuais devem sustentar-se reciprocamente (não há *devido processo* sem *contraditório*; não há *devido processo* sem *ampla defesa*; não há *ampla defesa* sem *contraditório* e assim por diante). Não há dúvidas, pois, de que se pode interpretar a cláusula do devido processo *como um princípio moral abrangente, integrado ao Direito como um limite ao poder do Estado*. Vejamos, porém, de que modo podemos reenunciá-lo, tornando mais claras as suas exigências concretas.

Sustentamos que a cláusula do devido processo enuncia, no âmbito de uma teoria jurídica que guarde premissas dworkinianas, um princípio moral extremamente robusto. E mais: propomos, a partir de uma leitura moral, uma reinterpretação dos pressupostos habermasianos de que, nos quadros de um Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional deve assegurar a garantia das condições processuais para “o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos coassociados jurídicos, no sentido da interdependência e da equiprimordialidade delas”⁶⁹⁴. Perceba-se que essa tentativa nos aproxima, de algum modo, do pensamento de Marcelo Cattoni, quando este afirma que a jurisdição constitucional deve garantir a participação, nos processos jurisdicionais, dos possíveis afetados por cada decisão, por meio de uma *interpretação construtiva* que compreenda o próprio processo jurisdicional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos; nesta vereda, a jurisdição constitucional *aplica, a si*

⁶⁹³ “Abstrata” no sentido de que o texto prevê, de forma abrangente, que não se pode privar o cidadão de direitos sem o “devido processo legal”, sem, contudo, defini-lo detalhadamente, explicitando as suas exigências formais ou substantivas. É nesse sentido, aliás, que Dworkin se refere à linguagem por vezes “abstrata” do texto constitucional – em oposição às suas disposições mais específicas, como aquela em que se prevê a idade mínima para o exercício da Presidência da República.

⁶⁹⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 383.

mesma, o princípio do devido processo legal, que passa a estruturar o modelo constitucional do processo⁶⁹⁵.

Explicando melhor: já nas seções iniciais deste trabalho, destacamos nossa concordância com Habermas, quando este afirma que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o Direito institucionaliza procedimentos em que se estruturam os processos de justificação de sua própria validade. Em outras palavras, o Direito estabelece as condições constitucionais de sua própria validade, garantido que os cidadãos, no exercício de sua *autonomia*, sejam coautores de seus próprios direitos e deveres. Neste sentido, a legitimidade do Direito é garantida a partir de condições processuais de gênese democrática das decisões que mobilizem o uso coletivo da força.

É possível falar nas condições *processuais* da decisão jurídica, de um modo que não contrarie as premissas até aqui defendidas, imbricando-as com as *condições democráticas* por Dworkin trabalhadas. Lembremos, especificamente, das chamadas *condições de relação*: o jusfilósofo norte-americano defende, como vimos, que, para que um indivíduo seja considerado um *membro moral* de uma determinada comunidade política, é necessário dar a ele uma *participação* em qualquer decisão coletiva, um *interesse* nessa decisão e uma *independência* em relação a essa mesma decisão.

É certo que Dworkin tinha em consideração, aqui, o processo político, e não propriamente o jurisdicional. Mas é possível (*necessário*, diríamos) traduzir essas exigências para o âmbito da jurisdição. Não só porque a decisão jurídica tem uma dimensão política (na medida em que o conceito *doutrinário* de Direito trata-o como uma subdivisão da moralidade política), mas também porque as condições processuais são, na verdade, condições *democráticas* e, neste sentido, condições de legitimidade de uma decisão oficial. Em definitivo, devem-se interpretar as cláusulas constitucionais que tratam do processo jurisdicional de modo a harmonizá-lo com as exigências da democracia constitucional dworkiniana (*partnership conception*). Neste sentido, assim como no processo político se deve assegurar aos cidadãos uma *igual oportunidade* de desempenhar um papel na vida política, uma *igual participação* no governo (no sentido de que seus interesses sejam levados em

⁶⁹⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido Processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 384.

conta tanto quanto os interesses dos demais membros da comunidade) e o *respeito pela responsabilidade individual* das pessoas, também o processo jurisdicional deve refletir, de algum modo, esses mandamentos.

De todas estas *condições democráticas* (*participação, interesse e independência*), a que encontra sua expressão mais natural no processo jurisdicional é, certamente, a garantia de *participação*. De acordo com Dworkin, *participação*, no bojo de um processo político, significa a oportunidade de poder modificar, de algum modo (sufrágio universal, representação etc.), as decisões coletivas. Congruentemente, afirmamos que, no âmbito específico do processo jurisdicional, essa condição está radicalmente imbricada com a possibilidade de os participantes virem a influenciar, com seus argumentos, o provimento jurisdicional. E essa possibilidade é garantida por uma compreensão constitucional da cláusula do *contraditório*.

De que modo a garantia do *contraditório*, por um lado, integra o *devido processo* e, por outro, tem o sentido de *garantia de participação*?

Podemos acompanhar, neste ponto, a lição de Marcelo Cattoni, para quem procedimento “é a atividade de preparação de provimentos estatais”, caracterizado por uma “interconexão normativa entre os atos que o compõem”, pela qual “o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto”; já o processo “caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos *interessados*, juntamente com o autor do próprio provimento” (grifo do autor); e, no caso específico do processo jurisdicional, “essa participação se dá de uma forma específica, dá-se em *contraditório*”⁶⁹⁶. A cláusula do *contraditório*, nesta concepção, preserva a igualdade e o autogoverno, garantindo a “simétrica

⁶⁹⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 448. Neste ponto, é visível a influência, na tese de Cattoni, da obra do processualista italiano Elio Fazzalari, para quem, como é notório, o processo também é um procedimento que se desenvolve em *contraditório*. Nas palavras deste, o *processo* “é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em *contraditório*, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”; e o *contraditório* consiste “na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade de suas posições; na mútua implicação de suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar em conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados”. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-20.

paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos”⁶⁹⁷.

Veja-se que esta concepção de *devido processo* passa pelo filtro da leitura moral dworkiniana, na medida em que procura harmonizar o exercício da jurisdição com a garantia de direitos, o que é uma exigência do Estado Democrático de Direito. O procedimento garante, assim, a geração de *decisão participada* e, neste sentido, construída democraticamente. Nas palavras de Cattoni, “não se pode opor o exercício do Poder Jurisdicional à garantia de direitos”, uma vez que é justamente por meio do processo jurisdicional, “realizado em contraditório entre as partes, juntamente com o juiz ou tribunal autor do provimento, que o provimento jurisdicional é emitido e a função jurisdicional é exercida”⁶⁹⁸.

Esta maneira de se interpretar a cláusula do contraditório, que inclusive tem despertado a atenção da processualística contemporânea⁶⁹⁹, ao incorporar

⁶⁹⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 450.

⁶⁹⁸ Ibid., p. 454-5.

⁶⁹⁹ Cabe fazer referência, aqui, à produção teórica de autores como Dierle Nunes e André Leal, ambos de matriz habermasiana, e que apostam, ainda que com enfoques distintos, numa leitura forte do princípio do contraditório como forma de se garantir legitimação do provimento jurisdicional. Com efeito, André Leal faz uma consistente crítica à concepção de processo *como instrumento da jurisdição*, a partir da negação da existência de uma jurisdição legitimada *a priori*, ou seja: o autor nega a identidade entre a atividade *judicial* e a atividade *jurisdicional*. O processo não seria um meio para a obtenção de uma decisão vinculativa do poder estatal, que teria como destinatários meros *coadjuvantes da relação jurídico-processual*, mas um procedimento regido pela principiologia constitucional. Sua saída é desenvolver uma *teoria do processo jurisdicional a partir do processo*, seguindo da noção de que todo provimento normativo estatal tem origem no procedimento que o prepara. O entretencimento entre direito e legitimidade, visto a partir de uma compreensão procedimentalista do direito (teoria discursiva da democracia), faz com que se institucionalize o chamado *princípio do discurso* (Habermas) através da principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia). E, assim, não haveria jurisdição sem que um procedimento assegure as condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas, bem como fiscalizá-las. Ver: LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008. Por sua vez, Dierle Nunes propõe a democratização do processo civil a partir dos eixos da *comparticipação* e do *policentrismo*. A ideia defendida é a de que, numa visão constitucional e democrática, não existe entre os sujeitos processuais submissão, mas sim, interdependência, na qual a procedimentalidade é a balizadora das decisões. O processo é percebido como uma garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões. Argumenta-se no sentido de que o estabelecimento de focos de centralidade (seja nas partes, seja no juiz) não se adapta ao perfil democrático dos Estados de direito da alta modernidade. Assume-se um paradigma procedimental de Estado Democrático de Direito, no qual se impõe a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais (co-originários e reciprocamente constitutivos) em todos os campos, especialmente na esfera estatal. No âmbito jurisdicional, resgata-se a discussão entre todos os sujeitos processuais, sem privilégios a qualquer deles, mediante a implementação dos direitos fundamentais, que balizam a tomada de decisões em seu aspecto formal e substancial. Propõe-se a divisão da atuação entre

concretamente, à decisão judicial, a contribuição daqueles que sofrerão os seus efeitos, contribui para que se satisfaça a condição democrática da *participação*, por meio da qual se garante o autogoverno. Uma leitura *moral* do princípio do contraditório chama a atenção para o fato de que *a moralidade não trata, apenas, de resultados ou de conteúdo*. Dworkin entende que este fato (a leitura moral do procedimento, ou a *moralidade do procedimento*) decorre da superação do *two-systems model*, no qual se concebe o Direito separado da Moral. De acordo com o jusfilósofo norte-americano, devemos tratar os princípios estruturais que diferenciam o Direito dos demais campos da moralidade política (entre estes, as importantes questões de procedimento constitucional) como sendo, eles próprios, princípios políticos sujeitos a uma leitura moral⁷⁰⁰.

O ponto que queremos destacar, aqui, com Dworkin, é o de que não podemos nos valer de uma ideia de processo *enquanto distinto da substância*. O processo correto – a saber: o processo que deve ser preservado por juízes e tribunais – depende de se decidir que direitos as pessoas têm ou não; a própria teoria do processo, portanto, deve resolver, para ser aceita, questões substantivas⁷⁰¹.

Perceba-se que não se está trabalhando, aqui, com a conhecida distinção entre devido processo *formal* e devido processo *substantivo*. Segundo esta visão, a concepção *formal* expressaria garantias constitucionais processuais (contraditório, juiz natural, duração razoável etc.) e, a dimensão *material*, a necessidade de que as

as partes e os juízes, clarificando a sua interdependência, de modo a absorver os aspectos benéficos tanto dos movimentos liberais quanto dos sociais. Aposta-se na leitura do contraditório na modalidade de *garantia de influência* como referente constitucional do policentrismo e da comparticipação, em vista de que agrega, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada, tornando o cidadão simultaneamente autor e destinatário do provimento. Ver: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. Igualmente, registramos aqui o pensamento de Darci Guimarães Ribeiro, que concebe a garantia constitucional do contraditório como o “momento fundamental do processo”, chegando a afirmar que, “apesar de certos princípios constitucionais poderem, em certas circunstâncias, admitir exceções, o do contraditório é absoluto, não admite exceções, devendo ser sempre respeitado, sob pena de nulidade do processo”. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 64-5. Este registro é importante para que se compreendam as propostas do jurista gaúcho a respeito da interligação entre os conceitos de “participação” e “democracia”. Ribeiro defende que o Poder Judiciário está em “franca vantagem para a implementação da democracia participativa”, na medida em que, por meio de um procedimento permeado por garantias constitucionais (acesso à justiça, contraditório, publicidade e dever de fundamentação), assegura-se a criação legítima do Direito. *Ibid.*, p. 104-5. Por fim, anotamos que o projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro incorpora a necessidade de o juiz ouvir as partes previamente às decisões que profere, bem como, de responder a todos os seus argumentos relevantes (arts. 10 e 499, parágrafo primeiro, IV, do Projeto de Lei n. 8.046/10).

⁷⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 413.

⁷⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 96.

decisões jurídicas sejam substancialmente *devidas*⁷⁰². Não se critica a utilização do *substantive due process* como parâmetro de controle material dos atos do Poder Público. Mas esta distinção (entre forma e substância) deve ser vista com cuidado, para que não se oculte o próprio sentido das teses dworkinianas a respeito do procedimento – ele próprio, e todas as suas garantias instituintes (tidas nesta distinção como *formais*), sujeito a uma leitura moral. Isto é: a interpretação construtiva, a leitura moral, incide sobre a própria concretização de cada uma das garantias processuais.

Com isso entendido, chega-se à dimensão *procedimental* da resposta jurídica e democraticamente correta: ela tem de ser o *resultado de um processo correto*. E saber se um processo é correto ou incorreto é uma questão de interpretação construtiva. Assim, interpretar a cláusula do devido processo, em harmonia com a concepção de contraditório que endossamos⁷⁰³, é uma questão constitucional substantiva e, neste sentido, de moralidade política. Outra maneira de dizê-lo é: também o devido processo é uma *questão de princípio*.

⁷⁰² Esta visão é endossada por diversos processualistas, como, por exemplo, por Fredie Didier Jr. Ver: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. (v.1), p. 49-50. Também o Supremo Tribunal Federal acata esta distinção, concebendo, o devido processo legal *substantivo*, como a fonte normativa do princípio da proporcionalidade, utilizando-a como parâmetro de aferição de inconstitucionalidades materiais (RE 374.981). Esta distinção remete ao célebre (também pela infâmia) caso *Dred Scott*, de 1857, no qual a Suprema Corte norte-americana decidiu que pessoas de descendência africana que eram ou escravos, ou descendentes de escravos, não poderiam ser considerados cidadãos em qualquer dos Estados da União, e nem teriam qualquer direito que os brancos estivessem obrigados a respeitar (“*no rights which the white man was bound to respect*”). Esse caso é sempre lembrado porque, nele, deu-se à cláusula do *due process*, constante da Quinta Emenda Constitucional, o significado de direito substantivo, declarando inconstitucional parte do *Missouri Compromise Act*, de 1850, em que se havia proibido a escravidão nos territórios federais. Laurence Tribe é um dos autores que observa que a interpretação da cláusula do *devido processo* como um conjunto de limitações substantivas ao conteúdo da ação governamental soa como um *stretch* (um exagero interpretativo). Tribe também observa que alguns consideram esta construção um *nonsense linguístico*, ou um *oximoro*. De qualquer forma, o jusfilósofo norte-americano também aponta que se trata de uma interpretação consolidada pela tradição, e que não dá mostras de que pudesse ser modificada num futuro próximo. Ver: TRIBE, Laurence. *The invisible constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 110-1.

⁷⁰³ Veja-se que no caso específico da Constituição do Brasil, por exemplo, não se especifica *de que maneira* se preserva o contraditório; o texto limita-se a garanti-lo *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral*, sem definir o conteúdo e a extensão da garantia.

5 CONCLUSÕES

Neste trabalho tentamos apresentar, tomando como eixo condutor de nossa análise as principais teses do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, alguns fundamentos para a construção de uma teoria da decisão jurídica que seja adequada para o contexto constitucional brasileiro. Trata-se, dado o vocabulário que pauta o estudo do debate Hart/Dworkin, de uma teoria *normativa*, ou *prescritiva*, na medida em que visa a fornecer critérios para a ação juridicamente correta. E não se poderia fazê-lo, de uma maneira minimamente fiel a Dworkin, a não ser que se concebessem as questões jurídicas não apenas como problemas de democracia, mas também de argumentação moral.

Defendemos, ao longo desta tese, um conjunto de releituras das propostas dworkinianas, visando não apenas a aprender com estas, mas também a harmonizá-las, teoricamente, com as premissas de um constitucionalismo adequado para o Brasil. Assim, nossa investigação estabeleceu as seguintes premissas e conclusões:

I – O pensamento de Ronald Dworkin é marcado por duas grandes características: uma *conceitografia* própria e uma preocupação muito grande com a coerência. Assim, os conceitos dworkinianos, em especial suas concepções a respeito de valores políticos importantes (democracia, igualdade, justiça e assim por diante), frequentemente são formulados de maneira original e tem a pretensão de estabelecerem, entre si, um apoio recíproco. Desse modo, quem quiser aprender com as teses de Dworkin deve buscar uma *visão de conjunto*, na qual sejam contextualizadas suas premissas e pressupostos metodológicos. A pretensão *holística* de seu argumento chega ao auge na tese da *unidade do valor*, defendida ao longo de seu penúltimo livro, *Justice for Hedgehogs*. Nesta obra, o jusfilósofo norte-americano promove a afirmação de uma *ética da dignidade*, apresentada em conjunto com uma teoria moral e política compreensiva. Dworkin propõe uma integração entre os domínios da Ética (que trataria do que é *viver bem*) e da Moral (que trata das obrigações para com os outros). Esta visão repercute sobre o conceito de Direito por Dworkin defendido. O Direito passa a ser concebido como um *ramo* de uma moralidade política mais abrangente, estruturada em princípios éticos. Essa reformulação ilumina a teoria jurídica dworkiniana e influencia, no que nos interessa mais proximamente, seu conceito de democracia constitucional e a sua

concepção a respeito do dever judicial. Neste contexto, a *tese da unidade do valor* tem, para o nosso trabalho, uma expressão metodológica: a ideia de que, na construção da melhor interpretação de cada um dos conceitos estruturantes de uma teoria da decisão jurídica, busquemos, sempre, o apoio recíproco entre estes.

II – Em que pese o chamado *procedimentalismo* (Habermas, Ely) possa ser estudado como um *contraponto* ao *substancialismo* (Dworkin, Tribe), entendemos que há pontos de contato entre a concepção dworkiniana de democracia (*substancialista*, dado o vocabulário deste debate) e a visão habermasiana a respeito das exigências de legitimação do Direito. No Estado Democrático de Direito, a legitimidade do Direito está baseada na complementaridade entre a autonomia pública (soberania popular) e a autonomia privada (direitos fundamentais); e, na concepção dworkiniana de democracia, congruentemente, deve-se preservar, simultaneamente, o autogoverno e o sistema de direitos – ainda que isso ocorra de uma maneira interpretativa e não propriamente procedimental (na verdade, estas dimensões não se opõem). No contexto especificamente brasileiro, acompanhamos, de um modo geral, as premissas do *Constitucionalismo Contemporâneo* de Lenio Streck (um autor, aliás, fortemente influenciado por Dworkin). No Brasil, Lenio tem razão, a própria previsão de um catálogo de direitos sociais no texto constitucional já aponta para o fato de que o Estado Social, como tal, nunca se concretizou – o que faz com que se veja a concepção procedimentalista (no sentido de que a Constituição se limita a garantir que o *jogo político ocorra dentro de certas regras*) com algumas reservas. Assim, uma teoria da Constituição adequada para o Brasil deve conjugar as teses da *força normativa da Constituição* (Hesse) com a da *Constituição Dirigente* (na formulação de Canotilho). O que deve ficar claro, porém, é que, em todas as perspectivas privilegiadas no presente trabalho (Dworkin, Habermas, Streck), a ênfase está na conformação da jurisdição constitucional aos parâmetros democráticos, rejeitando-se, aqui, o ativismo judicial.

III – Endossamos a concepção dworkiniana de *democracia constitucional* (*partnership conception*), que aparece, nos textos do autor norte-americano, em contraste com a visão *majoritária*. Simplificando, de acordo com a concepção *majoritária* (ou *puramente procedimental*), o governo deve agir conforme a opinião do maior número de pessoas sob o seu domínio, ao passo que, na visão *em parceria*, o exercício do poder público está submetido a algumas condições que preservam os interesses da minoria. Essas condições são chamadas, por Dworkin,

de *condições democráticas*, por meio das quais se garante, aos membros da comunidade, *igual consideração e respeito* e *autogoverno*. Veja-se que, no centro da teoria moral dworkiniana, encontramos uma leitura particular do *princípio da humanidade* kantiano, exprimido em dois princípios básicos: o princípio do *respeito próprio* (*principle of self-respect*) e princípio da *autenticidade* (*principle of authenticity*). Estes princípios estão na raiz da construção do conceito de democracia comunitária e, decorrentemente, das citadas *condições democráticas*. O princípio da *igual consideração* é um desdobramento do princípio ético do *valor intrínseco* da vida humana, por meio do qual toda a vida humana tem um valor *objetivo*; e o princípio do *autogoverno*, por sua vez, decorre do princípio da *responsabilidade pessoal*, que enuncia o dever inalienável dos indivíduos de identificarem valor nas suas próprias vidas. A obediência a estes princípios é o que fornece justificativa moral e política ao Estado. Vê-se, neste ponto, compatibilidade entre os princípios com os quais Dworkin interpreta a dignidade humana, no interior da sua teoria política (*igual consideração e respeito* e *autogoverno*), e a complementaridade entre a autonomia pública (fundada na soberania popular) e a autonomia privada (fundada nos direitos fundamentais), que está no centro das preocupações de Habermas.

IV – Como qualquer instituição democrática, a *revisão judicial da legislação* (*judicial review*) somente confirma a sua legitimidade por meio do atendimento das *condições democráticas*. É por meio destas que a comunidade política faz, de seus integrantes, *membros morais* (daí falarmos em *condições de participação moral*). Uma comunidade política não pode fazer de nenhum indivíduo um *membro moral* se não der a ele uma *participação* em qualquer decisão coletiva, um *interesse* nessa decisão e uma *independência* em relação a essa mesma decisão. Sendo assim, quando o Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade da legislação (e, por exemplo, invalida uma lei que, *seja na sua produção, seja no seu resultado*, não tenha atendido às *condições de participação*, como a independência ética de alguma minoria), ele está, na realidade, promovendo a legitimidade do governo. Discordamos, pois, da visão de Jeremy Waldron, que coloca em questão a legitimidade democrática do *judicial review*. Efetivamente, o controle jurisdicional da constitucionalidade da legislação não é uma característica necessária ou automática de todo o regime democrático; mas, quando admitido pelo sistema jurídico constitucional (caso do Brasil), deve ser mantido. O *judicial review*, tanto quanto

qualquer outro dispositivo constitucional que estabeleça diferença de impacto entre os cidadãos, deve ser, em princípio, mantido. A condição de sua manutenção é o cumprimento das condições democráticas: a diferença deve poder ser justificada desde o ponto de vista da dignidade humana. Quer dizer, a revisão judicial da legislação será tão legítima quanto aprimore a legitimidade política como um todo. Muito do que se pode dizer em seu favor, porém, depende do *acerto* das decisões que forem tomadas.

V – O debate Hart/Dworkin guiou grande parte da agenda contemporânea a respeito da teoria jurídica, tendo marcado a produção teórica do período (segunda metade do século XX, início do século XXI). A discussão transcende a conhecida relação de oposição entre um *sistema de regras*, de um lado, e um *sistema de regras e princípios morais*, de outro. A crítica de Dworkin ao positivismo jurídico é mais abrangente e envolve, notadamente, temas relacionados à epistemologia jurídica, à natureza e ao conceito do Direito, bem como às condições de objetividade do conhecimento jurídico. A controvérsia tem, assim, um caráter fortemente metodológico, servindo como fio condutor da análise dos seguintes desdobramentos teóricos: a) a possibilidade (e a utilidade) de se fazer uma descrição moralmente neutra do Direito; b) a objetividade dos juízos morais e a sua relevância para uma teoria normativa do Direito; e c) a relação entre o Direito e a Moral.

VI – Embora o debate Hart/Dworkin não se restrinja a este ponto, a questão da *discricionariedade judicial* é nuclear. Segundo o jusfilósofo inglês, a linguagem em geral em que as regras se expressam não consegue fornecer uma orientação precisa a respeito de sua aplicação, o que pode gerar incertezas. Assim, a imprecisão da linguagem, associada ao seu caráter interpretativo (no sentido de que seu conteúdo depende de interpretação), confere ao intérprete discricionariedade. A incerteza inerente à linguagem faz com que esta tenha uma *textura aberta*. O positivismo hartiano acaba, portanto, atribuindo aos intérpretes oficiais das regras (sendo o Direito um *sistema de regras*) um papel muito importante: o de, diante de casos controvertidos ou duvidosos, *escolher* a solução que lhe pareça melhor. No caso específico da autoridade judicial, esta acaba exercendo a figura de um legislador intersticial. Dworkin discorda de Hart neste ponto, indicando que não apenas as regras (*rules*) são juridicamente vinculativas, mas também os princípios (*principles*), padrões que se aplicariam por exigência moral. O argumento do jusfilósofo norte-americano é o de que, sendo os direitos individuais constitutivos da

democracia, estes preexistem à controvérsia judicial. Desse modo, a decisão judicial não deve criar um novo elemento de legislação; deve, isso sim, reconhecer os direitos institucionais já existentes, decorrentes de uma interpretação do material normativo existente a partir dos princípios que o harmonizariam. Os princípios, neste contexto, não se opõem às regras, mas sim as complementam. Os princípios subjazem às regras, guiando sua interpretação rumo a uma argumentação que favoreça os direitos das partes. Perceba-se, portanto, que tanto Hart quanto Dworkin concebem o Direito como um fenômeno instituído pela linguagem e dependente de interpretação; a diferença está em que o primeiro, diante de um caso duvidoso, prevê maior liberdade para o intérprete; e, o segundo, indica os princípios para diminuir, de algum modo, esta liberdade. É neste sentido que se concorda com a afirmação de Lenio Streck de que os princípios *fecham* a interpretação, ao invés de abri-la.

VII – Hart, diante das objeções que lhe opõe Dworkin, sustenta que seu projeto era meramente *descritivo*, e não ético ou moral: seu objetivo seria o de compreender, e não de avaliar, as práticas sociais que compõem o Direito. Daí a questão: é possível fazer uma descrição moralmente neutra de um sistema jurídico? Dworkin pensa que não, mas, na nossa avaliação, Brian Leiter conseguiu demonstrar que sim. A questão de formular o conceito de Direito de uma maneira que mais bem integre o que há de importante em outros valores políticos importantes, como a democracia, a igualdade e a liberdade, é, de fato, a tarefa central da teoria jurídica contemporânea. Mas isso é diferente de dizer que não seja possível, por meio da interpretação de valores que não são *morais*, mas *epistêmicos*, descrever o funcionamento de um sistema jurídico sem avaliá-lo. Veja-se que o argumento de Dworkin é coerente com suas premissas (1) o direito é um conceito interpretativo; 2) um conceito interpretativo faz reivindicações sobre o seu *valor* e o seu *objetivo*; e 3) o objetivo do direito é justificar o exercício do poder de coerção por parte do governo), como o próprio Leiter reconhece. Contudo, dá-se razão a Leiter quando este diz que um teórico descritivo pode limitar seu campo avaliativo por meio de valores meramente epistêmicos (como a simplicidade ou a coerência com outras teorias estabelecidas), e não necessariamente justificatórios ou avaliativos da prática descrita. Neste sentido, a regra de reconhecimento, de Hart, pode ser lida como uma proposição descritiva: de que os membros de uma comunidade consideram-se a si mesmos e aos demais obrigados a agir de acordo

com uma prática geral. Coisa diferente, claro, é tentar harmonizá-la com as exigências de legitimidade que caracterizam o Estado Democrático de Direito. A rigor, o próprio Dworkin, se não chega a voltar atrás em seu ponto de vista, também acaba ampliando sua *conceitografia* de modo a, de alguma forma, abranger a “sociologia descritiva” por Hart proposta, quando afirma, em *Justice for Hedgehogs*, que por vezes usamos a palavra “direito” num *sentido sociológico*, ao tratar, por exemplo, do “direito” das comunidades primitivas. Seu argumento, então, é o de que não se pode tratar o conceito *doutrinário* (quando se pretende afirmar o que é o “direito” sobre determinada matéria) de direito separadamente da Moral. Com este argumento, é certo, concordamos.

VIII – O debate Hart/Dworkin suscita, ainda, a questão a respeito da existência de juízos morais objetivamente verdadeiros e, mesmo, da relevância desta discussão. Hart chega a afirmar que esta discussão deve ser deixada de lado pela teoria jurídica, uma vez que, dada a indemonstrabilidade da veracidade de um argumento moral, o dever do juiz permanecerá o mesmo, a saber: fazer a melhor avaliação moral possível dos problemas que tenha de decidir. Ao contrário do que pensou Hart, porém, esta temática não pode ser contornada no âmbito de uma teoria jurídica normativa em que se pretenda fornecer critérios para uma decisão democraticamente consistente, ou que não promova insultos à dignidade humana. Acompanhamos, também aqui, o raciocínio de Dworkin: um argumento moral somente é tornado verdadeiro por outros argumentos morais; e, se de fato não é possível exigir que se *prove* (de forma empírica ou externa ao domínio Moral) a veracidade de um argumento, pode-se, nada obstante, exigir-se de quem o formula que o faça *responsavelmente*. O jusfilósofo norte-americano desenvolve uma teoria da *responsabilidade moral*, por meio da qual a argumentação moral seja entendida como uma forma de *interpretação*, dirigida à apresentação de nossas opiniões morais como integrantes de um quadro mais geral: um abrangente sistema de valor. Nesse sentido, é possível demonstrar não a *correção* do argumento propriamente dita, mas a sua estruturação adequada. Para Dworkin, o centro gravitacional da responsabilidade é a *integridade*; e a epistemologia de uma pessoa moralmente responsável é *interpretativa*. Na especificidade das decisões jurídicas, essa visão pode ser sintetizada na seguinte formulação: se não podemos exigir que o juiz *forneça* respostas corretas, podemos ao menos exigir que *tente* fazê-lo (que assuma a responsabilidade de procurar demonstrar que a sua interpretação é a que melhor

se integra ao Direito como um todo, seja em termos de *valor*, seja em termos de *ajuste*).

IX – Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin apresentou, como dissemos antes, uma reformulação das relações entre Direito e Moral. O Direito é conceituado como um *ramo* da moralidade política; a moralidade política, como um ramo de uma moralidade pessoal mais abrangente; e esta, por sua vez, seria um ramo de uma teoria ainda mais compreensiva do que seja *viver bem*. A isso o autor norte-americano deu o nome de *tree structure* (estrutura de árvore). Duas questões surgem aqui: primeiro, quais as vantagens do *interpretativismo* dworkiniano (que endossamos, e que se beneficia desta visão unitária entre Direito e Moral), em relação ao positivismo jurídico (em que se tem uma independência completa entre Direito e Moral)? Segundo, em que medida é possível adotar a *tree structure* sem que se coloque a autonomia do Direito (uma conquista democrática, como se vê em Habermas) em aflição? Por partes. Com relação ao primeiro problema, temos que o interpretativismo fornece as bases para uma decisão jurídica democraticamente consistente, ao considerar, como fonte normativa, os princípios que forneçam a melhor justificativa moral das regras positivadas. Isso porque, como vimos ao longo do trabalho, a legitimidade do Direito *deve ser confirmada em princípios* (igualdade e autogoverno, estes defluentes dos princípios da dignidade humana). Não se encontra esta preocupação nas versões do positivismo jurídico que trabalhem com a chamada *teoria das fontes* (vale como direito aquilo que passe pelo filtro regra de reconhecimento; trata-se, pois, de uma questão de fato e de aceitação, de prática e de costume, não de conteúdo). Nestas, pode-se facilmente confundir validade com eficácia. De resto, concorda-se com Dworkin quando este afirma que *positivismo inclusivo* (que aceita a inclusão de alguns critérios morais de juridicidade) é *positivismo nenhum*. Com relação à segunda questão, a resposta pode ser obtida com o auxílio de Habermas. Ao conceber o Direito como uma subdivisão da moralidade política, Dworkin não deixa de delimitar as especificidades do sistema jurídico, justamente, a partir da *institucionalização*; para Habermas, semelhantemente, é a *positividade* do Direito que demarca a obrigação jurídica da obrigação moral. Entenda-se: tanto para Habermas quanto para Dworkin o componente moral da obrigação jurídica é o que garante a sua legitimidade; mas esta é uma condição *necessária* (e não *suficiente*), na medida em que se devem respeitar as especificidades do argumento jurídico (que lida com o impacto moral,

como diz Jeremy Waldron, de eventos do passado ligados à institucionalização/positividade).

X – Dworkin concebe a interpretação como um fenômeno social. Assim, na sua visão, a interpretação somente é possível porque há práticas ou tradições interpretativas às quais podemos nos juntar. Estas práticas estão divididas em *gêneros* (interpretação histórica, jurídica etc.) e, cada um destes, procura um tipo determinado de *verdade*. Desse modo, quando nos somamos a uma determinada prática interpretativa, aceitamos a *responsabilidade* de promover aquele *valor*. Isto é: quando interpretamos algo, também estamos interpretando a própria prática interpretativa à qual nos integramos (a interpretação é interpretativa *all the way down*). Além disso, nós interpretamos um *gênero* particular mediante a imposição daquilo que julgamos seja o seu *propósito* (*purpose*) – o *valor* que o gênero fornece ou deve fornecer. Neste sentido, é possível identificar três *estágios* na interpretação: primeiro, nós interpretamos uma prática social quando a *individualizamos* (identificamos o *gênero* de interpretação); depois, quando atribuímos, ao gênero selecionado, um conjunto de *propósitos* pertinentes; e, por fim, quando tentamos identificar a *melhor realização desse conjunto de propósitos* numa determinada ocasião. Porém, entenda-se bem: Dworkin não propõe a chamada *estratégia do valor* com o intuito de fornecer uma descrição psicológica de como pensam os intérpretes, mas, isso sim, como uma *reconstrução*, mediante a qual se expõem as premissas submersas (a *bagagem inarticulada*) que sustenta as propostas de interpretação. É visível, aqui, a utilidade de se trabalhar as teses dworkinianas a respeito da interpretação com o apoio da Hermenêutica Filosófica (Gadamer). Quando o intérprete é levado a explicitar suas premissas de forma racional (ou seja, quando provoca seus pré-juízos), ele certamente terá de buscar argumentos e convicções que não tinha de antemão, e que desenvolverá enquanto apresenta o seu *case*; essas reformulações (lembremos do círculo hermenêutico) não são um defeito, mas sim, parte do que significa defender que uma determinada interpretação está dirigida à *verdade* (ou, dito de outra forma, que é a que melhor capta o valor daquela prática interpretativa como um todo).

XI – As teses de Dworkin, bem como as de Hart, devem ser compreendidas no contexto de uma mudança de paradigma teórico, de uma *virada metodológica* ocorrida na teoria do direito do século XX. *A filosofia geral invadiu a teoria do Direito*. Trata-se dos reflexos da chamada “virada hermenêutica” (*hermeneutic turn*), por

meio da qual a linguagem, a partir da Filosofia Hermenêutica, deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e o objeto, passando a ser concebida como condição de possibilidade para a compreensão. Supera-se, assim, a relação sujeito-objeto e a concepção absoluta, ou fisicalista, de mundo (que está presente, por exemplo, no contexto das reflexões de Kelsen). Tanto para Hart quanto para Dworkin, a objetividade é um conceito mais próximo a uma “congruência de subjetividades” (Ronaldo Porto Macedo Junior) do que um padrão independente da perspectiva do intérprete. Incorporam-se, à teoria do Direito, temas e métodos próprios da investigação filosófica. Neste horizonte, como adverte Lenio Streck, a contribuição de Dworkin está posicionada para além da dicotomia entre subjetivismo e objetivismo filosóficos. Por isso, pelo compartilhamento paradigmático, é possível articular um diálogo entre os conceitos da Hermenêutica Filosófica (Gadamer) e as teses de Ronald Dworkin. Assim, a *applicatio* gadameriana ajuda-nos a entender que, assim como não há uma divisão temporal entre os momentos de compreensão- interpretação-aplicação, também na atividade judicial não se encontra um ponto em que se identifiquem os limites do Direito para, então, dar início a uma atividade criativa. A circularidade hermenêutica serve de apoio à tese dworkiniana de que a “atitude interpretativa”, com relação aos fatos sociais, é composta por dois pressupostos que interagem de modo circular (o *valor* e a suscetibilidade do material interpretado a esta mesma finalidade). A *fusão de horizontes* explicita essa interação entre *propósito* e *objeto*. E, finalmente, a *autoridade da tradição*, em Gadamer, aponta para a atração exercida pela integridade, em Dworkin.

XII – Uma teoria democraticamente adequada da decisão jurídica deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: por um lado, deve ser produto de um *procedimento* constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta, aos interessados, aquilo que Dworkin trata por *participação moral* (conceito que, vimos, tem em si uma dimensão substantiva); por outro, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação que, dirigida à integridade, honre a *responsabilidade* enquanto virtude. Em outras palavras, a resposta jurídica e democraticamente correta tem uma *dupla dimensão*, a saber, procedimental e interpretativa. Essas dimensões são interdependentes e reciprocamente constitutivas, uma vez que *o próprio conceito de procedimento democrático é um conceito interpretativo*. Entender etapas e garantias procedimentais como exigências democráticas é uma forma de colocá-las sob sua melhor luz. Neste sentido,

concebe-se o procedimento democraticamente adequado atribuindo-lhe um propósito, uma intencionalidade, e reinterpretando-o a partir disso. Uma decisão jurídica adequada deve, necessária e simultaneamente, preservar os princípios da *autonomia* (no sentido habermasiano) e da *dignidade humana* (no sentido dworkiniano). No âmbito da interpretação constitucional, chega-se a esta conclusão por meio de uma apropriação da estratégia dworkiniana de *leitura moral* (*moral reading*), com a qual se insere a moralidade política no âmago do Direito. Trata-se de entender dispositivos constitucionais, em especial os que enunciem direitos individuais, e que tenham sido vazados em linguagem abrangente (ou *abstrata*, como diz Dworkin; é o exemplo da cláusula da igualdade), como promulgações de princípios morais, que passam, assim, a ser juridicamente vinculantes. Essa forma de conceber a interpretação constitucional promove ainda outra tese dworkiniana, que endossamos, e cuja compreensão é fundamental para que se garanta a autonomia do Direito: a decisão judicial deve ser gerada por *princípios*.

XIII – Há duas ressalvas a serem feitas com relação à estratégia de *leitura moral* aqui apresentada. A primeira é a de que a Constituição possui uma dimensão *extratextual* (e, portanto, não imediatamente sujeita à uma leitura moral propriamente dita). Isso aparece, de modo muito claro, no contexto do constitucionalismo norte-americano, em que a Constituição está vazada num texto bastante enxuto. Daí a pertinência das teses de Laurence Tribe (*Invisible Constitution*) e Akhil Amar (*Unwritten Constitution*), que chamam a atenção para estes elementos que se agregam às cláusulas constitucionais e que, em alguma medida, inclusive possibilitam a sua interpretação. A segunda diz respeito ao fato de que nem sempre será possível, ou imediatamente adequado, considerar disposições constitucionais como referentes a princípios morais. Uma coisa é interpretar, desse modo, a cláusula da *igualdade de tratamento*; outra é tentar encontrar princípios morais por trás de disposições bem mais específicas, como aquela em que se estabelece uma idade mínima para o exercício da Presidência da República, por exemplo. Uma disposição como esta até pode ter sido inspirada por princípios morais, mas não é disso que trata a leitura moral. Na verdade, como diz Dworkin, a leitura moral *não é adequada para a interpretação de tudo o que uma Constituição contém*. Contudo, tendo a interpretação um caráter holístico e integrado, as propostas de interpretação constitucional que não forem derivadas de uma leitura moral *não poderão, também, contrariá-la*. Quer dizer, não se pode formular qualquer

proposição constitucional que afronte os princípios morais abstratos que estruturam o autogoverno legítimo, a saber: a igual consideração e o respeito pela responsabilidade pessoal dos indivíduos.

XIV – A leitura moral da Constituição exige que as decisões jurídicas democráticas sejam consistentes do ponto de vista da argumentação moral. Dworkin diz que a doutrina é o *prólogo silencioso* da decisão jurídica, e essa proposta dá um papel importante à Filosofia Moral. Em sentido semelhante, Lenio Streck adverte que não se faz Direito sem Filosofia. Não se nega que isso torne as coisas do Direito mais complexas. Mas há como ser diferente? Há como suprimir a teoria moral do Direito? Defendemos ao longo deste trabalho que não. A análise das premissas com que trabalha Richard Posner ilustrou este argumento. Dworkin demonstra que as críticas do professor de Chicago à articulação da filosofia moral no âmbito do Direito são, elas também, baseadas numa teoria moral substantiva. O próprio Posner admite que, para se manter a coerência entre seus argumentos, é necessário que o juiz desenvolva, de algum modo, uma “teoria”. Que essa teoria seja desenvolvida de modo a preservar a dignidade humana é apenas uma questão de responsabilidade moral. De resto, a defesa da antiteoria, dados os termos deste debate, é uma contradição em seus termos (de que outro modo sustentar alguma ideia?). Até porque, como ensina Dworkin, não há como se fazer uma afirmação normativa a respeito da moral que não adote o *mesmo tipo de argumento moral substantivo que compõe esse domínio* (é o *mind independence argument*). Por isso, a perspectiva moral não pode ser eliminada. Um bom resumo deste ponto pode ser dito com as palavras de Ronaldo Porto Macedo Junior, mais de uma vez lembradas nesta pesquisa: *não é que Dworkin procure complicar ou tornar filosóficas as coisas do Direito; as coisas do Direito é que são complexas e filosóficas.*

XV – A partir de uma leitura moral das cláusulas constitucionais que tratam do processo jurisdicional (em especial, a cláusula do *devido processo*), defendem-se as conclusões de que, nos quadros de um Estado Democrático de Direito, as demandas do *autogoverno* (exigências da autonomia e da dignidade) reivindicam que as decisões jurídicas sejam construídas em conjunto com os interessados no seu resultado; e de que, para que isso ocorra, deve-se garantir a *participação* destes no processo de resolução das questões que lhes atingem. A isso chamamos *dimensão procedimental da resposta correta*, resultado de uma interpretação construtiva que opera sobre as questões procedimentais, tornando mais concretas

as suas exigências. Neste sentido, propomos uma interpretação da cláusula do devido processo legal que a incorpore ao Direito *como um princípio moral abrangente, que imponha limites ao poder do Estado*. A concepção constitucional de democracia (*partnership conception*) autoriza uma interpretação das cláusulas constitucionais referentes ao processo jurisdicional que as eleve ao patamar de *condições democráticas*. Dentre estas (*participação, interesse e independência*), a que encontra sua expressão mais natural no processo jurisdicional é, certamente, a garantia de *participação*. No âmbito específico do processo jurisdicional, essa condição está ligada à possibilidade de os participantes virem a influenciar, com seus argumentos, o provimento jurisdicional. E esta possibilidade é assegurada, por sua vez, por meio de uma compreensão constitucional da cláusula do *contraditório*, que garante a geração de *decisão participada* e, portanto, construída democraticamente. Em definitivo, a noção de dimensão *procedimental* da resposta jurídica e democraticamente correta expressa a ideia de que esta deve ser, sobretudo, *resultado de um processo correto* – o que, no final das contas, é uma questão de interpretação construtiva.

Pois bem.

Encaminhando as coisas para o final, é instrutivo lembrar que, quando Dworkin concebeu a integração entre Moral e Direito, ele tinha um grande propósito em mente: tornar a teoria jurídica mais *interessante*. De acordo com o jusfilósofo norte-americano, sua visão *integrativa* não eliminaria a controvérsia entre o interpretativismo e o positivismo jurídico, por exemplo; mas deslocaria este debate do campo conceitual para o campo político, tornando-o mais profícuo. Um positivista jurídico, que se dispusesse a debater politicamente, teria de apresentar argumentos substantivos para explicar por que, afinal, a justiça não deveria contar na decisão a respeito de como se deve interpretar o Direito de uma determinada comunidade política – e é difícil imaginar onde argumentos assim poderiam ser encontrados⁷⁰⁴. Ou poderia defender que é preferível, desde um ponto de vista democrático, que as decisões políticas sejam sempre tomadas por legisladores do passado e não por juízes do presente. Seja como for, a teoria jurídica tornar-se-ia mais desafiadora e mais importante. Tratar a teoria jurídica como um ramo da Filosofia Política, a ser

⁷⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 409.

investigado tanto nas escolas de Direito como nas de Filosofia e Política, teria o efeito virtuoso de aprofundar todas estas disciplinas⁷⁰⁵.

É neste contexto que se devem ser lidas as nossas propostas: como uma tentativa de se levar adiante o ideal dworkiniano de tornar mais interessante a discussão especificamente jurídica, por meio da busca pela integridade entre disciplinas distintas, com as quais se aprende e aperfeiçoa o argumento.

Por fim, Jeremy Waldron, quando do falecimento de Ronald Dworkin, prometeu publicamente levar o empreendimento deste adiante, de um modo que fizesse justiça à generosidade e à unidade de sua visão⁷⁰⁶. Waldron esperava, então, contar com a ajuda de outros. O presente trabalho é apenas uma forma de demonstrar que Waldron não está, certamente, sozinho.

⁷⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 410.

⁷⁰⁶ No original: *"To his memory, then, I pledge as resolve, as far as I am able, to carry this on, with others I hope, to continue the refreshment of jurisprudence with these insights Ronnie gave us, in a way that does justice to the generosity and unity of his vision"*. WALDRON, Jeremy. *Ronald Dworkin: an appreciation*, 5 jun. 2013. Disponível em: <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276009>. Acesso em: 02 abr. 2014.

REFERÊNCIAS

- AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. New York: Random House Trade Paperbacks, 2005.
- AMAR, Akhil Reed. *America's unwritten Constitution: the precedents and principles we live by*. New York: Basic Books, 2012.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Bauru, SP: EDIPRO, 2002.
- ARRUDA, Thais Nunes de. *Juízes & casos difíceis*. Curitiba: Juruá, 2014.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BARRETTO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Leituras de filosofia do direito*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BAXTER, Hugh. *Dworkin's "one-system" conception of law and morality*. 2010. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/BAXTER.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2014.
- BERLIN, Isaiah. *The hedgehog and the fox: an essay on Tolstoi's view of history*. Elephant Paperbacks, Chicago, 1993.
- BLACKBURN, Simon. Justice for hedgehogs. *Times Higher Education*, 27 jan. 2011. Disponível em: <www.timeshighereducation.co.uk/414939.article>. Acesso em: 02 abr. 2014.
- BUCHHOLZ, Kai. *Compreender Wittgenstein*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brançosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre: O Tribunal, v. 1, n. 67, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O estado garantidor: claros – escuros de um conceito. In: AVELÃS NUNES, Antonio José; COUTINHO, Jacinto de Miranda (coords.). *O direito do futuro e o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 571-576.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARNEIRO, Walber Araújo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non Datur*. pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 79-120.

DESCARTES, René. *Discurso do método; regras para a direção do espírito*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DESCARTES, René. *Discurso sobre o método*. 9. ed. Curitiba: Hemus, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. (v.1).

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

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs: Response*. Disponível em: <www.bu.edu/law/events/upcoming/documents/9.25.09RonaldDworkinBrochure_Panels.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Objectivity and truth: you'd better believe it*. 1996. Disponível em: <<http://cas.uchicago.edu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-truth.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

DWORKIN, Ronald. Religion without god. *The New York Review of Books*, v. LX, n. 6, abr. 4, 2013.

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

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Traducción de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre: Universidad de los Andes, 1997.

ESTERUELAS, Cruz Martínez. *La agonía del estado: un nuevo orden mundial?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FALLON JR., Richard H. The core of an uneasy case for judicial review. *Harvard Law Review*, n. 121, p. 1701-36, 2008. Disponível em: <www.harvardlawreview.org>. Acesso em: 02 abr. 2014.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Catedra, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia histórica*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007. (v. II).

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva*. 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

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

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (v. I).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (v. II).

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987. (v. II).

HAMBURGER, Philip. *Law and judicial duty*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist*. Cambridge, Massachusetts and London: Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. 3 ed. Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária São Francisco, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Marcas do caminho*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Ontología: hermenéutica de la facticidad*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 57-208.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectivas, 1998.

LAGES, Cíntia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 469-515.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008.

LEITER, Brian. *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press, 2011.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Apresentação do livro. In: GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

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

MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. *Social Science Research Network*, 28 jul. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=763844>. Acesso em: 02 abr. 2014.

MELLO, Cláudio Ari. *Kant e a dignidade da legislação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. (Tomo I).

MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NAGEL, Thomas. *La última palabra: la razón ante el relativismo y el subjetivismo*. Barcelona: Gedisa, 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 171-188.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 359-402.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, v. 1, 2008.

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

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 151-168.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RAZ, Joseph. *Valor, respeito e apego*. Martins Fontes: São Paulo, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004.

ROCHA, Leonel Severo; SCHARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María. *Historia del pensamiento jurídico I: de Heráclito a la Revolución Francesa*. Madrid: Universidad Complutense, 1988.

ROSA, Alexandre Morais da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROSS, Alf. *On law and justice*. Berkeley: University of Berkeley Press, 1974.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 15-27.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil – a sumariada material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2011.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. *Social Science Research Network*, 2 fev. 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657>. Acesso em: 02 abr. 2014.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, Jaqueline Mielke. *Os limites subjetivos da coisa julgada na ação civil pública e a realização de direitos fundamentais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. Interpretacionismo: a tradição hermenêutica diante de duas novas propostas. In: REIS, Róbson Ramos dos; ROCHA, Ronai Pires da. *Filosofia hermenêutica*. Santa Maria: UFSM, 2000.

STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre "ser e tempo"*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, v. 1, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRIBE, Laurence. *The invisible constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On reading the constitution*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 1991.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-131.

TUSHNET, Mark. How different are the core cases for and against judicial review? *Social Science Research Network*, dez. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1320502>. Acesso em: 02 abr. 2014.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. *Dignity, rank, & rights*. New York City: Oxford University Press, 2012.

WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for hedgehogs. *Social Science Research Network*, 5 jul. 2013. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309>. Acesso em: 02 abr. 2014.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York City: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. *Ronald Dworkin: an appreciation*, 5 jun. 2013. Disponível em: <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276009>. Acesso em: 02 abr. 2014.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, abr. p. 1346-406, 2006. Disponível em: <www.yalelawjournal.org>. Acesso em: 02 abr. 2014.

WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WALUCHOW, Wil J. Four concepts of validity: reflections on inclusive and exclusive positivism. *Social Science Research Network*, 6 nov. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296840>. Acesso em: 02 abr. 2014.

WARAT, Luís Alberto; ROCHA, Leonel Severo. *O direito e sua linguagem: segunda versão*. 2. ed. aum. Porto Alegre : Fabris, 1995.

WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013.

WERLE, Denilson Luis. *Justiça e democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Singular; Esfera Pública, 2008.