



O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN: UMA ANÁLISE CRÍTICA

ANA CAROLINA DE FARIA SILVESTRE

Professora Adjunta da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Doutoranda, Mestre e Especialista em Ciências Jurídico-Filosóficas da Universidade de Coimbra, Portugal. Coordenadora do Grupo de Estudos Educajus. Membro da Unidade de Pedagogia Universitária e Didática do Direito da Universidad de Chile. Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura. Membro da International Research Collaborative network intitulada Law, Reason and Emotion. Membro da Collaborative Research Network intitulada Law and Emotion.

BRUNA PRADO SANTOS

LORRANE MARIA MOREIRA

MARIA LETÍCIA MARTINS AQUINO

PEDRO NUNES BAROUCH

THOMÁS CAMÕES DE MELO

Ronald Dworkin (11/12/1931 – 14/02/2013) foi aluno de uma das maiores personalidades do direito: Herbert Hart. Esse foi um positivista soft que defendia que o direito era composto por apenas regras jurídicas, seriam elas: primárias - cedentes de direitos e deveres - e secundárias - que diziam o que é direito, como serão alteradas as leis e quem é o magistrado competente a julgar. O sistema jurídico sem a simbiose dessas duas formas de regras jurídicas resultaria em incerteza, ou caráter estático, ou em uma ineficácia do complexo normativo ou em uma permuta entre esses. A proposta de Dworkin seria que o direito é

conjunto de princípios e regras, em que ambos não seriam inferiores ou superiores em questões hierárquicas. Contudo, a sua teoria é complexa e não fica adstrita a apenas essa definição, logo serão expostos, consecutivamente, os temas atinentes à sua filosofia.

1. Direito como integridade

A ordem jurídica não se trata meramente de um ato passado – o direito como integridade pressupõe que a sua estrutura seja viva, baseada em princípios advindos da constituição, dos juristas e da própria sociedade, por conseguinte se volta também para o futuro. O seu substrato diz ao direito que ele tem a função de inculcar à sociedade a proteção desses princípios, pautados pela igualdade e equidade. Essa responsabilidade implica em que os fenômenos sociais são inexoráveis à legitimidade do direito.

O direito é interpretativo, pois qualquer jurista que se debruce sobre as leis tem de interpretá-la, e a sua interpretação é conduzida pelas regras, sobretudo pelos princípios. Há princípios positivos, transpositivos e suprapositivos. O primeiro diz respeito àqueles que se encontram expressos na legislação; por sua vez, o segundo conjunto de princípios resulta da interpretação do texto da lei e sua existência está atrelada à lei e, enfim, o terceiro se trata da categoria que surge da própria comunidade jurídica. Sobretudo esses princípios devem servir a justiça e equidade para a consecução da integridade da sociedade e do sistema. Isso acontece devido ao fato de a sociedade estar em uma constante evolução valorativa e que o próprio direito deve ter a função de acompanhar a realidade social, sob pena de se tornar ineficaz.

2 - Casos fáceis e casos difíceis (hard cases)

A distinção entre esses dois é intimamente ligada à natureza das regras e a dos princípios. Em um caso fácil, há uma regra da qual se encaixa facilmente a situação na qual condiz com o caso, isto é, se ocorrer um caso de um homicídio, a resposta está no art. 121 do CP: “Pena - reclusão, de seis a vinte anos”. Enquanto no caso difícil trata-se de uma questão de princípios, no qual o seu alcance não é determinado, ou seja, há uma situação onde não há uma fiel descrição pela lei, e se há um princípio implícito ao caso, esse é demasiado abstrato e a interpretação hodierna não tem condições para responder ao fato de maneira inequívoca. Cabe, portanto, sopesar cada princípio com o fim de acoplá-lo ao caso, com a preocupação de manter a integridade do sistema. Ademais, é digno de nota que, para ele, sempre há uma única resposta para cada caso, é impelido, portanto, ao juiz encontrar essa resposta dentro do

complexo de normas jurídicas para a resolução do litígio. Assim, um caso fácil pode se tornar difícil e vice-versa.

3. Da subjetividade do juiz e o juiz Hércules

Não há como superar uma certa dimensão de subjetividade do juiz. Não haverá sempre uma interpretação exata, inequívoca, sobre o que pretende o sistema jurídico, tampouco uma interpretação jurídica que prescindir de uma interpretação moral. Não obstante, conforme o autor, há uma única resposta correta para cada caso e cabe ao magistrado desvendá-la. Dworkin entende que há duas classificações de juízes para tanto: os juízes humanos e o juiz Hércules.

Além das limitações acima expostas sobre o juiz humano, é inegável que um determinado sujeito, exposto nas condições habituais da realidade, seja limitado pelo tempo para resolver o caso. Ora, se o caso é difícil, é plausível que se demande tempo para a jurisdição, mas isso não escusa o julgador de julgar em um tempo razoável – essa é a segunda limitação do juiz. Sobre a terceira, similar a segunda, diz respeito à pressão sobre a produtividade de sentenças para o próprio funcionamento do judiciário e da sociedade. A quarta é no tocante às pressões políticas em que o oprime, devido aos impactos de sua decisão. Por último, paira esse sobre a limitação humana sobre o conhecimento limitado aos fatos de que viu e a impossibilidade de desvendar todas as possibilidades da verdade.

Há um sujeito que supere essas barreiras e que consiga exercer a função sem ser sufocado por essas possibilidades, seria um semideus: o juiz Hércules. Embora se tratar de um personagem mitológico, Dworkin o usa como um meio de realizar todos os casos com maestria, pois teria determinadas atribuições: possui todo o tempo do mundo; consegue realizar a demanda judicial sem problemas; é intrépido frente às ideologias e pode até considerar as pressões políticas, mas entende que seu compromisso mor seria com a sociedade e com a integridade do direito, por isso essa seria secundária.

Dworkin relata que Hércules possui uma sede insaciável em assumir sua posição como divindade. Hércules considera ter um débito com a sociedade, buscando desvelar soluções através da hermenêutica. Tem objetivado desconstruir todo e qualquer conceito de que as leis expressamente positivadas devem ser seguidas de maneira literal.

Outra versão que o autor retrata com o personagem Hércules é a postura hermenêutica que este adota, que de fato seria a postura hermenêutica jurídica em que se é exigida para cada jurista. É o modelo de juiz que delibera os casos à luz da interpretação, com

a responsabilidade e o comprometimento de oferecer muito mais proposições que exposições. O juiz Hércules não busca a verdade real, uma vez que a verdade real é metafísica, portanto, abominada pela teoria dworkiniana; mas sim na busca de um diálogo franco com o réu, para que a partir de provas haja uma deliberação justa. Não se leva em conta a quantidade de casos, mas se está sendo realizado um trabalho de maneira responsável, justa e eficaz.

Hércules em sua incansável busca por efetividade, justiça e equidade não leva em consideração quanto tempo venha a demorar sua busca por respostas e conseqüentemente sua deliberação, para ele é mais justo decidir de maneira coerente e consciente, levando em consideração todas as hipóteses e fazendo uma análise interpretativa jurídica minuciosa de todo material que tenha em mãos, que simplesmente observar a lei por lentes um tanto quanto escuras e deliberar-se de forma rápida, que à primeira vista possa parecer eficaz mas se revelará falha no futuro.

O personagem tem a grande função de fazer críticas e lutar contra o positivismo, diferentemente dos magistrados positivistas que efetivam imediatamente suas buscas no que está positivado, irá analisar primeiramente os fatos ao qual o caso se baseia o entendimento das partes envolvidas para buscar sua deliberação não como uma verdade universal, mas como algo específico ao caso e da maneira mais eficaz ao quanto for possível.

Para Dworkin a interpretação tem como objetivo demonstrar o que fora interpretado em casos anteriores, e como estas deliberações foram concluídas, levando em consideração o processo até que fosse alcançada tal finalidade, entretanto o autor vai nos atinar para o fato de que por mais que estas decisões sejam harmônicas entre si e se complementam, a diversidade de perspectivas e interpretações não tardiamente se tornarão desarmônicas.

4. A coerência do direito na história

A legislação, atualmente que parte de uma constituição erigida por um poder constituinte originário, é uma cadeia progressiva de complementação e hermenêutica de todo o arranjo legislativo. Dworkin propõe que o direito seja como um romance e cadeia, no qual cada parte do texto seja escrita por um romancista que dará procedência à história e assim em diante. Defronte essa situação, cabe denotar algumas questões: cada romancista tem um padrão de classificar a qualidade do seu escrito e em cada personagem, cenário, trama, desfecho ou introdução de algo corresponderão ao seu estilo e analise daquilo que ele considera como a característica de cada um desses elementos. Se Homero iniciasse

determinada história, logo em seguida seja sucedido por Goethe, depois por Kafka e finalizado por Orwell, provavelmente a obra destoaria de toda a sua identidade, por tratar-se de diferentes modelos de escrita e composição literária de cada autor. Com base na interpretação criativa, Dworkin vai afirmar que, nessa ideologia, a busca estrutural se fundamenta na intenção, trabalhando com a ideia de buscar um propósito ao que se está interpretando, e nesse momento os magistrados desempenharão papéis de críticos e autores do direito, ao passo que deverão interpretar a tradição e aproximar-se da melhor adequação ao caso concreto. Em contrapartida, terão de critica-la para alcançar a finalidade que fora colocada em perspectiva, no entanto essa autoria deve ser a mais homogênea e maleável ao quanto for possível, para que os próximos a julgar casos semelhantes tenham a possibilidade de usar a mesma como base e dar continuidade a este “Best-Seller” até onde for executável e viável, sem que haja uma longitude alarmante de ideias.

A questão na realidade diz respeito à manutenção de um ordenamento, em que há a preocupação com o seu caminhar pelo tempo – eis aí a coerência de um sistema. Outro fator fulcral: a escolha de manter o texto como fora por muito tempo resultaria em uma falta de conexão entre a lei e os princípios de determinada sociedade: seria prudente manter o texto ou insistir na integridade do direito? Para Dworkin a integridade prevalece, e esse fenômeno já foi checado em algumas oportunidades pela sociedade: O caso *Brown vs Board of Education* foi uma verdadeira ruptura com a coerência do direito de até então, nesse caso decidiu-se cessar a segregação social pela necessidade de afirmação de valores sociais da época. Similar forma ocorreu no Brasil quando o Supremo Tribunal Federal entendeu que há a possibilidade de união entre casais homoafetivos e cabia ao direito a acomodação desse fenômeno no ordenamento jurídico. Toda essa dialética entre a coerência de um sistema e o compromisso do direito como integridade revela a genialidade do autor como forma de interpretar o sistema jurídico com determinada exatidão.

O juiz Hércules, proposto por Dworkin, trata-se de uma idealização ou ele deveria ser assumido efetivamente como modelo para os juízes brasileiros?

Um juiz que decide o caso a partir da luz do caso concreto, procurando enfatizar os princípios de uma sociedade em seu pleno consenso, sem recorrer às regras que destoem da realidade – isso é um padrão desejado. Vale ressaltar: o direito é composto de valores adotados pela comunidade, alguns desses per si, são idealizados, caso não assim, requer uma operação racional para tanto, despindo-se do caráter discricionário da realidade; portanto é

impossível a afirmação de que o ordenamento jurídico é plenamente fático e empírico. Todavia, também é importante lembrar da lição de Konrad Hesse, em sua magnânima obra “A força normativa da constituição”, na qual é configurada de que a constituição, por conseguinte o ordenamento jurídico, torna-se impossibilitado de operar devido à falta de nexos com a realidade. A partir desse pressuposto, cabe denotar algumas das implicações da posição sensível de Hércules, onde possa implicar sim em uma possibilidade ao direito e não como um empecilho.

1. *O fator tempo*: Quando Dworkin concebe seu modelo de juiz Hércules, há a definição de um sujeito com poderes supra-humanos, então esse aspecto coloca em risco o nexo com a realidade. Isso não implica no descarte da função que ele exerce para o direito, mas antes uma quebra fática de condições do operador convencional. Com um estado que sedia 211 milhões de habitantes, segundo a estatística do IBGE em 2020, ocorre uma demanda judicial descomunal, na qual somente o estado pode fornecer a jurisdição, com ressalvas a heterocomposição e a autocomposição, resultando em um sufoco do judiciário que necessita seguir o ditame constitucional de uma razoável duração do processo (Art. 5º, LXXVIII da CF/88). Defronte a isso, a paciência é uma virtude para Hércules e não para o juiz mortal, cuja propriedade resulta em um óbice para a consecução do cumprimento de todas as sentenças. Uma alternativa, talvez, resulte em uma possível redistribuição do judiciário em mais comarcas, quiçá varas, no entanto, resultaria em uma despesa de verbas na qual o estado não poderia arcar. Enfim, o modelo do julgador tem de estar entrelaçado com maneiras de fazer a produtividade ser acrescida, e não decrescida, sob pena de letargia da máquina estatal.

2. *A humanidade*: Conquanto a natureza humana, trata-se de um assunto minado de convicções e de regras inflexíveis pelos filósofos. Conforme Foucault, na obra “História da sexualidade”, o mecanismo discursivo projetado no ser humano, quando atinente a questão sexual, conduz o mesmo a uma interpretação conduzida pelo interrogador que guia o paciente não há uma descoberta do próprio corpo, mas uma interpretação coordenada pela produção da verdade – daquilo que é certo ou errado sobre si mesmo -, portanto não há uma verdadeira descrição da verdade sobre o sexo, sim uma “scientia sexualis” que constrói a forma de se enxergar, e qualquer desvio é mal visto. Isso não corresponde ao presente estudo, embora antes uma análise sobre como a argumentação da natureza humana pode ser usada como mecanismo de poder e segregação. No que diz respeito a matéria deste trabalho: é plausível dizer que um sujeito tem paixões, como uma pulsão inconsciente da psique (vide a teoria freudiana, explícita no id, mecanismo componente da mesma), então ocasiona o risco de o

juiz possivelmente agir de forma arbitrária no julgamento pela liberdade advinda do modelo de Hércules. Não quer dizer como um condicionado pela doutrina de Dworkin, mas como uma lacuna da mesma, uma possibilidade que pode assombrar o julgamento. Conseqüentemente, essa liberdade do juiz poder romper com um sistema, decidir pelos princípios que enxerga numa sociedade, os suprapositivos, seria um problema para a integridade do sujeito. Para aplicar tal modelo, cabe aos responsáveis pela introdução desse juiz conferir mecanismos para frear essa suposta ação corrosiva à democracia e às minorias em casos onde a emoção inflama e é capaz de o mais temperante dos homens se deixar levar pela cólera. Ademais, vale ressaltar situações nas quais aconteceram casos de suborno a juízes (segundo o G1, o CNJ puniu 82 desde 2005), evidenciando que há uma estirpe de má conduta advindas de vantagens ilícitas pelos magistrados, e esses são, tanto quanto qualquer um, passíveis de agir de maneira ilegal.

3. *Risco de invasão de competência*: A constituição de 1988 prescreve, em seu art. 2º, a tripartição de poderes, cada um deles autônomos e harmônicos perante os demais. A liberdade acrescida ao juiz semideus para agir de maneira a interpretar novos sentidos da sociedade perante o ordenamento jurídico, infunde na hipótese de o poder judiciário poder usurpar a função do processo majoritário de reformar o texto constitucional, função atribuída ao poder legislativo. Dworkin consideraria isso uma aberração, mas o juiz “*bouche de la loi*” é mais adstrito a respeitar comandos do ordenamento jurídico de forma a ser amarrado por ele. Luís Roberto Barroso, em sua obra “curso de direito constitucional contemporâneo” diz que as cláusulas pétreas defendem a identidade de uma constituição, ao passo em que a sua derrocada implicaria diretamente da perda de uma peculiaridade de um sistema jurídico, ou seja, o mecanismo de cláusulas de pedras (vide a etimologia da palavra) são mecanismos hábeis a manter os poderes em suas funções típicas e atípicas, contendo assim a impulsividade do juiz – a tripartição de poderes se configuram nessa hipótese, portando o seu núcleo é rígido defronte a hipótese. Em suma, o modelo aberto de interpretação pós-positivista é imprescritível para o sucesso do sistema hodierno, contudo é necessária atenção para evitar arbitrariedade estatal. Reitera-se a incompatibilidade desses fins com a filosofia de Dworkin, contudo uma hipótese advinda da liberdade do magistrado dar progressão ao romance continuado de forma que destoe a finalidade desse.

Posto isso, fica evidente que o juiz deve agir conforme um pós-positivista, identificando os princípios constitucionais e sendo guiado por ele para a sentença. Em alguns casos, se a norma constitucional romper com a realidade social, quebrando valores da mesma, ele deve agir para conter o conflito entre lei e realidade, de maneira em que acomode a

constituição com a integridade do direito. Um exemplo desse feito foi a decisão do Supremo Tribunal Federal pela ADPF 132 E pela ADI 4277, na qual reconheceu-se o direito da união entre pessoas do mesmo sexo, não obstante a CF prever no art. 226 no § 3º a união entre homem e mulher – mudado em mutação constitucional para tanto. Contudo, até mesmo pelo modelo de civil law vigente no Brasil, é necessário que o juiz não seja tão solto quanto às decisões pela legalidade, tampouco seja injusto e inconstitucional pela fria letra da lei. Portanto, propõe-se a adesão ao juiz Hércules no quesito de quebra com o positivismo, pela afirmação da identidade nova do direito – visada ao futuro -, quando implícito na CF, e o compromisso com a justiça e equidade; defende-se a ruptura com a demasiada liberdade concedida ao juiz para a jurisdição, requerendo freios atribuídos pelas normas para tanto. Quanto às normas implícitas na CF, quando comprovadas compatibilidade com o sentido do texto para a atualização do seu sentido, essa sim seria justa de ter o magistrado como égide da integridade do direito. Meramente um jogo de cintura entre o juiz e a letra da lei – um deve servir de freio para o outro.

Conclusão

No campo de batalha da fonte do direito, percebe-se que durante muito tempo foram adstritos à positivação do mesmo, com a pretensão de ter uma operação silogística subsuntiva para cada caso concreto, com rigor científico. Como um dos bastiões de uma nova proposta, contrapondo-se ao positivismo jurídico, Ronald Dworkin aderiu aos princípios e a sua função dentro de um sistema jurídico: como um guia para a legitimidade e funcionalidade do mesmo. Como mencionado, esse argumento replica a tese de Herbert Hart, em que o direito seria composto apenas por regras. Antes, na era positivista, somente era aderido aquilo no qual promovia eficácia ao sistema, depositou-se protagonismo apenas nas regras como espécie prevalecente por sua claridade do comando, colocando os princípios à parte, devido a sua abstração para os casos concretos. Tornou-se clarividente durante a história, especialmente com o final da segunda guerra mundial, que as regras podem ser usadas para díspares fins, logo os princípios tornaram precípuos para serem guias do intérprete e esses, por causa da falha das regras, começam a apontar os rumos do estado constitucional de direito. A partir dessa tese, derivam as mais variadas decisões e mecanismos para a concreção do direito nos moldes do neoconstitucionalismo: tais como o estado deixar de creditar todas as decisões nas leis e transmitir essa função uma nova hermenêutica constitucional, força normativa da constituição e a jurisdição constitucional – a partir dos termos de Luís Roberto

Barroso. Dworkin vai além com a integridade e diz que a mesma é precípua para a demanda interpretativa da carta magna, não obstante ter de romper com mecanismos institucionais do passado para a afirmação do hoje. Sim, isso é demasiado importante para o sistema atual, vide a falta de legitimidade que perdura no estado brasileiro em alguns comentários país a fora, para Barroso, como versou em sua obra “curso de direito constitucional contemporâneo”, o poder constituinte originário cria um documento para vincular com seus destinatários, e se esses não reconhecerem as formas da legitimidade, podem muito bem se recusarem a seguir determinado comando. Logo, a identidade do direito, advindo da integridade, é mister para entrelaçar com o neoconstitucionalismo.

Boaventura de Sousa Santos analisa o direito em dois distintos prismas: como emancipação e como técnica. O primeiro implica em um direito axiológico e filosófico que protejam o sujeito como seus valores individuais. O segundo resulta na forma técnica do direito que vislumbra a funcionalidade do sistema jurídico. O correto, para o presente grupo que fez este trabalho, seria uma junção entre ambos, pois o direito precisa de seu funcionamento, embora o sujeito seja o protagonista do estado, a partir da teoria mecânica de Locke, e esse existir por causa de aquele. Malgrado a trajetória do direito caminhar totalmente para o lado do último caráter, a teoria de Dworkin é assaz para prover o equilíbrio de ambos para ser um mecanismo mais complexo e eficaz.

Com Hércules, Dworkin coloca em pauta de maneira mais enfática tudo o que considera ser essencial para a deliberação de um magistrado com base na equidade.

Conforme apresentado acima o modelo de juiz Hércules baseia-se em princípios de justiça, equidade e devido processo legal, toma para si os fatos ocorridos e as circunstâncias para que o mesmo viesse a ocorrer, ouve atentamente as partes, não toma as interpretações como verdades absolutas e nem mesmo as leis e por fim faz sua própria análise a respeito de tudo, Hércules se prende inteiramente ao caso e trabalha com tal intimamente não levando em consideração o tempo que necessite e nem os diversos outros casos que o aguardam.

Tal perspectiva denota-se do modelo de magistrados brasileiros, que ainda que tenham superado o positivismo após a adoção de como citado o neoconstitucionalismo, tomam a lei como sua principal fonte, logicamente usam de sua hermenêutica, mas que ainda se prende a uma interpretação constitucional.

A justiça brasileira ainda se diferencia do modelo Hércules na questão do tempo para se deliberar, no Brasil uma justiça eficaz é a que oferece soluções rápidas e que não demanda diversas consultas à lei e as partes envolvidas no processo.

Adotar o modelo proposto por Dworkin a um primeiro olhar traria ótimos e proveitosos frutos ao sistema judiciário brasileiro ao passo de que as decisões poderiam ser mais certas e a ideia de justiça algo mais alcançável, entretanto tais mudanças consideráveis demandam uma análise minuciosa e robusta, pois métodos precisam ser revistos, até mesmo uma revisão na lei teria de ser feita, o tempo de deliberação seria aumentado o que poderia ocasionar um colapso no sistema judicial do país.

Basear-se em um modelo tão perfeito seria praticamente impossível, o juiz Hércules apresenta-se como uma divindade incansável disposta a tudo para atingir a finalidade perfeita e impassível de erros de decidir-se um caso concreto.

No entanto, a proposta de Dworkin em sua parcialidade pode em um futuro render uma justiça menos errônea e mais próxima do conceito de equidade levando-se em conta os princípios adotados pelo personagem e a consciência de que não há uma verdade universal, esses pressupostos são fundamentais para que magistrados brasileiros construam uma hermenêutica mais autônoma sem entrar em conflito com a lei e sem que as mesmas causem uma anulação mútua.