

DWORKIN E OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À EPISTEMOLOGIA DO DIREITO

*Igor Suzano Machado**

RESUMO

O presente estudo se destina à análise do pensamento do jusfilósofo Ronald Dworkin enquanto interpretação do Direito adequada à realidade jurídica contemporânea. Para cumprir seus objetivos, portanto, o texto aqui desenvolvido analisa o embate entre a teoria do Direito de Dworkin e teorias jurídicas outras, como o convencionalismo e o pragmatismo, assim como lança um olhar mais detalhado e crítico sobre a própria teoria de Dworkin do Direito como Integridade.

Palavras-Chave: Ronald Dworkin. Direito como integridade. Judicialização da política e das relações sociais.

ABSTRACT

This study is addressed to the analysis of the thoughts of the juridical philosopher Ronald Dworkin, as an interpretation of Law that is suitable to the contemporary juridical reality. To reach its purposes, this text analyses the clash between the jurisprudence as treated by Dworkin and the jurisprudence as treated by other juridical thoughts like conventionalism and pragmatism, as well as it also looks to the Dworkin's specific jurisprudence – the Law as Integrity – with a more critical and deeper view.

Keywords: Ronald Dworkin. Law as integrity. Judicialization of politics and social relations.

* Doutorando em Sociologia pela IUPERJ; mestre em Sociologia pela IUPERJ; bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); bacharel e licenciado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); ex-professor substituto de Sociologia da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende um levantamento da atual atividade judiciária que exponha os desafios postos à epistemologia do Direito – isto é, a qualquer reflexão sobre como o Direito atual pode ser conhecido – que pretenda dar conta satisfatoriamente das transformações pelas quais o fenômeno jurídico passou e ainda passa, seguindo daí à análise crítica de um tipo específico de interpretação deste fenômeno no que tange à sua capacidade de responder a esses desafios. E trata-se, tal interpretação, da proposta por Ronald Dworkin, segundo o qual o Direito deve ser tomado enquanto atividade vinculada diretamente à política e à moral, por meio de uma empreitada coletiva de seus operadores, comparável a um romance em cadeia, no qual uma narrativa histórica, reflexiva e interpretativa busca concretizar, ao longo de seu desenvolvimento, os anseios de uma comunidade de princípios que, assim, justifica a coerção estatal sobre seus próprios membros.

Dessa forma, iniciando-se por uma breve contextualização da atividade judicial contemporânea, o estudo que se segue passará pela reconstrução da teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, atravessando seu diálogo com as teorias do Direito positivista e pragmatista. Dando espaço ao ataque empreendido contra tais teorias por Dworkin, chegar-se-á a uma reconstrução crítica que permitirá avaliar de que forma, ou até que ponto, o Direito como Integridade seria capaz de se afirmar enquanto interpretação possível do Direito contemporâneo, dotada de instrumentos que o possibilitam lidar de forma satisfatória com as transformações atuais do fenômeno jurídico. E nesse sentido seguirá a conclusão, apontando os pontos positivos e negativos dessa interpretação, encontrados nessa análise, e as possibilidades de continuidade e crítica aí contidas.

1 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À EPISTEMOLOGIA DO DIREITO

Conforme salientam C. Neal Tate e Torbjörn Valinder, observamos um processo mundial de expansão do poder judiciário, que tem como aspecto mais dramático a chamada judicialização da política, tanto no sentido de uma transferência, para esse poder, de

algumas esferas de decisão do poder legislativo e executivo, quanto no sentido de uma assimilação de seus métodos na formulação de decisões tomadas no âmbito desses outros dois poderes (1995, p.5).

Em termos de tipos ideais, podemos dizer que o método de decisão do poder judiciário envolve a sentença de um juiz imparcial que se decide após pesar os argumentos de duas partes envolvidas numa disputa sobre um direito, objetivando resolver casos específicos, enquanto que o método de decisão legislativo se dá pelo princípio da maioria, envolvendo várias partes interessadas, por meio de barganhas, conchavos e acordos com portas fechadas, buscando leis gerais e orientações políticas (*ibidem*, p.14.). A expansão do poder judiciário e conseqüente judicialização da política, envolve a flexibilização das fronteiras entre essas duas maneiras características de agir, dando ênfase ao cumprimento de objetivos legislativos pelo judiciário e à utilização do modelo judiciário em decisões do legislativo. E um exemplo marcante desse fenômeno se apresenta na revisão judicial das decisões do legislativo e executivo, por meio das cortes constitucionais cada vez mais comuns na realidade jurídica contemporânea. Mediante tal processo, cabe a essas cortes anular tais decisões em sendo elas contrárias a certos princípios constitucionais de formulação, não só formais, mas também materiais, como, por exemplo, o respeito à liberdade dos e à igualdade entre os cidadãos.

Conforme salientam Vianna *et al.*:

[O] constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Poder Judiciário sobre as decisões dos demais poderes, pondo em evidência o novo papel daquele Poder na vida coletiva – o que já justificaria o uso da expressão de “democracia jurisdicional” como designação política do Ocidente desenvolvido. A desneutralização do Judiciário, a emergência de seu ativismo e sobretudo a “judicialização da política” seriam processos afirmativos em escala universal, compreendendo tanto os sistemas de *common law* como os de *civil law*, diagnóstico que, uma década atrás levou M. Capelletti à conhecida previsão de que o Judiciário se consistiria no “Terceiro Gigante”, e que, agora, se reforça com o influente *The Global Expansion of Judicial Power*, coletânea de textos organizada por C. N. Tate e T. Vallinder, que sinaliza na mesma direção (1997, p.31).

E uma série de características contribui com esse quadro de

expansão do poder dos juizes e tribunais. Dentre elas, podemos destacar a influência do sistema político e judicial norte-americano, com a vitória dos Estados Unidos na Segunda Guerra Mundial; a queda, com o fim dessa guerra, de regimes totalitaristas derivados do princípio majoritário; e o reavivamento de teorias jusnaturalistas reformuladas por filósofos políticos e do Direito.

Esmiuçando os três pontos, podemos dizer que, nos Estados Unidos, a separação dos poderes, voltada para um sistema de pesos e contrapesos, já conhecia o poder de revisão das decisões legislativas pelo poder judicial e o aumento da influência global desse país tem como reflexo o aumento de influência de seu sistema político. Igualmente, a conquista do poder por regimes totalitários mesmo em sistemas democráticos sujeitos à regra da maioria, revelou que algo além dessa regra deveria ser exigido para garantir a própria sobrevivência da democracia, sendo necessária assim, por consequência, uma maior atuação do poder judiciário como protetor qualificado desse “algo além” que se reflete em princípios jurídicos constitucionais e cláusulas pétreas. Por fim, não obstante o enfraquecimento das teorias jusnaturalistas em face de teorias positivistas, teorias deontológicas de justiça, como a de John Rawls, voltaram à discussão acadêmica propondo um direito, para além das formalidades, garantidor de justiça e bem estar, ressaltando mais uma vez, a importância, nesse quadro, da atuação do poder judiciário.

Contudo, C. Neal Tate e Torbjörn Valinder não deixam de destacar que a “invasão” do poder judiciário a outras esferas do governo, não teve origem num “ativismo dos juizes”, mas sim derivou de exigências nascidas no seio de outros poderes. Foi principalmente por delegação legislativa e executiva que se deu o caminho da expansão do poder judicial. Outras esferas do governo, considerando o judiciário mais qualificado para tratar de certos assuntos, utilizaram a legislação para exigir a sua atuação nesse sentido. De qualquer maneira, todavia, cabe ressaltar, junto aos autores citados, que de nada adiantaria a porta ser aberta ao judiciário, se este não aceitasse o convite para entrar (1995, p.33). Mas como uma categoria tradicionalmente conservadora, como a dos juizes, tornou-se atuante?

Mauro Cappelletti, admitindo que toda atividade interpretativa é também criativa – incluindo aí a atividade dos juizes – entende que

as atividades legislativa e judiciária se diferenciam no grau e não na natureza. Ou seja, trata-se de dois momentos criativos do direito, mas, dependendo de qual, mais, ou menos, limitado (1993, pp.26-27). O chamado ativismo judicial seria assim, um aumento da necessidade e intensidade de uma criatividade judiciária que sempre existiu. Dessa forma, o ponto chave seria destacar quais seriam os motivos desse aumento de necessidade e intensidade, enquanto causas desse “ativismo”, que assim, estaria mais relacionado à radicalização de uma função já existente do que à assimilação de função nova.

Tendo isso em vista, o autor destaca que os juizes foram “empurrados” em direção ao “ativismo” – isto é, empurrados em direção a uma atividade interpretativa mais cobrada e num maior nível de intensidade – por fatores como a crítica ao formalismo, a legislação social do *welfare state*, o declínio da confiança no poder legislativo, a massificação oriunda da revolução industrial (e conseqüente proteção de direitos difusos e coletivos) e a inserção de cartas de direitos humanos nos modernos ordenamentos jurídicos.

A crítica ao formalismo ressaltou o papel da escolha – então encoberto pela visão do processo judicial como simples fórmula – expondo a responsabilidade dos juizes por suas decisões, que não seriam assim, resultado de um mero procedimento. Da mesma forma, com a legislação social do *welfare state*, o Estado assumiu papéis além da repressão e proteção, responsabilizando-se por direitos sociais que exigem sua intervenção ativa ao longo do tempo. A formulação legislativa passaria, dessa maneira, a contar com termos mais vagos, imprecisos e voltados para o futuro, e não passado, exigindo sua concretude através da atividade criativa dos juizes.

Além disso, os parlamentos, fonte tradicional do direito, tiveram sua legitimidade atacada com base na sua formação por políticos profissionais, voltados para a reeleição e perpetuação no poder, com interesses de curto prazo, comprometidos com prioridades locais, corporativas ou de grupo, o que exigiria a ação do poder judiciário como contraponto necessário ao legislativo, num sistema de *checks and balances*. E isso é igualmente válido com relação ao poder executivo, que se “agiganta” com o Estado de bem estar social e exige o mesmo “gigantismo” do judiciário para manter o equilíbrio de forças entre os três poderes.

Por fim, a sociedade de massas oriunda da revolução industrial trouxe à tona direitos difusos e coletivos que requerem para sua proteção e efetivação a atuação dos juizes além do processo tradicional que envolve atores individuais. Já que os interesses de grupos passam a dar o tom das relações sociais atuais, deveria o judiciário desenvolver meios de concretizá-los além dos, ou até mesmo, em detrimento dos, demais poderes. E o mesmo pode ser dito a respeito dos direitos e garantias fundamentais que se têm inscrito nas modernas ordens constitucionais por meio das chamadas “cartas de direitos”, que devem ser protegidos de uma possível “orgia de leis” no parlamento, ou de um possível autoritarismo na administração. Sua proteção faz necessária a atuação criativa do poder judiciário, tendo em vista que, inclusive, tais direitos envolvem valores e preceitos vagos e conflituosos que exigem a interpretação judicial enquanto forma necessária de concretização.

Disso se segue que qualquer concepção coerente do que seja o Direito atualmente, deve dar conta, satisfatoriamente, dessa relação entre a Política e o Direito em seus pontos de aproximação e distanciamento, assim como da função criativa do poder judiciário, seu âmbito de escolha em suas decisões e, em decorrência disso, sua responsabilidade por elas.

Tendo isso em vista, o presente trabalho busca analisar, sob o prisma de sua capacidade de responder a essas questões, a teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. Isso porque, não obstante a popularidade e força de tal teoria, sua construção também envolve Dworkin num trabalho de diálogo com outras teorias de interpretação do Direito igualmente dotadas de grande força e popularidade: o positivismo e o pragmatismo jurídicos. Sendo assim, a análise de sua teoria necessariamente levaria em conta a crítica a essas duas correntes e exporia como, ou até que ponto, a própria teoria do Direito como Integridade de Dworkin, supera as demais concepções e responde de forma satisfatória às questões postas à epistemologia do Direito contemporânea, já que, ao seu modo, busca interpretar o Direito levando necessariamente em conta suas relações com a Política e a criatividade judicial.

2 DWORKIN E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Objetivando conceituar o Direito por meio de uma teoria que explique coerentemente a prática jurídica atual, Ronald Dworkin sustenta sua argumentação contrapondo e abandonando as concepções de Direito do positivismo e do pragmatismo para optar por uma teoria do Direito como Integridade, que, segundo o autor, seria a mais capaz de atingir tal objetivo. Partindo do elo entre o Direito e a coerção estatal, que visa garantir a defesa de certos direitos e responsabilidades com base em decisões políticas anteriores, o autor analisa o positivismo, o pragmatismo e a integridade como formas distintas de responder à pergunta de como se dá a influência dessas decisões sobre a atividade judicial. E, com isso, defende que a integridade responde a tal pergunta oferecendo a melhor justificativa possível para o uso da coerção estatal, sendo que essa justificativa seria exatamente o que consideramos como sendo o Direito (2003, pp.488-490).

Dworkin considera a concepção positivista de direito como sendo aquela segundo a qual a prática judicial é atrelada às decisões políticas anteriores, que estabelecem regras reconhecidas como jurídicas por meio de um teste de *pedigree*, nas quais são explicitados os conteúdos a serem tutelados pela coerção. Como o conjunto dessas decisões nunca é capaz de dar conta da totalidade das práticas sociais, em determinados casos, em não havendo legislação ou jurisprudência capaz de lhes abranger, o juiz deve fazer uso de um poder discricionário, no sentido forte do termo, para criar um direito novo. Nesses “casos difíceis”, a visão positivista considera que o direito declarado pelo juiz não pertencia a nenhum dos litigantes até o momento de sua criação, coincidente com o momento de sua declaração judicial.

O positivismo, dessa forma, caracteriza o Direito como um conjunto de regras primárias – prescritivas de conduta – e secundárias – instituidoras de processos de formulação de novas regras igualmente jurídicas, assim como dos processos jurídicos de julgamento. E essas regras são reconhecidas como juridicamente válidas por meio de um teste de *pedigree*, isto é, por referência a outra regra superior que lhe dá origem e validade, que, por sua vez, precisa encontrar juridicidade

e validade no mesmo tipo de teste, sendo esse processo repetido retroativamente até uma “regra” inicial presumida que, em vez de juridicamente válida, precisa ser aceita de antemão e que fundamenta o sistema como um todo.¹ Assim, ao decidirem um “caso difícil”, isto é, um caso que não encontra qualquer tipo de direito previsto para qualquer uma das partes em litígio dentro desse “catálogo de regras” – cujos sucessivos testes de *pedigree* garantem seu pertencimento a, e validade dentro de, determinado sistema jurídico – os juízes são obrigados a buscar uma decisão fora do Direito. E, nesse momento, não lhes resta alternativa senão fazer uso de um poder discricionário em sentido forte,² para criar direito novo, ou seja, direito que não havia até então e, conseqüentemente, que não pertencia a qualquer uma das partes (DWORKIN, 2002, p.27-34).

Segundo Dworkin, no entanto, o Direito, visto dessa forma, ao contrário do que possa parecer, considera o passado, materializado em leis ou precedentes judiciais, menos importante do que de fato ele é para os juizes envolvidos em sua aplicação. Na verdade, enxergando assim o direito, o intérprete abandona a coerência de sua decisão com relação ao sistema jurídico como um todo assim que se esgota o sentido mais imediato das leis e precedentes, partindo imediatamente para a criação de direito novo, baseado em fundamentos outros que não as decisões políticas pretéritas (DWORKIN, 2003, p.159).

Contra essa concepção do Direito, Dworkin argumenta que os sistemas jurídicos não são compostos apenas por regras, mas também por princípios, dificilmente redutíveis a uma norma universal de reconhecimento – e, conseqüentemente, a algum teste de *pedigree* do tipo proposto pela concepção positivista – mas igualmente responsáveis pela configuração de qualquer decisão judicial. Tais princípios seriam enunciados mais abstratos, decorrentes de alguma exigência moral de justiça, ou equidade e que, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso ou importância, que não permite tratá-los em termos de tudo ou nada. Ou seja, enquanto um conflito entre regras tem como conseqüência a invalidação de uma delas, diferentemente, quando, por exemplo, dois princípios se enfrentam num caso concreto, indicam apenas o “peso” da decisão para um dos lados, sem que isso implique na perda de validade de qualquer um deles no ordenamento (DWORKIN, 2002, p.35-50).

Na verdade, sustenta Dworkin, num sistema jurídico desenvolvido e complexo, como é o caso dos sistemas jurídicos contemporâneos, seria muito difícil nenhuma das partes de um litígio possuir qualquer direito. Mesmo que não exista qualquer regra que prescreva seu direito, haverá nesse sistema algum princípio que faça uma das partes ter razão e, conseqüentemente, um direito pretérito que não passará a existir unicamente no momento de sua declaração pelo juiz (2005, p.213). E num ordenamento jurídico desse tipo, a atividade judicial é melhor descrita como sendo praticada não por juizes que fazem uso da discricionariedade nos pontos de silêncio do conjunto de regras jurídicas, mas por juizes que, esgotadas essas regras, buscam reconstruir princípios, igualmente jurídicos, subjacentes a esse conjunto e que, assim, indicam o caminho a ser seguido na declaração do direito em favor de uma das partes.

Dessa forma, o positivismo não se apresenta como uma boa interpretação da nossa prática judiciária ao não dar conta de um aspecto seu fundamental: a forma como os juizes ainda mantêm a referência às decisões políticas anteriores mesmo quando decidem casos difíceis. Afinal, nesse ponto é feita referência a princípios que são encontrados exatamente na análise de leis e precedentes judiciais, num processo de interpretação do sistema jurídico como um todo e um todo coerente, formado tanto por regras como por princípios (DWORKIN, 2003, p.159).

Já o pragmatismo, por sua vez, num sentido contrário, mas caindo no mesmo erro de não dar o devido valor ao passado, opta por desconsiderar as decisões políticas precedentes se essas não forem úteis ao futuro, para o qual deve estar voltada toda e qualquer ação. Dessa forma, mais do que as leis ou precedentes judiciais, o juiz deve decidir com base na justiça ou eficiência. Para o pragmatismo o uso da coerção não pode ser justificado pelo passado ou pela simples coerência: independente de qualquer lei ou precedente judicial, ninguém pode ter direito àquilo que seria pior para a comunidade.

Contudo, apesar de Dworkin concordar que o direito não deve somente olhar para o passado sem se preocupar com o futuro, ele acredita que a concepção pragmatista do jurídico não se coaduna com nossa prática, para a qual os direitos e deveres prescritos em leis e jurisprudência possuem grande relevância. Para ele, não é possível

aceitar que uma das bases do nosso direito possa ser considerada uma simples linguagem eficiente na busca de uma melhora social substantiva dela independente, tal qual propõe o pragmatismo (DWORKIN, 2003, p.187-195).

De fato, buscando fazer um melhor retrato do que é a atividade judicial, não podemos delegar à legislação e aos precedentes judiciais lugar tão subalterno. Em suas decisões, os juizes mantêm a preocupação com o que diz a lei e as decisões dos demais juizes. E ignorar isso também significa, numa expressão dworkiniana, não levar os direitos a sério. Se os direitos das pessoas reconhecidos pela legislação e pelos precedentes judiciais puderem ser desconsiderados em prol de qualquer plano de melhoria da comunidade, podemos ainda dizer que essas pessoas possuem, efetivamente, direitos?

Ou seja, levar os direitos a sério, significa considerar que esses direitos realmente existem e que, inclusive, podem impor limites a qualquer perspectiva de melhoria coletiva. Essa melhoria teria de ser pautada pelos direitos das pessoas e não o inverso. Sendo assim, a visão pragmatista fracassa ao apostar num Direito sem direitos que, dessa maneira, tem muita dificuldade para justificar a coerção estatal, da mesma forma que não dá conta de descrever bem a prática judicial hodierna na qual os juizes tendem a se esforçar em prol dessa “seriedade”.

Nas palavras do próprio Dworkin:

O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes (2003, p.195).

Assim, de acordo com Dworkin, bem mais coerente com nossa realidade seria, a concepção de Direito como Integridade. Dentro de tal teoria, a atividade judicial seria voltada para o futuro, mas sem abrir mão do passado. Isto é, as leis e precedentes judiciais teriam seu valor enquanto referência dos juizes em sua atividade, mas não

simplesmente para nestas decisões políticas passadas encontrarem as regras que serão eternamente repetidas. É destas decisões também que são extraídos os princípios que compõem o sistema jurídico em que opera o jurista, os quais, por sua vez, demandam um aprimoramento do sistema como um todo para sua melhor realização. Em outras palavras: as decisões políticas anteriores, tomadas como um conjunto coerente, oriundo de uma comunidade de princípios – isto é, de uma comunidade que compartilha um núcleo comum de anseios sociais – orientam a prática jurídica, não em direção à sua eterna repetição imutável, mas sim em direção ao seu aperfeiçoamento enquanto concretização de tais princípios (DWORKIN, 2003, p.264).

Ilustrativamente, poderíamos considerar, nesses termos, a prática jurídica como um infinito romance, escrito por várias mãos, no qual os operadores do direito seriam os escritores que escreveriam cada um seu próprio capítulo, mas sem desconsiderar o que os autores dos capítulos anteriores escreveram, buscando o melhor andamento possível do enredo, dentro daquilo que a história se propõe a ser (DWORKIN, 2003, p.276). Esse é o sentido da figura retórica utilizada por Dworkin, para representar a prática judicial, do romance em cadeia, assim como de sua alusão à metáfora da corda de Wittgenstein, cuja constituição por inúmeros fios, dos quais nenhum corre ao longo de todo seu comprimento nem a abarca em toda sua largura, se assemelha ao desenvolvimento de uma instituição formada por características diversas, que, mais ou menos importantes em dado momento ou local, nem por isso fazem seu conjunto perder a unidade (DWORKIN, 2003, p.85).

Por esse ângulo, as decisões dos casos difíceis não seriam oriundas de um poder discricionário do juiz, mas sim de uma análise profunda sua sobre a legislação e os precedentes judiciais, encontrando neles princípios que servem de fundamento para a prática política e jurídica da comunidade e que o levam a tomar uma decisão mais fiel a eles possível. No mesmo sentido, a atividade “criativa” do juiz, não estaria vinculada à eficiência ou à justiça, tomada de forma abstrata, mas sim à adequação de regras a princípios, em busca de um aperfeiçoamento normativo da comunidade, em direção à efetivação dos objetivos dela mesma, cristalizados em princípios diretrizes da interpretação judicial enquanto empreitada tanto fruto quanto causadora de coerência.

Assim, o Direito como Integridade justifica o uso da força para se fazer valer, melhor do que o positivismo e o pragmatismo. Tomado o direito dessa forma, ele fundamenta o uso da coerção sobre os membros da comunidade tendo como justificativa a própria comunidade, defendendo aquilo que ela valoriza, não no seu passado ou no seu futuro, mas no que dá sentido à sua própria existência. Se vivenciamos uma comunidade de princípios, a efetivação desses princípios que lhe dão substrato justifica sua ação em sentido inclusive repressivo. E é de interesse de todos que a atividade política e jurídica caminhem em direção ao seu aperfeiçoamento constante.

É nesse ponto que Dworkin nos apresenta seu juiz Hércules, capaz de ilustrar a atividade judicial tal como ele a caracterizou até então (2002, p.165). Dotado de poderes efetivamente hercúleos, e agraciado com todo tempo que requisitar para que possa tomar suas decisões, Hércules é capaz de analisar o conjunto das leis e precedentes judiciais do ordenamento jurídico em que opera, extraíndo dessa análise os princípios que lhe são subjacentes e, com base nesses dados, fazendo seus julgamentos em direção à melhor concretização possível dos princípios que a comunidade escolheu como sua substância ética. Não que Dworkin faça necessário, para operar o Direito assim visto, de um juiz de poderes sobrenaturais; apenas faz uso dessa metáfora para mostrar numa forma idealizada o que é feito ordinariamente pelos juizes, dentro de suas limitações de tempo e capacidades, mas numa empreitada coletiva que os aproxima da magnitude do personagem mítico que invoca.

Nas palavras de Vianna et al:

Hércules não é, pois, um personagem dedicado a impor um padrão abstrato, extraído da razão, ao mundo real – seu é o território concreto da *sua* democracia, da *sua* Constituição e da *sua* cultura política. Geração após geração, o trabalho de Hércules é o de imprimir desenvolvimento ao enredo do direito, como um *roman à chaîne* [trad.: romance em cadeia], em que cada capítulo novo, na história da criação jurisprudencial do direito, introduz nele uma variante ou mesmo uma inovação, sempre em coerência com os princípios acumulados “em todas as etapas históricas de uma coletividade” – a história é categoria chave em Dworkin. (1999, p.36)

E isso explica a controversa tese, que Dworkin levanta, da “resposta correta”. Tal tese não se limita à tese subjetiva da resposta correta, isto é, da idéia de que os operadores do Direito atuam considerando o direito que defenderão como sendo o que efetivamente se coaduna com o ordenamento jurídico, em detrimento de alegações concorrentes. Na verdade, além disso, o autor sustenta que, num ordenamento jurídico que atingiu o nível de complexidade de ordenamentos como o norte-americano e o inglês (as realidades com as quais trabalha), seria muito difícil um caso de “empate” entre duas pretensões jurídicas. Consideradas todas as leis, precedentes judiciais e regras e princípios jurídicos daí derivados, uma única resposta seria – se não em todos os casos, ao menos na quase totalidade deles – a mais pertinente a esse ordenamento jurídico tomado como um todo e, conseqüentemente, a única resposta correta possível para a disputa. (DWORKIN, 2002, p. 430-446)

3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE RESPONDE BEM AOS DESAFIOS QUE A ATUAL CONFIGURAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO IMPÕE À EPISTEMOLOGIA DO DIREITO?

Seria então, esmiuçado nesses termos, o Direito como Integridade, proposto por Dworkin, uma forma de interpretação do fenômeno jurídico que, superadas as falhas do positivismo e do pragmatismo, dá melhor conta da interpretação do Direito contemporâneo? Compreendida a interpretação de Ronald Dworkin sobre a atividade judicial, especialmente no que tange às suas críticas às concepções rivais do positivismo e do pragmatismo, resta agora confrontarmos-na com as questões levantadas no início do trabalho.

Parece claro que o direito como Integridade em Dworkin explicita a relação entre o Direito e a Política. Vários são os pontos em que o autor ressalta essa relação, como, por exemplo, quando diz que, se a tese dos direitos, segundo a qual as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes, é válida, a história institucional age, não como uma restrição do juízo político dos juizes, mas como componente de tal juízo (2002, p.136). Porém, parece claro também que se trata essa relação, de uma relação especial, em que

os pontos relacionados não se confundem, nem se anulam. Nesses termos, aparece como fundamental a distinção feita por Dworkin entre argumentos de princípio, em sentido estrito, e argumentos de política, sendo que ambos fariam referência ao conjunto maior dos princípios, em acepção mais ampla, da comunidade em que estão inseridos.

Segundo Dworkin, as políticas estabelecem objetivos a serem alcançados, alguma melhoria em aspectos econômicos, políticos ou sociais da comunidade. Já os princípios em sentido estrito, estão relacionados a um padrão que deve ser observado, não porque irá promover ou assegurar alguma situação econômica, política ou social desejável, mas porque se refere a uma exigência de justiça, equidade ou alguma dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002, p.36). Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual, enquanto os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. E os princípios são proposições que descrevem direitos, enquanto as políticas são proposições que descrevem objetivos. (DWORKIN, 2002, p.141)

Assim, a prática do poder judiciário deveria se basear em argumentos de princípio, reservando os argumentos de política para a prática parlamentar, deixando claros os níveis de liberdade de construção do Político em cada uma das esferas. Nas palavras do próprio Dworkin:

[O]s juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro. Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. (...) Não obstante, defendendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis (...), são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas. (2002, pp.129-132)

Da mesma forma, a atividade criativa – necessariamente limitada – dos juizes encontra espaço na teoria dworkiniana, na importância que o autor dá à dimensão interpretativa – que não quer dizer absolutamente particularizada – da atividade judicial. Novamente, são vários os pontos em que isso vem à tona, como nesse trecho, em que, mais uma vez, Direito e Política são relacionados, mas sem se confundirem um com o outro, no qual sustenta que:

[A] prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de um modo mais geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juizes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou particular, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. (2005, p.217)

Dessa forma, dentro dos limites já apresentados acima, a criatividade da atuação do poder judiciário não atinge, no Direito como Integridade, os mesmo níveis que atinge, por exemplo, no pragmatismo jurídico, deixando, Dworkin, inclusive, muito pouco à vontade com o termo ativismo judicial, que ele nega possuir espaço em sua teoria (2003, p.452). A limitação tem relação direta com o fato de se tratar da atividade de funcionários geralmente não eleitos, que, com isso, não possuem responsabilidade direta perante seus eleitores e, assim, atuam dentro de um nível de responsabilidade menor, devendo maior reverência às decisões políticas pretéritas tomadas no nível de outros poderes, sujeitos a maior grau de responsabilização.

Dentro desse nível restrito de escolha, a responsabilidade do juiz por suas decisões se mantém num nível de limitação muito maior do que de qualquer parlamentar ou chefe do executivo, mas não deixa de existir. Contudo, se não chegamos a um nível nulo de responsabilização do poder judiciário por suas decisões, que encontraríamos caso relegássemos à sua atividade a mera aplicação de decisões tomadas no âmbito de outros poderes – esses sim responsáveis por ela – cabe questionarmos se esse nível de responsabilidade não seria ainda muito pequeno dentro do Direito como Integridade de Dworkin.

Isso porque, se estamos inseridos numa comunidade gravitada

em torno de determinados princípios, dentro da qual a atividade judicial busca lhes dar o melhor desenvolvimento possível e se – tomada a atividade judiciária dessa forma – dentro dos embates entre direitos baseados em teorias políticas diferenciadas haverá sempre uma resposta mais correta – podendo ser as demais repostas consideradas assim, respostas erradas – não existiria força maior que a do equívoco em direção contrária a esse desenvolvimento? Ou seja, se o desenvolvimento da comunidade de princípios possui uma linearidade anterior, pré-determinada juntamente à escolha de seus princípios basilares e, qualquer desvio disso, pode ser considerado um erro, até que ponto, dentro de uma atividade coletiva cujo objetivo é exatamente a superação desses erros em prol de uma “integridade” em seus passos, um agente assume risco em seus atos e, conseqüentemente, responsabilidade por eles?

Dentro dessa força maior da teleologia dos princípios comunitários e da correção de um caminho específico, a possibilidade de escolha do juiz individual aparece enquanto o livre-arbítrio entre o acerto e o erro e não entre dois caminhos corretos possíveis e, assim, aparece também como força insignificante perante um devir muito mais poderoso, dotado de imensa capacidade de “limpar” qualquer erro cometido ao longo do caminho.

Baseando sua teoria na existência de uma comunidade de princípios, dotada de respostas corretas para os conflitos que por ventura ocorram entre eles, Dworkin acaba inserindo os juizes num espectro de responsabilidade muito menor do que se estivessem eles lançados numa empreitada não de erros e acertos, mas de opções igualmente viáveis e não de uma integridade obrigatória, mas de integridades possíveis. Ou seja, a teoria de Dworkin, integrando bem a política e o judiciário e, dando, a este último poder, liberdade de criação, pertinentemente, limitada, deixa, contudo, a desejar no que tange à responsabilidade dos juizes por suas decisões, caso não seja possível os inserirmos dentro de uma comunidade de princípios nos termos propostos pelo autor.

A questão, portanto, que resta a ser respondida, é se a comunidade de princípios proposta por Dworkin é representativa de nossa realidade – e, conseqüentemente, a responsabilidade dos juizes gravita em torno de erros e acertos – ou não – fazendo com que essa

responsabilidade se amplie a um nível próximo da responsabilidade política tal qual sugerida por Weber³ na *Política como vocação*, relacionada às conseqüências da escolha efetivamente livre.

Nesse momento, cabe trazer à tona algumas críticas a Dworkin exatamente sobre tal ponto, isto é, sobre a localização, na base de sua interpretação do Direito, de um grupo de princípios substantivos, algo altamente questionável diante de uma sociedade pós-convencional (para utilizar a terminologia habermasiana) cujos membros tendem a compartilhar poucos pontos comuns a respeito do que seria a vida boa, ou do “fato do pluralismo”, característico das modernas democracias, assentadas em diversidades culturais profundas. É nesse sentido que Cittadino traz à tona Habermas, afirmando que:

O que Habermas assinala [...] é que o modelo hermenêutico proposto por Dworkin, de uma interpretação racionalmente construída a partir de princípios substantivos, somente é possível graças à sua confiança nas tradições e práticas constitucionais americanas. No entanto, nos contextos históricos em que não se pode apelar para um republicanismo cívico ou para uma comunidade de princípios que compartilha tradições e valores históricos e culturais, a visão *substantiva* da democracia constitucional deve ser substituída por uma visão *procedimental* da democracia constitucional “desde que o direito vigente forneça ao menos alguns amparos históricos para uma reconstrução racional” (2003, p.20-21)

E a tese da influência da realidade histórica norte-americana na teoria de Dworkin, em especial no que tange ao conceito de comunidade de princípios, tem mais um indício numa citação do próprio Dworkin que, em certo ponto, afirma que na integridade:

A obrigação política deixa de ser [...] apenas uma questão de obedecer a cada uma das decisões políticas da comunidade, como em geral a apresentam os filósofos políticos. Torna-se *uma idéia mais impregnada da noção protestante de fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, em última instância para si mesmo, como sistema da comunidade à qual pertence* (2003, p.231, grifo nosso).

Ou seja, se a realidade que fundamenta a prática judicial não é necessariamente uma comunidade de princípios tal qual imagina Dworkin e se dela não decorrem respostas corretas para a

totalidade, ou quase totalidade, das decisões judiciais, o paradigma de interpretação dworkiniano do Direito não responde de maneira plenamente satisfatória aos desafios que a contemporaneidade impõe a qualquer paradigma jurídico. Contudo, não deixa de se apresentar como um bom ponto de partida e de desafio para qualquer paradigma que possua essa pretensão, em especial no que tange às críticas apresentadas às concepções rivais do positivismo e do pragmatismo.

⁴ Se, por um lado, conforme salienta Ricoeur, “Dworkin foi, sem dúvida, longe demais ao afirmar que há sempre uma resposta justa para os casos difíceis” (1995, p.160), por outro, como destaca o mesmo filósofo, há grandes méritos em sua concepção, pois:

Deve-se ao modelo do texto uma concepção de lei liberta do que denomina o seu *pedigree*. Deve-se ao modelo da narração, apesar duma certa ingenuidade face ao desenvolvimento contemporâneo das teorias relativas à narratividade, o tomar em consideração da “prática legal” no seu desenvolvimento histórico, tendo sido erigida a “história legal” em quadro interpretativo. Enfim, deve-se à distinção entre princípios e regras uma concepção geral do direito inseparável “duma teoria política substantiva” (RICOEUR, 1995,p.150).

4 CONCLUSÃO

A contextualização da prática judiciária contemporânea nos leva, necessariamente, a um Direito marcado pela assunção cada vez maior dos agentes do poder judiciário enquanto criadores de direitos. Nesse contexto, com as fronteiras entre judiciário, legislativo e executivo fragilizadas, qualquer interpretação do Direito deve dar conta da relação entre Direito e Política, sem confundi-los nem isolá-los. Preocupado com esse ponto, Dworkin interpreta a prática judicial como atividade hermenêutica e, conseqüentemente, criativa, mas cuja criatividade se encontra limitada por uma necessária referência a decisões políticas anteriores (leis e precedentes judiciais). Contudo, essa referência não redunde em repetição e, tampouco, se apóia num sistema composto unicamente por decisões que prescrevem regras. Trata-se de uma referência que busca um sentido de aperfeiçoamento em princípios que subjazem a essas regras e retratam os anseios de justiça mais profundos da comunidade, que pode assim, ser

considerada uma comunidade de princípios. Ou seja: as decisões políticas anteriores a que a atividade judicial faz referência são regras e princípios que não devem ser simplesmente repetidos nas decisões futuras, mas reinterpretados da melhor forma possível, isto é, da forma em que esses princípios atinjam sua maior efetividade.

Tomar o Direito nesses termos obriga Dworkin a abandonar as concepções positivistas e pragmatistas e interpretar a prática judicial através do paradigma da Integridade. E, interpretada dessa forma, ela passa a ser uma empreitada coletiva de seus operadores, buscando o aperfeiçoamento da comunidade de princípios, tendo como parâmetro o desenvolvimento desses princípios, na direção de sua mais plena realização. E disso deriva sua tese da quase impossibilidade de um embate entre direitos concorrentes resultar num caso sem uma resposta correta: a totalidade das regras e princípios contidos nas decisões políticas anteriores o fará pesar para algum lado como sendo o melhor dos caminhos para a realização plena da comunidade de princípios.

Contudo, nesse ponto, Dworkin, mesmo sem tolher a liberdade da atividade judicial, tolhe suas possibilidades de correção e acaba por dotar os operadores do direito de pouca responsabilidade em sua escolha. Isso porque, escolher entre o certo e o errado e não entre duas possibilidades igualmente válidas, sobretudo numa atividade coletiva em busca exatamente do correto, implica em, de um lado, pouca responsabilidade pelo acerto, que cedo ou tarde seria atingido, e, de outro, igual baixa responsabilidade pelo erro, que se depararia com forças enormes exigindo sua correção.

Uma maior liberdade de ação do agente implica uma maior responsabilidade por seus atos. Se os agentes do poder judiciário não gozam da mesma liberdade de ação que os agentes do executivo e legislativo, igualmente não possuem a mesma responsabilidade. Se, tampouco, não são meros aplicadores da lei, mas sim, em alguma medida, criadores de direito, também não podem ser considerados agentes sem qualquer responsabilidade sobre o que fazem. Um ponto intermediário de responsabilidade entre esses dois extremos envolve a atividade judicial. Contudo, dentro de uma comunidade de princípios que dota de uma única resposta correta suas disputas por direitos, essa atividade lançaria esse ponto intermediário de responsabilidade

para um local muito mais próximo da não responsabilidade do que da responsabilidade plena. E o contrário se observaria num contexto em que o poder judiciário estivesse envolvido num ambiente de disputas livres pela supremacia de concepções políticas antagônicas.

Resta saber se nossa realidade está mais próxima de uma comunidade de princípios do tipo sugerido por Dworkin, ou de uma realidade diferente, marcada por uma contingência política que chega a patamares que não permitem esse nível de “confiança nas tradições e práticas constitucionais”. E a segunda opção, conforme nos mostra a análise de Habermas, inserido num contexto muito diferente da realidade norte-americana de Dworkin, parece ser a mais condizente com a realidade, não só alemã, marcada de forma traumática e definitiva pela experiência nazista, como também brasileira, saída ainda muito recentemente de uma experiência totalitária um tanto avessa aos direitos das pessoas. De forma que, buscando dar conta da atividade judiciária contemporânea em realidades outras, que não a dos Estados Unidos – e talvez até mesmo na própria realidade estadunidense, apesar desse ponto não poder ser aqui desenvolvido – a epistemologia do Direito precisa ir além de Dworkin, ao menos nesse aspecto.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, M. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CITTADINO, G. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, L. V. (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

RICOEUR, P. **O justo ou a essência da justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

TATE, N.C. e VALINDER, T. (Org.). **The global expansion of the judicial power**. New York/London: New York University Press, 1995.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, M. P. C. e BURGOS, M. B. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WEBER, M. (2002). **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora.

NOTAS

- 1 Sobre a concepção de positivismo atacada por Dworkin, ver HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- 2 Sobre o sentido forte do termo discricionário que Dworkin afirma fazerem uso os positivistas, ver: DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002. pp. 50-63
- 3 WEBER. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro, LTC Editora, 2002. Sobre essas questões, ver os ensaios *A política como vocação* e *A ciência como vocação*, a respeito, respectivamente, da responsabilidade do político, decorrente de sua liberdade de ação (p.67), e da inserção do agente numa realidade de “luta incessante de deuses entre si” em que “atitudes últimas para com a vida são inconciliáveis” (p.105)
- 4 Claro que existe uma réplica do positivismo e do pragmatismo às críticas de Dworkin, assim como existe a conseqüente tréplica a essa réplica, por parte de Dworkin. Contudo, o presente trabalho, mesmo reconhecendo sua importância, não desenvolverá aqui este tema, considerando suficiente, para seus objetivos e dentro de seus limites, acatar as críticas de Dworkin, que não são, de forma alguma, inconsistentes ou imprecisas.

Artigo recebido em: 30/05/08

Aprovado para publicação em: 10/12/2008