

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Macell Cunha Leitão

**DIREITO, SABER E DECISÃO: UMA ANÁLISE DA TEORIA DE
RONALD DWORKIN A PARTIR DA DOGMÁTICA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Teoria, História e Filosofia do Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jeanine Nicolazzi Philippi

**Florianópolis
2014**

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Leitão, Macell Cunha
Direito, saber e decisão : uma análise da teoria de
Ronald Dworkin a partir da dogmática jurídica / Macell
Cunha Leitão ; orientador, Jeanine Nicolazzi Philippi -
Florianópolis, SC, 2014.
199 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Teoria do direito. 3. Dogmática jurídica.
4. Decisão judicial. 5. Ronald Dworkin. I. Philippi,
Jeanine Nicolazzi. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Macell Cunha Leitão

**DIREITO, SABER E DECISÃO: UMA ANÁLISE DA TEORIA DE
RONALD DWORKIN A PARTIR DA DOGMÁTICA JURÍDICA**

Esta dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pela Orientadora e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:

Prof.^a Dr.^a Jeanine Nicolazzi Philippi
Universidade Federal de Santa Catarina – Orientadora

Prof.^a Dr.^a Vera Karam de Chueiri
Universidade Federal do Paraná

Prof.^a Dr.^a Vera Regina Pereira de Andrade
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa
Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2014

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do PPGD

*Aos meus pais, Alainy e Joilza,
por todo amor e dedicação.*

AGRADECIMENTOS

O dia em que coloquei o primeiro ponto final neste trabalho foi um momento muito emocionante. Pude me lembrar de maneira rápida e intensa dos rostos, lugares, sensações, pensamentos que compõem este texto como um passo relevante de um caminho que vai além do que se vê. Esses agradecimentos compõem, assim, mesmo que de maneira breve e sempre deixando a desejar, um justo espaço em que algumas pessoas que compartilharam essa história podem ser lembradas.

Agradeço inicialmente à minha família que foi, no sentido mais forte da palavra, meu apoio material e emocional. Se todos os medos puderam ser enfrentados certamente é porque existe algo da perseverança, da união e do amor deles em mim. Reitero o agradecimento da monografia para demonstrar aos meus pais toda gratidão por acreditarem nesse desejo. Sei que estaremos sempre juntos! Agradeço também aos meus irmãos, Ivo, Alainy Filho, Tássio e Joaquim Neto, e às respectivas namoradas, Marina, Aimê e Letícia, pelo nosso companheirismo e alegria de viver cotidianos.

O agradecimento à família não estaria minimamente representado se não lembrar as pessoas que acrescentam em nossas vidas, independente dos vínculos institucionais. Lembro aqui da minha segunda mãe, Tê (em memória), que morreu acreditando em ilusões que, se hoje combato, deve ser tomado como prova do mais verdadeiro amor. À Cida que cuidou tanto de mim. À Aurélia que está sempre com a gente. À Toinha e Fernanda pelos cuidados e sorrisos diários. Agradeço, ainda, aos meus avôs, Joaquim Cunha e Antônio Leitão (em memória), e à Tia Isinha, pela sabedoria dos ensinamentos manifesta nas histórias e nos atos. Os demais e queridos membros da família lembro nos nomes delas que são minhas grandes paixões, minhas avós, Ailda Cunha e Socorro Leitão. Obrigado pelas mais queridas lembranças!

Aos professores que em diferentes fases da minha formação contribuíram não apenas para que eu aprendesse algo sobre o mundo, mas por terem realizado, de uma alguma maneira, a verdadeira função dos mestres: tornar uma falta presente. É com esse sentimento que agradeço aos meus dois orientadores: professor Nelson Juliano Cardoso Matos que acolheu um jovem angustiado que não sabia lidar com essa falta e professora Jeanine Nicolazzi Philippi que fez de suas aulas e de sua postura acadêmica um convite transgressor à enunciação de um sujeito implicado em suas palavras! Não por acaso, as quintas-feiras dos dois primeiros trimestres do mestrado exigiram de mim, na solidão de infundáveis questionamentos, refletir sobre as banalidades da vida...

Faço menção à professora da Universidade Estadual do Piauí Esther Castelo Branco, pois foi nas suas aulas de hermenêutica onde as primeiras questões sobre o direito puderam ser colocadas. Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina com os quais tive oportunidade de estudar em variados momentos do mestrado: João dos Passos Martins Neto, Luiz Henrique Cademartori, Horácio Wanderlei Rodrigues e Airton Cerqueira-Leite Seelaender.

Agradeço, ainda, aos professores Alexandre Morais da Rosa e Vera Regina Pereira de Andrade pelas valiosas contribuições na qualificação do projeto desta pesquisa e pela generosidade com que me cederam material bibliográfico. A postura intelectual de ambos nos inspira na resistência aos simulacros da vida acadêmica! À professora Vera Karam de Chueiri que, diante de tantos obstáculos, aceitou com muita gentileza o convite para participar da banca de defesa da dissertação, enriquecendo de maneira ímpar o diálogo sobre a teoria de Ronald Dworkin.

Aos amigos que integram minha vida, me ajudando a fazer dessa existência uma experiência valiosa: Nina Cunha, Priscila Osório, Glauca Tavares, João Pedro Pacheco, Glauco Ventura, Eduardo Meneses, Marcele Tapety, Celene Maura, Rodrigo Pinto, Albertino Area Leão, Ana Kaline Sousa, Raniê Carbonari, Ana Beatriz Vale e João Nildo. Obrigado por terem entendido minhas ausências e também pelos momentos em que não entenderam. Por razões que compõem a história deste trabalho, alguns amigos precisam ser lembrados de maneira especial.

A vinda para Florianópolis talvez sequer houvesse ocorrido se não tivéssemos conhecido na ocasião de um evento científico em Criciúma os então mestrandos Luiz Otávio Ribas e Ricardo Prestes Pazello. Ao tempo em que anunciavam o crepúsculo, esses amigos alimentaram a expectativa de um pensamento jurídico crítico em terras catarinenses. Agradeço em especial ao Ribas pelos meses de orientação, pesquisa e debate compartilhados que, hoje, identifico como indispensáveis à minha formação acadêmica e ao Pazello pelas pacientes contribuições no período de seleção do mestrado, momento em que também tive a grata oportunidade de dialogar com Marta Regina Gama Gonçalves e Vladimir de Carvalho Luz.

Essa inesquecível viagem a Santa Catarina foi feita ao lado do grande companheiro de centro acadêmico de direito e de iniciação científica Lucas Vieira Barros de Andrade, a quem não posso deixar de lembrar pela postura crítica firme, mas sempre aberta ao diálogo sincero

com o outro. Agradeço, ainda, pelo acolhimento em Niterói na ocasião do CONPEDI que marcou um dos momentos mais divertidos e engraçados de todo esse processo. Esses dias foram vivenciados com o grande Gilberto Guerra Pedrosa, amigo de adolescência, de vida e de academia com quem tive o privilégio de estudar para as seleções de mestrado da UFSC e da UnB, certamente, um dos raros interlocutores desse caleidoscópio de pensamentos.

Morar em Florianópolis também esteve imbuído de um sentimento especial, pois vim acompanhado da grande companheira de sonhos waratianos, Andreia Marreiro Barbosa. Pelo menor tempo que tenha sido podemos dizer que, sim, fundamos uma república piauiense em solo catarinense e vivenciamos ao nosso modo, com todas as dificuldades de quem inicia uma nova trajetória, a utopia dos tempos de graduação. Compartilhamos impressões e sentimentos reais daquilo que antes só povoava nossa imaginação. Agradeço pelo sentido de poder acreditar que ainda há muita vida para construirmos juntos! Por falar em poesia, inevitável agradecer à estimada Nayara Barros de Sousa, amiga que sempre me recorda diálogos permeados de alteridade e sensibilidade...

Em meio a tantas projeções e medos, talvez, nenhum encontro tenha sido tão significativo quanto chegar ao aeroporto para ser calorosamente acolhido por Erasmo Benicio Santos de Moraes Trindade. Meu profundo sentimento de gratidão por todo o carinho, atenção e amizade que fizeram da vida na ilha um pouco mais familiar. Agradeço também às minhas queridas companheiras de apartamento, Amanda Marreiro Barbosa e Bruna Teles Soares Beserra pelos momentos de incentivo mútuo e de diversão, e aos nossos estimados vizinhos gaúchos Gustavo e Carla Duarte com quem compartilhamos doces, aprendizados, sorrisos e regionalidades.

Saídos da vida acadêmica em Florianópolis, muitos amigos merecem meus sinceros agradecimentos. Nenhuma companhia, entretanto, se fez mais presente do que o amigo Walter Marquezan Augusto com quem pude dialogar abertamente desde os fundamentos do direito às superficialidades da vida e vice-versa. Inevitável lembrar também da contribuição teórica dele neste trabalho e, aliás, no meu próprio pensamento, seja pelas leituras que fizemos dos textos um do outro, seja pelos debates sobre as ideias levantadas nos livros e nas aulas. Agradeço também à querida Gabriela Barretto de Sá pelo nosso encontro nordestino a quem, mesmo diante da ausência de convívio cotidiano, nutro grande carinho e admiração.

Aproveito a lembranças desses dois amigos para mencionar os estimados colegas do mestrado e da Revista Captura Crítica, possivelmente, futuros nomes de um questionamento crítico do direito no Brasil: Athanis Molas Rodrigues, Fernanda Martins, Guilherme Demaria, Mariana Dutra Garcia, Marcel Soares de Souza, Adailton Pires Costa, Laila Maia Galvão, Marina Corrêa de Almeida, Gabriela Navarro e Gislaine de Paula. Meu agradecimento em especial à Gabriela pelos diálogos breves, porém frutíferos, e à Gi pela tolerância com que respondeu meus questionamentos insistentes sobre psicanálise e pelos bons momentos na ocasião do Congresso de Direito e Psicanálise em Curitiba. Agradeço, ainda, às colegas do doutorado que marcaram excelentes momentos das disciplinas do professor Horácio, Luana Renostro Heinen e Renata Rodrigues Ramos, e aos estimados estudantes da graduação Rafael Innocente e Gustavo Zatelli.

Ao grande Elton Fogaça da Costa pelo incentivo no primeiro projeto de dissertação, na seleção de doutorado e pela amizade, ao estimado Rafael Caetano Cherobin pelos diálogos incansáveis sobre biopolítica, psicanálise, budismo e coisas afins e à querida Fernanda Lima que nos acolheu tão bem na cidade.

À Capes pelo incentivo material essencial para a realização dos estudos, com os votos de que se torne uma política ainda mais ampla e efetiva.

Por fim, agradeço à pessoa indispensável à maneira com que este trabalho foi realizado, minha namorada Paloma Vanessa Coelho Campos. Obrigado por me dar forças quando achava que tinha chegado ao meu limite, pelos dias que passamos ao telefone cultivando o desejo de vivermos juntos, pelas horas injustamente divididas com o computador, pelos momentos mais leves e felizes, enfim, por todo nosso amor que, embora finja fazer mil viagens, continua parado naquela estação.

Que eu possa ter virtude. O bem para um juiz é ser íntegro e ser capaz de identificar onde está a justiça. Peço inspiração para identificar em cada caso concreto onde está o bem, coragem moral para fazer aquilo que tenho que fazer. Fazer o bem e ter a coragem de fazer o bem.

Luís Roberto Barroso

Por vezes as palavras devem servir para mascarar os fatos. Mas isso deve suceder de forma que ninguém perceba; no entanto, para o caso de alguém o descobrir, deve ter-se à mão sempre as necessárias justificações para se exibirem imediatamente.

Maquiavel

RESUMO

O presente trabalho analisa a teoria jurídica de Ronald Dworkin a partir dos aspectos epistemológicos e funcionais da dogmática jurídica enquanto modelo paradigmático do direito no Brasil. Questiona-se em que medida a obra desse autor possibilita um deslocamento do direito brasileiro no sentido de constituir limites ao poder de decisão dos juízes. Em divergência à ideia comum que concebe a teoria da integridade uma superação da discricionariedade do intérprete na aplicação do direito, aponta para as especificidades de sua leitura no contexto jurídico brasileiro. Por um lado, se os princípios estimulam a produção de raciocínios complexos desvinculados na mera vontade do jurista, por outro, o apelo à moralidade da comunidade política em países de modernidade periférica, com uma esfera pública marcada pelo dissenso, não fundamenta limites epistemológicos substanciais a esse poder de decisão. Sem deixar de reconhecer a relevância da teoria da interpretação dworkiana no âmbito da metodologia da teoria do direito, a pesquisa ressalta que, na esfera de alusão de seus enunciados, funda-se a ideia de que o judiciário consiste em um espaço privilegiado de decisão pública. Dessa forma, a leitura moral do direito constitui uma confiança no juiz enquanto Autoridade legitimada a exercer a força em nome do direito a despeito de quaisquer limites éticos, submetendo qualquer dimensão da vida à opinião dos juristas. Nesse sentido, a leitura da obra de Ronald Dworkin no contexto brasileiro, em detrimento das categorias clássicas da dogmática jurídica baseadas no direito legislado, legitima um estado de indiscernibilidade entre regra e exceção. Conclui-se, assim, que o esvaziamento da aparente consistência do discurso mito-ideo-lógico do *juiz Hércules* possibilita – ao tornar presente os limites inerentes à condição humana – invocar nos sujeitos de determinada ordem jurídica uma noção de responsabilidade.

Palavras-chave: Direito. Teoria do direito. Dogmática jurídica. Decisão judicial. Ronald Dworkin.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the Ronald Dworkin's jurisprudence from epistemological and functional aspects of juridical dogmatic as paradigmatic model of law in Brazil, questioning if the work of this author enables the shifting of Brazilian law in order to establish limits on the power of judges' decision. In disagreement to the common idea that conceives the theory of integrity overrun the discretion of the interpreter of the law, the work points to the specificities of the reading of that theory in Brazilian legal context. If in one hand, the principles stimulate the production of complex reasoning unbounded from mere will of the jurist, in another hand, the appeal to the morality of the political community in countries of peripheral modernity, marked by dissent in the public sphere, did not support substantial epistemological limits to that discretion. While acknowledging the relevance of Dworkin's theory interpretation to the methodology of jurisprudence, the research highlights also the idea that the judiciary is understood as a privileged area of public decision. Thus, the moral reading of the law trusts the judge as legitimate authority to exercise the power on behalf of the law, despite any ethical limits, subjecting any dimension of life to the opinion of jurists. In this sense, Dworkin's reading in the Brazilian context, instead of the classical categories juridical dogmatic, legitimizes a state of indiscernibility between rule and exception. Finally, the work concludes that the deflation of the apparent consistency of the myth-ideo-logical of the *judge Hercules* enables – while it express the limits of the human condition – invoke a sense of responsibility for the subjects.

Keywords: Law. Jurisprudence. Juridical Dogmatic. Court decision. Ronald Dworkin.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1 O JURISTA, A LEI E SUA LINGUAGEM: A ESTRUTURAÇÃO DOGMÁTICA DO SABER JURÍDICO	29
1.1 Notas sobre a linguagem dos juristas	29
1.1.1 O paradoxo epistemológico do saber jurídico a partir da filosofia retórica.....	29
1.1.2 Da superação do primado do objeto ao estabelecimento de um ponto de vista pragmático.....	33
1.2 A dogmática como paradigma do direito no Brasil.....	37
1.3 Traços essenciais da prática de construção dogmática do direito	44
1.4 Articulação entre promessas políticas e epistemológicas do modelo.....	51
1.5 Limites estruturais da dogmática jurídica	57
1.6 O valor retórico de uma ficção: consentindo com ilusões?.....	61
2 O PROJETO TEÓRICO-JURÍDICO DE RONALD DWORKIN: METODOLOGIA E INTERPRETAÇÃO.....	67

2.1 Da metodologia à decisão nas obras de Hans Kelsen e Herbert Hart	67
2.1.1 Entre pureza e decisão subjetiva na teoria de Hans Kelsen	67
2.1.2 A virada hermenêutica no pensamento de Herbert Hart	75
2.2 Aposta metodológica de Ronald Dworkin: uma redefinição da objetividade jurídica.....	88
2.3 A interpretação moral do direito no jogo interpretativo	96
2.4 Uma teoria geral do direito: propósitos e estágios.....	104
3 A LEITURA MORAL DO DIREITO NA PERSPECTIVA DA INTEGRIDADE: ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA.....	109
3.1 A legitimidade do direito levado a sério: responsabilidade no uso da força pública	109
3.2 O direito como integridade: uma questão de princípios da comunidade política personificada	111
3.3 Aspectos gerais de uma teoria interpretativa da decisão judicial no Estado de direito	117

3.4 A leitura moral do direito nos moldes da teoria da integridade (o direito como romance em cadeia).....	123
3.5 O mito do juiz Hércules: judiciário como <i>locus</i> privilegiado de decisão.....	130
3.6 Um necessário chamado ao contexto	139
4 A TEORIA DE RONALD DWORKIN NO CONTEXTO DA DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA.....	143
4.1 (Des)funcionalidade da dogmática jurídica em países de modernidade periférica.....	143
4.2 O apelo à integridade a partir dos princípios no direito brasileiro.....	152
4.3 A mito-ideo-logia do juiz Hércules: toda decisão é possível?.....	164
4.4 Entre saber e decisão: uma questão de limites	179
CONSIDERAÇÕES FINAIS	185
REFERÊNCIAS	187

INTRODUÇÃO

Em que consiste a tarefa de estudar teoria do direito no Brasil de hoje? Ciente de que esta questão não possui uma resposta a priori, para além das contingências que envolvem seu próprio fazer, o presente trabalho busca constituir uma inteligibilidade para um dos fenômenos que envolvem simultaneamente as práticas da teoria do direito e as teorias que fundamentam ou justificam a prática jurídica no Brasil. Tomando por base o viés teórico dos autores cada vez mais estudados no âmbito da teoria do direito e de suas disciplinas correlatas e parcela dos argumentos utilizados em decisões, sobretudo, das instâncias superiores do judiciário, tudo indica que o direito brasileiro passa por um processo de *deslocamento* que consistiria em substituir os critérios utilizados pela comunidade jurídica na definição da validade das proposições que determinam os direitos e obrigações jurídicos das pessoas. Pode-se afirmar que se, antes, os discursos jurídicos eram influenciados pelos enunciados de uma dogmática jurídica de inspiração positivista – mesmo que seja questionável apontar o nível de vinculação às teses que caracterizam o juspositivismo –, atualmente, encontra espaço significativo a ideia de que, passadas as crises constitucionais ocasionadas pelos regimes autoritários em diferentes regiões do mundo, a interpretação do direito exige dos juristas a realização de argumentos complexos para além das categorias clássicas do direito como norma.

Malgrado esse senso comum crítico ao positivismo encontre fundamento em diferentes perspectivas teóricas, poucas têm obtido tanto êxito quanto a vertente jusmoralista – mais conhecida pelos rótulos imprecisos de “pós-positivismo” ou de “neoconstitucionalismo” – a qual considera relevante a força supostamente inédita que confere aos preceitos constitucionais, defendendo que haja, através dos princípios jurídicos, a constitucionalização de todo o ordenamento jurídico.¹ Ronald Dworkin consiste, dentro dessa perspectiva, em um dos autores

¹ Cf. DIMOULIS, 2011. Dimitri Dimoulis (2006, p. 87) distingue jusnaturalismo de positivismo jurídico, subdividindo neste a vertente do positivismo jurídico *stricto sensu* e a jusmoralista, a qual “faz depender o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação de elementos vinculados a valores (e correspondentes mandamentos) de origem moral. Admite-se, assim, a tese da necessária conexão (junção, vinculação) entre direito e moral”.

cujo pensamento mais tem exercido influência no desenvolvimento dos estudos da teoria e da filosofia do direito dentro e fora do Brasil.

Partindo da suspeita de que a importação de teorias produzidas em vista aos problemas de outros contextos não são capazes de interpretar adequadamente as peculiaridades do direito brasileiro de maneira a incitar verdadeiras mudanças no modo de produção da normatividade, o presente trabalho constitui uma estratégia metodológica com o objetivo de compreender, sob o enfoque da teoria do direito, os efeitos significativos decorrentes desse possível deslocamento. Assim, os recortes realizados na consecução da pesquisa revelam o propósito de construir novos sentidos para as mudanças que envolvem a teoria-e-a-prática do direito contemporâneo, visando contribuir para que a produção científico-jurídica brasileira formule uma agenda teórica própria.

É importante mencionar que, a despeito de eventuais objeções cabíveis, a história recente da atividade jurídica no Brasil teve como momento memorável a intensa produção teórica de movimentos críticos ao *autoritarismo* da ordem vigente, possibilitando uma tomada de consciência dos mitos – até então pouco questionados – que matizavam as crenças e os discursos dos juristas.² Entretanto, após o fim do regime militar e a promulgação da Constituição de 1988, esses questionamentos perderam sua força retórica do ponto de vista político e epistemológico, exigindo que os campos de uma reflexão crítica apontem para outros sentidos, caso queiram ser pertinentes como mais do que um capítulo da história das ideias jurídicas. Para tanto, faz-se necessário aprofundar, mesmo que mediatemente, reflexões acerca da função que o direito exerce na construção de sociedades efetivamente democráticas no contexto de países advindos de uma modernidade periférica³ e, de

² Ver WOLKMER, 2008, p. 86-159.

³ NEVES, 1995, p. 17. Sobre o conceito de modernidade periférica, explica: “a distinção entre modernidade central e periférica é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a complexificação social e o desaparecimento de uma moral material globalizante como características da modernidade, constata-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira nenhuma a efetivação adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, nem mesmo a criação de uma esfera intersubjetiva autônoma fundada numa generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais)” (Idem, p. 13).

maneira mais específica, indagar sobre o modo com que o judiciário deve ou não exercer seu papel de decidir sobre o sentido de direitos escritos constitucional e infraconstitucionalmente.

O fato é que não há registros de outro período em que o judiciário tenha exercido uma função tão proeminente na definição dos direitos e das obrigações das pessoas submetidas à ordem estatal. Esse novo papel, desempenhado pelos tribunais, tem levado alguns teóricos políticos a defenderem que, ao contrário do Estado liberal com ênfase no legislativo e do Estado social em que predomina a função executiva, no Estado democrático de direito há um sensível deslocamento da esfera de tensão para o judiciário.⁴ Ocorre, nesse sentido, uma profunda transformação dos pilares institucionais do Estado de direito de inspiração liberal-clássica (soberania nacional, ideia de constituição, equilíbrio entre os poderes) impulsionada pela globalização econômica.⁵ Essa modificação tem sua face mais nítida nas mudanças implementadas na estrutura do judiciário pela emenda constitucional n° 45 que – com notórias identificações com documentos técnicos do Banco Mundial – tornaram a atividade judicial uma instância central para o progresso econômico do país a partir da centralização das decisões nos órgãos de cúpula e, conseqüente, esvaziamento da função exercida pelos juízes de primeiro grau. É importante observar que essa mudança ocorre simultaneamente a um processo de declínio do próprio poder estatal que se, por um lado, relega ao judiciário o controle estatal da moralidade social e a garantia de uma segurança mínima para as transações econômicas, por outro, limita a possibilidade do Estado de dispor sobre o seu direito em detrimento da *lex mercatoria*.⁶

A concentração inédita de poder no órgão de cúpula do judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, seja externamente em relação às atividades políticas de outros poderes estatais ou mesmo internamente em relação às outras instâncias do poder judiciário, tem levado alguns

⁴ STRECK; MORAIS, 2003, p. 98.

⁵ FARIA, 1996, p. 5.

⁶ “A combinação de um tal ‘zona cinzenta normativa’ com formas jurídicas preexistentes, ‘nativas’, ‘intuitivas’, ‘inoficiais’ – na medida em que diferem da dimensão ‘artificial’ do direito estatal – tem sido concebida como um novo tipo de ‘direito natural’. Tendências à justiça informal, ao arbitramento e à desregulação têm sugerido que uma nova ‘lex mercatoria’ mundial, ao nível social, e um ‘hiper-corpus-juris’, ao nível institucional, podem vir a dominar os futuros cenários normativos” (OLGIATI, 1996, p. 82).

estudiosos a denominarem esse fenômeno de “supremocracia”.⁷ Processo que consiste, em última análise, em uma repetição do autoritarismo que caracteriza as relações jurídicas nacionais, tendo em vista o papel de arbítrio exercido no Império pelo Poder Moderador, transferido posteriormente para o Exército e que, após a Constituição de 1988, vem sendo paulatinamente ocupado de forma substantiva pelo órgão encarregado de “guardar”⁸ tão extensa carta constitucional.⁹ Nesse sentido, não faltam temas no ordenamento jurídico em que a última palavra não caiba legitimamente ao judiciário como: o exercício do poder político-eleitoral (representação na Câmara dos Deputados, cláusula de barreira, fidelidade partidária, número de vereadores nas Câmaras Municipais, verticalização das coligações, Lei da Ficha Limpa, financiamento de campanha); as atribuições das demais esferas do Estado (atuação das CPIs, poder de edição das medidas provisórias pelo executivo, poder de investigação do ministério público, autonomia das agências reguladoras e, até mesmo, a possibilidade de tramitação no senado de projeto de lei sobre as regras de destinação dos recursos do fundo partidário); a validade de emendas à Constituição (reformas administrativas, previdenciárias e do judiciário); o sentido de direitos fundamentais (quotas nas universidades, desarmamento, demarcação de terras indígenas, distribuição de medicamentos, lei de imprensa, direito de greve); e, ainda, os limites do direito à vida (pesquisas com células-tronco, aborto de anencéfalos).¹⁰ Em alguns casos, as decisões judiciais foram tomadas mesmo diante do cumprimento do devido processo legislativo com ampla votação, por representantes eleitos, após o debate público.¹¹

⁷ VIEIRA, 2008, p. 444-5.

⁸ Sobre a guarda da Constituição é necessário lembrar, com Agamben (2004, p. 29), que “o fim da República de Weimar mostra, ao contrário e de modo claro, que uma ‘democracia protegida’ não é uma democracia e que o paradigma da ditadura constitucional funciona sobretudo como uma fase de transição que leva fatalmente à instauração de um regime totalitário”.

⁹ VIEIRA, 2008, p. 445.

¹⁰ Cf. VIEIRA, 2008.

¹¹ É importante, nesse contexto, dá destaque para a ponderação de Giorgio Agamben (2004, p. 19), na qual afirma que “a progressiva erosão dos poderes legislativos do Parlamento, que hoje se limita, com frequência, a ratificar disposições promulgadas pelo executivo sob a forma de decretos com força de lei, tornou-se desde então uma prática comum. A Primeira Guerra Mundial

Parcela do poder exercido pelo judiciário na vida das pessoas decorre de atribuições estabelecidas pelo constituinte originário, cabendo um questionamento da ideologia que permitiu justificar tamanha confiança em sua autoridade. Por outro lado, é inegável que existe também uma ideologia que inspira hodiernamente a maneira com que os juízes exercem sua função em uma democracia. Afinal, não se trata de um fenômeno isolado nos órgãos de cúpula, à medida que, como alerta o psicanalista Charles Melman, “o direito atual estipula que qualquer reivindicação é legítima e deve ser satisfeita, senão há injustiça e dolo. Não é mais aceitável que alguém fique sem realizar sua satisfação, deve ser levado remédio e a justiça terá esse encargo”.¹² É isso o que se pode constatar, por exemplo, em juízes que estipulam aos pais o pagamento de indenização por abandono afetivo a filhos adultos.

As transformações brevemente apontadas no modo com que os juízes compreendem seu modo de interpretar o direito contrariam o cerne da retórica do pensamento jurídico moderno, a qual argumenta que o monopólio da força física exercido em determinado território pelo Estado democrático tem sua legitimidade fundada na presunção de que o conteúdo ético exigível dos indivíduos submetidos à ordem estatal deriva de um procedimento imanente que permitiu a participação dos próprios sujeitos.¹³ Entretanto, verifica-se que, sob o pretexto de evitar a reincidência de práticas autoritárias, tem ocorrido um gradual enfraquecimento do espaço público como instância central de decisão política, pois se, por um lado, importantes decisões econômicas são tomadas por medidas provisórias editadas pelo chefe do executivo ou

– e os anos seguintes – aparece, nessa perspectiva, como o laboratório em que se experimentaram e se aperfeiçoaram os mecanismos e dispositivos funcionais do estado de exceção como paradigma de governo. Uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo”.

¹² MELMAN, 2006, p. 106. O autor vai além e denomina esse fenômeno de “direito de conforto”: “trata-se, para o direito, de ser capaz de corrigir todas as insatisfações que podem encontrar expressão no nosso meio social. Aquele que é suscetível de experimentar uma insatisfação se vê ao mesmo tempo identificado com uma vítima, já que vai socialmente sofrer do que terá se tornado um prejuízo que o deito deveria – ou já teria decidido – ser capaz de reparar” (Idem).

¹³ Ver, nesse sentido, FARIA, 1984, p. 17-20.

mesmo por organismos multilaterais sem controle estatal,¹⁴ por outro, em notória regressão a padrões pré-democráticos de integração social, o judiciário tem ascendido à condição de mais alta instância moral da sociedade, escapando de qualquer mecanismo de controle social.¹⁵

A falta de controle social ou, em uma palavra, a falta de *limites* ao poder judicante exercido pelos magistrados expressa, portanto, uma condição paradoxal em que, sob os auspícios de garantia das liberdades democráticas, o direito contemporâneo reproduz a confiança imaginária numa ordem jurídica instituída a partir de um *Autor* inquestionável, afastando a responsabilidade dos sujeitos na construção da legalidade humana.¹⁶ O juiz enquanto *auctor*, detentor daquilo que Giorgio Agamben denomina de “*auctoritas*”, pode, assim, de maneira

¹⁴ É importante trazer a íntegra do questionamento de José Eduardo Faria (1996, p. 133) no qual indaga: “Como obter uma correspondência entre a competitividade internacional e a redução das desigualdades sociais por meio da ação de Estados eficientes, com severo controle de seus gastos e submetidos a uma ordem constitucional democrática e pluralista? De que modo implementar programas sociais com propósitos redistributivos num momento em que, por causa do enfraquecimento da autonomia do Estado, a decisão política já não representa um ato de autoridade, exigindo obediência, mas um acordo negociado e baseado em benefícios; em que a política passa a ser concebida antes como um mecanismo de coordenação do que como instância de direção; em que as formas de auto-regulação social vão tomando o lugar dos órgãos adjudicatórios tradicionais?”.

¹⁵ MAUS, 2000, p. 187.

¹⁶ Sobre a herança do pensamento jurídico ocidental forjada na tradição romano-medieval, Jeanine Philippi (2001, p. 92-3) afirma que os romanos “pensam a criação do direito a partir de uma genealogia legendária, que inaugura, no ocidente, o discurso da lei identificado ao quadro da descendência de nomes, que evoca, em última instância, um Autor primeiro, suporte dos textos e instituições necessários para fundar e justificar a ordem normativa da *civitas*. Produtor e proprietário da palavra autorizada, o Autor institui, dogmaticamente, um lugar de certeza, no qual é encenada e encarnada a verdade acerca da origem da lei, ou seja, a perspectiva mitológica mediante a qual deve ser estudada, segundo *Pierre Legendre*, a gênese da produção jurídica ocidental, que obedece não a um encadeamento natural ou racional de dados, mas sim ao mecanismo específico das produções imaginárias, no qual se assenta a crença no poder”.

indiscernível, suspender o direito onde ele agia ou reativá-lo onde ele não estava mais em vigor.¹⁷

A ausência de limites simbólicos ao poder dos juízes atua, dessa forma, no sentido de possibilitar-lhes fazer de sua decisão, lei – isto é, força-de-lei¹⁸ –, anulando o fundamento democrático do direito. Mais do que uma previsível usurpação do poder social, a legitimação da ausência de limites para as decisões judiciais reforça um estado em que o judiciário, paradoxalmente, ao tempo em que encontra dificuldades em significar interdições para os sujeitos (pois toda demanda possui alguma forma de justificação),¹⁹ obstaculiza o procedimento de modificação institucional do direito (tendo em vista que qualquer lei, mesmo em fase de discussão, é passível de controle judicial). Em outras palavras, sem a limitação do poder de interpretação dos juízes da ordem jurídica todos os campos da vida pública e privada são suscetíveis de uma imprevisível judicialização, mitigando pelas vias de um excesso o potencial de criação e modificação social do direito.

Essa ausência de controle epistemológico dos enunciados jurídicos possui significativos efeitos políticos, sobretudo, quando se trata de analisar a inscrição da legalidade na cultura jurídica brasileira. É importante notar a existência de práticas sociais disseminadas de desvio das normas públicas em que os brasileiros fazem dos seus objetivos individuais a própria regra e, portanto, da aplicação da lei a exceção.²⁰ Não existe uma convicção compartilhada pelos membros da sociedade da importância ou mesmo do efetivo cumprimento das leis constituídas publicamente.²¹ Ciente das peculiaridades que caracterizam a

¹⁷ AGAMBEN, 2004, p. 121.

¹⁸ AGAMBEN, 2004, p. 60-1.

¹⁹ No ensinamento Freud (2010, p. 106), as prescrições do tabu na horda primitiva – responsáveis por estabelecer a superioridade da coletividade sobre os arbítrios do indivíduo – foram o primeiro direito. Nesse sentido, pode-se afirmar que significar interdições aos sujeitos é uma função antropológica do direito (independente de sua manifestação enquanto fenômeno estatal).

²⁰ ROSENN, 1998, p. 12-3.

²¹ De acordo com o IPCL Brasil (Índice de Percepção do Cumprimento da Lei), divulgado no dia 23/03/2013 pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (CPJA/DIREITO GV), 82% da população acredita que é fácil desobedecer as leis no Brasil. Outro dado interessante revela que os entrevistados que já utilizaram o Judiciário têm uma percepção menor de que as leis são cumpridas em

modernidade periférica, Marcelo Neves aponta para a tendência de *instrumentalização* política do direito que pode ocorrer através da mutação casuística das estruturas normativas, sobretudo em períodos autoritários, ou através de interesses particularistas que bloqueiam o processo de concretização normativa, assim, “a autonomia privada (‘direitos humanos’) e a autonomia pública (‘soberania popular’), embora, em regra, declaradas no texto constitucional, são rejeitadas mediante os mecanismos de desestruturação política do processo concretizador da Constituição”. Um dos aspectos centrais desse fenômeno consiste nos diferentes efeitos produzidos na sociedade, pois, enquanto os subintegrados permanecem sem acesso aos benefícios do ordenamento jurídico e radicalmente incluídos na estrutura punitiva do aparelho coercitivo estatal, os sobreintegrados, utilizam o texto constitucional democrático somente na medida em que seja favorável aos seus interesses, fazendo com que a Constituição não atue “como horizonte do agir e vivenciar jurídico-político dos ‘donos do poder’, mas sim como uma oferta que, conforme a eventual constelação de interesses, será usada, desusada ou abusada por eles”.²²

Diante da problemática exposta e decidindo seguir a risca a fórmula freudiana de que as teorias devem surgir como convidadas inesperadas em nossa casa enquanto estamos ocupados com pesquisas de detalhes, o presente trabalho propõe-se a investigar o seguinte questionamento: em que medida o pensamento jurídico de Ronald Dworkin possibilita um deslocamento na teoria e na prática do direito brasileiro, estruturado socialmente como dogmática jurídica, no sentido de constituir limites ao poder de decisão dos juízes?

comparação ao grupo que afirmou nunca ter participado de um processo judicial (ver DIREITOGV, 2013).

²² NEVES, 1995, p. 22.

1 O JURISTA, A LEI E SUA LINGUAGEM: A ESTRUTURAÇÃO DOGMÁTICA DO SABER JURÍDICO

1.1 Notas sobre a linguagem dos juristas

1.1.1 O paradoxo epistemológico do saber jurídico a partir da filosofia retórica

Uma interpretação do modelo teórico que justifica a legitimidade da força exercida a partir dos discursos jurídicos resta insatisfatória se não busca constituir uma compreensão mínima da instância que oferece as condições de possibilidade da própria estruturação²³ social do direito. Esta instância, aqui concebida como a linguagem dos juristas, implica numa peculiaridade vivenciada pelo saber que se busca constituir acerca do direito.

A ideia é que a “realidade jurídica” – que significa, via de regra, tudo aquilo que existe com pertinência aos fenômenos entendidos socialmente como jurídicos – consiste, na verdade, em um complexo de significações, com uma existência essencialmente linguística,²⁴ conduzindo o direito ao seguinte *paradoxo epistemológico*:²⁵ a opinião

²³ O uso dos termos “estrutura” ou “estruturação” não faz referência aos pressupostos epistemológicos da tradição de pensamento conhecida, no âmbito das ciências humanas, como estruturalismo.

²⁴ No mesmo sentido, Warat (1994, p. 14) afirma que o real “não é senão um complexo, um fluxo, de significações, uma rede de signos, um grande tecido de escrituras intercaladas infinitamente”.

²⁵ O termo “paradoxo epistemológico” utilizado no presente trabalho consiste num desenvolvimento conceitual da ideia contida na seguinte passagem de Ferrajoli (2011, p. 46): “Daqui surge uma responsabilidade da cultura jurídica e politológica, que é tanto mais difícil quanto maior é essa diferenciação e, então, o dever de dar conta da inefetividade dos direitos constitucionalmente estipulados. Existe um paradoxo epistemológico que caracteriza as nossas disciplinas: nós fazemos parte do universo artificial que descrevemos e contribuimos para construí-lo de maneira muito mais determinante do que pensamos. Depende, por isso, também da cultura jurídica que os direitos, segundo a grandiosa fórmula de Ronald Dworkin, sejam levados à sério: já que estes outras coisa não são que significados normativos, cuja percepção e codivisão social como vinculantes é a primeira, indispensável condição de sua efetividade”.

que os juristas possuem sobre a realidade jurídica (con)forma sua própria realidade.²⁶

São conhecidas as dimensões que as análises acerca da linguagem têm tomado na contemporaneidade.²⁷ Sem se afastar propriamente dessa ordem de considerações, as conclusões que se retira para o campo jurídico possuem peculiaridades próprias. Diferente de outras atividades intelectuais, como a física ou a sociologia, a profissão jurídica é desempenhada inteiramente através de significantes que possuem como objeto referencial outros significantes. É assim que, por exemplo, advogados peticionam para juízes que, após tomarem conhecimento do parecer do promotor, decidirão persuadidos pela interpretação que os doutrinadores criaram acerca dos textos escritos pelos legisladores. Mesmo os “fatos” não possuem uma substância própria, à medida que ingressam no universo do direito através de *relatos* acerca dos fatos, comumente denominada de “verdade dos autos”.

Portanto, esses significantes compõem, em si mesmos, o que existe de mais real no campo jurídico, à medida que os consensos dos juristas em torno de determinadas questões não são crenças sobre determinado objeto, mas constituem, de maneira circular, o próprio objeto que se quer descrever. Quando um físico produz um enunciado equivocado acerca de determinada lei da natureza, esta permanece invariavelmente a mesma, a despeito do fato de que novas teorias ou novos instrumentos metodológicos possibilitem uma refutação da teoria anterior. A teoria refutada pode até ter sido considerada válida pela comunidade científica relevante, mas a realidade, o dito “objeto real”, permanece invariável. No mesmo sentido quando um sociólogo faz afirmações falsas acerca das condições de trabalho vivenciadas por determinado grupo, seu erro pode induzir políticas públicas equivocadas para correção do problema enquanto efeito propositivo, mas, seu saber, em si mesmo, não modificou a realidade vivenciada pelos trabalhadores. Na ciência²⁸ do direito, contudo, a situação é diferente.

²⁶ Posição compartilhada por João Maurício Adeodato (2011, p. 16) e Tércio Sampaio Ferraz Junior (1997, p. 150), o qual defende a ciência do direito como interpretativa e normativa.

²⁷ Para uma breve introdução à filosofia da linguagem, ver STRECK, 2011, p. 151 ss.

²⁸ O uso do termo ciência com referência ao âmbito jurídico não implica em uma tomada de posição acerca da cientificidade de sua atividade cognitiva.

A conceituação da comunidade científica relevante acerca de determinado termo não consiste em mais um significado de um objeto que se constitui autônomo, mas na própria *realidade* que se quer apreender. O entendimento dos juristas sobre o significado do princípio da bagatela ou, mesmo, sobre o valor da moral na interpretação do direito é crucial na categorização de determinada conduta como lícita ou ilícita e, portanto, como passível ou não de punição pelos órgãos estatais. Dado o primado dos significantes nesta seara, as mudanças nas teorias serão modificações na própria realidade jurídica e não a mera descoberta de que as teorias anteriores equivocaram-se na percepção de uma impassível realidade.

Diante desta constatação já é possível antever a importância ímpar que o universo conceitual dos juristas exerce na análise concreta do direito. Partindo das causas desse fenômeno, faz-se necessário justificar essa ideia de maneira a permitir que o trabalho estabeleça um ponto de vista conceitual indispensável à sua proposta.

A afirmação contida na ideia de paradoxo epistemológico do saber jurídico coincide com fatos por vezes óbvios a estudiosos do direito. Contudo, permanece a dúvida acerca das razões dessa característica da linguagem no campo jurídico. Uma maneira de efetuar essa explicação pode ocorrer com o auxílio da filosofia retórica.²⁹

Suscitar a retórica como teoria explicativa de uma linguagem que encontra dificuldades para alcançar o nível de objetividade de outros campos de conhecimento levanta sérias suspeitas, como a que consiste em afirmar que essa tradição filosófica é demasiadamente relativista e como tal só pode servir ao propósito de desestruturação de uma verdadeira teoria do conhecimento jurídico. As origens deste preconceito estão relacionadas à vitória de uma perspectiva essencialista na história da filosofia. De toda forma, é importante deixar assente que ao defender um ponto de vista retórico, fala-se em termos igualmente ontológicos, no sentido de que a retórica está correta e a ontologia errada na visão epistemológica que nutre a respeito do direito.³⁰

Para compreensão da problemática, sugere-se a leitura de Ferraz Junior (1997, p. 147 ss.) e Andrade (2003, p. 94 ss.)

²⁹ Consultar Adeodato (2009a, 2009b, 2009c, 2011) e Ballweg (1991).

³⁰ Existe uma aparente contradição nessa negação “ontológica” da ontologia. Sobre isso, Adeodato explica que o termo não se vincula necessariamente um “essencialismo” escolástico, sendo inevitável a menção a determinado grau de

De uma maneira geral, a *retórica* se opôs ao longo da história da filosofia a uma perspectiva *ontológica*. Na origem desse debate está um problema de ordem antropológica. Enquanto a ontologia tem por base uma antropologia “rica” ou “plena” do ser humano, a retórica parte de uma antropologia “pobre” ou “carente”. Os essencialismos concebem o ser humano como a espécie triunfante que domina a natureza e constrói seu próprio mundo, portadora de um aparato cognoscitivo capaz de alcançar racionalmente enunciados que todos seriam estrangidos a aceitar. Nessa perspectiva, a linguagem é entendida como mero instrumento na descoberta e comunicação dessa verdade ontológica.³¹

Para a retórica, por outro lado, o homem é um ser metafórico que necessita compensar seu distanciamento da natureza circundante e, portanto, a linguagem não é apenas o máximo de acordo possível, é o único.³² Para ela não existe nada que esteja fora da linguagem, sendo o conhecimento “formado por acordos linguísticos intersubjetivos de maior ou menor permanência no tempo, mas todos circunstanciais, temporários, autorreferentes e assim passíveis de constantes rompimentos”.³³

Isso não indica que a verdade seja simplesmente relativa a cada um, no sentido de que todo posicionamento é igualmente defensável, pois o caráter intersubjetivo da linguagem permite que ela exerça um controle público sobre nossas afirmações.³⁴ Mas, também não significa que este controle possibilitará uma verdade impassível de controvérsias, à medida que a linguagem expressa a limitação da condição humana.

Não existe uma realidade em si – como se costuma dizer, “objetiva” – esperando ser desvelada pelo homem através do seu aparato

ontologia. “Uma ontologia qualquer é logicamente inevitável, ela fornece o pressuposto ôntico e lógico de qualquer gnoseologia, pois só a partir de uma ontologia é possível unir uma palavra a outra e afirmar alguma coisa de alguma coisa; só ela constitui o contexto” (ADEODATO, 2009c, p. 259).

³¹ ADEODATO, 2011, p. 6; 2009a, p. 16-7.

³² ADEODATO, 2009b, p. 17.

³³ ADEODATO, 2011, p. 7.

³⁴ “Isso não implica que a realidade seja subjetiva, pelo menos no sentido de dependente de cada indivíduo, muito pelo contrário. O maior ou menor grau de “realidade” de um relato vai exatamente depender dos outros seres humanos, da possibilidade de controles públicos da linguagem” (ADEODATO, 2011, p. 18).

cognoscitivo.³⁵ Com essa ideia, a retórica expressa que ao mesmo tempo em que vivemos distintas realidades, a linguagem constitui o único ponto comum entre elas e, assim, o único campo para o conhecimento que o ser humano pode ter do mundo.³⁶ Por essa razão a pergunta sobre uma possível *realidade* dos enunciados de determinada ciência “por trás da linguagem não tem qualquer sentido, pois o ser humano é linguisticamente fechado em si mesmo, em um universo de signos, sem acesso a qualquer ‘objeto’ para além dessa circunstância”.³⁷ Não existe qualquer realidade que não ocorra na própria linguagem.

Em última instância, a retórica ensina que o dado ôntico da sociabilidade humana, antes de qualquer reflexão, impõe a todas as pessoas que apenas possam conhecer *relatos* sobre “o” mundo. Não podemos ter um saber fora de dúvida sobre se os piauienses lutaram pela Independência do Brasil na Batalha do Jenipapo em 1823 ou se Paulo Maluf foi o melhor governador da história de São Paulo. Diante desse dado antropológico, existe uma especificidade do saber jurídico, pois a inexistência de referência empírica para suas afirmações – além dos próprios significantes que buscam significar mediante a utilização de outros significantes – torna os enunciados jurídicos em certa medida performativos: constitutivos do objeto que buscam interpretar.

1.1.2 Da superação do primado do objeto ao estabelecimento de um ponto de vista pragmático

Comumente se percebe nos discursos do senso comum a reprodução da ideia de que o conhecimento produzido pela ciência não consiste senão na captura da realidade (objeto) pelo cientista (sujeito)

³⁵ “Não há diferença entre quasares e os buracos negros, de um lado, e os anjos e demônios medievais e contemporâneos, de outro. O ser humano hoje vive e crê em carros, árvores e arranhas-céus; da “realidade” medieval [...], além de animais e pessoas, fazem parte do mundo bruxas e predições. É por isso que um juiz contemporâneo não aceitaria na lide argumentos baseados em viagens no tempo e cidadãos na Europa medieval não compreenderiam histórias sobre viagens em foguetes e aviões. O importante é a crença no relato, e essas relações comunicativas fazem a retórica material” (ADEODATO, 2009a, p. 33).

³⁶ ADEODATO, 2009a, p. 16.

³⁷ ADEODATO, 2011, p. 18.

através de métodos precisos ou, para dizer em uma palavra, de métodos “científicos”. Não causa estranheza, portanto, que recentemente sete especialistas (dentre eles, quatro cientistas) tenham sido condenados por um tribunal italiano a seis anos de prisão por homicídio culposo em virtude de não terem previsto um terremoto que destruiu a cidade de L’Aquila.³⁸

Esta percepção do senso comum – que, como se pode perceber, radicaliza a crença na onipotência da razão científica – reproduz um dos postulados básicos do empirismo, segundo o qual o conhecimento consiste numa *descrição* do objeto, à medida que “o conhecimento flui do objeto, refere-se especificamente a ele e só tem validade quando comprovável empiricamente”.³⁹ Assim, na suposta relação indissociável entre sujeito e objeto, o empirismo privilegia este elemento como momento único da produção do conhecimento, cabendo ao sujeito apenas capturá-lo de maneira neutra e objetiva.

São muitas as críticas que se pode fazer a essa compreensão epistemológica. Sem recair num simples argumento de autoridade, pode-se afirmar que este seria um tema capaz de unir inequivocamente os principais epistemólogos do século XX.⁴⁰ Ao contrário do que enuncia o empirismo ou acredita o senso comum, existe uma distinção fundamental entre *objeto real* e *objeto do conhecimento*. Não se promove no momento a discussão, ainda pertinente, sobre a possibilidade de um objeto real enquanto “coisa em si”, isto é, da existência de objetos independente do sujeito;⁴¹ de toda forma, o objeto de conhecimento é sempre “o objeto tal como o conhecemos, isto é, o objeto construído, sobre o qual se estabelecem os processos cognitivos (filosóficos, científicos, artísticos, etc)”.⁴² Não existem, assim, “fatos

³⁸ FOLHA DE S. PAULO, 2012.

³⁹ MARQUES NETO, 2001, p. 5.

⁴⁰ Pode-se mencionar, dentre outros, Gaston Bachelard, Thomas Kuhn, Karl Popper, Imre Lakatos e Paul Feyerabend.

⁴¹ Para Popper (2009, p. 245) “existe conhecimento sem um sujeito cognoscente: o conhecimento, por exemplo, armazenado nas nossas bibliotecas. Pode assim haver aumento do conhecimento sem qualquer crescimento da consciência no cognoscente. [...] O conhecimento humano pode crescer fora dos seres humanos”.

⁴² MARQUES NETO, 2001, p. 14.

nus”,⁴³ mas sempre fatos que emergem de certa forma a partir de teorias, de determinadas visões de mundo.

Por outro lado, o que representaria de fato a existência de um cientista neutro, objetivo, senão um sujeito que sequer teria possibilidade de iniciar um trabalho,⁴⁴ pois a própria escolha de realizar uma pesquisa representa uma tomada de posição, tanto na escolha sobre *o que* (objeto) vai ser estudado, quanto a *como* (método): a teoria que permitirá a partir de uma valoração do objeto, a formulação de um problema a ser investigado.

No campo do direito, contudo, o empirismo possuiu influências mais fortes que, até hoje, compõem o senso comum dos juristas.⁴⁵ Duas explicações podem ser apontadas para este fato. Em primeiro lugar, a influência política-e-epistemológica da Escola da Exegese⁴⁶ que, necessitando vincular os operadores jurídicos ao direito posto pelo Estado em detrimento da pluralidade normativa, passa a enunciar a possibilidade e a necessidade de que o sentido de sua atividade fosse encontrado dentro da própria lei, o que representa um verdadeiro “fetichismo do objeto”.

Em segundo lugar, existe também um obstáculo epistemológico denominado por Michel Mialle de “falsa transparência do direito”, pelo qual o conhecimento jurídico é tido por neutro, pois se apresenta objetivamente como uma simples constatação das coisas e das instituições que nos rodeiam, desprezando a indispensável intermediação da teoria em qualquer observação. Por isso nomeamos cientificamente certas realidades como o Estado, o juiz, o contrato, sem saber o que estamos falando, assim, usamos noções nascidas da prática e conferimos a elas um valor que “não tem, acreditando que, por serem habituais e estarem largamente difundidas, são verdadeiras”.⁴⁷

⁴³ FEYERABEND, 2011, p. 33.

⁴⁴ MARQUES NETO, 2001, p. 59.

⁴⁵ Sobre o conceito de senso comum teórico dos juristas, consultar WARAT, 1994; 1995.

⁴⁶ De acordo com recentes discussões no campo da história do direito, a denominada Escola da Exegese consistiu mais numa “caricatura” realizada por um período posterior do que propriamente uma Escola com as características apontadas, por exemplo, por BOBBIO, 2006, p. 77 ss.

⁴⁷ MIAILLE, 2005, p. 45.

Essa destituição de um suposto primado do objeto na atividade cognitiva realizada pelos cientistas e a própria definição de todo o conhecimento que o ser humano possui acerca do mundo como relatos,⁴⁸ isto é, como significantes que, *buscando* se referir a eventos do “mundo real”, nunca conseguem de fato corresponder a ele,⁴⁹ tem-se a noção da contingência que envolve todo discurso. Como todo ato humano, falar envolve uma decisão para qual não há nenhuma prescrição antecipada.⁵⁰

Contudo, percebemos também que determinados tipos de discurso possuem uma coincidente uni-formidade. Todo discurso busca se enquadrar em determinadas formas que permitem o exercício de relativo controle sobre sua condição enquanto evento aleatório, possibilitando, ao mesmo tempo, que exerça uma legitimidade pressuposta pelo auditório do discurso. Trata-se, para simplificar, de um ritual que

define a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam (e que, no jogo de um diálogo, da interrogação, da recitação, devem ocupar determinada posição e formular determinado tipo de enunciados); define os gestos, os comportamentos, as circunstâncias, e todo o

⁴⁸ Compreensão semelhante da relação do sujeito com a linguagem pode ser obtida na psicanálise: “Passar pelo sistema da linguagem implica portanto submeter-se a seu funcionamento, no caso a um sistema descontínuo de significantes que apenas remetem uns aos outros e que por isso instauram uma distância irreduzível entre as palavras e o que elas representam” (LEBRUN, 2008, p. 50-1).

⁴⁹ “Parece haver uma faculdade humana, representada por diferentes palavras ao longo dos séculos, que constrói uma divisão entre dados empíricos contingentes e essências racionais supostamente universalizantes. A mente humana faz com que os eventos se cristalizem em imagens ideais, abstrai sua individualidade, humaniza-os, numa operação de alta complexidade. Mas essa construção ideal da mente jamais corresponde precisamente aos eventos fugidios e sobre isso tanto Parmênides e Platão quanto Heráclito e Demócrito estavam de acordo. Daí Kant ter falado da coisa em si. Há uma incompatibilidade entre a mente humana, que só constrói generalidades, e um mundo real que é irracional porque jamais se repete” (ADEODATO 2011, p. 35).

⁵⁰ Como nos ensina Cabas (2002, p. 93-4) “um ato, no seu sentido mais pleno, é uma dimensão para a qual não há prescrição antecipada”.

conjunto de signos que devem acompanhar o discurso; fixa, enfim, a eficácia suposta ou imposta das palavras, seu efeito sobre aqueles aos quais se dirigem, os limites de seu valor de coerção.⁵¹

Em sua aula inaugural no *Collège de France*, Michel Foucault denominou de *ordem do discurso* esse fenômeno em que a produção de um discurso é “ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade”.⁵²

A contingência inerente ao discurso jurídico exigiu, historicamente, a formação de diferentes constrangimentos discursivos com a função de controlar a maneira com que os juristas afirmam a existência de direitos e obrigações jurídicos das pessoas, vinculando, mesmo que de maneira mediata, os argumentos das diferentes teorias do direito. Diante desses pressupostos teóricos, que descaracterizam o sentido de uma análise dos argumentos jurídicos desvinculada das ideologias que veiculam,⁵³ o presente trabalho opta por uma análise sob o ponto de vista pragmático, tendo como centro de preocupação os efeitos comportamentais da comunicação.⁵⁴

1.2 A dogmática como paradigma do direito no Brasil

Para realizar uma análise dos efeitos dos discursos jurídicos, faz-se necessário antes conhecer os modelos teóricos. O primeiro, a ser analisado neste capítulo, é a dogmática jurídica.

⁵¹ FOUCAULT, 1996, p. 39.

⁵² FOUCAULT, 1996, p. 8-9.

⁵³ Warat (1994, p. 94) ensina que o “processo argumentativo transforma a mensagem linguística em ideologia. Por seu intermédio o emissor da mensagem apropria-se de fatos, objetos, situações ou valores para elaborar, técnica e sutilmente, um processo de sujeição e normalização das relações sociais”.

⁵⁴ FARIA, 1984, p. 65.

Enquanto modelo teórico do direito, a dogmática jurídica possui uma peculiaridade genealógica. Sua origem não se deve à construção teórica e abstrata de autores do campo jurídico.⁵⁵ A tentativa de sistematização perpetrada por eles busca explicar e conceituar a identidade que o direito adquiriu em grande parte dos países ocidentais, dentre eles, o Brasil. Questionando, assim, o conceito de conceito que será explorado, é importante dizer que por dogmática jurídica se entende uma noção *interpretativa* da realidade, buscando descrever algo que já existe na prática do direito e não precipuamente uma proposta de construção a partir de critérios de verdade ou justiça. Mesmo quando os estudos sobre o conceito de dogmática jurídica falam da existência de promessas, estão fazendo referência às premissas subjacentes ao modelo instaurado e não a uma construção teórica de determinados filósofos do direito preocupados com o que o direito deve ser.

Antes mesmo de representar certas características da atividade científica dos juristas, que mudam com o tempo, a dogmática jurídica designa atualmente uma definição implícita, mas bastante consistente, dos problemas e métodos legítimos de produção do conhecimento acerca do direito, o que Thomas Kuhn designaria como verdadeiro paradigma de uma ciência.⁵⁶ Isto é, a dogmática jurídica consiste numa instância de estruturação do saber jurídico que compartilha valores, conceitos, modos de pensar,⁵⁷ estabelecendo, como verdadeira ordem de discurso, limites intersubjetivos à ausência de parâmetros empíricos inerentes à linguagem jurídica.⁵⁸

Os constrangimentos discursivos instaurados pela dogmática, entretanto, não são resultado apenas da construção teórica dos juristas como costuma ocorrer em outros campos do conhecimento. Para sua constituição confluem duas instâncias distintas, porém interligadas: uma *matriz epistemológica*, que se afirma através dos critérios momentaneamente instaurados para delimitação do conceito de verdade no campo jurídico; e uma *matriz política*, à medida que o direito não se

⁵⁵ GIL, 1981, p. 40.

⁵⁶ KUHN, 2011, p. 30.

⁵⁷ É importante ressaltar que, diante do ensinamento de Bourdieu (1982, p. 20), por definição, toda ação pedagógica é imposta através de um arbitrário cultural.

⁵⁸ Sobre a dogmática jurídica como paradigma da ciência do direito, ver GIL, 1981, p. 23.

preocupa apenas com o binômio verdade/falsidade de suas afirmações, mas com o problema de justificação do exercício legítimo da força diretamente implicada nos seus enunciados.

Essa distinção não implica em desconsiderar o caráter eminentemente epistemológico da dogmática jurídica, mas em apontar que os critérios de verdade, por ela demarcados, não podem estar dissociados dos valores em certa medida compartilhados acerca da legitimidade do próprio direito. Característica esta que resulta diretamente do paradoxo epistemológico acima especificado. Uma teoria jurídica, por exemplo, que defendesse abertamente a tese de que determinado conceito jurídico estabelece corretamente os direitos e obrigações das partes por proporcionar a elevação do nível de riqueza dos mais abastados não encontraria atualmente respaldo político para se afirmar.

Nesse sentido, a literatura que busca resgatar a construção do conceito de dogmática jurídica, a compreende como o resultado não-linear de diferentes concepções históricas do direito.⁵⁹ Mas, fundamentalmente, como decorrência de condições propícias para sua transformação em teoria dogmática, sendo elas de natureza: *política*, como a soberania nacional e a separação dos poderes, propugnando pela neutralização do judiciário; e *jurídica*, o caráter privilegiado da lei como fonte do direito e a compreensão do direito como sistema normativo.⁶⁰ Essas condições propiciam a transformação do saber dogmático

⁵⁹ Cf. ANDRADE, 2003, p. 22-3. No mesmo sentido, Faria (1988, p. 40) ensina que “la dogmática se constituye, así, como convergencia de un amplio conjunto de procesos parciales y consecuentes, de los cuales los más importantes son: (a) la consolidación de un concepto moderno de ciencia, que básicamente se vuelve, no al problema de la verdad o falsedad de las conclusiones del raciocinio científico, sino a su carácter sistemático y a su coherencia lógico-formal; (b) la identificación entre los conceptos de derecho y ley positiva, y entre derecho y el sistema conceptual de ciencia; (c) la separación entre teoría y praxis y la consecuente afirmación de un modelo de saber jurídico como actividad prioritariamente teórica, no valorativa y descriptiva; (d) la superación de las antiguas doctrinas de derecho natural; (e) el énfasis de la seguridad como certidumbre de una razón abstracta y general, resultando de un estado soberano con la transposición de la problemática científica a los temas de la coherencia y completitud de la ley en sí misma”.

⁶⁰ FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 61-62; 64.

marcadamente prático em sua origem em uma teoria dogmática, “uma reflexão sobre um modo de pensar que se assume, então, como teoria”.⁶¹

O interessante dessa relação é que tanto o desenvolvimento da teoria dogmática só foi possível através de transformações no contexto político que demandaram a necessidade de diferenciação do sistema jurídico, quanto o modelo de Estado de direito, desenvolvido na modernidade, teve na existência da dogmática jurídica uma verdadeira condição de possibilidade. Esta ideia pode ser observada quando Luhmann explica o que denomina de “processo de abstração em dois graus” proporcionado pela dogmática:

en la misma medida en que diferencia un sistema jurídico, la sociedad forma, junto a las normas jurídicas, conceptos y reglas de disposición para su tratamiento. La materia jurídico así llevada a forma conceptual puede sistematizarse, ordenarse según principios y hacerse fluida, puede convertirse en una masa dinámica y autocrítica. Tal es la función de las dogmáticas.⁶²

Outro aspecto que justifica o processo de constituição da dogmática jurídica pode novamente ser invocado na relação entre a racionalidade latente a sua epistemologia e as transformações políticas que forjam a própria modernidade. Em tempos pré-modernos de integração social, a obediência às normas era facilmente invocada em nome da aceitação *racional* de critérios de justiça, tidos como “universalmente” reconhecidos. Não que se tratassem de fato de valores racionais ou naturais, mas a consistência das instituições sociais legitimadas a dizer o direito possibilitava a uniformização das convicções em torno do certo e do errado, do justo e do injusto. Contudo, o surgimento de procedimentos decisórios regulados indica o aparecimento de um grupo especializado, com linguagem e critérios próprios, separando o exercício do poder do exercício do poder argumentativo e, com isso, o conhecimento do direito como algo diferenciado do direito mesmo. Nesse sentido, a aceitação social do direito passa de racional a *dogmática*: os critérios de aceitação das

⁶¹ FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 76.

⁶² LUHMANN, 1983, p. 20.

normas não são verdadeiros em si, mas fixados por uma decisão aceita dogmaticamente.⁶³

Um exemplo pode ajudar a esclarecer essa afirmação. Se em outros contextos espaço-temporais, pode parecer óbvio e, talvez, até *natural*,⁶⁴ que em sucessão à morte do patriarca de uma família, seu patrimônio seja herdado pelo filho primogênito, declarar os direitos de sucessão em uma sociedade tipicamente moderna pode se tornar algo extremamente complexo. Com regras que estabelecem desde os requisitos de um testamento válido, o procedimento a ser seguido pelo tabelião, até mesmo que, no caso de um testador cego, o testamento, em sua forma pública, deverá ser lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento. Não se trata de considerar que determinados casos no direito antigo não requeressem normas consuetudinárias bastante específicas, por vezes “conhecidas” apenas pelos membros mais idosos da cidade. Mas, que o conteúdo das normas perde seu caráter de evidência em virtude de uma pluralidade de valores sociais em constante disputa em contextos de hipercomplexidade. Essa situação permite esclarecer o que Luhmann denomina de regra de Esser: “Cuanto mayor es la diferenciación, tanto más difícil es la valoración”.⁶⁵

Esse contexto, com seus contornos políticos-e-epistemológicos, possibilita que o direito assuma “a forma de um programa decisório em

⁶³ FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 55; NINO, 1989, p. 18.

⁶⁴ O uso do significante natural (por exemplo, em referência ao que no âmbito jurídico ficou conhecido como “direito natural”) tem um sentido especial, à medida que carrega uma dimensão ideológica que consiste em afirmar para os homens, carentes de uma significação plena, a existência de uma instância dada e inamovível. Não é por acaso, portanto, a assertiva de Cálicles, segundo a qual: “A lei, a meu ver, quem a cria são os homens fracos, a maioria. É em vista de si mesmos e de suas próprias conveniências que eles criam as leis, formulam os louvores e os vitupérios como temem aos homens mais robustos e capazes de prevalecer sobre eles [...] *Por isso a lei declara iníquo e vergonho o tentame de prevalecer à maioria e chamam a isso praticar injustiça; mas a própria natureza, ao meu ver, demonstra, de outro lado, que é justo prevaleça o melhor sobre o pior, quem pode mais, sobre quem pode menos*” (PLATÃO, 1973, p. 115-6). (grifou-se).

⁶⁵ LUHMANN, 1983, p. 101.

que são formuladas as condições para a decisão correta”⁶⁶. Em outras palavras, a dogmática pode ser compreendida como uma metalinguagem ou metaprogramação em relação ao direito.⁶⁷ Isso ocorre pela seguinte razão: o sentido das normas positivadas não se dá independente das teorias jurídicas, caso contrário os significantes portariam de maneira essencialista um significado único, de maneira metafísica. A mensagem normativa encontra uma significação relativamente uniforme no âmbito da prática jurídica porque é dogmaticamente decodificada. Isto é, “as teorias dogmáticas [...] são condições retóricas de sentido, quer dizer, vinculando-se uma afirmação às mesmas tem-se assegurado um valor de mensagem em termos normativos”.⁶⁸

No século XIX, esse programa de decisão assume o papel de busca pela cientificidade “através da eliminação sistemática de tudo aquilo que, de um modo ou de outro, não se refira a sua positividade”.⁶⁹ Em um momento de superação teórica das teses jusnaturalistas e diante da impossibilidade de referência a instâncias absolutas e atemporais de determinação dos valores cogentes, essa positividade⁷⁰ remetia diretamente ao direito normatizado pelo legislador, isto é, as instâncias estatais de produção do direito. No direito moderno, tal dogmática se destina ainda a propiciar, no ensinamento de Max Weber, “a segurança da certeza na expectativa de determinadas ações”.⁷¹

Dessa maneira, a dogmática jurídica consiste em uma condição necessária para que o direito funcione de maneira autônoma, conferindo identidade ao mundo jurídico, portanto, os demais subsistemas sociais não influem “nas decisões jurídicas: à religião, o religioso; à dogmática,

⁶⁶ FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 55.

⁶⁷ ANDRADE, 2003, p. 80-81.

⁶⁸ WARAT, 1994, p. 54-5. “Com a expressão ‘condição retórica de sentido’ pretendemos denotar um conjunto de regras de caráter teórico que comandam a produção do efeito de convencimento nos discursos jurídicos. Nesta perspectiva a ‘condição retórica de sentido’ informar-nos-á as condições sobre as quais um enunciado surge como retoricamente significativo” (WARAT, 1994, p. 115).

⁶⁹ ANDRADE, 2003, p. 43.

⁷⁰ Sobre as normas positivas do direito estatal como objeto da ciência dogmática do direito ver NINO, 1989, p. 27-8 e ANDRADE, 2003, p. 46-7.

⁷¹ Apud FERRAZ JUNIOR, 1977, 108.

o jurídico”⁷². Seu papel consiste em selecionar dentre os relatos disponíveis acerca dos fatos sociais, quais os critérios de relevância para que sejam considerados suscetíveis à produção de efeitos no universo jurídico. Interpretando a afirmação de Luhmann de que a dogmática exerce uma função imanente ao sistema jurídico,⁷³ Vera Andrade afirma que ela “ocupa posição funcional ‘dentro’ ou no ‘interior’ do sistema jurídico, [...] trata-se de uma instância ‘do’ sistema que medeia o tráfego jurídico entre programação (‘dever-ser’) e operacionalização (‘ser’)”.⁷⁴

Sua atividade consiste em um serviço para o reconhecimento da juridicidade, ajudando a delimitar a fronteira das decisões possíveis,⁷⁵ viabilizando, em última instância, a autonomia do direito frente aos outros subsistemas da sociedade como a economia, a política, a religião, as boas relações, o jeitinho, etc. A dogmática jurídica está, assim, envolta com o problema do desenvolvimento de um saber tecnológico voltado à decidibilidade dos conflitos sociais. “O agrupamento de doutrinas em corpos homogêneos é que constitui a dogmática. Esse corpo delimita a possibilidade aberta pelas questões de decidibilidade, proporcionando um certo fechamento no critério de combinação de modelos”.⁷⁶

Diante desses esclarecimentos é possível compreender que Vera Andrade conceitue a dogmática jurídica como a tarefa de elaboração técnica-jurídica do direito vigente que

partindo da interpretação das normas jurídicas produzidas pelo legislador e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos

⁷² ADEODATO, 2009b, p. 148.

⁷³ LUHMANN, 1983, p. 20.

⁷⁴ ANDRADE, 2008, p. 251.

⁷⁵ LUHMANN, 1983, p. 52.

⁷⁶ FARIA, 1984, p. 189. Ver também FERRAZ JUNIOR, 1977, p. 108.

iguais) do Direito que, subtraída a arbitrariedade, garante essencialmente a segurança jurídica.⁷⁷

Ideia semelhante da tese defendida por Tercio Ferraz Junior ao afirmar que a ciência dogmática do direito

costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de soluções de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso nas suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente.⁷⁸

Encarando a dogmática jurídica enquanto tipo-ideal e, portanto, deixando de lado no momento as peculiaridades que tal modelo adota em países de modernidade periférica como o Brasil, faz-se necessário identificar a metodologia que ela utiliza no cumprimento dessa proposta teórica.

1.3 Traços essenciais da prática de construção dogmática do direito

Toda investigação científica está envolta com a tentativa de solução de determinado problema. Este, por outro lado, para ser colocado necessita de uma formulação em um dado nexos dedutivo pelo qual será possível encontrar uma resposta. Nesse sentido, ensina Theodor Viehweg, “procedendo-se de um sistema, tem-se como consecutório, uma seleção de problemas. De modo contrário, se colocado o acento no problema, este busca igualmente um sistema que sirva de supedâneo no consentimento de uma solução”.⁷⁹

Entender a ciência do direito como um saber *dogmático* implica considerá-la em oposição teórica ao enfoque *zetético*. O primeiro subtrai

⁷⁷ ANDRADE, 2003, p. 18.

⁷⁸ FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 83.

⁷⁹ VIEHWEG, 2008, p. 35

determinados elementos à dúvida, colocando-os fora de questionamento e, portanto, ao assumi-los temporariamente como pontos de vista absolutos, centra sua preocupação no elemento *resposta*. Já a zetética permite que seus conceitos básicos e premissas fiquem sempre abertos à dúvida, isto é, os elementos que constituem a base para a organização de um sistema de enunciados mantém sua qualidade de tentativa, passíveis de crítica, acentuando, assim, o aspecto *pergunta*. Essas diferenças na abordagem da estrutura de um problema demonstram que enquanto o saber zetético viabiliza predominantemente uma função especulativa que questiona o *ser* de determinada coisa, o saber dogmático está voltado com maior ênfase para a função de decidir e orientar a ação, o que configura uma dúvida sobre como algo *deve ser*.⁸⁰

A doutrina⁸¹ religiosa é um exemplo paradigmático do que está sendo explicado acerca da racionalidade subjacente a uma investigação dogmática. Ao contrário do que ocorre com os animais, o comportamento humano não encontra um respaldo natural apto a lhes orientar, fora de dúvida ou questionamento, como diferenciar o que deve daquilo que não deve ser feito. Visando *norma*-tizar as condutas e, assim, possibilitando uma orientação das ações, a dogmática da igreja católica, *e. g.*, fixa determinados *dogmas* como impassíveis de crítica. É o que ocorre com os dogmas da existência de deus, da santíssima trindade, da infalibilidade papal, etc. A impossibilidade de determinados questionamentos permite que a ação não se veja bloqueada pela dúvida, ampliando, por outro lado, os questionamentos criativamente dentro de uma margem pré-estabelecida, mas sempre funcional para a decisão.

A dogmática jurídica se estrutura de maneira similar. Sua necessidade de ação, aliás, se origina de um postulado inerente ao seu saber na modernidade, a proibição do *non liquet* ou a obrigatoriedade de decidir. O monopólio do uso exclusivo da força física ínsito ao Estado

⁸⁰ Uma ressalva importante consiste em afirmar que “toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois” (FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 42).

⁸¹ O uso do significante “doutrina” remete ao debate da sua relação com a dogmática jurídica. Ver, nesse sentido, o posicionamento de Nobre (2005, p. 35-6) para quem doutrina remete à técnica e, por conseguinte, à decidibilidade dos conflitos, enquanto o cariz científico da dogmática lhe permitiria compreender o estatuto de determinado instituto na prática jurisprudencial.

moderno exige que os juristas não deixem de emitir uma opinião sobre a resolutividade do caso sob o argumento de que não existe resposta dentro do sistema jurídico. Outra característica essencial da dogmática jurídica é a inegabilidade dos pontos de partida da série argumentativa, os quais consistem em normas jurídicas fixadas pela *autoridade estatal*.⁸²

Em outras palavras, para cumprir sua função diretiva da ação e não meramente informativa, uma disciplina dogmática concebe certas premissas, estabelecidas *arbitrariamente* por uma decisão, como vinculantes para o seu estudo.⁸³ Por arbitrariedade se quer dizer que o fundamento da premissa prescinde de uma referência explicativa, pois o essencial é o lugar de fala daquele que exerce a autoridade de fixar determinada premissa como válida ao invés de outra. Como mencionado, Niklas Luhmann denomina essa característica da dogmática de impedir o recuo ao infinito, subtraindo determinados pontos à crítica, de proibição da negação: a inegabilidade dos pontos de partida da cadeia argumentativa.⁸⁴

No caso da dogmática jurídica, a proibição da negação indica aos juristas o dever de interpretar o direito dentro dos marcos da ordem vigente, a qual, aparecendo como um dado impassível de negação, “é o ponto de partida inelutável de qualquer investigação. Ela constitui uma espécie de limitação, dentro da qual eles podem explorar as diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis”.⁸⁵ Para levar a efeito esta vinculação às normas postas pela autoridade estatal, os juristas devem observar também o princípio da não contradição, pelo qual se exige que as construções doutrinárias devam ser coerentes entre si e com cada um dos seus elementos como expressão da lei da unidade sistemática.⁸⁶ Assim, a construção dogmática do direito deve delimitar os comportamentos juridicamente possíveis e também excluir as impossibilidades jurídicas que contrariem a coerência do próprio sistema.

⁸² Sobre a inegabilidade dos pontos de partida e a proibição do *non liquet* como as principais características da dogmática jurídica: LUHMANN, 1983, p. 30-1; ADEODATO, 2009b, p. 177-80; FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 51.

⁸³ FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 49.

⁸⁴ LUHMANN, 1983, p. 27.

⁸⁵ FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 49.

⁸⁶ GIL, 1982, p. 36.

Dessa maneira, é possível perceber a função que o saber dos juristas exerce de manutenção da identidade do sistema jurídico, pois, além de *coerência* epistemológica, seus conceitos devem possuir – por razões políticas a serem posteriormente esclarecidas – *adequação* ao sistema jurídico. Usando a terminologia que aprende na biologia, Luhmann explica esse processo afirmando que o uso de conceitos adequados à sociedade pela dogmática jurídica cria, internamente ao sistema jurídico, a possibilidade de integrar processos de elaboração de *input* e processos de produção de *output*, proporcionando condições para que o sistema jurídico se oriente pela necessidade de uma *decisão produto de toda a sociedade*.

Isso ocorre à medida que, a dogmática jurídica, submete a transformação do *input* em *output* a decisões prévias que, no seu grau de abstração, seu objetivo de especificação e seu conteúdo, são compatíveis com estruturas importantes do sistema social existente.⁸⁷ Assim, a dogmática jurídica consiste numa condição de possibilidade tanto para a manutenção da *integridade do sistema jurídico* de acordo com seus códigos próprios, quanto para que ele possibilite que as decisões jurídicas sejam *resultantes* de escolhas sociais. Resultante não quer dizer que o sistema jurídico seja corrompido por outros sistemas sociais, pois não se pode confundir o consentimento com a fungibilidade do direito a partir de critérios estabelecidos socialmente com a interferência indevidamente efetuada por eventuais donos do poder em detrimento das regras de positivação do direito.

Para compreender como a dogmática desempenha essa função de manutenção da identidade do sistema jurídico, é preciso de início desfazer um preconceito que consiste em entender que a atividade dogmática se resume à explicação de dogmas. Aliás, a função paradigmática da dogmática na identificação do direito inicia-se antes mesmo de que qualquer dogma seja significado como tal.

A dogmática jurídica possui um caráter interpretativo. Ela constitui um conjunto de doutrinas que ensina aos juristas *como* (dimensão metodológica) estabelecer a força e o alcance dos textos normativos em vista a determinados problemas, o que permite delimitar as possibilidades abertas pela questão da decidibilidade. Contudo, o trabalho de construção jurídica se inicia antes da interpretação, na

⁸⁷ LUHMANN, 1983, p. 98; p. 111-2.

própria determinação dos textos a serem interpretados. É o que aponta Hernández Gil, quando afirma:

Parece que la identificación de las normas sobre las cuales ha de proyectarse el tratamiento dogmático es anterior a la interpretación. Equivale a decir: conocido el derecho positivo vigente, vamos a determinar su sentido. Reflexionando más atentamente se ve que no es tan llano. [...] Sin embargo, hay situaciones en que la determinación del sentido de las normas puede influir en su vigencia y, consiguientemente, en su identificación.⁸⁸

Nesse sentido, é possível perceber que o saber construído pela dogmática jurídica, mesmo estando fundado na impossibilidade de negar os textos legais enquanto pontos de partida da cadeia argumentativa, possui uma *autonomia* que pode, em alguns momentos, até mesmo, condicionar a compreensão dos juristas acerca da existência jurídica dos próprios textos. Diante do paradoxo epistemológico do saber jurídico, isso implica, na prática, a modificação de direitos e obrigações jurídicos das pessoas realizada pela ciência, a qual se arvora o papel precípua de descrever o direito. A ideia de que "*lex superior derogat legi inferiori*" é um exemplo claro disso, mas outras categorias menos sedimentadas no imaginário dos juristas podem ser facilmente obtidas em diferentes âmbitos da dogmática.⁸⁹

Aumentando o esforço de classificação – e já em condições de retomar em outro patamar a questão levantada anteriormente acerca da manutenção da identidade do sistema jurídico – pode-se dizer que existem *normas jurídicas* (dogmas de ação) que incidem sobre o comportamento humano e *regras sociais de interpretação* (dogmas sobre como devem ser entendidas as normas). Daí a ligação do estudo

⁸⁸ GIL, 1981, p. 53

⁸⁹ “La teoría de la propiedad o de la obligación, en lugar de tener por base principal la regulación contenida en el Código civil y en el conjunto del ordenamiento, descansa sobre todo en lo que consideramos modo de ser o naturaleza que, en el fondo, emanan de otros sistemas jurídicos, pero de esto se prescinde, o no se le da todo su valor determinante, por esa especie de absolutización de las ideas” GIL, 1981, p. 68.

dogmático do direito com o que Luhmann⁹⁰ denomina de “proceso de abstracción de dos grados”: “o objeto do conhecimento jurídico-dogmático é uma dupla abstração, que o jurista elabora num grau de abstração ainda maior (regras sobre as regras de interpretação das normas)”.⁹¹ Dessa maneira, a dogmática jurídica viabiliza a ocorrência de uma *neutralização dos interesses em conflito* em determinada disputa judicial e, assim, que a solução do problema seja vista como algo que passa necessariamente pela construção dogmática do direito previamente formulada pelos juristas.

Isso permite, por exemplo, que pelo menos aos iniciados nos conceitos jurídicos, a prisão ou não dos condenados no primeiro julgamento da Ação Penal 470/STF não seja vista como uma questão de interesse partidário ou ideológico, mas como um conflito jurídico sobre a existência dos embargos infringentes no ordenamento jurídico brasileiro. Sem os critérios articulados pela dogmática para decodificar o sentido das normas jurídicas, a vagueza, ambiguidade e porosidade⁹² delas tornariam os conflitos disputas teóricas carentes de sistematização. Assim, a dogmática jurídica não assegura a eliminação do conflito com sua *abstração neutralizadora*, apenas “trabalha os meios para que a lide (decidida como ‘coisa julgada’, por exemplo) perca sua plausibilidade jurídica”.⁹³

Para levar a efeito esta tarefa, o cientista dogmático do direito possui uma metodologia própria que, funcionando como espécie de hábito mental ou estilo dos juristas,⁹⁴ pode ser entendida como um processo de *construção jurídica*, a qual busca teorizar e sistematizar a experiência jurídica, em termos de uma unificação dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos, delineando procedimentos que possibilitem à atividade jurisdicional uma tomada de decisão.⁹⁵ Portanto, a dogmática jurídica, através da lógica, da subsunção, da classificação e da interpretação da experiência jurídica

⁹⁰ LUHMANN, 1983, p. 20.

⁹¹ FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 50.

⁹² Sobre o conceito de vagueza, ambiguidade e porosidade, consultar ADEODATO, 2011, p. 272-3.

⁹³ ADEODATO, 2009b, p. 147.

⁹⁴ GIL, 1981, p. 42.

⁹⁵ FARIA, 1984, p. 187.

cumpra com a função de elaborar o *sistema jurídico*, atendendo às exigências de uma teoria jurídica moderna que compreende uma ausência de lacunas no direito.⁹⁶

No esforço analítico de compreensão dessa metodologia, Warat define a existência das seguintes etapas para a construção dogmática. A primeira compreende a *conceitualização dos textos legais*, a qual, vinculada ao positivismo jurídico, “se baseia no pressuposto de que não há mais direito que o ordenamento jurídico estabelecido através das leis validamente ditadas e vigentes”.⁹⁷ A segunda etapa é a da *dogmatização jurídica*, isto é, fixação dos dogmas jurídicos, “elaboração das proposições, categorias e princípios obtidos a partir de conceitos jurídicos, extraídos dos textos legais”, garantindo, assim, a completude imaginária do ordenamento jurídico.⁹⁸ Por fim, a última etapa, a da *sistematização*, confere a unidade das construções jurídicas, estabelecendo “uma série de conceitos e princípios que mostram certos traços de universalidade e invariabilidade à algumas presenças estruturais comuns a todos os institutos ou construções jurídicas”.⁹⁹

Verifica-se, assim, como a unidade e a identidade do sistema jurídico são literalmente construções efetuadas pelos juristas. A estruturação dogmática, estabelecendo as normas estatais positivadas como ponto de partida inegável para sua atividade intelectual, busca persuadir os profissionais do direito a decidirem os casos colocados a seu juízo com a maneira que supostamente mais se adéqua às decisões tomadas anteriormente pela própria sociedade.¹⁰⁰

⁹⁶ GIL, 1981, p. 42; FARIA, 1984, p. 187; NINO, 1989, p. 55; FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 80-1.

⁹⁷ WARAT, 1995, p. 17.

⁹⁸ WARAT, 1995, p. 18.

⁹⁹ WARAT, 1995, p. 19.

¹⁰⁰ “El jurista recomienda o aconseja a los jueces que apliquen el derecho positivo tal como ha sido sancionado por el legislador y, quizá, también se dirige de una manera más difusa a los ciudadanos para que obedezcan la ley tal como está formulada. Sobre todo, es importante destacar el papel del dogmático como guía de la actividad judicial. El jurista dogmático no tiene como función central describir y predecir los fallos judiciales, sino indicar a los órganos jurisdiccionales cuál es la solución correcta para un caso genérico [...] no le interesa [al dogmático] lo que los jueces van a decidir, sino cómo *deben* decidir” NINO, 1989, p. 31.

1.4 Articulação entre promessas políticas e epistemológicas do modelo

As características da estruturação dogmática do saber jurídico, acima explicadas, são resultantes da confluência de matrizes política e epistemologicamente implicadas na constituição histórica da narrativa social contemporânea. Assim, diferente de outros campos de conhecimento em que o cenário político influencia de maneira mediata na formulação dos problemas dignos de tratamento pela ciência, permitindo à mesma manter relativa autonomia paradigmática na definição de seus métodos, no direito, a forma de elaboração de verdades tem sua legitimidade pressuposta na estruturação social do próprio poder. Somente essa articulação pode explicar, por exemplo, por que na idade média seria considerada absurda uma produção pretensamente textual do direito a partir de instâncias legislativas destinadas a esse fim.

Dessa forma, o atual modelo de dogmática jurídica manifesta um compromisso latente com o ideal moderno de direito, o qual apresenta algumas características dignas de menção:

a) *Monopólio da violência física legítima pelo Estado.* Segundo Weber, o Estado moderno

é uma associação de domínio com carácter institucional que tratou, com êxito, de monopolizar, dentro de um território, a violência física legítima como meio de domínio e que, para esse fim, reuniu todos os meios materiais nas mãos do seu dirigente e expropriou todos os funcionários feudais que anteriormente deles dispunham por Direito próprio, substituindo-os pelas suas próprias hierarquias supremas.¹⁰¹

b) *Produção estatal do direito.* O direito passa a ser definido através de uma decisão do soberano, o qual tem o poder de representar a pessoa de todos aqueles que pactuaram ou não pela instituição do Estado, possibilitando a obediência de todos a um poder comum. Nesse

¹⁰¹ Apud ANDRADE, 2003, p. 25. No original, ver WEBER, 1998, p. 92.

caso, o governo civil não apenas é o único legislador como mesmo eventuais “leis de natureza” não escritas e costumes só adquirem autoridade de lei por consentimento da autoridade civil.¹⁰²

c) *Separação dos poderes e conseqüente neutralidade do judiciário.* Visando a proteção da liberdade através de mecanismos institucionais,¹⁰³ essa produção estatal de juridicidade busca estabelecer também uma divisão de competências entre as instâncias responsáveis pela criação e aplicação do direito, requerendo do judiciário uma atitude de neutralidade perante as normas instituídas pelos órgãos de representação popular em vista à aceitação das decisões que buscam solucionar os conflitos sociais. Nesse sentido, Montesquieu afirmava ser da própria natureza da constituição que os juízes seguissem a letra da lei: “na Inglaterra, os jurados decidem se o réu é culpado ou não a partir do fato que foi levado ante eles; e, se for declarado culpado, o juiz pronuncia a pena que a lei determina para aquele fato: e para tanto lhe basta ter olhos”.¹⁰⁴

d) *Positivização do direito vigente de acordo com procedimentos decisórios específicos.* A fixação do conteúdo ético a ser considerado cogente pelas instâncias estatais não está lastreada em nenhum suposto reconhecimento, arguido como evidente, da tradição histórica ou da natureza de determinado valor.¹⁰⁵ A existência de divergência entre diferentes grupos em disputa acerca das condutas que devem ser seguidas por todos os membros da sociedade demanda a aceitação prévia de procedimentos que irão estabelecer em última instância os mecanismos e os limites pelos quais a opinião da maioria prevalecerá na determinação do conteúdo dessas normas. Assim, ao invés de simplesmente eliminada pela força contingencial de uma maioria específica, as tendências políticas minoritárias mantêm a

¹⁰² HOBBS, 1988, p. 107, 162; 1998, p. 20, 227.

¹⁰³ MATOS, 2011a.

¹⁰⁴ MONTESQUIEU, 2010, p. 92.

¹⁰⁵ “Hay una diferencia relevante entre incluir una norma en un sistema porque se esté de acuerdo axiológicamente con ella, y aceptarla valorativamente porque se la ha incluido en el sistema en base a criterios objetivos. No siempre se ha percibido esta distinción que, sin embargo, juega un papel fundamental en la ideología jurídica” (NINO, 1989, p. 29).

oportunidade de prosseguir em seu esforço de persuasão de parcela do grupo majoritário, na expectativa de eventual posituação de seus valores de acordo com os mesmos procedimentos que lhes garantiram existência. A posituação assinala “uma opção final de fins, valores, motivos ideológicos, a qual se converte em norma jurídica. As alternativas incompatíveis exigem uma decisão”.¹⁰⁶

e) *Garantia de segurança jurídica.* Em vista inicialmente à estabilização das relações sociais e das transações econômicas de uma sociedade capitalista, o imaginário jurídico moderno consagra também o compromisso com a racionalidade na criação e aplicação do direito, apta a garantir que casos iguais possuam idêntico tratamento. A institucionalização do direito mediante a posituação dos direitos dos cidadãos através do legislativo e o posterior julgamento dos conflitos pelo judiciário intenta, assim, consagrar o ideal de que as decisões estatais sejam uniformes e previsíveis, subtraindo eventuais decisionismos dos agentes responsáveis pela identificação dos direitos e obrigações das partes. Essa característica é o que assegura, por exemplo, a legalidade na punição da conduta de um cidadão “objetivamente considerada em relação ao fato-crime por ele cometido, e não, subjetivamente, em relação à sua pessoa, exorcizando por essa via a submissão do imputado à arbitrariedade judicial”.¹⁰⁷

Essas características da matriz política conformadora da dogmática jurídica permitem verificar a especial relação que ela trava com o importante conceito do saber jurídico de justiça. Pois, se durante muito tempo ele significou a existência de valores sociais autônomos para análise da validade das normas jurídicas, a proceduralização do direito operada na modernidade e tornada possível pela construção dogmática do direito implica que justo ou moral seja antes de tudo a aplicação igualitária e previsível de normas jurídicas sistematizadas de

¹⁰⁶ FARIA, 1984, p. 187. Prossegue o autor: “A posituação, por sua vez, também gera insegurança, decorrente da tensão provocada pelas proposições normativas que não foram convertidas em normas. Por isso mesmo, a decisão canaliza o conflito, não estabelecendo uma repartição equitativa entre alternativas de melhores chances. A decisão jurídica institucionaliza o conflito, trazendo a incompatibilidade primitiva de forma canalizada a um nível onde não possa ser retomada” (Idem).

¹⁰⁷ ANDRADE, 2008, p. 253. Ver também, ANDRADE, 2003, p. 18.

maneira congruente com as decisões da autoridade imanente, as quais possibilitaram a participação dos próprios sujeitos submetidos à ordem jurídica através de mecanismos institucionais estabelecidos. Essa afirmação não implica em desconsiderar a importância dos estudos de filosofia do direito que discorrem sobre diferentes conceitos de justiça a defenderem, mesmo que indiretamente, como o direito deve ser, mas aponta que, de acordo com a narrativa da retórica vivenciada como realidade nas sociedades ocidentais contemporâneas, a procedimental-dogmatização do direito consiste em verdadeira condição de possibilidade de um direito estatal moralmente correto.

Em virtude dessa exigência precipuamente política, a dogmática jurídica configura uma autoimagem sua em certa medida idealizada. Como é possível extrair dos enunciados de diversos autores dogmáticos, sobressai, nessas definições, a existência de um conhecimento científico, autônomo, sistemático, descritivo, avalorativo “que encontra explicação em si mesmo através de uma postura metódica imanente, que não remete a considerações de índole naturalística, filosófica, social, econômica, política, moral ou outra extranormativa”.¹⁰⁸ Ela se apresenta, portanto, como uma teoria sistemática do direito positivo que, através de uma construção teórico-objetiva e rigorosa, se dedica ao estudo exclusivo das normas legais sem formular nenhum juízo de valor.¹⁰⁹ Observa-se, nesse sentido, a presença de uma certa *ideologia de neutralidade* subjacente ao processo de construção dogmática do direito, a qual se constitui em dois sentidos distintos, porém articulados.

A um, pela ocultação idealista da historicidade desses caracteres da dogmática jurídica, promovendo a impressão disseminada no senso comum dos juristas de que se trata de uma evolução universal dos conceitos e métodos na história do pensamento científico.¹¹⁰ Assim, ao

¹⁰⁸ ANDRADE, 2008, p. 250-1; 2003, p. 19. Ressalte-se que, neste trabalho, a autora está voltada sobretudo à dogmática penal, o que não exclui a pertinência de suas conclusões para uma teoria geral da dogmática jurídica. Cf. também ANDRADE, 2003, p. 19.

¹⁰⁹ WARAT, 1995, p. 16.

¹¹⁰ Nesse sentido, Faria (1988, p. 39) afirma: “La constitución histórica de la dogmática jurídica, ‘qua’ ciencia positiva del derecho, revélase como ejemplar demostración del idealismo. Cultivando la idea de neutralidad de la ciencia y apoliticidad del intérprete, presentando como descripción lo que en verdad es prescripción, limitando su campo de actuación a un cuerpo de reglas que no puede ser modificado, y justificando la creencia de que el

tempo em que a dogmática é um produto contingencialmente histórico e, inclusive, possibilita que o saber jurídico não seja transcendentalizado, essa tendência universalista possibilitou sua transculturação a diversos países enquanto modelo teórico ideal do direito.¹¹¹ A dois, a ciência dogmática do direito se apresenta como neutra em relação aos grupos e classes de determinado sistema social, como se o rigor de seu método fosse suficiente para declarar “a morte da subjetividade do intérprete traduzida nas figuras do cientista e do juiz neutros”.¹¹²

Dessa forma, a dogmática jurídica, engendrada no ideal moderno de um Estado apto a garantir institucionalmente a segurança jurídica dos cidadãos, se apresenta epistemologicamente não apenas como um instrumento para efetivação desse compromisso político, mas também como um saber pleno, sem furos, sem negatividade que, utilizado de maneira adequada pelos juristas, lhes possibilitaria tomar uma decisão pela qual nenhuma responsabilidade pode ser legitimamente invocada.

Independente dessas idealizações contidas na autoimagem da estruturação dogmática do saber jurídico, que serão analisadas no momento oportuno,¹¹³ um aspecto da articulação entre as matrizes política e epistemológica ainda necessita ser ressaltado: formada nas bases de um espectro político determinado, a dogmática jurídica é, para dizer o mínimo, uma estrutura que busca controlar, estabelecer *limites* para o uso do poder.

O fato incontornável de que as pessoas não são iguais (entre si e mesmo no decurso do tempo) demanda a existência de mecanismos que possam estabelecer, sem recair em violência generalizada, o que será considerado direito em cada caso. A legalidade proposta pelo ideal de Estado de direito propõe neste caso diferenciar os campos de ação dos setores público e privado e também a conformidade dos atos praticados pelos governantes e pelos governados. Nesse sentido, “a irracionalidade ideológica é compensada pela correção formal das estruturas do sistema político, cuja experiência de respeito à ordem jurídica pressupõe até

gobierno de las normas es mejor que el gobierno de la voluntad arbitraria de una persona, la dogmática no puede ser vista solamente como el de una evolución universal de conceptos y métodos por la historia del pensamiento científico”. Verificar também GIL, 1981, p. 45-6.

¹¹¹ Ver ANDRADE, 2003, p. 19, 26; 2009, p. 163.

¹¹² ANDRADE, 2003, p. 69. Cf. idem, p. 19.

¹¹³ Ver tópico 1.5: Limites estruturais da dogmática jurídica.

mesmo a existência de mecanismos destinados a impedir o comportamento discrepante – ao arrepio da lei – dos detentores do poder estatal”.¹¹⁴

Isso não significa que essa estrutura do direito garanta de fato um resultado legítimo ou justo, afinal, apenas o grupo mais forte terá condições de positivizar seus valores com forma jurídica. Contudo, a existência de estruturas que prezam por um espaço de debate público para a tomada de decisões permite que, por vezes de maneira ambígua, o direito possa expressar “quer elementos de dominação conforme interesses específicos dos segmentos prevalecentes, quer direitos que favorecem a ação política de setores populares engajados em projetos de emancipação”.¹¹⁵ Em outras palavras, ao contrário do que pensa uma crítica de viés marxista que visualiza a lei emanada pelo Estado como ligada de maneira invariável aos interesses da classe dominante,¹¹⁶ o direito positivado por procedimentos que se legitimam na participação de diferentes setores da sociedade pode servir parcialmente ao objetivo de limitar o arbítrio dos donos do poder.

Nesse contexto, a dogmática jurídica se enuncia como um conhecimento descritivo que busca *identificar*, sem correções de qualquer natureza, o conteúdo da decisão imanente tomada pelo corpo social. Seu saber, de cariz tecnológico, visa possibilitar que uma “uma problemática social determinada seja solucionável sem *exceções* perturbadoras”.¹¹⁷

Para tanto cabe a ela produzir conceitos que, decodificando o material normativo produzido pelas instâncias estatais, estejam sempre vinculados a essas normas.¹¹⁸ Vinculação entendida não como

¹¹⁴ FARIA, 1984a, p. 26.

¹¹⁵ FARIA, 1984a, p. 50-1.

¹¹⁶ LYRA FILHO, 2005, p. 8.

¹¹⁷ FERRAZ JUNIOR, 1977, p. 44. (grifou-se).

¹¹⁸ “De fato, a neutralização política do Judiciário (Luhmann) é uma das peças importantes no aparecimento da dogmática como uma teoria autônoma. [...] em comparação com ordens jurídicas anteriores, somos conduzidos a uma mudança do *onus probandi*, pois o direito deixa de ser um ponto-de-vista em nome do qual mudanças e transformações são rechaçadas. Ao contrário, há uma inversão de funções, passando a ser reconhecida a legitimidade com limites difusos do desejo de mudança e transformação, do que o direito se torna tributário” (FERRAZ JUNIOR, 1988, 77).

imutabilidade, senão mutabilidade segundo condições dadas.¹¹⁹ Assim, a estruturação dogmática das normas jurídicas propõe-se a controlar a incerteza de eventuais mudanças do direito não a partir de princípios que, identificados por determinadas autoridades, têm sua justificação em argumentos de natureza transcendental, mas a partir da imanência das decisões daqueles que disputaram o poder mediante o debate público, justificando, assim, a obediência ao conteúdo dessas decisões.

1.5 Limites estruturais da dogmática jurídica

Seguindo a proposta de apresentar a dogmática jurídica como conceito interpretativo de um fenômeno social, quase nada foi dito sobre os limites invariáveis de sua estrutura e das suas promessas no âmbito dos enunciados dos juristas.

A dogmática constitui basicamente dois aspectos. Por um lado, fornece instrumental teórico-técnico a ser utilizado na prática cotidiana dos juristas, por outro, “materializa a dominação político-jurídica (apesar de possuir mecanismos questionadores e reivindicatórios)”.¹²⁰ Entretanto, sua dimensão técnica somente possui condições de conformar essa ideologia à medida que alguns aspectos da epistemologia subjacente à atividade dogmática estão silenciados.

No tópico anterior foi explicada a autoimagem da dogmática enquanto ciência descritiva e avaliativa. Contudo, essa representação imaginária não corresponde às suas possibilidades efetivas de sistematização da experiência jurídica, pois o pensamento dogmático parte de textos que só podem ter algum sentido através da conceptualização que deles decorre,¹²¹ a qual exige do jurista a tomada

¹¹⁹ “Una dogmática jurídica orientada funcionalmente precisa, por tanto, de su específica comprensión de las normas, de una especial interpretación de sus vínculos. Se refiere a normas entendidas como derecho positivo vigente, a la facticidad histórica de un ordenamiento auto-sustitutivo. Vinculación no es para ella inmutabilidad, sino mutabilidad según condiciones dadas. En esto tiene en la sociedad de hoy su propia adecuación, que la capacita para proponer conceptos jurídicos adecuados a la sociedad” (LUHMANN, 1983, p. 106).

¹²⁰ ROCHA, 2003, p. 63.

¹²¹ Sobre a natureza criptonormativa da atividade jurídica, ver FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 35.

de decisões que dificilmente estarão expressamente vinculadas aos textos positivados no sistema jurídico, pois significar uma palavra exige fazer referência a outras palavras sem um grau necessário de associação entre elas. Assim, interpretar os textos positivados, articular um sistema jurídico coerente, construir dogmas implícitos ao ordenamento jurídico, enfim, realizar a construção dogmática do direito modifica inevitavelmente o conteúdo prescritivo e valorativo da norma que se afirma tão somente descrever avalorativamente.

Nesse caso, a dogmática jurídica cumpre com a função latente de re-formular o direito positivo dando a impressão de que está apenas cumprindo sua premissa científica de identificar o direito tal como ele é. Portanto, em virtude do paradoxo epistemológico do saber jurídico, por mais que as leis insistam em definir seus próprios termos, restará ao dogmático a tarefa de definição do termo definidor ou, em última instância, de interpretar a própria tentativa de definição a partir de outros dogmas “do” sistema e, assim, realizar verdadeira função normativa. Não é possível afirmar que os juristas apenas “otimizam” o direito positivo em toda a sua perfeição, oculta aos olhos pouco agudos.¹²² Assim, por exemplo, “as diferentes teorias sobre o momento consumativo do crime de furto indicam modos alternativos de definir o verbo *Subtrair*”.¹²³

Esse esclarecimento torna evidente a razão pela qual a tarefa de definição dos conceitos jurídicos não pode ocorrer sem o concurso de saberes que advém necessariamente de outros lugares que não apenas dos atos de vontade consubstanciados nos textos jurídicos estatais. Pode-se pensar no próprio dever de decidir que pressupõe uma completude, ao menos ficcional, do ordenamento jurídico. Para que essas normas possam ser encontradas, a tarefa de construção dogmática reenvia “o jurista para descoberta e a apreensão de conceitos e *princípios* (latentes) a que as normas se referem de modo não-exaustivo”.¹²⁴ Outra atividade dogmática que visa a obtenção de respostas “pelo” ordenamento jurídico é a busca pela “essência”, pela “natureza jurídica” de determinado instituto. Enfim, por mais que um jurista dogmático esteja sinceramente comprometido na realização do

¹²² NINO, 1989, p. 91-2.

¹²³ WARAT, 1994, p. 45. Esta mesma ideia pode ser verificada em NINO, 1989, p. 32-3; ANDRADE, 2003, p. 81 e GIL, 1981, p. 50-1.

¹²⁴ ANDRADE, 2003, p. 48. (grifou-se).

ideal epistemológico de eliminar da ciência jurídica todos os elementos “estranhos” ou “não jurídicos”, seu dever de decidir – assegurando a completude, a unidade e a coerência do sistema jurídico – necessita de conceitos definidores que implicam “na produção de definições eticamente comprometidas e por isso, persuasivas. Definições onde são estabelecidos critérios de relevância visando a convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor para o caso”.¹²⁵

Dessa maneira, fica evidente que, de um lado, o texto legal não porta um significado autônomo sem a conceptualização efetuada pelos juristas. Aliás, a própria vinculação do jurista às normas positivadas é, em si mesma, uma conceptualização, pois não existe uma ordem natural que dite um comportamento necessário dos próprios agentes responsáveis pela interpretação do direito. Por outro, a tarefa de orientar a ação dos juristas, exige da dogmática a criação do que se denominou outrora de “realidade jurídica” e, assim, possibilita a própria institucionalização da tradição jurídica. Nesse sentido, para Tercio Ferraz Junior, o saber dogmático

tal como ele aparece nos *tratados* jurídicos (de Direito Civil, Penal, Comercial etc.) ou nos *comentários* (Comentários à Constituição, Código Civil Comentado etc.) ou nos *ensaios* (teoria da ação no processo brasileiro, teoria da responsabilidade no Direito Administrativo etc.), tem, inicialmente, uma função *pedagógica*, posto que forma e conforma o modo pelo qual os juristas encaram os conflitos sociais. Tem também uma função de *desencargo* para o jurista, pois permite que este, seja um juiz, um advogado, um promotor, um legislador, não seja obrigado a tomar consciência de *todo* o repertório argumentativo a utilizar-se em cada caso, posto que previne, de modo genérico, uma série de soluções possíveis para a interpretação e aplicação do direito. Tem ainda a função de *institucionalizar a tradição jurídica*, gerando segurança e uma base comum para os técnicos do direito (que são os seus aplicadores).¹²⁶

¹²⁵ WARAT, 1994, p. 33. Ver também WARAT, 1995, p. 21.

¹²⁶ FERRAZ JUNIOR, 1988, p. 87.

A essas funções da dogmática jurídica corresponde um efeito dúplice, pois ao tempo em que possibilita aos juristas decidirem, sendo um campo que produz sentidos; a dogmática porta também um código ideológico, fazendo circular no imaginário dos juristas e na própria sociedade um conjunto de relatos que mitificam as condições de produção do direito. Referindo-se ao sistema penal, Vera Andrade entende que esse discurso dogmático “coloca em circulação social o ideário e a crença na segurança jurídica, contendo, a um só tempo, uma dimensão (positiva) de produção de sentido e uma dimensão (negativa) de ocultação/inversão”.¹²⁷

Diante do que foi explicado, pode-se observar que a dogmática jurídica está sujeita a três riscos que dificultam estruturalmente, sobretudo em âmbito epistemológico, o cumprimento de suas promessas: (1) Risco de progressivo distanciamento da realidade social, tendo em vista que seu saber é cognitivamente autônomo a despeito das mudanças empreendidas pelo mundo da vida na qual busca aplicação; (2) Risco de usurpação de parcela do poder social pelos juristas, à medida que, sob o auspício de garantir as decisões tomadas pela sociedade, os juristas podem construir de maneira velada categorias que controlam as possibilidades de mudança do direito empreendida pela sociedade ou mesmo que modificam (com a pretensão de identificar) o teor consubstanciado pelas normas estatais; e (3) Risco de ocultação do real uso do direito, pois, situado no âmbito das crenças dos juristas, a dogmática permite ao jurista reduzir a tal ponto a complexidade de sua análise conceitual que o descompasso entre os discursos e os efeitos sociais empreendidos a partir deles passa a se tornar a própria regra da prática profissional.

Os aspectos funcionais da dogmática serão debatidos em outro momento, os quais servirão de ilustração sobre como essas questões epistemológicas têm se apresentado na realidade do direito brasileiro.¹²⁸ Por ora é importante ressaltar que a progressiva complexidade da sociedade contemporânea, o declínio entre os juristas do pensamento fundado no conceito de norma jurídica e a impossibilidade de fornecer um conteúdo material legítimo às decisões dogmáticas são fatores que

¹²⁷ ANDRADE, 2009, p. 172.

¹²⁸ Ver tópico 4.1: “(Des)funcionalidade na dogmática jurídica em países de modernidade periférica”.

potencializam a dificuldade da dogmática jurídica de solucionar efetivamente os conflitos sociais.¹²⁹

1.6 O valor retórico de uma ficção: consentindo com ilusões?

Diante do que já foi dito no presente trabalho, uma conclusão, talvez central, pode ser enunciada: o saber sobre o que convencionamos denominar “direito” não possui uma ordem natural, independente das ficções criadas socialmente pelos juristas e, assim, a dogmática parece estruturar o caos inerente à linguagem que usamos para significar que determinadas pessoas possuem direitos e obrigações jurídicos. Por outro lado, a estrutura da própria dogmática possui limites que lhe permite, dentre outros aspectos, disfarçar o descumprimento de promessas subjacentes ao seu modelo teórico. Essa linha de raciocínio pode conduzir à convicção de que a dogmática jurídica é uma ilusão¹³⁰ inútil para o direito, contudo, deixando de lado qualquer juízo opinativo sobre a questão, é necessário refletir sobre o valor dessa ficção.

Dois argumentos já foram oferecidos ao longo do texto e são aqui lembrados rapidamente. O *primeiro* trata da neutralização dos interesses em conflito numa disputa judicial a partir da construção dogmática do direito, o que possibilita que as questões jurídicas sejam vistas como controvérsias que remetem a um âmbito próprio, parcialmente independente das opiniões das partes, assegurando, assim, a identidade do sistema jurídico com relação a outros sistemas da sociedade. Uma crítica que pode ser feita a essa característica da dogmática jurídica é a ocultação que ela proporciona, por exemplo, dos conflitos de classe, à medida que sob o manto de categorias formais (como a igualdade), a

¹²⁹ ADEODATO, 2009b, p. 151.

¹³⁰ Como nos ensina Sigmund Freud (1996, p. 40), uma ilusão não é mesma coisa que erro ou, mesmo, necessariamente um erro, mas, caracteristicamente, o fato de derivar de desejos humanos. Nas suas palavras afirma que podemos “chamar uma crença de ilusão quando uma realização de desejo constitui fator proeminente em sua motivação e, assim procedendo, desprezamos suas relações com a realidade, tal como a própria ilusão não dá valor à verificação”.

opressão perpetrada pelo direito termina encontrando legitimação em sua forma jurídica.¹³¹

Contudo, ao menos no âmbito do estudo próprio a esta ciência, essa crítica se vê mitigada no *segundo* argumento, agora revisado: forjada em sociedades democráticas a partir do debate público, a dogmática jurídica assegura epistemologicamente a vinculação do direito com as normas postas pelo Estado, refletindo, nesse sentido, a ambiguidade delas de tal forma que o conteúdo ético positivado manifesta interesses das classes dominantes, mas também importantes conquistas sociais articuladas por grupos de pressão. Nesse caso, subsumir a epistemologia jurídica ao seu (inevitável) aspecto político significa negar ao direito a sua potencialidade enquanto campo de luta democrático na solução provisória de divergência de opiniões, a qual só é vista como algo a ser eliminado em espaços políticos totalitários. Além do mais, a crítica política não pode pretender validamente uma neutralidade de segundo grau de maneira a suprimir o valor da busca por uma epistemologia própria dos juristas.¹³²

O problema é que esse segundo argumento encontra seu limite na estrutura da própria dogmática jurídica, pois, como já apresentado, em decorrência do paradoxo epistemológico do saber jurídico, os conceitos produzidos por ela, por mais que pretendam vincularem-se às decisões prévias tomadas pelas instâncias de participação democrática, possuem tal nível de autonomia que aponta para o papel central desempenhado pelos valores dos juristas (sejam pessoais ou de grupo), tendo em vista que eles constituem um grupo de status distinto com educação formal, prestígio ocupacional e estilo de vida próprio.¹³³ Tal contra-argumento desconfigura o caráter necessário de objetividade dos conceitos jurídicos

¹³¹ Essa é a crítica contida na proposta de Coelho (2003, p. 8): “A teoria que proponho repele a atribuição ao direito de estatuto ontológico alheio à ontologia do social, e considera falaciosa a redução do fenômeno jurídico às possibilidades ônticas elaboradas a partir dos esquemas lógicos que o antecedem como experiência”.

¹³² Sobre os apontamentos políticos realizados pela teoria crítica acerca da epistemologia jurídica tradicional, Rocha (2003, p. 65) afirma: “a teoria crítica pretende uma neutralidade de segundo grau, que, mesmo admitindo seus pressupostos político-ideológicos, julga-se competente para decretar os novos rumos da ciência do Direito”.

¹³³ TRUBEK, 2007, p. 167.

no cumprimento de suas promessas epistemológicas. Entretanto, alguns aspectos ainda precisam ser esclarecidos, os quais estão relacionados à especificidade e à aproximação do direito com relação a outros campos de conhecimento.

Por um lado, é preciso observar que o saber proposto pela dogmática jurídica joga um papel fundamental na função que o próprio direito desempenha nas sociedades democráticas. Ao contrário de uma ciência natural, por exemplo, em que o conhecimento sobre o objeto se diferencia do objeto em si, no direito, por diferentes enfoques em que se pode procurar situá-lo, seu saber tem como objetivo (mesmo que mediato) o controle do poder social que se exerce através dos discursos jurídicos. Dizer que determinada decisão é “jurídica” ou “conforme ao direito” pode significar diferentes coisas, mas todas elas estarão apontando para algum padrão de legitimação da decisão tomada (*e.g.*, compatível com ordenamento jurídico, correta, equitativa, justa). Dessa forma, o efeito legitimador manifesto no conhecimento produzido pela ciência jurídica e as implicações que isso possui na configuração da violência exercida em nome do direito significa que apenas em última hipótese sua epistemologia pode ser legitimamente considerada sob o enfoque do “tudo vale”.¹³⁴ É por causa dessa função da dogmática que em muitos países não se aceita que um jurista seja a um só tempo cientista do direito e magistrado.

Por outro, é preciso que haja um esforço de conceituação da própria objetividade que se requer para o saber jurídico, pois objetividade não pode pretender significar uma afirmação fora de dúvida de uma verdade que flui do próprio objeto em direção ao sujeito, independente da teoria que busque configurá-lo enquanto tal. Aliás, uma objetividade nesses termos não é passível de ser encontrada em nenhum lugar. Com base nessa premissa, Santiago Nino propõe considerar a dogmática – nos termos propostos por Karl Popper – como um campo de conhecimento em que, assim como o discurso científico e moral, pode ser observado o método hipotético-dedutivo, isto é, o método da

¹³⁴ Referindo-se a epistemologia geral, essa é a defesa de Paul Feyerabend (2011, p. 42): “Para os que examinam o rico material fornecido pela história e não têm a intenção de empobrecê-la a fim de agradar a seus baixos instintos, a seu anseio por segurança intelectual na forma de clareza, precisão, ‘objetividade’ e ‘verdade’, ficará claro que há apenas um princípio que pode ser defendido em todas as circunstâncias e em todos os estágios do desenvolvimento humano. É o princípio de que *tudo vale*”.

tentativa e eliminação crítica do erro.¹³⁵ Em outras palavras, as proposições da dogmática jurídica não deixam de ser objetivas porque podem ser refutadas e substituídas por uma proposição melhor,¹³⁶ para Popper, objetividade é “o facto de que nenhuma teoria científica é aceite como um dogma, e que todas as teorias são provisórias e sempre passíveis de críticas severas – de uma discussão crítica racional que visa eliminar erros”.¹³⁷

É importante ressaltar que, como detalhado anteriormente, a formulação dogmática indica que alguns elementos estão subtraídos à dúvida (*e. g.*, as normas estatais positivadas) e não que as teorias formuladas sobre esses dogmas sejam, em si mesmas, inquestionáveis. Assim, a possibilidade da existência de um debate crítico apreciativo, realizado entre os juristas dogmáticos, sobre as condições de sentidos do direito posto manifesta a propensão de sua epistemologia para uma objetividade (no sentido popperiano do termo).¹³⁸ Entretanto, a possibilidade teórica de um rigor para o conhecimento jurídico a partir de critérios intersubjetivos de avaliação não responde a questão, ainda pertinente, sobre o funcionamento efetivo da dogmática jurídica, sobretudo em países de modernidade periférica como o Brasil.

O essencial a ser frisado acerca da função da dogmática jurídica nas formações políticas contemporâneas, sempre do ponto de vista epistemológico, é que ela possibilita que o conhecimento jurídico seja liberto de parâmetros imutáveis ou transcendentais, revelando, em sua imanência ao sistema jurídico positivado, “o homem como o

¹³⁵ NINO, 1989, p. 111.

¹³⁶ POPPER, 2009, p. 154.

¹³⁷ POPPER, 2009, p. 256.

¹³⁸ Santiago Nino (1989, p. 113) defende explicitamente esta ideia: “Si a esto le agregamos el hecho, que señalábamos recién, de que el dogmático no es absolutamente libre en la elección de las hipótesis interpretativas, sino que debe derivarlas de un conjunto de presupuestos, reglas y teorías que se vinculan con las expresiones lingüísticas del legislador, y que están incorporadas profundamente a la tradición dogmática, concluiremos que en el ámbito de la dogmática jurídica es posible contar con criterios racionales para resolver una controversia o evaluar una conclusión con mucha más amplitud de lo que es posible en relación a la moral”.

responsável pela sua imposição”.¹³⁹ Nesse caso, as decisões jurídicas e suas premissas valorativas são pressupostas como válidas quando se decide também sobre elas e não em virtude de um eventual entendimento de seu valor ontológico.¹⁴⁰ A autonomia conceitual dos juristas ao tempo em que viabiliza a realização dessa função constitui também um dos mais severos óbices à autopoiese do direito, contudo, a limitação desse entrave está na própria possibilidade de positivação ulterior de entendimentos que mitiguem os valores impregnados pela construção dos juristas.

Além do mais, a diferenciação do sistema jurídico proporcionado pela dogmática jurídica permite a construção de critérios jurídicos que estabeleçam regras de diferenciação entre o igual e o desigual, tornando possível o tratamento igual de casos iguais e o tratamento desigual de casos desiguais.¹⁴¹ Consiste, dessa forma, numa estrutura que combate eventuais casuísmos na interpretação e aplicação do direito, evitando argumentos jurídicos *ad hoc* que servem, em última análise, para a mera legitimação teórica de decisões tomadas segundo critérios que fogem ao estabelecido de acordo com procedimentos democráticos.

Essas ponderações não retiram as críticas anteriormente feitas, sobretudo a respeito do caráter ideológico da dogmática jurídica. A questão – que permanecerá em aberto – é se, mesmo diante de seus limites estruturais, a dogmática jurídica constitui ou não uma forma de estruturação social do saber jurídico que possibilita ao direito funcionar como instância simbólica do político.¹⁴² A aposta em uma epistemologia

¹³⁹ FARIA, 1984, p. 188. Aprofundando essa ideia, visualiza-se na explicação de Philippi (2001, p. 54) sobre o conceito negativo de liberdade como ausência de determinação que irrompe na modernidade, que “subtraída a base de contenção da vontade humana — representada por uma *lei inquestionável* proveniente da natureza, de deus ou de uma tradição milenar —, começa a ficar mais explícita a responsabilidade do ser humano por sua própria autolimitação. Nesse deslocamento, sociedade e indivíduos são convocados para, perante o tribunal da razão, ser interrogados sobre a legitimidade dos seus interditos fundamentais”.

¹⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, 1977, p. 41.

¹⁴¹ LUHMANN, 1983, p. 39-40.

¹⁴² “O Direito é uma instância simbólica do político. Isto nunca pode ser negado se nossos desejos se encaminham para a produção de uma forma social democrática. Não se podem materializar os sentidos de uma forma social democrática sem uma referência forçosa do Direito. Negando o papel

jurídica não redutível a seus inevitáveis contornos políticos, nos moldes propostos pelo modelo dogmático, possibilita a construção social de limites efetivos ao poder?¹⁴³ O que está implicado nesse consentimento?

simbólico do Direito produz-se um estado de despolitização generalizada. Uma situação de máxima anarquia do social que poderá levar ao totalitarismo (Tocqueville)” (WARAT, 1994, p. 28-9).

¹⁴³ “Difundir determinada ideologia, evidentemente aquela adotada pelos grupos detentores do poder, é outra das funções da dogmática. Isto significa que toda dogmática jurídica é necessariamente ideológica [...] Mesmo assente este fato, pode-se notar uma constante preocupação de ‘desideologizar’ a ação social do pensamento dogmático, emprestando ao direito um conteúdo eminentemente técnico e fazer com que o sistema jurídico e suas normas, embora elaborados a partir desta ou daquela ideologia, passem a funcionar o mais possivelmente desvinculados de seus pontos de partida, reduzindo ao mínimo o inevitável pano de fundo ideológico” (ADEODATO, 2009b, p. 149).

2 O PROJETO TEÓRICO-JURÍDICO DE RONALD DWORKIN: METODOLOGIA E INTERPRETAÇÃO

2.1 Da metodologia à decisão nas obras de Hans Kelsen e Herbert Hart

Para levar a efeito a análise da teoria jurídica de Ronald Dworkin, nos termos propostos pelo presente trabalho, faz-se necessário compreender de antemão os pressupostos metodológicos adotados na formulação de seus enunciados, os quais somente possuem significação consistente a partir da compreensão preliminar desses elementos no diálogo travado entre os autores do mesmo campo de estudo. Diante da repercussão que esse debate possuiu e ainda possui na teoria do direito estudada no Brasil, optou-se por focar nas obras de Hans Kelsen e Herbert Hart, deixando de lado, por exemplo, representantes do pragmatismo jurídico que tiveram posição de destaque nos argumentos da teoria da integridade. Distante da pretensão de sintetizar ou esclarecer a totalidade das obras, o objetivo é tão somente compreender metodologicamente a formulação da teoria na resposta ao questionamento acerca do conceito de direito e, assim, como se constitui, em última análise, um saber voltado ao problema da decisão jurídica.

2.1.1 Entre pureza e decisão subjetiva na teoria de Hans Kelsen

No prefácio de sua obra mais conhecida, *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen já antecipa o propósito que o motivava a escrever: acreditava que a jurisprudência¹⁴⁴ de sua época, aberta ou veladamente, “se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica”,¹⁴⁵ razão pela qual intentava aproximá-la do ideal de objetividade e exatidão que, sobretudo na perspectiva da época, compunha uma ciência genuína. Para tanto, propõe formular uma teoria do direito positivo “em geral, não de uma ordem jurídica especial” com o objetivo de responder o que é e como é o direito, sem se importar com “a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e

¹⁴⁴ A depender do contexto da tradução, “jurisprudência” pode funcionar como sinônima de ciência do direito.

¹⁴⁵ KELSEN, 2006, p. XI.

não política do Direito”.¹⁴⁶ Assim, a ciência jurídica teria na pureza o seu princípio metodológico fundamental, à medida que se propõe garantir um conhecimento dirigido exclusivamente ao direito e, portanto, liberto “de todos os elementos que lhe são estranhos”.¹⁴⁷

Lançadas essas premissas gerais, Kelsen se dirige, ainda no início da obra, ao questionamento que, talvez, configure o pano de fundo metodológico do próprio trabalho: “Se se parte da distinção entre ciências da natureza e ciências sociais e, por conseguinte, se distingue entre natureza e sociedade como objetos diferentes destes dois tipos de ciência, põe-se logo a questão de saber se a ciência jurídica é uma ciência da natureza ou uma ciência social, se o Direito é um fenômeno natural ou social”.¹⁴⁸ Nesse sentido, o jurista austríaco aponta que os fatos que classificamos de jurídicos (*e. g.*, uma resolução parlamentar ou uma sentença judicial) possuem dois elementos: primeiro, “um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de atos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito”.¹⁴⁹

Assim, por exemplo, a significação jurídica de uma pessoa que morre guilhotinada não pode ser percebida imediatamente por meio dos sentidos, à medida que a diferença entre um homicídio e a execução de uma sentença de morte está na coincidência entre o sentido subjetivo e o significado objetivo que o ato tem do ponto de vista do direito.¹⁵⁰ O que transforma um fato, inicialmente apenas mais um elemento do sistema de natureza, “num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, [...] mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a sua particular significação” recebida “por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação”.¹⁵¹

¹⁴⁶ KELSEN 2006, p. 1.

¹⁴⁷ KELSEN, 2006, p. 1.

¹⁴⁸ KELSEN, 2006, p. 2.

¹⁴⁹ KELSEN, 2006, p. 2.

¹⁵⁰ KELSEN, 2006, p. 3.

¹⁵¹ KELSEN, 2006, p. 4.

Insistindo no exemplo dado pode-se imaginar que o executor da ação tenha para o seu ato de vontade de soltar a guilhotina algum sentido subjetivo: acredita que esteja cumprindo uma decisão judicial. Contudo, eventual descumprimento de formalidade essencial estabelecida por norma jurídica válida do sistema pode fazer com que, do ponto de vista objetivo, o significado de sua ação seja um homicídio. Em outras palavras, o sentido objetivo do ato de vontade está na conformidade do ato com uma norma superior. Assim, o ato do sujeito mencionado é ilícito, pois contrariou o significado emprestado por uma norma do código penal, a qual ingressou no sistema jurídico a partir dos atos realizados pelas autoridades competentes que estavam de acordo com as normas superiores que estabelecem o devido processo legislativo, e assim sucessivamente.¹⁵²

O essencial nesse esquema interpretativo, com vistas a assegurar a objetividade da ciência jurídica, é que as normas que compõem o sistema não serão avaliadas por sua correção como verdadeiras ou falsas ou por sua legitimidade como justas ou injustas, mas apenas como válidas ou inválidas e,¹⁵³ assim, as condutas humanas serão consideradas objetivamente com relação ao ordenamento normativo, podendo-se afirmar que determinada “conduta está de acordo ou não está de acordo

¹⁵² Assim explica o jurista austríaco: “A circunstâncias de o ‘dever-ser’ constituir também o sentido objetivo do ato exprime que a conduta a que o ato intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória (devida), não apenas do ponto de vista do indivíduo que põe o ato, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado – e isso muito embora o querer, cujo sentido subjetivo é o dever-ser, tenha deixado faticamente de existi, uma vez que, com a vontade, não desaparece também o sentido o dever-ser; uma vez que o dever-ser ‘vale’ mesmo depois de a vontade ter cessado, sim, uma vez que ele vale ainda que o indivíduo cuja conduta, de acordo com o sentido subjetivo do ato de vontade, é obrigatória (devida) nada saiba desse ato e do eu sentido, desde que tal indivíduo é havido como tendo o dever ou o direito de se conduzir de conformidade com aquele dever-ser. Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser ‘objetivo’, é uma ‘norma válida’ (‘vigente’), vinculando os destinatários. *É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma ‘superior’, atribui a alguém a competência (ou poder) para esse ato*” (KELSEN, 2006, p. 8-9). (grifou-se).

¹⁵³ KELSEN, 2006, p. 21.

com o ordenamento, sem ao mesmo tempo tomarmos emocionalmente posição em face dessa ordem normativa, aprovando-a ou desaprovando-a”.¹⁵⁴

Kelsen busca assegurar a objetividade da ciência jurídica de uma maneira diferente, porém aproximada com relação às ciências naturais, o modelo genuíno de ciência da época. A proposição científica de uma ciência natural afirma categoricamente uma lei de natureza que quando A é, B é. A proposição jurídica, por outro lado, não está no campo da causalidade e sim da imputação. Assim, ela diz que “quando A é, B deve-ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja”.¹⁵⁵ Isso não quer dizer, repita-se, que a proposição jurídica seja em si mesma normativa, pois sua função é apenas descrever a significação autoritária contida na norma, sem qualquer referência a um valor metajurídico, nas palavras de Kelsen, “tal como as leis naturais da ciência da natureza”.¹⁵⁶

É, nesse sentido, que se concentra sua crítica a uma teoria do direito natural. Para Kelsen, alinhado ao relativismo ético, a sociedade deve resguardar a existência de posições plurais equivalentes e que são igualmente possíveis e defensáveis. “O jurista vienense acredita na impossibilidade de uma determinação objetiva dos valores, os quais não poderiam ser conhecidos cientificamente – quer dizer, objetivamente – dado que envolvem preferências subjetivas e emocionais”.¹⁵⁷ É importante destacar que, como não poderia deixar de ser, a perspectiva epistemológica de Kelsen está relacionada com sua visão política. Seu entendimento é que a justiça é um ideal irracional – impossível de se fundamentar em parâmetros racionais e científicos –, dessa maneira, “o

¹⁵⁴ KELSEN, 2006, p. 22-3. Mais adiante, o autor afirma o mesmo argumento de maneira mais enfática a reiterar a distinção entre a atividade descritiva e prescritiva: “[...] chega mesmo a falar-se na concepção segundo a qual a ciência jurídica seria uma fonte de Direito no sentido de que se poderia esperar dela a decisão vinculante de uma questão jurídica. A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for” (KELSEN, 2006, p. 82).

¹⁵⁵ KELSEN, 2006, p. 87.

¹⁵⁶ KELSEN, 2006, p. 89.

¹⁵⁷ SANTOS NETO, 2011, p. 396.

relativismo é a postura adequada para uma sociedade democrática, visto que favorece o pluralismo dos valores”.¹⁵⁸

Essa postura pretensamente avaliativa na abordagem do direito tem reflexos também na maneira com que concebe o papel da ciência jurídica na interpretação realizada pelos agentes responsáveis pela aplicação do direito. Para o jurista austríaco, diante da impossibilidade da norma superior vincular em todas as direções o ato através da qual será aplicada, pode se realizar na decisão judicial uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva de uma norma, “como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.¹⁵⁹

Nesse caso, a interpretação realizada pelos cientistas do direito não pode fazer outra coisa, senão estabelecer a moldura hermenêutica,¹⁶⁰ isto é, as possíveis significações das normas jurídicas válidas, mantendo, dessa maneira, as proposições jurídicas desvinculadas conceitualmente de qualquer consideração de ordem moral.¹⁶¹ Percebe-se que no âmbito

¹⁵⁸ SANTOS NETO, 2011, p. 396.

¹⁵⁹ KELSEN, 2006, p. 394. De acordo com Arnaldo Santos Neto (2011, p. 401), a concepção voluntarista de Hans Kelsen acerca da possibilidade de uma decisão jurídica completamente fora da moldura foi introduzida na versão da Teoria Pura do Direito de 1960, a despeito do texto de 1934.

¹⁶⁰ As palavras de Kelsen (2006, p. 390-1) sobre o conceito de moldura hermenêutica: “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que [...] têm igual valor se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito”.

¹⁶¹ A fim de esclarecimento dessa separação, Dimoulis (2006, p. 180) afirma que, para o positivismo jurídico, “o recurso à moral é autorizado, primeiro, quando o direito em vigor o prevê, incorporando em suas disposições referências morais; segundo, quando o legislador atribui ao aplicador poder discricionário, podendo esse último recorrer a critérios morais (como também a considerações de oportunidade política ou de funcionalidade social). Nenhum positivista nega a necessidade, no primeiro caso, e a possibilidade, no segundo, de decidir conforme critérios morais. Mas os positivistas consideram, como dissemos, que o teórico não pode prever a conduta do

de uma teoria da decisão, a discricionariedade do intérprete é uma assertiva – de cariz epistemológico e não necessariamente político – que Kelsen consente em vista ao objetivo maior de afastar a ciência do direito de quaisquer argumentos políticos ou morais, os quais cabem exclusivamente ao contexto de descoberta¹⁶² do agente responsável pela aplicação do direito.

Pelo que foi visto até este momento da elucidação da teoria de Kelsen, não é possível perceber um distanciamento significativo dos seus pressupostos e o que os estudos sobre metodologia da teoria do direito denominam de “fiscalismo”, a qual pode ser explicada como uma iniciativa teórica que

busca, por um lado, conciliar a interpretação dos conceitos jurídicos fundamentais em função de seus correlatos a fatos brutos ou a termos que possam ser retraduzidos em fatos brutos. Por outro lado, o jurista fiscalista (em especial o empirista) promove um esforço de descartar do âmbito da ciência do direito os termos e os conceitos que não passarem pelo ‘teste da conversão ou da tradução em termos de fatos brutos’. O que não passar pelo teste deve ser banido, por se tratar de ‘metafísica’ ou mera ilusão conceitual. Esse será um dos pontos centrais do programa filosófico tanto do positivismo jurídico em geral como do realismo escandinavo em particular.¹⁶³

Essa característica do pensamento kelseniano pode ser percebida em alguns pontos em que a Teoria Pura do Direito se aproxima de premissas metodológicas de um positivismo clássico como o de John Austin, como a concepção de dever jurídico como correlato de uma

órgão competente, nem deve dar orientações a respeito, sendo teoricamente indiferente o recurso à moral”.

¹⁶² Kelsen não opina na Teoria Pura do Direito sobre eventual dever do juiz de *justificar* suas decisões (independente da natureza jurídica ou moral/política dos argumentos). Possivelmente, esse tipo de afirmação seria atinente à política jurídica contrariando seu objetivo de descrever o direito tal como é. (Sobre a diferença entre contexto de descoberta e contexto de justificação, consultar ATIENZA, 2003, p. 20 ss.).

¹⁶³ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 51-2.

sanção e “a compreensão da norma jurídica como um comando, como um fato volitivo que se expressa factualmente”.¹⁶⁴ A opção metodológica pela “pureza”, pela identificação do ser do direito manifesto através de aspectos positivos expressa a confiança, típica da ciência da época, na possibilidade de uma descrição objetiva, “científica”, passível de confirmação “por meio da observação de fatos (‘externos’) verificáveis por outras pessoas”.¹⁶⁵ Não por acaso, Kelsen insistiu na possibilidade e necessidade de identificar e descrever o direito tal como é.¹⁶⁶

Contudo, sua teoria já apresenta alguns avanços na superação desse pressuposto metodológico. Um deles foi mencionado na explicação sobre os dois elementos que compõem os fatos jurídicos: evento sensorial realizado no espaço e no tempo (fato bruto) e sua significação jurídica (produzido por uma norma que serve como esquema de interpretação imperceptível por meio dos sentidos). No momento será dado destaque para outra justificativa de como a teoria kelseniana se esquadra, não de maneira direta, nos moldes fisicalistas.¹⁶⁷

Há pouco foi dito que o sentido *objetivo* do ato de vontade é dado por sua conformidade com uma norma superior. É isso que diferencia, na visão de Kelsen, uma ordem jurídica na sua clássica distinção com relação a um bando de salteadores. Considerado em si mesmo, o comando é o mesmo. Não faz diferença, analisando em termos meramente físicos, entre a ordem de um oficial de justiça para a entrega de um bem e o mesmo comando dado por um salteador que ameaça o descumprimento do seu ato de vontade com uma sanção. A diferença só ganha expressão quando se descreve “não o sentido subjetivo, mas o sentido objetivo do comando que um indivíduo endereça a outro”.¹⁶⁸

¹⁶⁴ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 54.

¹⁶⁵ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 55.

¹⁶⁶ A título de esclarecimento da teoria juspositivista é importante afirmar que a crença na possibilidade de descrição do direito caracteriza o denominado positivismo metodológico. Tese que “tem ao menos dois corolários: a tese das fontes sociais do direito e a tese da separabilidade entre direito e moral” (MACEDO JUNIOR, 2012, p. 36).

¹⁶⁷ Para explicação detalhada sobre o assunto, ver MACEDO JUNIOR, 2012, p. 55 ss.

¹⁶⁸ KELSEN, 2006, p. 49.

Isto é, o ato realizado pelo oficial de justiça – ao contrário do perpetrado pelo salteador – possui conformidade com uma norma, a qual também possui, dentro do escalonamento do ordenamento jurídico estatal, conformidade com outra norma *posta*. Contudo, a positivação do sistema possui um limite. Traduzindo para termos contemporâneos, é o caso de questionar qual norma determina a validade da Constituição e, portanto, que ela possua um sentido *objetivo*.

Para conferir completude lógica ao seu sistema, possibilitando estancar o regresso *ad infinitum* dessa cadeia de validade, Kelsen estatui a ideia de uma norma primeira, da qual todas demais são originárias, a denominada norma fundamental (“*Grundnorm*”).¹⁶⁹ Contudo, diferente das outras, essa norma não é posta pelo sistema, mas *pressuposta* enquanto ato de pensamento. Isto é, o último fundamento de validade da ordem jurídica é um fundamento condicional e hipotético – *pressuposto pela ciência jurídica* – de que os indivíduos se devem conduzir de acordo com o sentido subjetivo da Constituição e que devem ser executados atos de coerção sob os pressupostos fixados e na forma estabelecida pelas normas constitucionais, “quer dizer, desde que pressuponhamos uma norma por força da qual o ato a interpretar como ato constituinte seja de considerar como um ato criador de normas objetivamente válidas e os indivíduos que põem este ato como autoridade constitucional”.¹⁷⁰

A questão que poderia ser colocada se a explicação fosse interrompida neste momento é que se a norma fundamental – que indica a norma posta de onde se extrai a validade das outras normas da ordem jurídica – é um ato de pensamento dos cientistas do direito, nesse caso, “o mundo *objetivo* do direito depende, em última instância, da *subjetividade* daquele que o conhece, isto é, depende da decisão de alguém de adotar um determinado ponto de vista”.¹⁷¹ Para esse problema, Kelsen elabora uma resposta engenhosa. Segundo ele, a ordem do salteador não pode ser considerada pelos cientistas do direito como uma norma jurídica porque é isolada e seu sentido subjetivo não está em conformidade com o sentido objetivo de uma norma, pois não se pressupõe nenhuma norma fundamental, em última análise, porque o “ordenamento” dos salteadores “não tem aquela *eficácia* duradoura sem

¹⁶⁹ PHILIPPI, 2001, p. 356.

¹⁷⁰ KELSEN, 2006, p. 51.

¹⁷¹ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 60. (grifou-se).

a qual não é pressuposta qualquer norma fundamental que se lhe refira e fundamente a sua validade objetiva”.¹⁷²

A eficácia de determinada ordem jurídica é constatada por um juízo de fato. Da mesma maneira como um juízo de fato constata, no entendimento de determinada visão epistemológica, as evidências coletadas pelas ciências naturais. Em outras palavras, a exigência da observação empírica de um mínimo de eficácia do sistema normativo para a pressuposição do seu fundamento último de validade põe um fato bruto como condição de validade e objetividade jurídicas. Dessa forma, na Teoria Pura do Direito, o direito é em certa medida determinado tanto por fatos brutos, quanto pela subjetividade do sujeito cognoscente.¹⁷³

2.1.2 A virada hermenêutica no pensamento de Herbert Hart

Situado na tradição da teoria analítica do direito, Herbert L. A. Hart adianta no prefácio de sua mais célebre obra, *O conceito de direito*, a pretensão de aprofundar a compreensão do direito, “da coerção e da moral como fenômenos sociais *distintos* mas relacionados entre si”.¹⁷⁴ Motivado na perspectiva de formação de uma teoria do direito geral – desvinculada de qualquer sistema jurídico ou cultura jurídica específicos¹⁷⁵ – seu pensamento volta-se para a tentativa de *descrição* do “modo como os juristas e as pessoas comuns usam a linguagem do Direito”,¹⁷⁶ permitindo, assim, separar a obrigação jurídica do dever moral sem recair nos pressupostos fáticos das teses preditivas e realistas.¹⁷⁷

¹⁷² KELSEN, 2006, p. 53. (grifou-se). É interessante observar que Kelsen “não especifica o *quantum* dessa eficácia é necessário para a manutenção de uma ordem legal. Tal discussão deve se dar em termos de legitimidade – tema da ciência política e não da teoria do Direito” (SCHWARTZ; SANTOS NETO, 2008, p. 194). A falta dessa explicação aumenta ainda mais a dependência da objetividade do direito a considerações de ordem subjetiva.

¹⁷³ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 60.

¹⁷⁴ HART, 2009, p. IX. (grifou-se).

¹⁷⁵ HART, 2009, p. 309.

¹⁷⁶ STOLZ, 2007, p. 102.

¹⁷⁷ STOLZ, 2007, p. 108.

Hart observa a insuficiência do modelo teórico simples de John Austin de considerar o direito como um conjunto de ordens coercitivas do soberano baseadas em ameaças.¹⁷⁸ Para ele, uma definição do direito adequada às sociedades complexas, necessita distinguir dois tipos diferentes de normas, embora relacionados. As *normas primárias* que exigem que “os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não”.¹⁷⁹ E *normas secundárias*, parasitárias em relação às primeiras, pois “estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação”.¹⁸⁰ A pertinência e o valor desses conceitos podem ser compreendidos através de uma interpretação do caso reiteradamente mencionado na obra.

“A ordena a *B* que lhe entregue seu dinheiro e *ameaça* atirar nele se não for obedecido. De acordo com a teoria das ordens coercitivas, essa situação ilustra a noção de obrigação ou dever em geral. A

¹⁷⁸ Hart (2009, p. 103-4) resume da seguinte maneira os fracassos dessa teoria: “Primeiro, ficou claro que, conquanto a lei penal – que proíbe ou impõe determinados atos sob ameaça de punição – dentre todas as formas do direito seja a que mais se pareça com as ordens apoiadas por ameaças dadas por uma pessoa a outras, ela difere dessas ordens sob o aspecto importante de que normalmente se aplica também àqueles que a editam, e não apenas a terceiros. Em segundo lugar, há outros tipos de lei ou modalidades do direito, especialmente as que outorgam poderes jurídicos para exarar decisões ou legislar (poderes públicos), ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares) – modalidades essas que não podem, por absurdo, ser assimiladas às ordens apoiadas em ameaças. Em terceiro lugar, algumas normas jurídicas diferem das ordens quanto à sua origem, pois não foi por prescrição explícita, nem por nenhum modo análogo, que vieram a existir. Finalmente, a análise do direito em termos de um soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de qualquer limitação jurídica não pôde explicar a continuidade da autoridade legislativa, continuidade essa que é característica dos sistemas jurídicos modernos; e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas nem com o eleitorado, nem com o poder legislativo de um Estado moderno”.

¹⁷⁹ HART, 2009, p. 105.

¹⁸⁰ HART, 2009, p. 105.

obrigação jurídica é idêntica, apenas em maior escala”.¹⁸¹ Ressaltando de maneira ímpar na teoria jurídica o uso linguístico feito socialmente das expressões que envolvem o direito, Hart aponta que, nesse exemplo, seria correta a afirmação de que *B* foi “obrigado” a entregar o seu dinheiro, contudo, “é igualmente certo que estaríamos descrevendo mal a situação se disséssemos, sobre esses fatos, que *B* tinha a ‘obrigação’ ou o ‘dever’ de entregar o dinheiro”.¹⁸² Ao contrário da afirmação de que “foi obrigado”, “ter a obrigação” independe de qualquer consideração a respeito da potencialidade do dano compreendido pela ameaça ou mesmo de sua probabilidade de acontecer, pois “a afirmação de que alguém tinha, por exemplo, a obrigação de dizer a verdade ou de apresentar-se para o serviço militar, permanece verdadeira mesmo que tal pessoa acreditasse (com ou sem razão) que jamais seria descoberta e nada tinha a temer pela desobediência”.¹⁸³

Ao desferir essa crítica ao modelo proposto por Austin, Hart não desconsidera que o modelo do direito como ordens coercitivas trata de uma tentativa de tornar “mais concreta uma noção fugidia e difícil de compreender e a reformulava em termos claros, ‘concretos’ e *empíricos* como os usados pela ciência”¹⁸⁴ em alternativa a uma concepção metafísica da obrigação ou do dever. Contudo, a posição do teórico de Oxford considera a existência de outras maneiras de não recair na obscuridade metafísica sem necessariamente acreditar na ideia preditiva de obrigação como previsões de um mal provável.¹⁸⁵

O aspecto fundamental é que, para Hart, “onde existem normas, as infrações não são apenas motivos para prever-se que reações hostis se seguirão, [...] mas também uma *razão* ou *justificativa* para aquelas reações e para a aplicação dessas sanções”.¹⁸⁶ Por isso a distinção acima firmada entre “ser obrigado” e “ter a obrigação”. Entretanto, essa dimensão do direito só é compreensível a partir da noção de “ponto de vista interno” em detrimento do “ponto de vista externo” das normas. Um indivíduo pode se dispor a analisar a estrutura normativa de

¹⁸¹ HART, 2009, p. 107. (grifou-se).

¹⁸² HART, 2009, p. 107.

¹⁸³ HART, 2009, p. 108.

¹⁸⁴ HART, 2009, p. 109. (grifou-se).

¹⁸⁵ HART, 2009, p. 109.

¹⁸⁶ HART, 2009, p. 109. (grifou-se).

determinada sociedade de diferentes maneiras. Pode, nesse caso, se relacionar com as normas como mero observador que não as aceita e, assim, “se contenta em registrar as regularidades do comportamento observável nas quais consiste parcialmente a obediência às normas, e as outras reações regulares – reações hostis, recriminações ou punições – aos desvios ou infrações das normas”.¹⁸⁷ Contudo, para fazer apelo à noção de norma – e, por conseguinte, às noções de obrigação ou dever derivadas da norma – é preciso que um observador adote um ponto de vista interno, levando em conta “a forma como os membros do grupo que aceitam as normas veem seu próprio comportamento usual”.¹⁸⁸ Traduzindo essa distinção no conhecido exemplo de um jogo de xadrez, para um observador externo não há diferença entre o *hábito* do jogador de iniciar a partida movimentando o peão e a *regra* que determina o movimento do cavalo em “forma de L”, pois, sob o enfoque empírico, ambas as situações estão de acordo com o padrão de regularidade verificado. Referindo-se a esse observador, o autor afirma:

Agindo assim, ele omitirá toda uma dimensão da vida social daqueles a quem observa, já que, para estes, a luz vermelha não é apenas um sinal de que os outros irão parar: eles a veem como um *sinal para que* eles próprios parem e, portanto, como uma *razão* para parar, conformando-se assim às

¹⁸⁷ HART, 2009, p. 115.

¹⁸⁸ HART, 2009, p. 116. Stolz (2007, p. 108) explica essa noção da seguinte forma: “A adequação do comportamento de um indivíduo a uma norma é explicada mediante o conceito de *aceitação*. Verifica-se a aceitação não somente na forma de atuar de conformidade às normas (que mesmo sendo seguidas podem ser abertamente criticadas pelo aceitante), mas também observando-se o tipo de linguagem que utiliza e que geralmente é expressa da seguinte forma: eu (tu) devo (dever), eu (tu) tenho (tens), etc. Sintetizando: o ponto de vista interno define a conduta daqueles que aceitam as normas jurídicas e, em particular, define a conduta dos juízes, promotores, funcionários e profissionais jurídicos inseridos em um determinado contexto jurídico. Adota este ponto de vista quem assume o caráter obrigatório das normas, ou seja, as aceita como critério e guia da conduta própria e dos demais e cuja infração justa, segundo o aceitante, a respectiva imposição de sanções. Logo, aqueles que ocupam o ponto de vista interno, pronunciam enunciados internos – os únicos enunciados apto a justificar a coerção jurídica”.

normas que tornam a parada quando o farol está vermelho um padrão de comportamento e uma obrigação. Mencionar isso equivale a incluir na descrição a maneira como o grupo encara seu próprio comportamento, e significa referir-se ao aspecto interno das normas, visto do ponto de vista interno.¹⁸⁹

É exatamente do ponto de vista interno que, a depender da complexidade do sistema jurídico analisado, pode-se perceber os dois tipos de normas mencionados por Hart. Uma sociedade tradicional – pequena, desprovida de poder legislativo ou judicante, unida basicamente por laços de parentesco, sentimentos e convicções comuns – comporta normas primárias de obrigação, consistindo, dessa maneira, num conjunto de padrões isolados, sem nenhuma característica identificadora comum apta a possibilitar a formação de um sistema.¹⁹⁰ Nesse caso, as dúvidas sobre a existência ou mesmo sobre o âmbito de aplicação das normas, não são solucionáveis mediante um procedimento instituído para dirimir essa incerteza.¹⁹¹ “Pois, evidentemente, tal procedimento e o reconhecimento de algum texto ou pessoa autorizados supõem a existência de normas de um tipo diferente das normas de obrigação ou dever, que são, por hipótese, tudo o que o grupo possui”.¹⁹²

Para solucionar essa incerteza própria do regime de normas primárias, a transição do mundo pré-jurídico ao jurídico introduz uma

¹⁸⁹ HART, 2009, p. 116-7. (grifou-se). Mais adiante, prossegue: “O que o ponto de vista externo (que se restringe às regularidades observáveis do comportamento) não pode reproduzir é a maneira como as normas funcionam na vida daqueles que constituem normalmente a maioria da sociedade. São as autoridades, juristas ou indivíduos particulares que as utilizam, numa situação após a outra, como orientação para a vida em sociedade, como base para suas pretensões, exigências, consentimentos, críticas ou punições, isto é, em todas as transações costumeiras da vida ‘segundo a norma’. Para eles, a infração a uma norma não constitui apenas uma base para prever que haverá uma reação hostil, mas uma *razão* para a hostilidade” (Idem, p. 117).

¹⁹⁰ HART, 2009, p. 118-9.

¹⁹¹ HART, 2009, p. 119.

¹⁹² HART, 2009, p. 119-20. O autor refere-se, ainda, aos defeitos do caráter estático e da ineficiência dessa estrutura social. Ver Idem, p. 120-1.

norma secundária destinada à identificação conclusiva das normas primárias de obrigação que compõem o sistema jurídico, denominada por Hart de norma de reconhecimento, a qual “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”.¹⁹³ Assim, a norma de reconhecimento possibilita, através da formação de um critério supremo de validade, a articulação de um *sistema jurídico* distinto de outros sistemas normativos, como a moral, as regras de trato social, entre outros.¹⁹⁴ Esse critério de filiação, denominado por Dworkin de *teste de pedigree*, pode ser enunciado da seguinte forma: “uma norma pertence a um ordenamento jurídico S, se, e apenas se, satisfaz algum dos critérios formulados na regra de reconhecimento de S”.¹⁹⁵

Até este ponto da explicação do pensamento hartiano, pode-se perceber a “virada hermenêutica” produzida no campo da teoria do direito.¹⁹⁶ Mais do que uma nova teoria preocupada com a definição de um conceito de direito, Hart incorpora à agenda metodológica da teoria jurídica as novidades da filosofia da linguagem e, por conseguinte, uma crítica ao fisicalismo presente nas obras de Hans Kelsen e Alf Ross.¹⁹⁷ Para ele, diferente de outros conceitos determináveis por mera estipulação ou *per genus et differentiam*, o conceito de direito “deve ser buscado por meio da identificação das práticas sociais às quais ele se refere”,¹⁹⁸ isto é, um conceito *descritivo* do sentido socialmente associado a essa prática, permitindo distingui-lo, por exemplo, do conceito de moralidade.¹⁹⁹

¹⁹³ HART, 2009, p. 122.

¹⁹⁴ STOLZ, 2007, p. 106.

¹⁹⁵ STOLZ, 2007, p. 106-7.

¹⁹⁶ “Hermenêutica” designa, nesse contexto, um tipo de abordagem que considera a produção do sentido da ação como um elemento para o seu conhecimento. Sobre as justificativas para considerar a teoria de Hart como uma “virada hermenêutica”, ver MACEDO JUNIOR, 2012, p. 44-6.

¹⁹⁷ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 37; 42-3.

¹⁹⁸ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 39.

¹⁹⁹ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 40.

Sua ruptura com relação ao positivismo não se deu, dessa forma, em suas teses básicas definidoras do direito, já que persiste o propósito básico de distinção com a moralidade social e, dentre outras, a formação da ideia de sistema jurídico autônomo; mas pela superação da concepção de objetividade baseada numa “concepção absoluta do mundo”. A compreensão de objetividade utilizada por Hart volta-se para a própria *intencionalidade* do agente nas práticas juridicamente significantes e concebe, dessa forma, o conceito de objetividade como um conceito que depende de nós mesmos.²⁰⁰ Não no sentido kantiano de que a subjetividade possui “um papel constitutivo do objeto de conhecimento. O que a nova concepção de objetividade afirma, na verdade, é que nossos conceitos fundamentais para a compreensão do mundo [...] dependem de nossa experiência”. E, mais uma vez, complementa Ronaldo Macedo Junior: “Também é preciso ter cautela quanto a essa afirmação pois não se trata aqui da experiência tal como compreendida pela filosofia empirista (e fiscalista), como um fato do mundo. Trata-se, antes, da existência de algum tipo de *forma de vida compartilhada*”.²⁰¹

Nesse sentido, quando Hart introduz a ideia de que existe uma norma secundária de reconhecimento identificável a partir de um ponto de vista interno do sistema jurídico, o conceito de direito deixa de ser uma questão de simples verificação de um fato bruto como a existência de ordens baseadas em ameaças do soberano (Austin) ou o fato psicológico do sentimento de obrigação (Ross), pois o sentido interno pauta-se na existência de *razões* ou *justificações* e não de fatos para o reconhecimento das normas. “Quando estamos seguindo uma regra, esta funciona como uma explicação e uma justificação que admitimos ou

²⁰⁰ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 42-3.

²⁰¹ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 93-4. (grifou-se). Explicando essa questão de maneira mais clara: “Na visão de Hart/Wittgenstein, a existência fiscalista para a objetividade é um *nonsense*. O que ela exige é um critério estranho à gramática da linguagem que se está a empregar. Ao se formular tal exigência, o erro filosófico no qual incorre o fiscalismo é confundir os jogos de linguagem que estão sendo jogados, é não reconhecer corretamente as regras gramaticais da linguagem que se usa quando se fala da objetividade. Nesse sentido, o cético que nega a existência da objetividade porque não encontra fatos no mundo que possam garantir a sua existência comete um erro filosófico, não porque seja possível oferecer a ele um critério fático de verdade que ele afirma inexistir, mas sim porque ele exige e busca um critério fático quando não faz sentido exigí-lo ou buscá-lo” (Idem, p. 97).

oferecemos quando nos perguntam sobre *as razões* de nossos comportamentos”.²⁰² Por essa razão, Macedo Junior afirma que:

A abordagem hartiana do direito pode ser caracterizada como hermenêutica porque descreve a prática jurídica levando em consideração a forma como esta é percebida e intencionalmente guiada pelos agentes. A intencionalidade, diferentemente de uma causalidade mecânica verificável no mundo físico, envolve pensamento e deliberação e, portanto, *propósito*. Brian Bix chama corretamente a atenção para o fato de que a abordagem hartiana inovou o campo da teoria do direito de matriz anglo-saxã, nela impondo uma ‘virada hermenêutica’, ao incorporar a intencionalidade identificada no *ponto de vista interno* das práticas jurídicas.²⁰³

Contudo, há um aspecto da teoria hartiana que ainda demanda maiores esclarecimentos e ela remete diretamente ao fundamento, à origem da norma de reconhecimento, ou melhor, à maneira de realizar sua identificação. Apenas para efeito comparativo, é interessante rememorar que, para Kelsen, a norma fundamental era pressuposta enquanto ato de pensamento dos cientistas do direito diante de sua eficácia duradoura. Hart responde essa questão de maneira própria.

Para o teórico de Oxford, antes de mais nada, sua teoria do direito compunha o que denominava de teoria do direito geral e descritiva, buscando fornecer “uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexa, dotada de um aspecto regulatório (e, nesse sentido, ‘normativo’)”.²⁰⁴ Acreditava, assim, que sua formulação intelectual era moralmente neutra e sem fins de justificativa, o que chegou a denominar de “sociologia descritiva”.²⁰⁵ Era com essa senda de neutralidade que Hart entendia que os sistemas jurídicos complexos possuem *critérios* válidos para a identificação das

²⁰² MACEDO JUNIOR, 2012, p. 85.

²⁰³ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 89.

²⁰⁴ HART, 2009, p. 309.

²⁰⁵ HART, 2009, p. X; 309.

normas primárias de obrigação, utilizáveis tanto por indivíduos quanto pelas autoridades públicas.²⁰⁶

Para identificar esse critério de identificação de normas, entretanto, não basta recorrer a sua formulação como norma, pois raramente pode ser encontrado de maneira expressa. Sua existência fica, na visão de Hart, “*demonstrada* pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos”.²⁰⁷ “O emprego dessas normas implícitas de reconhecimento pelos tribunais e outras instâncias na identificação das normas específicas do sistema é característico do ponto de vista interno”.²⁰⁸ Não que seja necessário aceitar as normas de determinado sistema como diretrizes, mas, mesmo numa observação do ponto de vista externo, é preciso registrar o *fato* de que o grupo analisado aceita tais normas, ou melhor, aceita a maneira de identificar as normas que compõem o seu sistema.

Diante desse argumento três questões se apresentam. A *primeira* remete ao papel que a efetividade exerce nesse modelo, pois se a saída final de Kelsen se deu pela via da eficácia (um fato bruto), é preciso indagar até que ponto a virada hermenêutica foi suficiente para evitar uma solução aproximada. Diferente do jurista austríaco,²⁰⁹ esse problema não surge quando se trata da análise da validade de uma norma individual, pois, para Hart, a eficácia somente implica em desconsiderar a validade de alguma norma particular se a norma de reconhecimento incluir entre seus critérios “a condição (às vezes denominada norma de dessuetude) de que nenhuma norma seja considerada como pertencente ao sistema se houver deixado de ser eficaz há muito tempo”.²¹⁰ Nesse caso, não é a eficácia que condiciona a validade, mas os critérios impostos pela própria norma de filiação. Situação diferente da ineficácia de uma norma é a desconsideração

²⁰⁶ HART, 2009, p. 130.

²⁰⁷ HART, 2009, p. 131.

²⁰⁸ HART, 2009, p. 132.

²⁰⁹ Sobre esse tópico Kelsen (2006, p. 12) afirma: “Uma norma que nunca em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costumase dizer – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente)”.

²¹⁰ HART, 2009, p. 133.

generalizada pelas normas do sistema. Pois, nessa situação, o que falta é o próprio “contexto normal” ou “plano de fundo” que permite às pessoas fazerem enunciados internos em termos das normas do sistema.²¹¹ Sobre esse ponto, esclarece Stolz, que

da regra de reconhecimento não se predica validade, e sim existência – entendida aqui no sentido de existência fática. E para que dita regra exista é: (a) suficiente que ela seja habitualmente obedecida pelos cidadãos; e (b) necessariamente aplicada pelas *Law-enforcing agencies* do ordenamento jurídico. A obediência dos sujeitos – sejam destinatários ou operadores jurídicos – é, em última instância, a única dimensão da qual se predica a existência de um sistema jurídico. Neste sentido, estará descartada a possibilidade de incluir como outra condição para a validade de toda e qualquer norma jurídica a correção moral do seu conteúdo.²¹²

Em outras palavras, é inegável que o conceito de objetividade utilizado por Hart rompe com os critérios fiscalistas do positivismo de outrora ao buscar a identificação do direito a partir da *intencionalidade* dos agentes envolvidos na prática analisada, o que remete a teoria do direito à busca por *razões* e não por *fatos*. Contudo, não está claro em que medida, imputar a existência da norma de reconhecimento a critérios fáticos torna a teoria do direito uma atividade puramente descritiva e, nesse caso, semelhante às ciências naturais, um problema de identificação de fatos puros.

²¹¹ HART, 2009, p. 133-4. Prossegue o autor em sua explicação: “Em tais casos, em geral *não haveria sentido* em avaliar os direitos e deveres de pessoas específicas tendo como referência as normas primárias do sistema, ou avaliar a validade de qualquer das normas deste em relação a suas normas de reconhecimento. Insistir em aplicar um sistema de normas que nunca foi realmente eficaz ou descartado seria, exceto nas circunstâncias específicas mencionadas abaixo, tão infrutífero quanto avaliar o desenrolar de um jogo por meio da referência a uma regra que nunca foi aceita ou que foi abandonada” (Idem, p. 134).

²¹² STOLZ, 2007, p. 107.

A *segunda* questão, não sem conexão com a primeira, que se apresenta na explicação de Hart sobre a identificação da própria norma de reconhecimento é sobre, em que medida, a “incerteza” em sua definição configura, em última análise, sua inexistência. Evitando antecipar as críticas de Dworkin a esse conceito hartiano,²¹³ esse tópico prescinde de pelo menos duas noções desenvolvidas em *O conceito de direito*: a tese dos fatos sociais e a ideia de textura aberta das normas.

Como já foi explicado, mesmo avançando na metodologia da teoria do direito, Hart escrevia com claros propósitos juspositivistas, isto é, malgrado dedicasse parcela significativa de sua obra à crítica de um autor central para o positivismo como John Austin, sua pretensão era manter a autonomia do direito em detrimento da metafísica do discurso jusnaturalista. Não era possível ao teórico de Oxford justificar a existência de um sistema jurídico conceitualmente autônomo ou, em outras palavras, afirmar que determinado ordenamento *é* jurídico a despeito de sua eventual injustiça, sem afirmar um critério, em alguma medida, *objetivo* responsável por determinar o que está “dentro” e o que está “fora” do direito. Sua inovação foi a maneira com que buscou esse critério: fazê-lo depender não da simples ameaça de um soberano ilimitado, mas da disseminação na estrutura social – sob o ponto de vista interno – de padrões críticos do comportamento oficial das autoridades do sistema.²¹⁴ Correndo o risco de alguma imprecisão conceitual, o que

²¹³ Ver tópico 2.2: Aposta metodológica de Ronald Dworkin: uma redefinição da objetividade jurídica.

²¹⁴ Estas citações diretas da obra de Hart podem ajudar no entendimento dessa afirmação: “Se apenas alguns juízes, em caráter pessoal e ‘por sua própria conta’, trabalhassem baseados no fato de que aquilo que o Parlamento promulga em nome da Coroa é lei, e não criticassem aqueles que não respeitassem essa norma de reconhecimento, a unidade e a continuidade que caracterizam um sistema jurídico teriam desaparecido. Pois estas dependem da aceitação, nesse aspecto crucial, de padrões comuns de validade jurídica” (2009, p. 149-50). Mais adiante, afirma: “Na estrutura mais simples, como não há autoridades, as normas precisam ser amplamente aceitas como instituidoras de padrões críticos para o comportamento do grupo. Se o ponto de vista interno não estiver amplamente disseminado naquela estrutura social, não poderá, logicamente, haver norma alguma. Mas, onde exista a união de normas primárias e secundárias – que é, como sustentamos, a maneira mais frutífera de conceber um sistema jurídico –, a aceitação das normas como padrões comuns para o grupo pode ser separada da questão relativamente passiva do consentimento individual às normas por meio da obediência em

Hart quer dizer é que existe um “consenso” intersubjetivo sobre *como* identificar socialmente as normas do sistema, mesmo que individualmente alguns sujeitos discordem desses padrões ou mesmo do resultado (das normas primárias identificadas). Nesse caso, o conteúdo do direito torna-se uma questão de fato social – identificável, por exemplo, na legislação, nos precedentes – independente da moralidade das autoridades responsáveis por lhe conferir aplicação.

O acordo convencional em torno da norma de reconhecimento não implica, entretanto, o desconhecimento do teórico de Oxford da possibilidade de divergências sobre o que ela exige em determinados casos. Este é um bom momento para introduzir a própria concepção hartiana de decisão. Segundo Sheila Stolz, a teoria de Hart funda uma teoria das *horas de vigia*, “em que a interpretação do Direito não apresenta excessivos problemas, pois está fundamentada na obviedade da linguagem jurídica encontrada nas normas, convenções e práticas que constituem a linguagem natural ou comum de uma sociedade”.²¹⁵ Por outro lado, a textura aberta das normas jurídicas faz com que, em alguns momentos, diferentes respostas possam ser obtidas discricionariamente pela autoridade responsável pela aplicação do direito. Em outras palavras, Hart entende que os juízes possuem um poder intersticial que, mesmo sujeito a restrições substantivas, exigem a criação do direito, configurando uma espécie de meio termo entre um ceticismo e um formalismo em relação às normas. Para ele, não se trata de um poder arbitrário, pois deve ser capaz de justificar a decisão mediante “razões gerais” e, assim, “atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores. Mas, desde que satisfaça as condições, o juiz tem o direito de seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes diante de casos difíceis semelhantes”.²¹⁶

caráter exclusivamente pessoal. [...] Num tal sistema complexo, só as autoridades aceitariam e utilizariam os critérios de validade jurídica do sistema. Uma sociedade assim poderia ser deploravelmente subserviente e acarneirada, e os carneiros poderiam acabar no matadouro; mas não há motivos para pensarmos que não poderia existir ou para negar-lhe a qualificação de sistema jurídico” (2009, p. 151).

²¹⁵ STOLZ, 2009, p. 111.

²¹⁶ HART, 2009, p. 352.

Sintetizando esse segundo problema apresentado, se a norma de reconhecimento é uma questão de critérios compartilhados publicamente para a definição do direito, a incerteza quanto aos seus critérios coloca em xeque sua própria natureza consensual e, portanto, sua própria existência. Hart oferece basicamente uma resposta em *O conceito de direito*.²¹⁷ Após apresentar o paradoxo dos tribunais exercerem poderes de criação que estabelecem os critérios últimos de teste da validade das leis que lhe conferem jurisdição, responde que o paradoxo é solucionado quando lembramos que

embora toda norma possa ter seus pontos discutíveis, uma condição verdadeiramente necessária para a existência de um sistema jurídico é que nem toda norma possa ser posta em dúvida em todos os seus aspectos. A possibilidade de os tribunais terem, em determinado momento, autoridade para decidir essas questões restritivas referentes aos critérios últimos de validade depende apenas do fato de que, à época, a aplicação desses critérios a uma vasta área do direito, inclusive às normas que conferem autoridade aos próprios tribunais, não deixam margem a dúvidas, embora dúvidas existam quanto à extensão e ao limite precisos da norma.²¹⁸

A terceira e última questão aqui levantada sobre a explicação que Hart fornece acerca da identificação da norma de reconhecimento nos sistemas jurídicos complexos encontra seu fundamento na proposta conceitual de Dworkin e consiste em indagar: é possível e em que consiste a atividade de descrever o direito? Qual sua relação com a avaliação ou justificação (moral) do direito?²¹⁹

²¹⁷ Outra resposta pode ser obtida no *Pós-escrito*, em resposta a Dworkin, tema que será tratado posteriormente.

²¹⁸ HART, 2009, p. 197.

²¹⁹ Ver tópico 2.3: A interpretação moral do direito no jogo interpretativo.

2.2 Aposta metodológica de Ronald Dworkin: uma redefinição da objetividade jurídica

A despeito da existência de diferentes maneiras de explicar a teoria desenvolvida por Dworkin, para compreender a originalidade de seu pensamento – e, em certo sentido, sua influência nos debates em torno dos modos de identificação do direito – faz-se necessário explicar “os pressupostos metodológicos e epistemológicos que subjazem a sua crítica ao conceito de objetividade jurídica acolhido pelas teorias jurídicas rivais”.²²⁰

Dworkin construiu toda uma reflexão em torno do problema de saber em que consiste a pergunta sobre o conceito de direito. Como visto, Hart responde esse questionamento com o argumento de que se propõe apenas a *descrever* a maneira com que as autoridades jurídicas constituem critérios para a identificação do direito. Contudo, para Dworkin, o termo “descritivo” é muito ambíguo, à medida que existem muitas maneiras pelas quais uma prática social pode ser descrita.²²¹ Lembra, assim, que como o próprio Hart e seus partidários reconhecem, a atividade de descrever é sempre “uma iniciativa normativa em *algum* sentido: qualquer teoria descritiva opta por uma explicação de alguns fenômenos como mais reveladora, evidente, útil ou algo do gênero”.²²² Não existe, portanto, um ponto de vista *arquimediano* em que teorias filosóficas ou conceituais possam descrever práticas sociais normativas de maneira neutra no âmbito das controvérsias que constituem a própria prática.²²³

A questão passa a ser o tipo de conceito envolvido na pergunta sobre o conceito de direito, isto é, o próprio conceito de conceito. Alguns conceitos são *criteriais*: “partilhamos o conceito quando, e só quando, utilizamos os mesmos critérios para identificar exemplos. As

²²⁰ MACEDO JUNIOR, 2010.

²²¹ Nas palavras esclarecedoras do autor: “o termo ‘descritivo’ é ambíguo – há muitas maneiras ou dimensões nas quais uma prática social pode ser ‘descrita’. Portanto, os arquimedianos devem escolher um sentido mais preciso de descrição caso pretendam tornar sua posição defensável. Só que eles não podem fazê-lo: cada sentido de ‘descrição’, individualmente considerado, mostra-se claramente inaplicável” (DWORKIN, 2010, p. 209).

²²² DWORKIN, 2010, p. 234.

²²³ DWORKIN, 2010, p. 208.

pessoas partilham o conceito de triângulo equilátero, por exemplo, quando todas usam um teste particular [...] para identificar espécimes”.²²⁴ Em alguns momentos, esse tipo de conceito pode cair num desacordo ilusório sobre o uso correto em circunstâncias limítrofes. É o que ocorre quando concordamos com a quantidade de fios de cabelo que determinada pessoa possui, mas discordamos de maneira apenas “verbal” sobre se essa situação configura ou não um careca. Trata-se, nesse caso, de um conceito criterial vago, pois a concordância em relação aos critérios corretos não elimina as divergências quanto ao leque de aplicações.²²⁵ Dworkin destaca, ainda, um segundo tipo de conceito denominado de *tipo natural*, os quais possuem “identidade fixa na natureza, como um composto químico ou uma espécie animal”.²²⁶ Assim, ao contrário dos conceitos criteriais que dependem de critérios que podem ocasionar divergências no momento de exemplificar, o conceito de tipo natural tem um apoio na essência biológica do que se quer afirmar. “Se o leitor compreender o ADN, e se os testes mostrarem que a criatura que vimos tinha o ADN de um leão, mudaria provavelmente de opinião acerca de reconhecer leões que falam”.²²⁷ Por outro lado, os dois se assemelham no ponto de que partilhar um conceito de um desses tipos exige admitir “um *teste decisivo* – uma espécie de processo de decisão – para decidir quando aplicar o conceito (salvo em casos que concordam ser marginais). O desacordo genuíno sobre aplicação é descartado quando todos os factos pertinentes são objetos de concórdia”.²²⁸

Contudo, o conceito de direito, assim como outros conceitos políticos como o de liberdade, igualdade, democracia, lei, justiça, legitimidade é um conceito *interpretativo*. Nesse caso, partilhar um conceito interpretativo significa que “o nosso comportamento coletivo, ao usarmos esse conceito, se explica melhor considerando que o seu uso correto depende da melhor justificação do papel que para nós desempenha”.²²⁹ Não existe, ao contrário dos outros conceitos, um teste decisivo que configure seu uso correto, pois partilhar do conceito não

²²⁴ DWORKIN, 2012, p. 166.

²²⁵ DWORKIN, 2012, p. 166-7.

²²⁶ DWORKIN, 2012, p. 167.

²²⁷ DWORKIN, 2012, p. 167.

²²⁸ DWORKIN, 2012, p. 168. (grifou-se).

²²⁹ DWORKIN, 2012, p. 166.

significa concordância na sua aplicação aos fatos pertinentes, mas apenas a manifestação de “uma compreensão de que a sua aplicação correta é fixada pela melhor interpretação das práticas em que figuram”.²³⁰ Isso faz com que o uso dos conceitos interpretativos seja consistente com diferenças muito grandes de opinião e, em alguns casos, totalmente irreduzíveis. É consistente, inclusive, “com o facto de algumas pessoas que partilham o conceito negarem que exprima algum valor”.²³¹

Segundo Dworkin, se os conceitos interpretativos não possuíssem essa natureza e, portanto, fossem “neutros”, sem implicações para o debate de questões substantivas, não haveria nenhuma razão para que filósofos, políticos e cidadãos perdessem tanto tempo nessa discussão. Nesse sentido, a versão arquimediana – que o positivismo hartiano é elencado como um dos exemplos no âmbito da teoria jurídica – “ignora o modo como os conceitos políticos realmente funcionam na argumentação política. Eles servem de patamares abstratos para o consenso”.²³² A *divergência* teórica dos juristas em torno do conceito de direito, assim como as diferentes contestações de filósofos sobre o verdadeiro conceito de liberdade ou de justiça, não significa que eles não conheçam a maneira com que determinados grupos empregam o termo. Apenas esses conceitos funcionam no discurso comum como “*conceitos interpretativos de valor*: seu sentido descritivo é contestado, e a contestação gira em torno de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor”.²³³

Na visão do jurista norte-americano, as pessoas não usam o conceito de direito levando em conta os critérios aceitos consensualmente que estabeleceriam um teste decisivo sobre o que o direito exige em determinado caso. Pelo contrário, para Dworkin, as pessoas *divergem*²³⁴ sobre o que o direito realmente exige. Não existem,

²³⁰ DWORKIN, 2012, p. 168.

²³¹ DWORKIN, 2012, p. 169.

²³² DWORKIN, 2010, p. 210.

²³³ DWORKIN, 2010, p. 212.

²³⁴ Dworkin desenvolve os contornos básicos do que seria uma teoria da divergência no direito. Suas distinções contribuem na eliminação de falsas controvérsias que envolvem as dúvidas sobre a identificação do direito. Nesse sentido, esclarece que as divergências de juízes e advogados a propósito da verdade de uma proposição jurídica pode ser *empírica* (se a lei existe, se o fato ocorreu, etc.) ou *teórica* (aquilo que a lei é, isto é, quando a verdade ou a

assim, critérios comuns ou regras fundamentais que as pessoas ou as autoridades jurídicas seguem para colocar rótulos jurídicos nos fatos.²³⁵ Uma imensa prática social foi criada exatamente em torno da elaboração, contestação, defesa e interpretação judicial das alegações sobre o que o direito proíbe, permite ou exige dos cidadãos.²³⁶ Os juízes ao assumirem o encargo de tomar decisões em nome do direito, “reconhecem o dever de continuar o desempenho da profissão à qual aderiram, em vez de descartá-la. Então desenvolvem, em resposta a suas próprias convicções e tendências, teorias operacionais sobre a melhor interpretação de suas responsabilidades nesse desempenho”.²³⁷ Nesse sentido, assim como um filósofo que se destine a interpretar a “cortesia” ou a “justiça”, um filósofo do direito e um juiz irão interpretar o conceito de direito *construtivamente*, tentando “apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática”.²³⁸

Para um juspositivista, preocupado com o problema da objetividade na determinação do conteúdo do direito a despeito da existência de eventuais divergências nos valores morais das autoridades, essa afirmação de Dworkin parece um chamado ao arbítrio do intérprete. A mudança empreendida pela teoria da integridade, entretanto, consiste na própria crítica ao ceticismo sobre o valor, para o qual Dworkin oferece um argumento igualmente valorativo: a *responsabilidade*. Segundo ele, o fato da política ser coerciva, faz com que a velha questão dos filósofos sobre se “os juízos morais podem ser realmente verdadeiros” seja uma questão fundamental e inevitavelmente de *moralidade política*. Portanto, na sua visão, para que estejamos à altura de nossa responsabilidade como governantes ou cidadãos, é necessário

falsidade de outras proposições mais conhecidas torna uma proposição jurídica específica verdadeira ou falsa) (DWORKIN, 2007, p. 7-8). Em outras palavras, pode-se questionar: “Em primeiro lugar, o que aconteceu? [...] Em segundo lugar, qual é a lei pertinente? [...] Por último, se a lei negar o ressarcimento, será injusto? Se for injusto, devem os juízes ignorar a lei e assegurar a indenização de qualquer modo?” (DWORKIN, 2007, p. 5-6).

²³⁵ DWORKIN, 2007, p. 112.

²³⁶ DWORKIN, 2010, p. 230.

²³⁷ DWORKIN, 2007, p. 109.

²³⁸ DWORKIN, 2007, p. 112.

supor “que os princípios morais e outros em nome dos quais agimos ou votamos são *objetivamente* verdadeiros”.²³⁹ Entretanto, o fato de reconhecer que os intérpretes possuem responsabilidades críticas – cuja melhor interpretação é aquela “que melhor assuma essas responsabilidades nessa ocasião”,²⁴⁰ – não implica em desconhecer que os intérpretes irão discordar sobre o próprio valor dessa interpretação.²⁴¹ Em que consiste, então, essa objetividade?

Dworkin defende o que denomina, talvez provocativamente, de *independência metafísica do valor*: “Trata-se da ideia familiar e absolutamente vulgar de que algumas ações – torturar bebês por divertimento – são erradas em si próprias, e não só porque as pessoas as consideraram erradas. Continuariam a ser erradas mesmo que, incrivelmente, ninguém assim as considerasse”.²⁴² Diz-se que talvez essa afirmação seja provocativa porque evidentemente Dworkin não parte de um ponto de vista metafísico. Antes, ao contrário, busca denunciar a metafísica contida na perspectiva que critica a objetividade do valor. Para ele, o que faz com que os juízos de valor sejam verdadeiros, caso o sejam, não é uma eventual correspondência substantiva com propriedades que existem no universo. Não existe um estado distinto do mundo – algo que se possa denominar de “morões” – capaz de provar a verdade de uma opinião moral assim como as partículas físicas tornam verdadeiras as opiniões da física.²⁴³ Não há um plano metafísico neutro no qual possa se basear para decidir qual teoria sobre o direito ou qualquer outra opinião seja melhor ou verdadeira.²⁴⁴ Afirma, portanto, que “os juízos de valor são verdadeiros, quando são verdadeiros, não em virtude de alguma correspondência, mas sim face à defesa substantiva que deles pode ser feita. *O domínio moral é o domínio do argumento, e não do facto bruto e material*”.²⁴⁵

²³⁹ DWORKIN, 2012, p. 20. (grifou-se).

²⁴⁰ DWORKIN, 2012, p. 19.

²⁴¹ DWORKIN, 2012, p. 19.

²⁴² DWORKIN, 2012, p. 20-1.

²⁴³ DWORKIN, 2012, p. 41.

²⁴⁴ DWORKIN, 2012, p. 23-4.

²⁴⁵ DWORKIN, 2012, p. 23. (grifou-se). Sobre a centralidade do *argumento* na teoria de Dworkin, Guest (2010, p. 15-6) afirma: “[...] Você perceberá que descrevi o seu interesse direto pelo ‘argumento jurídico’. Esta preocupação é prevalente em seu trabalho, especialmente em sua teoria jurídica, e é útil

Dessa forma, a objetividade dos juízos morais é defendida por Dworkin não reiterando a existência de uma instância capaz de garantir uma verdade impassível de dúvidas, mas exatamente desmitificando a esperança de que em algum momento se possa encontrar um “papel de tornassol: um teste do bom argumento moral que não reafirme a questão a que tenta responder pressupondo já alguma teoria moral controversa”.²⁴⁶ A própria epistemologia moral de Dworkin não está para além de uma teoria moral substantiva de primeira ordem. Não existe, assim, um argumento conclusivo capaz de *demonstrar* que opiniões são verdadeiras, o que termina por submeter todo intérprete a uma espécie de circularidade, pois o rigor de convicções morais só pode ser testado através de mais convicções morais.²⁴⁷ Nesse caso, entende-se que a objetividade dworkiana consiste num *pedido moral* de responsabilidade moral aos concidadãos em suas opiniões, provocando o desafio filosófico mais profundo de “dar sentido à ideia de que há um sucesso ímpar a ser alcançado pela pesquisa, mesmo que esta pesquisa

entender desde logo a sua intenção de cultivar em nós uma postura *argumentativa* para com o direito. Na verdade, é útil para o entendimento de seu trabalho pensar nele como um advogado, ou juiz, explicando em detalhe os argumentos pertinentes à sua função. Ele, porém, é diferente do advogado comum, porque se incumbiu da tarefa de justificar *completamente* todos os argumentos concebíveis. E, além disso, no fim do dia, ele quer a melhor justificação possível para tomar uma decisão que afeta as pessoas”. Ver também DWORKIN, 2007, p. 17.

²⁴⁶ DWORKIN, 2012, p. 108.

²⁴⁷ DWORKIN, 2012, p. 108. A crítica de Dworkin (2012, p. 129) avança na desconsideração da existência de um ponto de vista terceiro acima das partes em disputa em determinada controvérsia moral: “Duas pessoas que raciocinem de forma responsável e encontrem convicção naquilo em que acreditam chegarão a conclusões diferentes sobre o que é certo e errado. Mas partilharão a crença de que há uma compreensão e uma compreensão errada sobre o que é certo e errado. Uma terceira pessoa pode desafiar essa crença partilhada: pode pensar que o facto do desacordo deles indica que não há verdade para ser encontrada. Mas trata-se apenas de uma terceira opinião do mesmo tipo, uma terceira posição moral a avaliar. Talvez a terceira pessoa não consiga convencer as duas primeiras a abandonarem a crença que partilham. Neste caso, está na mesma posição que as outras; não há um porto de abrigo filosófico por perto. Cada um de nós tem de acreditar naquilo em que acredita responsabilmente. Estamos todos numa espécie de limbo, ainda que não seja o mesmo limbo”.

seja interpretativa e não empírica ou lógica, mesmo que esta pesquisa não admita demonstrações nem prometa convergência”.²⁴⁸

No entendimento de Dworkin, as teorias positivistas – e a obra de Hart é o alvo preferencial nesse sentido – falharam especialmente por não compreenderem a natureza do conceito de direito, recaindo no que optou por denominar de *agulhão semântico*: a pessoas têm uma certa imagem da divergência na qual “pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos *critérios* para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses”.²⁴⁹ A teoria positivista teria se equivocado, portanto, por entender o conceito de direito como criterial e, assim, terminaram oferecendo uma explicação coerente sobre a prática jurídica em matéria de *divergências empíricas* – que palavras devem ser encontradas no texto de alguma lei, ou quais eram os fatos em alguma decisão judicial anterior (fatos históricos ou sociais).²⁵⁰ Mas, ao entender a objetividade da metodologia da teoria do direito como a possibilidade de fornecer um fato bruto na determinação do conteúdo do direito, deixaram de lados as *divergências teóricas* que dizem respeito às condições de verdade das proposições jurídicas.

Essa crítica não possui a pretensão de negar a contribuição da norma de reconhecimento proposta por Hart enquanto tentativa explicativa do direito, à medida que “ela permite reconhecer o enraizamento do direito numa determinada comunidade de indivíduos, evitando e dispensando qualquer tipo de referência a um ideal transcendental, universal ou a-histórico para o direito”.²⁵¹ Contudo, Dworkin consegue explicar esses aspectos sem recair numa concepção absoluta do mundo. Segundo ele, ao contrário do que acreditam as vítimas do agulhão semântico, as instituições não são identificadas por uma definição comum, o que há é um consenso – uma espécie de acordo pré-interpretativo e local – sobre quais práticas são práticas jurídicas, o que possibilita que os juristas diverjam sobre a melhor interpretação sem deixar de referirem-se aos mesmos dados.²⁵² Não existe uma norma

²⁴⁸ DWORKIN, 2012, p. 129.

²⁴⁹ DWORKIN, 2007, p. 55. (grifou-se).

²⁵⁰ DWORKIN, 2007, p. 56.

²⁵¹ MACEDO JUNOR, 2012, p. 128.

²⁵² DWORKIN, 2007, p. 113.

fundamental ou norma de reconhecimento, portanto, a determinarem a obediência à Constituição, por exemplo. Essa é uma simples opinião que os juristas brasileiros definem como verdade, sem a qual não poderiam ser considerados integrantes da comunidade jurídica.

As divergências teóricas atingem, como já levantado, a própria existência da norma de reconhecimento.²⁵³ Em resposta às objeções dworkianas, Hart afirma, no seu *Pós-Escrito*, que os princípios jurídicos podem ser identificados por critérios derivados da norma de reconhecimento, desde, claro, que ela previsse tal critério interpretativo.²⁵⁴ Contudo, ensina Dworkin, levando em conta a situação das cláusulas constitucionais abstratas da Constituição norte-americana não existe qualquer “consenso nem a favor nem contra a interpretação moral da Constituição: ao contrário, essa questão é objeto de feroz divergência”.²⁵⁵ O fato, portanto, de dois juristas divergirem profundamente sobre a questão de incluir a moralidade nas condições de veracidade de determinada proposição jurídica (divergência teórica) não implica que não possuam suficiente conhecimento das regras fundamentais utilizadas pelos juristas na identificação do direito. É exatamente por conhecerem o conceito *interpretativo* de direito que buscam justificar sua proposição como mais adequada ao valor representado em algum sentido pela prática jurídica.²⁵⁶

²⁵³ Assim afirma Macedo Junior (2012, p. 140): “não se pode pura e simplesmente admitir que exista um acordo convencional (consenso) sobre a natureza e a identidade da regra de reconhecimento. Se sobre ela mesma há controvérsia, se ela não pode ser vista como ‘uma questão de fato’, então a base do positivismo jurídico estaria em perigo. Se as regras sociais se assentam sobre um acordo, onde poderíamos encontra-las quando o que se verifica é o desacordo?”.

²⁵⁴ HART, 2009, p. 341-3.

²⁵⁵ DWORKIN, 2010, p. 238.

²⁵⁶ Dworkin (2010, p. 322-3) critica da seguinte forma essa limitação da teoria positivista: “não podemos afirmar que a teoria jurídica deve identificar a natureza essencial daquilo que os juristas, ostentando seu conhecimento profundo, admitem consensualmente em sua identificação do direito. O positivismo analítico-doutrinário mostra que as opiniões dos juristas normalmente coincidem em escala considerável: em geral, existe uma vasta área de direito baseado nas fontes que, durante algum tempo, permanece incontestada entre eles. Essa modalidade de positivismo considera então que essa área de convergência esgota a extensão do conceito doutrinário de

2.3 A interpretação moral do direito no jogo interpretativo

Como visto, na perspectiva dworkiana o conceito de direito é interpretativo, trazendo a necessidade de aprofundar mais no próprio conceito de interpretação e, por conseguinte, de que maneira ele é relevante desde a definição de uma metodologia para a teoria do direito até a atividade decisória desempenhada na prática pelos juristas.

Dworkin ressalta que as pessoas interpretam em muitos contextos diferentes. Elas podem interpretar uma conversa com o intuito de decidir o que uma outra pessoa disse. Existe também a interpretação científica na qual se busca, após a coleta de dados, sua explicação. Ou então a interpretação artística em que os críticos têm a finalidade de justificar algum ponto de vista sobre o significado, tema ou propósito de poemas, peças, pinturas. Afirma, assim, que a interpretação sobre o direito, isto é, 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 delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica”.²⁵⁷ Entende, nesse sentido, que ambas podem ser denominadas de interpretação criativa em detrimento da interpretação conversacional e da interpretação científica.²⁵⁸

Para o jurista norte-americano, ao contrário da interpretação conversacional que se preocupa com os propósitos ou intenções do autor ou da interpretação científica voltada para a causa dos fenômenos, a interpretação criativa é “construtiva” no sentido de que se importa essencialmente com o *propósito*, mas, para ele, “os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o

direito; e declara que a natureza essencial do direito, assim identificada, é baseada nas fontes. Trata-se de uma invenção forjada e circular, e não da descoberta de uma natureza essencial”. Ver também DWORKIN, 2007, p. 134.

²⁵⁷ DWORKIN, 2007, p. 61.

²⁵⁸ DWORKIN, 2007, p. 61.

melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”.²⁵⁹ Baseado nessa ideia, pondera o autor:

Dáí não se segue [...] que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos, ainda que [...] a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto.²⁶⁰

Dworkin percebe, nesse caso, que os dados comportamentais brutos de uma prática (os fatos brutos da concepção absoluta do mundo acima explicados), não possuem o condão de determinar o seu valor de maneira a evitar a existência de interpretações antagônicas. O que uma pessoa pode ver na interpretação de uma prática de uma determinada forma, outra pessoa pode – com idêntica convicção e baseada nos mesmos fatos – visualizar de maneira diferente. Nesse sentido, um participante que interpreta construtivamente uma prática social propõe a ela um *valor* “ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica”²⁶¹ de maneira a refletir, no ponto de vista de sua interpretação, o máximo de valor à prática dentro da forma ou do gênero que no seu entendimento a prática integra.²⁶²

Em outras palavras, a interpretação busca tornar determinado objeto o melhor possível como exemplo de algum empreendimento através da atribuição de um valor, o que, evidentemente, exige do intérprete considerar os fatos inerentes ao objeto. O motivo pelo qual a interpretação assume diferentes formas em contextos diversos é que

²⁵⁹ DWORKIN, 2007, p. 63-4.

²⁶⁰ DWORKIN, 2007, p. 64.

²⁶¹ DWORKIN, 2007, p. 64.

²⁶² DWORKIN, 2007, p. 64-5.

diferentes empreendimentos ou diferentes tipos de objeto envolvem critérios diferenciados de valor ou de sucesso: enquanto os critérios de sucesso de um relatório de pesquisa científica podem ser a “simplicidade” e a “verificabilidade”, o de uma conversa pode ser a “caridade”, fazendo com que, assim, ambos divirjam dos critérios utilizados na análise de uma obra de arte.²⁶³

O problema sobre a importância da intenção do artista na interpretação de uma obra de arte pode ser bastante elucidativo acerca da concepção dworkiana da *natureza* do debate interpretativo. Os argumentos em si (pouco relevantes no momento) são razoavelmente conhecidos e dividem aqueles que consideram preponderantes as intenções do autor na interpretação da obra – os quais divergem internamente sobre a maneira de reconstruir essa intenção original – e, por outro lado, aqueles que propõem outros aspectos para a interpretação como, por exemplo, os efeitos emocionais sobre os leitores. Dworkin ressalta um aspecto importante para sua teoria da interpretação a partir desse debate: os objetos de interpretação se apresentam para nós como portadoras de um *valor*. Os diferentes estilos de interpretação que debatem, por exemplo, sobre o papel da intenção do autor na interpretação de uma obra são, ou pelo menos, pressupõem ser argumentos para responder a questão sobre onde se encontra esse valor e até que ponto ele se concretizou. Quer dizer, o debate sobre a intenção do autor, situado, como está, no debate mais amplo sobre a maneira de avaliar a arte, pressupõe o objetivo mais abstrato de interpretar construtivamente, retirando o melhor proveito daquilo que é interpretado.²⁶⁴

Essa afirmação não implica, como ressalva o autor, em negar que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa determinada, a qual não lhes é possível escapar totalmente. Não existe, repita-se, um ponto de vista arquimediano. É diante desse contexto que, nas circunstâncias habituais da interpretação criativa, busca-se conferir o melhor sentido ao objeto interpretado. Isso não impede que um intérprete critique abertamente uma obra, alegando que está apenas afirmando o que ela realmente é. Nesse caso, no ponto de vista de Dworkin, ele apenas acredita que nenhuma outra interpretação é mais atraente e, portanto, está enquadrado na pretensão abstrata de aprimorar

²⁶³ DWORKIN, 2007, p. 65.

²⁶⁴ DWORKIN, 2007, p. 72-4.

ao máximo a experiência ou o objeto artísticos.²⁶⁵ Talvez seja, aqui, o caso de trazer um argumento não formulado explicitamente por Dworkin, mas dedutível de outras premissas de seu arcabouço teórico. Como ficou bastante evidente no seu último livro, *Justiça para Ouriços*, ele defende a tese da unidade do valor.²⁶⁶ Tendo em vista que não é possível defender um valor sem recorrer a outros valores, esses conceitos morais básicos devem constar numa moldura mais extensa do valor para se ajustarem e se sustentarem no que deve ser considerado as melhores concepções dos conceitos.²⁶⁷ Nesse sentido, o fato de um intérprete criticar amplamente o direito, por exemplo, não significa que não esteja buscando retirar dele o melhor proveito, mas apenas que esse é o melhor sentido obtido dentro dessa moldura geral onde constarão também conceitos como justiça, liberdade, igualdade.

Para ficar mais clara sua concepção sobre o processo interpretativo é importante explicar as etapas analíticas que concebe para sua interpretação construtiva. Existe, em primeiro lugar, uma etapa *pré-interpretativa* “na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática”.²⁶⁸ É a etapa que, dados os exemplos fornecidos pelo texto, distingue os gêneros interpretativos. Dworkin ressalta que a nomenclatura “pré-interpretativa” deve ser colocada entre aspas porque evidentemente a

²⁶⁵ DWORKIN, 2007, p. 74-5.

²⁶⁶ Uma das explicações fornecidas na obra sobre os motivos dessa tese: “Usamos os conceitos para descrever valores, mas discordamos, por vezes de forma marcada, sobre o que são esses valores e como devem ser expressidos. Discordamos porque interpretamos de forma ligeiramente diferente as práticas que partilhamos; de certa maneira, temos teorias diferentes sobre que valores justificam melhor aquilo que admitimos como características centrais ou paradigmáticas dessa prática. Esta estrutura torna genuínos os nossos desacordos sobre a liberdade, a igualdade e o resto. Torna-os também desacordos de *valor*, e não desacordos de facto ou desacordos sobre significados-padrão ou de dicionário. Isto significa que a defesa de uma concepção particular de um valor político como a igualdade ou a liberdade deve assentar em valores que estão para além dele próprio: seria flacidamente circular recorrer à liberdade para defender uma concepção de liberdade. Portanto, os conceitos *devem* estar integrados uns nos outros” (DWORKIN, 2012, p. 18).

²⁶⁷ DWORKIN, 2012, p. 24.

²⁶⁸ DWORKIN, 2007, p. 81.

interpretação se fará necessária, tendo em vista que não existem rótulos para as práticas sociais interpretadas. O essencial é que haja “um alto grau de consenso [...] se se espera que a atitude interpretativa dê frutos, e podemos, portanto, nos abstrair dessa etapa em nossa análise ao pressupor que as classificações que ela nos oferece são tratadas como um dado na reflexão e argumentação do dia-a-dia”.²⁶⁹ Ressalta, assim, o autor, que esse alto nível de consenso é o que define a existência de uma comunidade interpretativa bem definida, permitindo que alguns elementos da interpretação estejam suficientemente a salvo das divergências.²⁷⁰

Em segundo lugar, Dworkin aponta a existência de uma etapa *interpretativa*. Nela o intérprete busca fornecer uma “*justificativa geral* para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral”.²⁷¹ O fato dessa justificação interpretativa buscar a generalidade dos elementos identificados na prática não implica em considerar todos os aspectos ou características, o essencial é que sua argumentação seja ajustada “o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática”.²⁷² Por fim, o autor ressalta a existência de uma etapa *pós-interpretativa* que também denomina de *reformuladora*, na qual o intérprete “ajuste sua idéia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa”.²⁷³

O interessante dessa decomposição analítica da interpretação construtiva é que ele demonstra como a teoria da interpretação proposta por Dworkin está adequada com sua concepção da objetividade. Enquanto a etapa pré-interpretativa exige um razoável nível de concordância sem o qual sequer existiria uma verdadeira comunidade interpretativa, nas outras etapas, não existe qualquer problema na existência de controvérsias. O fundamental é que essas disputas pela melhor interpretação não possui uma resposta fora do jogo interpretativo. A afirmação de um cético interno de que não existe

²⁶⁹ DWORKIN, 2007, p. 81.

²⁷⁰ DWORKIN, 2007, p. 81.

²⁷¹ DWORKIN, 2007, p. 81. (grifou-se).

²⁷² DWORKIN, 2007, p. 81.

²⁷³ DWORKIN, 2007, p. 82.

nenhuma resposta correta, por exemplo, é apenas mais uma interpretação que, assim como as outras, está baseada em suposições sobre o valor. Em síntese, pode-se dizer que a interpretação é interpretativa. E, assim, que:

uma interpretação particular é boa – acede à verdade sobre o significado de um objeto – quando percebe melhor, em relação a esse objeto, os sentidos apropriadamente atribuídos à prática interpretativa apropriadamente identificada como pertinente. Deste modo, em termos analíticos, a interpretação pode envolver três níveis. Em primeiro lugar, interpretamos práticas sociais quando individualizamos essas práticas, quando empreendemos uma interpretação legal e não uma interpretação literária. Em segundo, interpretamos quando atribuímos sentidos ao gênero ou subgênero que identificamos como pertinente. Em terceiro, quando tentamos identificar a melhor compreensão desses sentidos numa ocasião particular.²⁷⁴

Verifica-se que a concepção de objetividade pressuposta pela perspectiva interpretativa de Dworkin diverge de maneira forte dos pressupostos de uma ciência natural. Enquanto nesta existe uma distinção clara entre o objetivo intrínseco da pesquisa (que é sempre a busca pela verdade) e os objetivos justificativos (razão pela qual se quer a verdade); na interpretação, o objetivo justificativo, isto é, o *propósito* do intérprete é um critério de sucesso da própria interpretação.²⁷⁵ Nesse sentido, “os intérpretes fazem ou têm pressupostos sobre esses objetivos e sobre os valores que os sustentam, e esses pressupostos, apesar de serem frequentemente não articulados e não reconhecidos, determinam que afirmações interpretativas aceitam e rejeitam”.²⁷⁶

Uma proposição interpretativa não é verdadeira em si mesma, mas apenas na medida em que as razões (argumentativas) para sua admissão são melhores do que as razões (argumentativas) de outra

²⁷⁴ DWORKIN, 2012, p. 139.

²⁷⁵ DWORKIN, 2012, p. 159-60.

²⁷⁶ DWORKIN, 2012, p. 161.

proposição interpretativa rival.²⁷⁷ Assim, as proposições somente possuem sentido no interior da própria prática argumentativa, existindo uma autorreflexão argumentativa: a atividade de argumentar e de desafiar argumentos e avaliações acerca da prática social analisada faz parte do próprio jogo da prática social.²⁷⁸ Desse modo, não há como contestar uma proposição interpretativa “de fora”, de maneira arquimediana, externa ao próprio jogo argumentativo interpretativo. Não apenas as proposições são argumentos interpretativos como os critérios para definição dos melhores argumentos são igualmente argumentos interpretativos. Assim como é interpretativo essa defesa do interpretativismo.²⁷⁹

Nessas circunstâncias, interpretar uma prática social como o direito exige do intérprete a tentativa de impor argumentativamente um valor, um propósito para sua existência. Mas não é possível fazê-lo tentando identificar uma somatória dos propósitos individuais dos membros da comunidade, exigindo que se interprete a “prática em si, isto é, interpretar aquilo que fazem coletivamente”.²⁸⁰ Para tanto, o intérprete deve “aderir à prática que se propõe compreender; assim, suas conclusões não serão relatos neutros sobre o que pensam os membros da

²⁷⁷ DWORKIN, 2012, p. 161.

²⁷⁸ Trazendo o exemplo de Dworkin sobre a prática de cortesia, Macedo Junior (2012, p. 154) explica que “As *práticas de argumentação* envolvidas nas *práticas de cortesia* somente ganham sentido no interior das próprias práticas argumentativas, justificando e desafiando os significados e as concepções sobre cortesia. Enfim, os argumentos sobre a cortesia são eles mesmos também parâmetros para determinar o que é a melhor concepção de cortesia”. Mais adiante afirma ainda: “O direito, para Dworkin, é uma prática interpretativa porque o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem” (idem, p. 156).

²⁷⁹ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 165. Em outro texto, afirma (MACEDO JUNIOR, 2010): “Uma interpretação é melhor não porque é aceita pela maioria ou se ancora na convenção dominante, mas porque em seu apoio existe uma melhor *justificação* ou argumentação racional. Note-se, contudo, que o próprio conceito do que faz uma justificação melhor do que outra é, ele mesmo, interpretativo, razão pela qual jamais saímos completamente do ‘jogo da argumentação e da interpretação’. O critério e a própria defesa do interpretativismo são, eles mesmos, interpretativos”.

²⁸⁰ DWORKIN, 2007, p. 76-7.

comunidade, mas afirmações [...] que competem com as deles”.²⁸¹ Para que esse processo de interpretação não faça dos propósitos uma decorrência da mera subjetividade dos intérpretes, eles “devem compartilhar de uma mesma forma de vida. Esse compartilhamento é, ao mesmo tempo, quase paradoxalmente, o que permite e garante os desacordos”.²⁸² Essa situação garante, no entendimento de Macedo Junior, um novo tipo de objetividade.²⁸³

Como explicado, o que há, nesse caso, é uma interação entre o propósito e o objeto, já que o intérprete também não poderá inventar a prática. Entretanto, Dworkin dá destaque para o elemento novo – ignorado pela concepção absoluta do mundo pressuposta pelas teorias positivistas – de que caberá ao intérprete (seja, p. ex., um teórico do direito ou mesmo um juiz) jogar o jogar interpretativo e isso compreende inevitavelmente a justificação moral da própria prática. Para identificar o direito é preciso, em alguma medida, avaliá-lo, ou melhor, interpretá-lo moralmente.²⁸⁴ A teoria do direito é, no entendimento de Dworkin, um exercício de moralidade política substantiva.²⁸⁵

²⁸¹ DWORKIN, 2007, p. 78. Macedo Junior (2012, p. 101-2) explica da seguinte forma: “Para descrever o direito, é necessário elaborar uma interpretação construtiva e identificar qual é o seu significado para aqueles que participam das práticas que o constituem. Para tanto, é necessário compreender o valor que serve como sua hipótese política interpretativa. A realização dessa tarefa envolve o teórico do direito em juízos diretamente avaliativos sobre o direito. Tais juízos são, portanto, uma exigência para a explicação do caráter ou da natureza do direito”.

²⁸² MACEDO JUNIOR, 2012, p. 177.

²⁸³ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 109.

²⁸⁴ MACEDO JUNIOR, 2012, p. 100; 166.

²⁸⁵ Assim define o autor: “não podemos identificar os critérios corretos para decidir o que é, de fato, o direito sem apresentar e defender uma concepção de legalidade, e não podemos fazer isso sem decidir o que a legalidade realmente tem de bom, se é que tem algo. A teoria do direito é um exercício de moralidade política substantiva. Sem dúvida, não seremos bem-sucedidos se propusermos uma análise da legalidade que não tenha relação alguma com a prática jurídica” (DWORKIN, 2010, p. 252).

2.4 Uma teoria geral do direito: propósitos e estágios

Uma das conclusões que podem ser apresentadas neste capítulo é que a inovação ocasionada no campo da teoria do direito pelo pensamento de Ronald Dworkin está na maneira de abordar o questionamento sobre o conceito de direito e, logo, a própria prática social entendida como jurídica. Por essa razão, não faria sentido trazer os enunciados da teoria analisada sem contextualizá-los dentro da sua perspectiva específica sobre o direito. Para concluir este objetivo, neste tópico, procurar-se-á compreender sua concepção sobre a tarefa da teoria do direito.

A despeito do pressuposto positivista que distingue a descrição do direito (ser) como uma atividade da teoria do direito e a prescrição (dever ser) como competência da filosofia do direito,²⁸⁶ para Dworkin, toda teoria jurídica deve conter em seu âmago ambos os aspectos.²⁸⁷ Essa noção é introduzida em sua obra de diferentes maneiras. Uma delas foi mencionada anteriormente na explicação sobre a interpretação do direito, a qual – ao exigir do intérprete a justificação moral do direito analisado – inclui, na teoria jurídica, componentes de teoria moral e teoria política mais geral.²⁸⁸

Por outro lado, entende-se que a descrição do direito está ligada com a prescrição do seu conteúdo de uma maneira especial no pensamento de Dworkin, dada a maneira com que concebe a relação entre teoria e prática. Para o jurista norte-americano, qualquer argumento jurídico prático adota um fundamento abstrato fornecido pela doutrina, assim, “o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos”.²⁸⁹ Nesse sentido, a teoria não

²⁸⁶ BOBBIO, 2006, p. 138.

²⁸⁷ CALSAMIGLIA, 2002, p. 16.

²⁸⁸ Dworkin (2002, p. X-XI) afirma que uma teoria geral do direito deve ser normativa e conceitual. A teoria normativa deverá estar assentada em uma teoria moral e política mais geral, podendo depender de teorias filosóficas sobre a natureza humana ou a objetividade da moral. A parte conceitual, por sua vez, dependerá da filosofia da linguagem e, portanto, da lógica e da metafísica.

²⁸⁹ DWORKIN, 2007, p. 113.

apenas descreve os fatos pertinentes ao campo jurídico, mas forma o próprio direito que será aplicado.²⁹⁰

Consciente dessa responsabilidade da teoria jurídica perante a maneira com que a força pública é exercida na prática em nome do direito, a teoria da integridade se caracteriza por não se contentar apenas em mostrar as ligações entre a prática jurídica e a prática social, procurando examinar e criticar a prática social à luz de padrões independentes de coerência e sentido.²⁹¹ Sua perspectiva é a de que os conceitos – dentre eles, o conceito de direito – não possuem valores autônomos. Não se tratando de um deus ou ícone, o valor de determinado conceito se encontra nas consequências para as vidas que levamos individual e coletivamente.²⁹² Assim, sua abordagem teórica é *consequencial* no seguinte sentido: “cada argumento jurídico interpretativo tem por finalidade assegurar um estado de coisas que, de acordo com princípios incorporados à nossa prática, seja superior às alternativas”.²⁹³

A fórmula “princípios incorporados à nossa prática” caracteriza especificamente a ambiguidade de uma teoria descritiva-prescritiva ou, em uma palavra, *interpretativa*, na medida em que a definição de quais princípios foram incorporados à prática jurídica depende de uma perspectiva mais ampla de teoria moral e, conseqüentemente, dependerá também em alguma medida da moralidade pessoal do intérprete. Nesse sentido, Dworkin traça a seguinte autoimagem de sua obra:

A concepção teórica que venho tentando explicar é uma descrição do raciocínio jurídico – de como podemos discutir adequadamente algumas afirmações sobre o que é o direito. Também é uma descrição dos componentes de veracidade de tais afirmações. Não é, automaticamente, um argumento acerca das responsabilidades dos juízes

²⁹⁰ CALSAMIGLIA, 2002, p. 16. Sobre o tema do que foi aqui denominado de paradoxo epistemológico do saber jurídico, ver Tópico 1.1.1: O paradoxo epistemológico do saber jurídico a partir da filosofia retórica

²⁹¹ DWORKIN, 2002, p. 19-20.

²⁹² DWORKIN, 2010, p. 224-5.

²⁹³ DWORKIN, 2010, p. 89.

nos casos comuns, ou mesmo nos casos constitucionais.²⁹⁴

Em outras palavras, seu pensamento busca indagar sobre as condições de verdade de uma proposição do direito.²⁹⁵ Mas, ao tempo em que não se exime de manifestar suas próprias opiniões morais substantivas sobre os temas que envolvem a prática do direito, não trata essas proposições teóricas como vinculantes ao arcabouço mais geral. Dworkin desenvolve uma teoria que comporta a existência de divergências, chegando, por exemplo, a afirmar – em sentido contrário à sua posição pessoal – que, se uma pessoa teme um poder judicial demasiado grande deve insistir que os juízes não devem ser encarregados da interpretação definitiva da Constituição, mas ressalta a grave confusão que é “disfarçar seu desagrado pelo fato de os juízes terem grande poder – o que pode ser remediado, teoricamente, pela alteração de seu poder jurisdicional – como uma falsa teoria da argumentação jurídica”.²⁹⁶

Por essa razão, não é possível sequer discordar conscientemente de Dworkin sem compreender as diferentes etapas em que desenvolve sua teoria. Claro que, no fim das contas, é possível divergir dela em todos os seus termos. Contudo, um leitor desavisado pode não entender, por exemplo, como o assentimento que o conceito doutrinário de direito é interpretativo não implica necessariamente que a melhor formulação das condições de veracidade das proposições de direito decorra também da melhor interpretação do direito.²⁹⁷

Pensando nessa possibilidade, o jurista norte-americano optou por decompor sua teoria em diferentes estágios. O primeiro consiste no *estágio semântico*, anteriormente explicado, na qual cabe ao teórico justificar qual o tipo de conceito que parte ao fornecer o conceito doutrinário de direito, isto é, se se trata de um conceito criterial, de espécie natural ou interpretativo.²⁹⁸

²⁹⁴ DWORKIN, 2010, p. 81.

²⁹⁵ Dworkin (2010, p. 72) formula essa questão da seguinte forma: “Qual é a maneira adequada de raciocinar ou apresentar argumentos sobre a veracidade de alegações de direito?”.

²⁹⁶ DWORKIN, 2010, p. 82.

²⁹⁷ DWORKIN, 2010, p. 319-20.

²⁹⁸ DWORKIN, 2010, p. 15-20. Como já mencionado, Dworkin considera o conceito doutrinário de direito como sendo um conceito interpretativo:

O segundo é o *estágio teórico*, no qual, segundo o autor, “o teórico deve elaborar o tipo de teoria do direito que seja apropriada, tendo em vista a resposta por ele dada, no estágio semântico, à pergunta sobre que tipo de conceito é o doutrinário”.²⁹⁹ Partindo da ideia de que se trata (no estágio semântico) de um conceito interpretativo, propõe-se a fazer uma interpretação geral das práticas entendidas socialmente como jurídicas (o conceito de interpretação também foi desenvolvido acima). Nesse momento, Dworkin formula especificamente o ideal de integridade, sua tese de que, para legitimar o poder coercitivo exercido pelo Estado, este deve tentar, na medida do possível, governar através de um conjunto coerente de princípios que assegure a todos os cidadãos idêntica consideração e respeito.³⁰⁰ Entretanto, mesmo aquele que eventualmente concorde com Dworkin no estágio semântico que o conceito doutrinário de direito é interpretativo pode discordar de sua proposta no estágio teórico e assim sucessivamente.

Em terceiro lugar, existe o denominado *estágio doutrinário* que consiste basicamente na elaboração de “uma descrição das condições de veracidade das proposições do direito à luz dos valores identificados no estágio teórico”.³⁰¹ O ponto de vista que Dworkin cria sobre esse estágio é mais uma vez interpretativo, isto é, que “uma proposição de direito é verdadeira se decorrer de princípios de moralidade pessoal e política que ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito

“Compartilhamos esse conceito como atores em práticas políticas complexas que exigem que interpretemos essas práticas a fim de decidir sobre a melhor maneira de dar-lhes continuidade, e utilizamos o conceito doutrinário de direito para apresentar nossas conclusões. Para elaborar o conceito, atribuímos valor e propósito à prática e formulamos concepções sobre as condições de veracidade das afirmações particulares que as pessoas fazem no contexto da prática, à luz dos propósitos e valores que especificamos” (Idem, p. 19). Interessante que na nota de rodapé desta afirmação, o jurista norte-americano dá uma explicação mais realista dessa sua proposição: “Não pretendo, por certo, afirmar que os juristas fazem tais avaliações por uma questão de autoconhecimento. A educação, a formação e a experiência propiciam-lhes um entendimento cuja melhor explicação é aquela que os vê como uma resposta intuitiva a essas questões” (Idem, p. 372).

²⁹⁹ DWORKIN, 2010, p. 20.

³⁰⁰ DWORKIN, 2010, p. 20-1.

³⁰¹ DWORKIN, 2010, p. 21.

geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea”.³⁰²

Por fim, a teoria de Dworkin pode ser decomposta no *estágio da decisão judicial*. Nesse momento coloca-se a questão de saber o que autoridades políticas como os juízes, das quais se espera que simplesmente apliquem o direito, devem fazer de fato em circunstâncias específicas. Trata-se de responder a questão sobre se existem situações nas quais um juiz que no estágio doutrinal tenha identificado uma proposição do direito como verdadeira, tenha por alguma razão – seja pela injustiça ou ineficiência da proposição – o dever de ignorar a lei. Para Dworkin essa é, novamente, uma questão moral e política. “Não de uma questão sobre o modo como a moral figura na identificação do direito, mas sim de uma questão sobre quando, se é que alguma vez, a moral exige que os juízes atuem de modo independente da lei, ou mesmo que a contrariem”.³⁰³

³⁰² DWORKIN, 2010, p. 22.

³⁰³ DWORKIN, 2010, p. 28.

3 A LEITURA MORAL DO DIREITO NA PERSPECTIVA DA INTEGRIDADE: ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA

3.1 A legitimidade do direito levado a sério: responsabilidade no uso da força pública

A teoria do direito de Ronald Dworkin não pode ser lida como algo completamente distinto de uma teoria política e de uma teoria moral substantiva. Em muitos momentos são nítidas as aproximações entre os valores que se espera de um indivíduo e os valores do governo que representa toda a sociedade, com efeitos notórios sobre a maneira com que, a partir desses valores, os juristas possuem a responsabilidade de identificar o direito ou, mesmo, sobre a maneira com que os cidadãos devem se comportar em relação à ordem manifesta pelos órgãos estatais.³⁰⁴

Sua pressuposição básica entende que é importante a maneira com que os juízes decidem os casos. Os processos por eles julgados têm o poder de interferir de diferentes maneiras na vida das pessoas, podendo impactar em perda de patrimônio, de liberdade e, ainda, em uma dimensão moral, à medida que um julgamento injusto representa para um indivíduo sua indevida estigmatização como fora-da-lei. Por outro lado, os julgamentos dos juízes possuem o poder de fazer com que a lei se torne aquilo que afirmam e, assim, em muitos casos, podem revogar decisões de outros setores do governo, tendo então a última palavra sobre diversos temas que interferem no comportamento de toda sociedade.³⁰⁵

Diante dessa relevância social, a aplicação do direito possui, na sua compreensão, o objetivo mais abstrato e fundamental de guiar e restringir o poder do governo de maneira a insistir que a força pública não deve ser usada ou refreada, independente da utilidade dos fins em vista, a menos que seja permitido ou exigido pelos direitos e responsabilidades individuais que decorrem de decisões políticas anteriores. Essa formulação é suficientemente abstrata e consensual para compatibilizar um grande número de asserções antagônicas sobre quais são esses direitos e responsabilidades que autorizam ou exigem a

³⁰⁴ Sobre desobediência civil ver DWORKIN, 2002, p. 281 ss.

³⁰⁵ DWORKIN, 2007, p. 3-4.

imposição coercitiva.³⁰⁶ Em síntese, para o autor, o direito estabelece uma relação de *justificação* entre as decisões políticas do passado e a coerção atual.³⁰⁷

Dworkin defende a ideia de que mesmo que os cidadãos não possam exigir dos agentes estatais responsáveis por decidir que cheguem a respostas corretas sobre quais direitos têm, eles podem ao menos exigir que tentem, isto é, que levem os direitos a sério, que sigam uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que ajam de maneira consciente com suas próprias convicções.³⁰⁸

Uma maneira para compreender a visão do autor sobre a legitimidade do direito consiste em explicar a sua ideia de *responsabilidade*. Para ele, “as pessoas moralmente responsáveis agem segundo princípios; agem de acordo e não apesar das suas convicções”.³⁰⁹ Agimos baseado em nossas convicções morais na relação com as outras pessoas porque isso é exigido pelo respeito próprio. “Só podemos tratar consistentemente as nossas vidas como objetivamente importantes se aceitarmos que a vida dos outros tem a mesma importância objetiva. Podemos esperar [...] que os outros aceitem esse princípio fundamental da humanidade”.³¹⁰

Para o jurista norte-americano, o ponto sensível da responsabilidade é a *integridade*. Formamos, assim,

opiniões através da interpretação dos nossos conceitos abstratos, que é essencialmente irrefletida. Interpretamos, de forma irrefletida, cada um desses conceitos à luz dos outros. Ou seja, a interpretação une os valores. Somos moralmente responsáveis, se as nossas várias interpretações concretas constituírem uma integridade global, de modo a que cada uma suporte a outra numa rede de valor que é autenticamente por nós abraçada. Se falharmos esse projeto interpretativo – e parece impossível obter um sucesso total –, não agimos inteiramente

³⁰⁶ DWORKIN, 2007, p. 116.

³⁰⁷ DWORKIN, 2007, p. 122.

³⁰⁸ DWORKIN, 2002, p. 286.

³⁰⁹ DWORKIN, 2012, p. 111.

³¹⁰ DWORKIN, 2012, p. 120.

segundo a convicção e, portanto, não somos inteiramente responsáveis.³¹¹

Desse modo, a responsabilidade moral exige basicamente que se trate os outros em conformidade com princípios.³¹² Preocupação que deve estar presente também nos governos que reivindicam para si força moral ao criar e impor obrigações aos seus membros. Para Dworkin, a legitimidade de uma ação estatal não está em aumentar o bem-estar da comunidade, mas em subscrever dois *princípios* dominantes: “em primeiro lugar, deve mostrar igual preocupação com a sorte de todas as pessoas sobre quem reivindica domínio. Em segundo, deve respeitar totalmente a responsabilidade e o direito de cada pessoa a decidir por si própria sobre como fazer da sua vida algo de valioso”.³¹³ Todos os direitos políticos são, nessa visão, decorrentes desse direito fundamental à idêntica preocupação e respeito.³¹⁴

3.2 O direito como integridade: uma questão de princípios da comunidade política personificada

Como o tópico anterior pôde antecipar, existe, no âmbito da moral individual e da moral política, uma relação direta entre *integridade* e *princípio*. É preciso agora compreender como essa relação se desenvolve e qual interpretação da comunidade política permitiu o desenvolvimento da teoria da integridade.

³¹¹ DWORKIN, 2012, p. 109.

³¹² DWORKIN, 2012, p. 115.

³¹³ DWORKIN, 2012, p. 14.

³¹⁴ DWORKIN, 2012, p. 338. É interessante observar que essa teoria da legitimidade de Dworkin ressalta a dimensão da igualdade em detrimento da liberdade: “*O conceito central da minha argumentação será o conceito não de liberdade, mas de igualdade*. Presumo que todos aceitamos os seguintes postulados de moral política. O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com *igual* consideração e respeito” (DWORKIN, 2002, p. 419). (grifou-se).

Dworkin entende que a política comum compartilha com a teoria política alguns ideais políticos. O primeiro deles consiste na *equidade*, a ideia de uma estrutura política imparcial que encontre procedimentos políticos aptos a distribuir o poder político de maneira adequada como métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado. O segundo ideal político compartilhado é a *justiça*, a qual procura responder que decisões as instituições políticas devem tomar de maneira a possibilitar uma justa distribuição de recursos e oportunidades. Por fim, o *devido processo legal adjetivo* que, procurando fazer vigorar as regras estabelecidas, diz respeito à busca por procedimentos corretos no julgamento sobre se algum cidadão infringiu ou não as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos.³¹⁵

Para ele, apesar de não ter lugar na teoria axiomática utópica, existe um quarto ideal que a política corrente acrescenta aos já mencionados. Baseado na moralidade pessoal, Dworkin resolve intitular esse ideal de integridade, o qual pode ser compreendido inicialmente – de maneira ainda distorcida – no clichê de que casos semelhantes devem ser tratados de forma parecida. As pessoas discordam diariamente sobre qual é o comportamento correto que devem possuir com relação às outras, mas, independente dos princípios que possuam, fazem a exigência adicional de que essa escolha seja feita com integridade, levando em conta as convicções que permeiam suas vidas como um todo e não de maneira excêntrica.³¹⁶ É com base nisso que considera ser um requisito prévio da civilização, que Dworkin conceitua esse novo ideal político:

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.³¹⁷

³¹⁵ DWORKIN, 2007, p. 199-200.

³¹⁶ DWORKIN, 2007, p. 201-2.

³¹⁷ DWORKIN, 2007, p. 202.

Um exemplo de moralidade política pode contribuir na compreensão do conceito. A sociedade inglesa aceita a ideia de que deve haver equidade política na distribuição do controle das decisões estatais, mas diverge sobre a moralidade do aborto. Por que, então, essa comunidade não deveria criminalizar o aborto para as grávidas que nasceram em anos pares, mas não às que nasceram em anos ímpares, garantindo, dessa forma, uma justiça distributiva?³¹⁸ A integridade funciona, portanto, como uma virtude política distinta ao lado da justiça e da equidade, possibilitando o reconhecimento de direitos.³¹⁹ Em uma frase, o autor afirma que, mais que qualquer superstição de elegância, a integridade “é a vida do direito qual o conhecemos”.³²⁰

Nesse sentido, prosseguindo na comparação entre a moralidade pessoal e a moralidade política, uma pessoa moralmente responsável age com integridade quando leva a sério, ao decidir como agir em determinado caso, não necessariamente as mesmas decisões que tomou no passado, mas os princípios coerentemente seguidos em momentos anteriores. No âmbito da força pública exercida pelo Estado, a integridade significa, por um lado, um pedido aos legisladores que se mantenham coerentes quanto aos princípios e, por outro, aos responsáveis por decidir o sentido da lei que a apliquem nesse sentido de coerência.³²¹

³¹⁸ DWORKIN, 2007, p. 216. Tirando uma lição desse questionamento, o jurista norte-americano afirma que “rejeitamos uma divisão entre as correntes de opinião quando o que está em jogo são questões de princípio. Seguimos um modelo diferente: cada ponto de vista deve ter voz no processo de deliberação, mas a decisão coletiva deve, não obstante, tentar fundamentar-se em algum princípio coerente cuja influência se estenda então aos limites naturais de sua autoridade. Se é preciso chegar a um meio-termo porque as pessoas estão divididas sobre a justiça, o acordo deve ser externo, não interno; é preciso chegar a um acordo sobre o sistema de justiça a ser adotado, em vez de um sistema de justiça fundado em concessões” (Idem, p. 217-8).

³¹⁹ DWORKIN, 2007, p. 202-3. Mais adiante o autor afirma que “a equidade e a justiça às vezes entram em conflito. Se acreditarmos que a integridade é um terceiro e independente ideal, pelo menos quando as pessoas divergem sobre um dos dois primeiros, então podemos pensar que, às vezes, a equidade ou a justiça devem ser sacrificadas à integridade” (Idem, p. 215).

³²⁰ DWORKIN, 2007, p. 203.

³²¹ DWORKIN, 2007, p. 203.

Por necessidade lógica, um aspecto chama atenção nessa construção teórica dworkiana. A possibilidade de ser coerente quanto aos princípios morais quando se trata da moralidade pessoal é incompatível com um pedido de integridade nesses moldes à comunidade política, pois a comunidade, ou mesmo, o Estado são formados por diferentes grupos de indivíduos com concepções morais e políticas divergentes e, alguns casos, contrárias. A essa questão o jurista norte-americano responde com a ideia de personificação particularmente profunda da comunidade política ou do Estado.³²²

Defender a personificação política do Estado consiste em afirmar que a tese da integridade política assume como se a comunidade realmente fosse alguma forma especial de entidade, distinta das pessoas que formam a própria comunidade de tal maneira que ela possui uma responsabilidade moral distinta. A comunidade pode ser ou não fiel aos seus princípios, *independente* das crenças e convicções da maioria dos cidadãos. Segundo Dworkin, “a comunidade tem seus próprios princípios que pode honrar ou desonrar, [...] ela pode agir de boa ou má-fé, com integridade ou de maneira hipócrita, assim como o fazem as pessoas”.³²³

Para o autor, é importante lembrar, o argumento em prol da integridade como princípio de moralidade política, ao tempo em que consiste numa interpretação de sua própria cultura política, reforça, na dimensão política que toda interpretação possui, o aspecto da adequação.³²⁴ Isso não quer dizer que ele simplesmente acredite que os cidadãos e, sobretudo, as autoridades ajam de fato em conformidade com um sistema de princípios único e coerente, entretanto, a comunidade não deixa por isso de aceitar a integridade como um ideal político, permitindo que essa característica seja vista como um defeito dessas decisões a ser corrigido.³²⁵

Um caso pode ser elucidativo dessa questão. Há uma crença difundida de que os dirigentes políticos possuem *responsabilidades* que

³²² DWORKIN, 2007, p. 204.

³²³ DWORKIN, 2007, p. 204. Ressalvando que não pretende ressuscitar a teoria metafísica, Dworkin aponta exemplos de responsabilidade coletiva onde estaria visível a personificação da comunidade política. Para tanto, ver: Idem, p. 205 ss.

³²⁴ DWORKIN, 2007, p. 260.

³²⁵ DWORKIN, 2007, p. 224.

não poderiam ser defendidas a partir de exigências comuns da moralidade pessoal. Na vida em sociedade, aceitamos que a liberdade dos indivíduos permite que se dediquem a interesses egoístas, preferindo, dentro de determinados limites, os interesses da família e dos amigos em detrimento dos interesses mais amplos da comunidade. Reconhecer que uma espécie de comunidade política personificada possui o ideal de integridade, permite explicar por que as autoridades, no exercício de suas atividades, não possuem essa mesma esfera de soberania moral individual. Existe, assim, uma obrigação dos agentes estatais que decorre do dever que a comunidade como um todo possui de imparcialidade para com seus membros.³²⁶

Para Dworkin, a integridade enquanto virtude política transforma a sociedade política numa forma especial de comunidade, à medida que promove uma certa *autoridade moral* para exercer o monopólio da força coercitiva.³²⁷ Lembrando que, no seu modelo teórico, as concepções sobre o direito devem justificar o motivo pelo qual o direito é a autoridade capaz de legitimar a coerção. Sendo assim, o fato de um Estado aceitar a integridade fornece “um argumento melhor em favor da legitimidade que um Estado que não a aceite”.³²⁸ Essa vantagem do ideal da integridade leva o autor a afirmar que

se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então *o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente*, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, *sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito*.³²⁹

³²⁶ DWORKIN, 2007, p. 211-2.

³²⁷ DWORKIN, 2007, p. 228.

³²⁸ DWORKIN, 2007, p. 232.

³²⁹ DWORKIN, 2007, p. 229. (grifou-se). Afirmção semelhante faz nas páginas seguintes quando diz que “os membros de uma sociedade de

Assim, alegando plena conformidade entre sua teoria e o ideal de liberdade como autolegislação, Dworkin defende que a integridade aprofunda o papel desempenhado individualmente pelos cidadãos no desenvolvimento das normas públicas da comunidade, “pois exige que tratem as relações entre si mesmos como se estas fossem regidas de modo característico, e não espasmódico, por essas normas”.³³⁰

Dessa forma, é possível afirmar que *integridade* não se confunde com mera *coerência* no sentido de decidir casos semelhantes da mesma maneira. Enquanto esta exige das instituições políticas o dever de repetir suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, a integridade é uma norma mais dinâmica e incentiva o agente público a ser mais imaginativo em busca de coerência com um princípio fundamental. Para seguir a integridade cabe, por exemplo, ao legislador ou ao juiz criar e aplicar as normas públicas da comunidade de maneira a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Essa postura exigirá desses agentes, em alguns momentos, se afastar do conteúdo das decisões anteriores para obedecer aos princípios fundamentais das decisões como um todo,³³¹ permitindo tratar a comunidade como uma associação de princípios.³³²

Seguindo os estágios de uma teoria geral do direito explicados no final do capítulo anterior, até este momento, foi trabalhado especificamente o estágio teórico do direito. A teoria da integridade pode, nesse caso, ser apontada como a interpretação feita por Dworkin sobre as práticas jurídicas que enuncia uma teoria do direito apropriada para abordar o conceito interpretativo de direito. Uma interpretação que fornece as dimensões de adequação e justificação do direito. No próximo tópico em diante será estudado o estágio da decisão judicial que, como o próprio autor ressalta, está praticamente esgotado no

princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que eles tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados” (Idem, p. 254-5).

³³⁰ DWORKIN, 2007, p. 230.

³³¹ DWORKIN, 2007, p. 263-5.

³³² DWORKIN, 2007, p. 482-3.

estágio doutrinal, em virtude de sua percepção do funcionamento do conceito doutrinário de direito.³³³

3.3 Aspectos gerais de uma teoria interpretativa da decisão judicial no Estado de direito

No presente momento trata-se de identificar, a partir de uma interpretação integrada do valor da legalidade ou do Estado de direito com outros valores, quais são os critérios políticos e normativos visados por Dworkin para testar as alegações de direito, o que consiste em refletir basicamente sobre como os juízes devem decidir os casos. Para ele, as diferentes teorias do direito podem ser lidas como refletindo diferentes concepções de legalidade – “esse valor insiste que o poder de coerção de uma comunidade política só deve ser utilizado contra cidadãos de acordo com critérios estabelecidos antes de sua utilização. Que tipo de critérios? Estabelecidos de que maneira?”.³³⁴ Baseado nesse pressuposto, busca-se, portanto, identificar a resposta ao questionamento acerca das condições legítimas de veracidade das proposições de direito.

Um equívoco bastante comum na resposta a esse problema deve ser afastado de imediato. Nenhuma solução pode ser encontrada nos próprios objetos da interpretação, ou seja, não basta afirmar, por exemplo, que os critérios da legalidade constam na lei ou que podem ser verificados na vontade do legislador. Como Dworkin alerta, essas afirmações caem em petição de princípio por pressuporem exatamente aquilo que deve ser respondido,³³⁵ cabendo, assim, aos defensores dessas teorias, responder *como* esses critérios devem ser aplicados e *por que* sua utilização traz bons resultados para a comunidade política. Qualquer opinião é, nesse caso, um argumento de moral política, mesmo aquele que busca fundamentar sua posição a partir de um relato da história.

Em vista à moralidade dos argumentos sobre os critérios da legalidade, Dworkin define, desde os primórdios de seus escritos, a *discricionariedade* do intérprete como aspecto da decisão a ser combatido, tendo em vista que existe, por um lado, um problema de

³³³ DWORKIN, 2010, p. 29.

³³⁴ DWORKIN, 2010, p. 243. Para o autor a coerção ou a punição arbitrária infringe a dimensão crucial da igualdade política do cidadão (Idem, p. 250).

³³⁵ DWORKIN, 2007, p. 435-9.

legitimidade de um direito criado por funcionários não eleitos pelas pessoas nas quais será aplicado e, por outro, um problema de retroatividade de uma decisão tomada de maneira imprevisível após a realização dos atos. Propõe, assim, que, mesmo em casos controversos, o juiz permanece tendo o dever de descobrir quais os direitos as pessoas possuem, ao invés de inventar novos direitos retroativamente.³³⁶ A inexistência de uma regra regulando explicitamente o caso não indica que as pessoas não possuam o *direito* de ganhar a causa.³³⁷

A diferença na maneira de conceber os direitos das pessoas que integram a comunidade política está relacionada com a concepção do ideal de Estado de direito. Existe uma primeira denominada de concepção “centrada no texto legal”, a qual defende que, “tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com as regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos”.³³⁸ Nesse caso, mesmo os adeptos dessa concepção se importando com o conteúdo das normas jurídicas, entendem que se trata de uma questão de justiça substantiva, diversa do ideal de Estado de direito. Propõe, por outro lado, uma segunda concepção de Estado de direito “centrada nos direitos” para a qual “os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no

³³⁶ Mais adiante em sua teoria Dworkin (2007, p. 274) vai criticar o que considera como sendo a falsa dicotomia entre encontrar ou inventar a lei. Acredita-se que a ideia da interpretação construtiva permanece, entretanto, sendo basicamente a mesma.

³³⁷ DWORKIN, 2002, p. 132; 127. Sobre esse argumento, o autor antecipa que “essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis” (Idem, p. 127).

³³⁸ DWORKIN, 2005, p. 6-7. Prossegue o autor em aprofundamento à explicação: “O governo, assim os cidadão [sic] comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto de normas. A concepção centrada no texto jurídico é, a meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que pode ser colocadas no texto jurídico” (Idem, p. 7).

Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais”.³³⁹

A divergência entre as duas concepções não implica, entretanto, numa oposição geral. O autor reconhece, por exemplo, que em ambas as posições existe a ideia de que a comunidade será melhor se os tribunais tomarem decisões especificadas em regras publicadas previamente e se as instituições fizerem cumprir os direitos que as pessoas possuem.³⁴⁰ Entretanto, no momento, é essencial compreender as diferenças no que tange especificamente à prestação jurisdicional. A busca por descobrir o que está realmente no livro de regras faz com que, mesmo em casos controversos, os juristas centrados no texto legal busquem diferentes técnicas voltadas à questão semântica, à medida que entendem o repertório legal como uma tentativa de comunicação, mesmo reconhecendo que os juízes não terão clareza de uma resposta correta para essa questão. Isso os leva a desenvolver elaboradas teorias semânticas sobre o significado das expressões utilizadas pelos legisladores – o significado num contexto similar do discurso comum, o significado mais natural, o significado em expressões similares em outras leis –, ou mesmo, teorias de psicologia de grupo sobre o que os legisladores pretendiam ou fariam nessa situação. Os juristas que seguem essa vertente sabem que a resposta a essas questões será controversa e que, em muitos casos, os legisladores sequer pensaram na possibilidade de que um caso desses pudesse ser levado a juízo, mas, essencialmente, não irão justificar sua decisão como uma questão do que o parlamento deveria ter decidido.³⁴¹

Uma decisão judicial pautada no modelo centrado nos direitos proporrá aos advogados e juízes que desenvolvam um raciocínio mais complexo na definição sobre que direitos as pessoas efetivamente possuem. Isso implica, dentre outras coisas, considerar o papel de extrema relevância da *legislação* na definição da questão de quais

³³⁹ DWORKIN, 2005, p. 7. E acrescenta: “O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique” (Idem).

³⁴⁰ DWORKIN, 2005, p. 8.

³⁴¹ DWORKIN, 2005, p. 10-3.

direitos as partes têm, à medida que ela representa uma das tentativas da comunidade de captar direitos morais. Em síntese, para o modelo dworkiano, o texto jurídico não é a fonte exclusiva dos direitos das pessoas – se surgirem casos nos quais as regras positivadas na legislação não digam nada, ou mesmo as palavras estiverem sujeitas a interpretações conflitantes, o juiz deve estruturar algum *princípio* que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das pessoas, o que implica em negar qualquer papel aos princípios morais rejeitados na positivação do direito.³⁴²

Assim, a questão colocada pelo autor não é que os juízes simplesmente ignoram o dever de decidir de acordo com os fundamentos históricos e não a partir de fundamentos políticos. Mas que, a um, a postura de justificar historicamente as decisões pressupõe uma decisão política; e, a dois, dada a natureza de alguns casos, as decisões históricas devem ser políticas.³⁴³ “As questões de semântica, justamente porque não têm forma política, não fazem discriminação entre os tipos de julgamentos políticos que, inevitavelmente, irão influenciar as respostas que os juízes lhes dão”,³⁴⁴ atraindo juízos políticos não debatidos que podem ser incompatíveis com os princípios que fundamentam a legislação aplicada. Na contramão dessa via, o modelo centrado nos direitos possibilita – ao explicitar os pressupostos políticos da decisão – compatibilizá-la com outros princípios mais geralmente endossados nas decisões da comunidade política.³⁴⁵

Ao contrário do que propõe o positivismo de Kelsen e Hart – para os quais (a depender da nomenclatura utilizada) a “textura aberta” do direito autoriza o juiz a decidir conforme seus próprios critérios políticos e morais –, na obra de Dworkin, a defesa de que existe uma resposta certa consiste numa afirmação direta sobre as *responsabilidades* do magistrado diante de restrições institucionais. Isso

³⁴² DWORKIN, 2005, p. 15-6.

³⁴³ DWORKIN, 2005, p. 33.

³⁴⁴ DWORKIN, 2005, p. 36.

³⁴⁵ DWORKIN, 2005, p. 36. Um argumento adicional a esse consiste em afirmar: “O tribunal pode, sem dúvida, equivocar-se ao extrair essa conclusão; mas essa possibilidade não é uma conseqüência da originalidade de seu argumento, pois não há nenhuma razão para supormos que um tribunal tolhido pela exigência de que suas decisões não sejam originais venha a cometer menos erros de princípios do que um tribunal que não seja submetido a semelhante embaraço” (DWORKIN, 2002, p. 135).

não quer dizer que não haja dúvidas e controvérsias sobre quais são essas restrições. Mas que se, entre duas interpretações concorrentes, uma protege a “natureza da atividade” e a outra não, os participantes dela possuem direito à primeira interpretação.³⁴⁶ Nesse modelo, os *princípios* são exatamente os padrões que garantem a integridade do direito e, portanto, que a decisão judicial – malgrado seja inevitavelmente influenciada pela moralidade pessoal do intérprete – tenha como fundamento os valores captados em outras decisões da comunidade política.

Isso implica em explicar os tipos de argumentos que justificam legitimamente uma decisão. Para o jurista norte-americano, não são válidos *argumentos de política*, os quais se fundamentam na ideia de que a decisão irá promover alguma concepção de bem-estar geral ou de

³⁴⁶ DWORKIN, 2002, p. 160-3. Dworkin explica isso através de uma analogia com um jogo de xadrez: “Temos então, no caso do árbitro da partida de xadrez, um exemplo de uma autoridade cujas decisões sobre os direitos institucionais são consideradas como regidas por restrições institucionais, mesmo quando a força de tais restrições não for clara. Não achamos que ele seja livre para legislar, de modo intersticial, em um contexto de ‘textura aberta’ de regras imprecisas. Se uma interpretação da regra que prevê a aplicação de uma penalidade protege a natureza do jogo e se uma outra não, os participantes têm um direito à primeira interpretação” (Idem, p. 160).

Em outro momento da obra, afirma: “Poderíamos dizer que o caso difícil coloca uma questão de teoria política. A questão é: o que é razoável (*fair*) supor que os jogadores fazem quando consentem com a regra da aplicação da penalidade? O conceito da natureza do jogo é um artifício conceitual que serve para articular essa questão. É um conceito contestado, que internaliza a justificação geral da instituição de maneira a torná-la utilizável para a formulação de distinções na esfera da própria instituição. Tal conceito supõe que um jogador concorda não apenas com um conjunto de regras, mas com um empreendimento que, podemos dizer, tem um caráter próprio. Assim, quando se coloca a questão – com o que ele consentiu ao dar seu consentimento? – a resposta pode examinar o empreendimento como um todo, e não apenas as regras” (Idem, p. 164). E, assim, conclui em seguida: “Se um juiz aceita as práticas estabelecidas de seu sistema jurídico – isto é, se aceita a autonomia proporcionada pelas regras nítidas que constituem e regem este sistema – ele então deve, segundo a doutrina da responsabilidade política, aceitar uma teoria política geral que justifique essas práticas” (Idem, p. 165).

interesse público,³⁴⁷ mas apenas *argumentos de princípio*, isto é, padrões que mostrem que a decisão respeita ou garante direitos de um indivíduo ou de um grupo.³⁴⁸ Para justificar que se trata efetivamente de um argumento de princípio é necessário ao jurista, segundo a doutrina da responsabilidade, “mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas”.³⁴⁹

Para Dworkin, esse modelo possui pelo menos duas vantagens para a comunidade política. Em primeiro lugar, argumenta ele, não se pode alegar o caráter conservador dos juízes como razão para não mudar a teoria da prestação jurisdicional, pois o caráter dos juízes é uma consequência dessa teoria. Assim, se o ideal de Estado de direito centrado nos direitos se tornasse mais popular, a educação jurídica tornar-se-ia “mais ampla e mais interessante do que é agora, e homens e mulheres que nunca pensariam numa carreira jurídica, por desejarem uma carreira que tenha influência para a justiça social, começariam a pensar de maneira diferente”.³⁵⁰ Além do mais, mesmo que essa mudança empreenda algum prejuízo à eficiência, a

sociedade faz uma promessa importante a cada indivíduo, e o valor dessa promessa parece valer a pena. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o seu governo são questões de justiça e o encoraja, assim como a seus concidadãos, a discutir como comunidade o que a justiça exige que sejam essas relações. Promete-lhe um fórum no qual suas reivindicações quanto àquilo a que tem direito serão constante e seriamente consideradas a seu pedido.³⁵¹

³⁴⁷ “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política” (DWORKIN, 2002, p. 129).

³⁴⁸ DWORKIN, 2005, p. 6; p. 101; 2002, p. 132; 2007, p. 474-5.

³⁴⁹ DWORKIN, 2002, p. 138.

³⁵⁰ DWORKIN, 2005, p. 36.

³⁵¹ DWORKIN, 2005, p. 38.

No próximo tópico a teoria da decisão judicial de Dworkin será analisada em seus aspectos específicos no intuito de responder *como* levar esse modelo a efeito.

3.4 A leitura moral do direito nos moldes da teoria da integridade (o direito como romance em cadeia)

Um aspecto notório na perspectiva dworkiana sobre a decisão judicial é sua definição negativa, a qual aponta para a impossibilidade de que os juízes – mesmo que queiram sinceramente limitar seu poder – possam utilizar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Para ele, “os juízes que fazem eco a essa idéia falsa procuram ocultar até de si próprios a inevitável influência de suas próprias convicções, e o que resulta daí é uma suntuosa mendacidade”,³⁵² sendo mais proveitoso que os motivos reais das decisões não fiquem ocultos de uma legítima inspeção da sociedade e de um útil debate público. É na oposição a essa perspectiva supostamente neutralizante da decisão jurídica que o autor propõe o que denomina, ainda de maneira ampla, como *leitura moral* do direito, perspectiva que exige dos juízes que “façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases desses juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundamentados em princípios, que permitam ao público participar da discussão”.³⁵³

Cabe, aqui, uma distinção dos sentidos de leitura moral. Por um lado, esclarece o autor, ela nada tem de revolucionária e, nesse sentido, não é nada mais do que os juristas e juízes (norte-americanos) já fazem ao seguir uma *estratégia coerente* qualquer para interpretar a Constituição.³⁵⁴ Nesse âmbito, a leitura moral consiste tão somente numa teoria que apresenta a maneira com que os juízes já identificam o direito, sobretudo nos casos constitucionais, permitindo uma contraposição explícita às críticas de que sua utilização dá a uma elite

³⁵² DWORKIN, 2006, p. 57. Ver também DWORKIN, 2007, p. 431.

³⁵³ DWORKIN, 2006, p. 57.

³⁵⁴ Nas obras iniciais de Dworkin já consta essa ideia de que sua teoria apresenta a maneira com que os juízes interpretam o direito, com “o mérito notável de nos permitir, mais uma vez, acreditar no que dizem nossos juízes” (DWORKIN, 2007, p. 112).

profissional de juristas o poder de impor suas convicções morais ao grande público solapando o ideal democrático.³⁵⁵ Trata-se, assim, de um método para que juízes, advogados e cidadãos interpretem e apliquem dispositivos constitucionais amplos e abstratos “considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça”³⁵⁶ e não como o exercício técnico de uma arte misteriosa e altamente conceitual.³⁵⁷ Essa proposta reconhece que, em alguma medida, encoraja os juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça, ao que indaga o jurista norte-americano: “de que outro modo poderiam responder às perguntas morais que essa constituição abstrata lhes dirige?”³⁵⁸

Por outro lado, Dworkin propõe uma maneira específica de conceber a leitura moral do direito. É esse método que – como será apresentado, convida os juízes a interpretarem o material jurídico à luz do ideal da integridade – interessa especialmente neste tópico.

Para ele, existem dois aspectos básicos que devem ser observados na escolha entre diferentes tipos de leitura moral. Em primeiro lugar, a interpretação constitucional tem de partir do que os autores *disseram*, nesse sentido, a história só tem relevância na medida em que contribui para a compreensão daquilo que os autores *pretendiam dizer* e não as *outras intenções* que tinham. Por isso, afirma: “Não temos necessidade de saber, por exemplo, o que eles previam ou queriam que acontecesse em decorrência de terem dito o que disseram; nesse sentido, o objetivo deles não faz parte do nosso estudo”.³⁵⁹ Em segundo lugar, para Dworkin, a interpretação constitucional sob a leitura moral exige *integridade* constitucional.

Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem

³⁵⁵ DWORKIN, 2006, p. 3; 5.

³⁵⁶ DWORKIN, 2006, p. 2. Referindo-se aos dispositivos constitucionais que protegem as prerrogativas e imunidades dos cidadãos, o autor afirma: “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” (Idem, p. 10).

³⁵⁷ DWORKIN, 2006, p. 48.

³⁵⁸ DWORKIN, 2006, p. 57.

³⁵⁹ DWORKIN, 2006, p. 15.

pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado.³⁶⁰

Pode-se pensar como exemplo no caso de um juiz que necessite interpretar a cláusula de igualdade perante a lei. Por mais que, com base na sua moralidade pessoal, esteja convicto de que a igualdade somente estará assegurada quando todos tiverem a mesma quantidade de recursos, é preciso analisar se essa opinião está de acordo com a integridade constitucional, afinal, existe uma opinião geral e estabelecida sobre o caráter do poder que a Constituição lhe conferiu. Lembrando o ensinamento do capítulo anterior sobre a interpretação: trata-se, nessa atividade, de buscar o melhor sentido *dentro* da forma ou do gênero a que pertence o objeto. Um bom intérprete, por mais bem intencionado e convicto de seus ideais que esteja, não pode criar um novo objeto. Nesse caso, fazer a leitura moral do direito exige que se busque uma decisão pautada nos princípios morais constitucionais que estejam de acordo com o conjunto da história da comunidade política. Não é possível simplesmente seguir “os ditames de sua própria consciência ou as tradições de sua própria classe ou partido, caso esses ditames ou tradições não se encaixem nesse conjunto histórico”.³⁶¹

³⁶⁰ DWORKIN, 2006, p. 15.

³⁶¹ DWORKIN, 2006, p. 16. Sobre esse argumento, complementa o autor: “Saliento as restrições da história e da integridade porque elas mostram o quanto é exagerada a queixa comum de que a leitura moral dá aos juízes um poder absoluto para impor a todos nós suas próprias convicções morais. Maculay estava errado quanto disse que a Constituição norte-americana tem um grande vela mas não tem âncora, e estão errados também os críticos que afirmam que a leitura moral transforma os juízes em reis-filósofos. Nossa Constituição é uma lei e, como toda lei, está encorada na história, na prática e na integridade. A maioria dos processos judiciais – até mesmo a maioria dos processos constitucionais – não é difícil. A arte comum do juiz lhe dita a resposta e não deixa espaço algum para os caprichos das convicções morais pessoais. Mesmo assim, não devemos exagerar o peso dessa âncora” (Idem, p. 17).

Dentre outras coisas, seguir essa integridade constitucional – que é bastante diferente de observar uma integridade *pura* – exige, do juiz, uma definição sobre seus próprios poderes contra os de outras instituições.³⁶²

O jurista norte-americano reconhece que a obediência a esses dois aspectos não impede que os juízes abusem do seu poder. Abuso que pode ser cometido, no seu ponto de vista, por outras autoridades (gerais, presidentes, sacerdotes). A leitura moral é, assim, “uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isso”.³⁶³

Nesse sentido, a leitura moral proposta especificamente por Dworkin defende que os juízes devem tentar identificar direitos e deveres, até onde for possível, partindo do pressuposto de que foram todos criados por um único autor: a comunidade personificada. Dessa forma, uma proposição jurídica será verdadeira se constar, ou derivar, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que ofereçam a melhor interpretação da prática jurídica da comunidade, fazendo com que a integridade seja tanto um programa de interpretação da prática jurídica, quanto um pedido aos juízes encarregados de decidir que façam, novamente, exames interpretativos da doutrina jurídica.³⁶⁴

³⁶² DWORKIN, 2007, p. 484. O autor denomina esse aspecto da interpretação de “adequação”, a qual vai estabelecer “a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável. [...] Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral” (Idem, p. 305).

³⁶³ DWORKIN, 2006, p. 16.

³⁶⁴ DWORKIN, 2007, p. 271-2. Essa ideia fica mais clara na seguinte afirmação: “O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso” (Idem, p. 273).

Assim, ao se deparar com um caso difícil, um juiz deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis no sentido de descobrir qual delas apresenta – em sua melhor luz³⁶⁵ –, do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e as decisões tomadas pela comunidade política personificada (suas normas públicas como um todo).³⁶⁶ É preciso, portanto, para decidir o que é o direito, interpretar o modo como juízes, legisladores, outras autoridades, enfim, a própria comunidade política decidiu o que é o direito.³⁶⁷

Essa interpretação, frise-se, não omite o papel que as convicções morais e políticas do intérprete exercem na identificação da proposição jurídica verdadeira (ou, se se quiser, da resposta correta). Mas, além da correção e da sinceridade, apresenta como atrativo o seu convite aos juízes de que façam um julgamento político complexo que, às vezes, vai opor uma parte de sua moral política à outra, exigindo, além de opiniões sobre a justiça e a equidade no caso, convicções de ordem superior sobre a própria possibilidade de acordo entre esses ideais quando eles competem entre si.³⁶⁸ Dessa forma, a leitura moral do direito nos moldes da integridade não garante que os juízes não vão divergir sobre a decisão a ser tomada, mas pondera uma decisão inevitavelmente moral com juízos sobre a moralidade subjacente às outras decisões tomadas pela comunidade política.

Dada a integração na interpretação dos valores, acredita-se que a expectativa de Dworkin na proposição desse método esteja relacionada

³⁶⁵ Rebatendo a crítica de que suas interpretações têm sempre um final feliz, o autor afirma: “A busca de finais felizes faz parte da natureza da interpretação jurídica em si, e especialmente da interpretação constitucional. A única alternativa seria a busca de um final infeliz, pois, uma vez rejeitado o originalismo em sua forma pura, já não existe uma precisão neutra. Dizer como as coisas são significa, até certo ponto, dizer como elas devem ser” (DWORKIN, 2006, p. 59).

³⁶⁶ DWORKIN, 2007, p. 306.

³⁶⁷ DWORKIN, 2007, p. 488.

³⁶⁸ DWORKIN, 2007, p. 306. O autor alerta que “nenhum juiz mortal pode ou deve tentar articular suas hipóteses até esse ponto, ou torná-las tão concretas e detalhadas que novas reflexões se tornem desnecessárias em cada caso. Deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir” (Idem, p. 308).

com o ideal de integridade na concepção de Estado de direito centrado nos direitos. Isto é, em sua leitura sobre o direito nos Estados Unidos, existe a convicção de que

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, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento.³⁶⁹

Para finalizar a explicação sobre a teoria da decisão judicial na teoria da integridade é útil trazer a aproximação que a obra de Dworkin faz entre a interpretação no direito e na literatura, o que, no seu entendimento, encontra justificativa no componente normativo que toda interpretação criativa possui.³⁷⁰ Propõe, assim, a criação de um gênero literário artificial que denomina de “romance em cadeia”.

Pense-se num grupo de romancistas que decide escrever um único romance em série, onde cada romancista da cadeia deve interpretar os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, o qual é acrescentado para que o próximo romancista escreva o capítulo seguinte, e assim sucessivamente. É o caso de se pensar, apenas a título de exemplo, nas séries de televisão que repetem por décadas os mesmos personagens, mantendo o enredo, ainda que tenham sido escritas por vários autores em diferentes épocas. Para Dworkin, existe uma aproximação entre a complexidade da tarefa do romancista que leva a sério a sua responsabilidade de dar continuidade a um romance unificado com a melhor qualidade possível e a complexidade da atividade do juiz que necessita decidir um caso difícil de direito como integridade.³⁷¹

Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu como se fosse obra de um único autor. Isso exige uma avaliação geral de sua parte. “Deve adotar um ponto de vista sobre o romance que se vai formando aos poucos, alguma teoria que lhe

³⁶⁹ DWORKIN, 2006, p. 11.

³⁷⁰ DWORKIN, 2007, p. 205.

³⁷¹ DWORKIN, 2007, p. 276.

permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo”.³⁷² Essa avaliação se submete, assim, a uma primeira dimensão, a *adequação*, isto é, qualquer interpretação que queira fazer, independente da sua maior ou menor qualidade, não pode ser adotada se o romancista acredita que nenhum autor, que se põe a escrever um romance com aquelas características, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. “Isso não significa que sua interpretação deva se ajustar a cada segmento do texto. [...] Ainda assim, a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto”.³⁷³

Caso considere que mais de uma interpretação possui adequação com o conjunto do texto, entra em jogo a segunda dimensão da interpretação, a qual vai exigir do romancista o julgamento sobre “qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão”.³⁷⁴ Nesse momento são essenciais seus juízos estéticos (pessoais) “sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes idéias que se poderia esperar que o romance expressasse. Mas, as considerações formais e estruturais que dominam a primeira dimensão também estão presentes na segunda”.³⁷⁵

Entende-se que, pelo menos, dois aspectos da leitura moral do direito proposta por Dworkin são ressaltados na comparação com a atividade literária de criação de um romance em cadeia. Em primeiro lugar, o aspecto da integridade. Ao contrário dos projetos interpretativos convencionalista (juspositivista) e pragmatista, nessa leitura moral, a interpretação produzida pelo juiz enfrenta, como constrangimento discursivo, o dever de materializar na sua decisão uma *continuidade* dos princípios que inspiraram outras decisões da comunidade política, permitindo uma aproximação com o ideal de idêntica consideração e respeito por todos os membros dessa comunidade. Assim como o romancista que leva sua atividade a sério, para o juiz que consentiu com suas responsabilidades institucionais, nem toda interpretação pode ser

³⁷² DWORKIN, 2007, p. 277.

³⁷³ DWORKIN, 2007, p. 277.

³⁷⁴ DWORKIN, 2007, p. 278.

³⁷⁵ DWORKIN, 2007, p. 278.

considerada adequada à tradição da prática que se propôs a manter íntegra.

Em segundo lugar, a ideia de romance em cadeia permite ao jurista norte-americano se contrapor à ideia de liberdade absoluta do intérprete diante de uma decisão judicial. Pensando desse ponto, questiona sobre a atividade do romancista em cadeia: “Você é livre para pôr em prática suas próprias hipóteses e atitudes sobre a verdadeira natureza dos romances? Ou é obrigado a ignorá-los por ser escravo de um texto no qual não pode introduzir alterações?”.³⁷⁶ Diante dessa indagação ensina que: “nenhuma dessas duas descrições incipientes – de total liberdade criativa ou coerção mecânica do texto – dá conta de sua situação, pois cada uma deve, em certo sentido, sofrer ressalvas em decorrência da outra”.³⁷⁷ Dessa forma, não é correto o argumento de que não existe nenhum constrangimento para a opinião que o intérprete possa fazer de um texto, pois – assim como a posição do romancista que descrê da possibilidade de dar continuidade ao romance – o posicionamento cético só possui sentido no interior da atividade interpretativa.³⁷⁸ Não existe, como já explicado, um argumento capaz de se situar em um ponto de vista arquimediano.

3.5 O mito do juiz Hércules: judiciário como *locus privilegiado de decisão*

Visando sintetizar as características que considera apropriadas para a atividade do magistrado, enquanto intérprete autorizado a converter decisões políticas do passado em coerção, Dworkin cria a figura do denominado *juiz Hércules*. É importante lembrar que, como ensina Agamben, se a terminologia é o momento poético do

³⁷⁶ DWORKIN, 2007, p. 281.

³⁷⁷ DWORKIN, 2007, p. 281.

³⁷⁸ DWORKIN, 2007, p. 285. Com base nessa ideia, o jurista afirma: “suponha que alguém o acuse de reescrever o romance ‘verdadeiro’ para produzir um outro romance, mais a seu gosto. Se com isso se quer dizer que o romance ‘verdadeiro’ pode ser descoberto de outra maneira que não mediante um processo de interpretação do tipo que você elaborou até aqui, seu acusador interpretou erradamente não apenas a iniciativa do romance em cadeia, mas também a natureza da literatura e da crítica. [...] A divergência aqui é mais interessante: vocês divergem sobre o que significa respeitar o texto” (Idem, p. 286).

pensamento, sua escolha nunca pode ser neutra.³⁷⁹ Assim, antes de avançar para o próximo capítulo em que se busca analisar a teoria de Dworkin no contexto da dogmática jurídica brasileira, faz-se necessário apontar a definição do próprio autor sobre essa figura mítica e os contra-argumentos que desfere diante das implicações subjacentes a essa escolha terminológica.

Diante de um juiz filósofo que decida levar o direito como integridade a sério e, portanto, aceite a missão de desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios requerem, Dworkin afirma ter inventado um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem opta por denominar de juiz Hércules.³⁸⁰ Da mesma maneira que a proposta interpretativa ínsita ao direito como integridade, esse modelo de juiz não expressa um conjunto de respostas fixas aos problemas que podem ser colocados aos magistrados, assim, diferentes juízes que aceitem realizar a leitura moral proposta por Dworkin podem chegar a diferentes soluções na interpretação do mesmo ordenamento jurídico.³⁸¹ A criação da metáfora se justifica pelo fato de que nenhum juiz poderia realizar o ideal de interpretar plenamente o direito que rege sua comunidade. Além do mais, um juiz de verdade precisa introduzir ajustes naquilo que acredita ser o certo enquanto questão de princípio para ganhar a adesão de outros juízes, permitindo tornar a decisão conjunta suficientemente aceitável à comunidade.³⁸² Diante dessas razões, justifica o autor, “imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito ao seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto”.³⁸³

Não se trata, no momento, de aprofundar sobre como o juiz dworkiano decide os casos colocados a seu julgamento, pois em forte medida essa questão foi esmiuçada nas páginas anteriores. Hércules representa, assim, um tipo-ideal de magistrado que, sem as limitações ínsitas à prática jurisdicional efetiva, leva a efeito a proposta de uma leitura moral do direito nos moldes da integridade. Para tanto, cabe a ele “construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça

³⁷⁹ AGAMBEN, 2004, p. 15.

³⁸⁰ DWORKIN, 2002, p. 165; 2007, p. 287.

³⁸¹ DWORKIN, 2007, p. 287.

³⁸² DWORKIN, 2007, p. 454-5.

³⁸³ DWORKIN, 2007, p. 294.

uma justificação coerente a *todos* os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas”.³⁸⁴ Com suas aptidões extraordinárias, Hércules não irá decidir com base simplesmente em suas convicções morais independentes, o que, por outro lado, não impedirá que esses juízos estejam disseminados em seu esquema geral apto a enfrentar de antemão os litigantes com toda uma teoria do direito de maneira a justificar qualquer decisão específica.³⁸⁵ Enquanto filósofo político e moral, esse juiz ideal irá buscar ampliar sua teoria de modo a justificar toda a história institucional, mesmo que parte dessa história seja apresentada como um equívoco. Por considerar a consistência uma verdadeira exigência, esse recurso não poderá ser usado de maneira imprudente, cabendo a Hércules demonstrar, através de argumentos de moralidade política, a injustiça de determinado princípio a despeito de sua eventual popularidade.³⁸⁶

Como se pode observar, em sua interpretação da prática jurídica, Dworkin busca induzir nos juízes a convicção sobre a importância de produzir argumentos complexos que, diferente da decisão discricionária baseada na simples vontade ou nas convicções morais do intérprete, manifesta o compromisso com os fundamentos morais que inspiraram outras decisões da comunidade política. Nessa autoimagem, Hércules representaria um juiz humilde, pois não se trata da substituição direta do direito estabelecido socialmente,³⁸⁷ e que manifesta de maneira ímpar sua consciência das responsabilidades inerentes ao poder de determinar a aplicação da coação estatal. Entretanto, subjaz a esse modelo teórico, no mínimo, o paradoxo de uma construção democrática do direito que tem na autoridade dos juízes o dispositivo máximo de determinação da

³⁸⁴ DWORKIN, 2002, p. 182. (grifou-se).

³⁸⁵ DWORKIN, 2002, p. 182-4.

³⁸⁶ DWORKIN, 2002, p. 189-92. Por razões metodológicas é importante registrar que Dworkin considera essa característica da atividade jurisdicional uma identificação de como os juízes procedem e não uma prescrição. Afirma ele: “Hércules ficará encantado ao descobrir que essas distinções são familiares à prática de outros juízes. A importância de sua carreira para a teoria do direito não está na novidade, mas justamente na familiaridade da teoria dos casos difíceis que ele acabou de criar” (Idem, p. 191-2).

³⁸⁷ Para uma defesa explícita desse posicionamento, ver DWORKIN, 2002, p. 193-200.

validade jurídica, revelando, dessa maneira, um mais de sentido no uso de uma figura mítica (Hércules) em sua representação.

Diante de críticas dessa estirpe, Dworkin defende o caráter democrático de sua teoria. Para ele, diferente de um tirano usurpador que tenta enganar o povo quando intervém no processo de governo, Hércules “o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer”.³⁸⁸ Não se trata assim, do seu ponto de vista, em considerar o amplo controle judicial das leis contrário à democracia, mas que exatamente por buscar a realização desse ideal, cabe aos magistrados conceberem, mesmo que inconscientemente, uma teoria política sobre as responsabilidades que esse compromisso implica em sua maneira de interpretar o direito.³⁸⁹

Dworkin denomina, nesse sentido, de *passivista* a postura que, diante da linguagem genérica e abstrata das cláusulas constitucionais, entende que a teoria democrática exige que as próprias pessoas devem decidir o que determina a Constituição.³⁹⁰ Em outras palavras, o jurista norte-americano apresenta razões contrárias à eventual postura de deferência do judiciário pelas decisões tomadas em outras instâncias, seja pelo povo diretamente ou por seus representantes eleitos de acordo com as regras do jogo democrático.³⁹¹

O autor aceita que, como descrição bem geral, “numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas – complementa – é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político”.³⁹² Entende, assim, que diante da desigualdade existente

³⁸⁸ DWORKIN, 2007, p. 476.

³⁸⁹ O autor entende que os juízes produzem essas concepções de maneira espontânea: “Qualquer juiz desenvolverá, ao longo de sua formação e experiência, uma concepção funcional bastante individualizada do direito, na qual ele se baseará, talvez inconscientemente, para chegar a essas diferentes decisões e avaliações, e estas serão, para ele, uma questão de sentimento ou instinto, e não de análise” (DWORKIN, 2007, p. 306).

³⁹⁰ DWORKIN, 2007, p. 442.

³⁹¹ No presente trabalho não se busca criticar ou defender a postura de deferência judicial, senão de compreender os efeitos significativos subjacentes ao método de interpretação do direito proposto por Dworkin. Nesse sentido, para um detalhamento das críticas do autor à postura passivista, ver DWORKIN, 2007, p. 442 ss.

³⁹² DWORKIN, 2005, p. 31.

entre diferentes grupos o que garante poder político especial a determinadas maiorias, alguns indivíduos ganham poder político com a transferência de atribuição institucional para o judiciário, à medida que “os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrado nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos”.³⁹³

Em defesa do sentido específico de originalidade judicial, Dworkin se contrapõe às objeções de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação, isto é, às ideias comuns de que a comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela e de que, quando um juiz cria uma nova lei e a aplica retroativamente, a parte perdedora é punida por ter violado um novo dever, criado pelo juiz somente após o fato.³⁹⁴ Argumenta, nesse viés, que esses pontos de vista são irrepreensíveis quando se trata de decisões judiciais geradas por políticas, mas não por princípios. No primeiro caso, pois um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade de interesses e necessidades distribuídas por toda a comunidade (situação em que os representantes eleitos teriam melhores condições de decidir), mas, ao estipular uma vantagem por quem reivindica o direito, um juiz que não está sujeito às pressões da maioria se encontra em posição adequada para decidir.³⁹⁵ Já no segundo caso, a decisão pautada em princípio justifica que se “o demandante tem um direito contra o réu, então este tem um dever correspondente, e é este dever, e não algum novo dever criado pelo tribunal, que justifica a sentença contrária a ele”.³⁹⁶ O autor reconhece que se o dever tivesse sido criado por lei, o réu teria tomado conhecimento do seu dever de maneira mais explícita, mas já não se pode falar que é injusto surpreendê-lo com uma nova decisão.³⁹⁷

Diante da sagacidade desses contra-argumentos, faz-se necessário compreender em que consiste o autogoverno democrático no pensamento dworkiano e o papel que o judiciário desempenha nesse

³⁹³ DWORKIN, 2005, p. 31.

³⁹⁴ DWORKIN, 2002, p. 132.

³⁹⁵ DWORKIN, 2002, p. 133-4.

³⁹⁶ DWORKIN, 2002, p. 134.

³⁹⁷ DWORKIN, 2002, p. 134.

contexto. Para ele, a democracia não possui como meta e nem pode ser definida pelo fato das “decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais”.³⁹⁸ Sua perspectiva constitucional entende, assim, que 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, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”.³⁹⁹ Esse requisito de legitimidade democrática concebe que

qualquer diferença significativa no impacto político dos votos de diferentes cidadãos é antidemocrática e errada, a não ser que preencha duas condições, uma negativa e outra positiva. Em primeiro lugar, não deve assinalar ou pressupor que algumas pessoas nascem para governar outras. Não pode haver aristocracia de nascença, que inclui uma aristocracia de género, casta, raça ou etnia, e não deve haver aristocracia de riqueza ou de talento. Em segundo lugar, tem de ser plausível supor que o sistema constitucional que cria a diferença de impacto reforça a legitimidade da comunidade.⁴⁰⁰

A defesa do escrutínio judicial como democrático se justifica, portanto, a partir da ideia de que se trata de uma instituição política que aumenta a legitimidade geral do governo, tornando mais provável que a comunidade decida e imponha uma concepção “apropriada da liberdade negativa e de uma distribuição justa dos recursos e das oportunidades, bem como da liberdade positiva”.⁴⁰¹ Na visão de Dworkin, o poder

³⁹⁸ DWORKIN, 2006, p. 26.

³⁹⁹ DWORKIN, 2006, p. 26.

⁴⁰⁰ DWORKIN, 2012, p. 400.

⁴⁰¹ DWORKIN, 2012, p. 406. Sobre a explicação do autor acerca da clássica distinção entre os dois tipos de liberdade mencionados: “Temos de distinguir duas questões muito diferentes. Ambas assumem que o governo, pelo menos de ser humano, é inevitavelmente coercivo. A primeira pergunta: por quem – e com quem – devo ser coagido? A segunda pergunta: até que ponto devo ser coagido?”

especial dos ocupantes de cargos públicos não destrói a igualdade política, sejam essas autoridades eleitas diretamente ou não, afinal, o poder político de cada cidadão em um país democrático de dimensões continentais é microscópico, não havendo nenhuma premissa de status não-igualitária “nos arranjos que dão a certos juízes norte-americanos, nomeados e aprovados por políticos eleitos, a autoridade última sobre a jurisdição constitucional”.⁴⁰² Diante dessas explicações, não restam dúvidas que, mediata ou imediatamente, sua teoria fundamenta um direito que, sob a égide de efetivação da democracia, tem na figura do juiz um papel central.

Buscando se desvencilhar das críticas de que sua teoria da interpretação fortalece o poder de decisão dos juízes, o autor defende a ideia de que a leitura moral não é um posicionamento sobre quem decide, mas uma teoria sobre como os dispositivos constitucionais devem ser lidos.⁴⁰³ Entretanto, esse posicionamento é isolado no contexto geral da obra, à medida que o judiciário é nitidamente apresentado como um *locus* privilegiado de decisão pública. Afirma, nesse sentido, sobre o argumento de que os juízes devem submeter a outros as questões de direito institucionais colocadas pelos casos difíceis que “não há razão para atribuir a nenhum outro grupo específico uma maior capacidade de argumentação moral; ou, se houver uma razão, será preciso mudar o processo de seleção dos juízes, e não as técnicas de

Uma teoria política apela a uma liberdade positiva se insistir, em resposta à primeira questão, que as pessoas devem poder desempenhar um papel na sua própria governação coerciva, ou seja, que o governo deve, de alguma maneira, ser *autogoverno*. Uma teoria apela a uma liberdade negativa se, em resposta à segunda questão, afirmar que as pessoas devem estar livres do governo coercivo em relação a um nível substancial das suas decisões e atividades” (Idem, p. 374).

⁴⁰² DWORKIN, 2006, p. 42-3.

⁴⁰³ O autor se manifesta da seguinte maneira: “A leitura moral é compatível com todas essas soluções institucionais ao problema das condições democráticas. Ela é uma teoria que trata de como certos dispositivos constitucionais devem ser interpretados ou ‘lidos’ – de quais perguntas devem ser feitas e respondidas para que possamos saber o que esses dispositivos significam e exigem. Não é uma teoria sobre quem deve fazer essas perguntas ou quem deve dar a resposta a ser aceita por todos. Por isso, a leitura moral é só uma parte – uma parte importante – de uma teoria geral da prática constitucional” (DWORKIN, 2006, p. 52). Ver também Idem, p. 10.

juízo que eles estão instados a usar”.⁴⁰⁴ Em outra passagem, seu ponto de vista se torna ainda mais enfático:

[...] não consigo imaginar em que argumento se poderia pensar para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos têm mais probabilidade de serem corretas que decisões judiciais. Obviamente, segundo qualquer teoria de direitos, decisões sobre direitos são melhores se baseadas em mais informações que menos informações sobre uma variedade de fatos. Mas não conheço nenhuma razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas.⁴⁰⁵

Mais adiante, complementa:

Além disso, em qualquer teoria plausível de direitos, questões de coerência especulativa – questões que testam uma teoria de direitos imaginando circunstâncias em que essa teoria produziria resultados inaceitáveis – têm probabilidade de ser importantes em um exame de direitos específicos porque nenhuma reivindicação de direito é fundamentada se não puder passar pelo teste do contra-exemplo hipotético. Mas a técnica de examinar uma reivindicação de direito no que diz respeito à coerência especulativa é muito mais desenvolvida em juízes que em legisladores ou na massa dos cidadãos que elegeм os legisladores.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ DWORKIN, 2002, p. 203.

⁴⁰⁵ DWORKIN, 2005, p. 26.

⁴⁰⁶ DWORKIN, 2005, p. 26-7. Em uma rara passagem em sua obra, Dworkin reconhece que, em casos de danos morais, a decisão pelo legislativo é uma maneira justa “de decidir questões morais sobre as quais pessoas sensatas e sensíveis discordam. Será uma maneira justa de decidir quando a decisão satisfizer o primeiro princípio da equidade que descrevi, se a decisão tratar todos como iguais, porque, seja qual for a concepção escolhida da

Nesse sentido, afora o fato de defender de maneira bastante vaga e consensual que os juízes devem interpretar suas responsabilidades democráticas na atividade judicante, a leitura moral do direito nos moldes da teoria da integridade não apresenta quaisquer *limites* substanciais (ou, até mesmo, *éticos*) ao exercício da autoridade judicial. Mais do que um simples silêncio, esse ponto da obra dworkiana revela uma teoria que, em última instância, reitera uma situação em que a decisão pública – legitimada nas vias de uma imanência democrática – possui um *Autor exclusivo*.⁴⁰⁷ A cúpula do judiciário pode, dessa maneira, encarnar a função de uma entidade soberana que não precisa prestar contas diante da dimensão ética que envolve a responsabilidade dos sujeitos perante a legalidade que lhes convoca à obediência. É por essa razão que Dworkin pode afirmar expressamente que

a técnica de Hércules pode às vezes requerer uma decisão que se oponha à moralidade popular em um ou outro de seus aspectos. Suponhamos que não se possa apresentar nenhuma justificação dos casos constitucionais anteriores que não contenha

importância dos diferentes danos morais, essa decisão será igualmente favorável ou contrária ao conjunto dos interesses antecipados por cada pessoa, isto é, pela combinação de seus interesses morais e básicos” (DWORKIN, 2005, p. 127-8). Ainda assim, ressalva, mais adiante, a hipótese de que sendo essa decisão efetuada pela maioria não pode apresentar risco muito grande para determinados indivíduos (Idem, p. 129).

⁴⁰⁷ Utilizando os aportes da psicanálise para explicar a relação entre a legalidade e o inconsciente, Philippi (2001, p. 142-3) afirma que “em todo laço socialmente estabelecido, o vínculo é duplo: um aparente, *falado*, e outro dissimulado, *não pronunciado*, *submetido* à jurisdição do grande Outro. No âmbito das relações político-jurídicas, a primeira dimensão desse liame é identificada através da expressão simbólica dos enunciados das normas, como, também, pela distinção do responsável por sua institucionalização – o político, o imperador ou o pontífice; a segunda, por sua vez, remete ao princípio de garantia decorrente de um Autor imaginário que, em última instância, afiança a veracidade das regras postas para conduzir o gênero humano – o piloto do universo, a autoridade dos romanos ou o deus dos medievais. Esse Outro, que o homem imagina para garantir a autenticidade do seu discurso, acaba, enfim, por introduzir um novo elemento para a compreensão da origem da lei (ou dos seus *nomes*), ligado a uma problemática humana fundamental: aquela do desejo e do inconsciente”.

um princípio liberal forte o bastante para exigir uma decisão favorável ao aborto. Hércules deve, então, chegar a essa decisão, seja qual for a intensidade com que a moralidade popular condene o aborto.⁴⁰⁸

Em outras palavras, justificando uma decisão em nome dos princípios da comunidade política personificada, é possível ao juiz Hércules assumir a posição de autoridade moral da própria sociedade a despeito dos valores compartilhados socialmente, mesmo que a questão colocada para apreciação judicial esteja relacionada aos limites da vida humana. Não se trata absolutamente de discutir no momento sequer sobre a possibilidade de legalização do aborto, mas de apontar para o que sobra na operação argumentativa dworkiana, isto é, as implicações de uma teoria em que não se deixa registrado quaisquer limites para o que pode ser incluído e, logo, excluído em uma decisão judicial.⁴⁰⁹ Agamben lembra, nesse sentido, que, se tratando da politização da vida nua, “nas democracias modernas é possível dizer publicamente o que os biopolíticos nazistas não ousavam dizer”.⁴¹⁰

3.6 Um necessário chamado ao contexto

Antes de passar para o próximo capítulo em que a perspectiva epistemológica da pesquisa passa da compreensão e sistematização de modelos teóricos para o confronto de seus enunciados com

⁴⁰⁸ DWORKIN, 2002, p. 197. Argumento semelhante pode ser observado em DWORKIN, 2007, p. 443.

⁴⁰⁹ Sobre o estado de indiscernibilidade entre o que está dentro e o que está fora do ordenamento, Agamben (2010, p. 31) ensina que: “o que define o caráter da pretensão soberana é precisamente que ela se aplica à exceção desapplicando-se, que ela inclui aquilo que está fora dela. A exceção soberana é, então, a figura em que a singularidade é representada como tal, ou seja, enquanto irrepresentável. Aquilo que não pode ser em nenhum caso incluído vem a ser incluído na forma de exceção. [...] *Ela é aquilo que não pode ser incluído no todo ao qual pertence e não pode pertencer ao conjunto no qual está desde sempre incluído.* O que emerge nesta figura-limite é a crise radical de toda possibilidade de distinguir com clareza entre pertencimento e inclusão, entre o que está fora e o que está dentro, entre exceção e norma”.

⁴¹⁰ AGAMBEN, 2010, p. 161.

estudos empíricos que informam sobre sua realidade de aplicação, é importante realizar um último esclarecimento acerca do pensamento do autor analisado: longe de se resignar com a correção pretensamente abstrata e atemporal de sua obra, Dworkin produz um pensamento profundamente implicado no seu contexto político-jurídico.

Afirma, nesse sentido, que as teorias interpretativas – como sua própria teoria da integridade – se voltam para uma cultura jurídica em particular que, em geral, corresponde à cultura de seus autores. A teoria do direito “não é uma teoria semântica sobre todos os usos da palavra ‘direito’, mas uma teoria interpretativa sobre as conseqüências de adotar a atitude interpretativa com relação a seu próprio sistema jurídico”.⁴¹¹ Esse aspecto pode ser notado no elogio que faz ao positivismo de Jeremy Bentham dentro do contexto em que os negócios eram mais simples e estáveis e a cultura moral mais homogênea.⁴¹² Lembra, ainda, o apego ao positivismo na passagem da década de 50 nos Estados Unidos como uma reação dos conservadores em virtude da prática liberal da suprema corte de declarar a existência de direitos contra o governo.⁴¹³ Em síntese, Dworkin entende que

qualquer descrição mesmo moderadamente detalhada daquilo que, em termos concretos, a legalidade exige em alguma jurisdição específica, deve observar cuidadosamente a história e as práticas institucionais dessa jurisdição, e mesmo uma descrição moderadamente detalhada do que se exige em um lugar será diferente, e talvez muito diferente, de uma descrição equivalente do que se exige em outros lugares. (A discussão e a decisão acerca dessas exigências concretas numa comunidade específica é o trabalho cotidiano de seus advogados praticantes, em determinado nível, e de seus juristas, em outro.)⁴¹⁴

Dessa forma, seu pensamento se adequa ao que foi denominado no primeiro capítulo deste trabalho como um ponto de vista pragmático,

⁴¹¹ DWORKIN, 2007, p. 128.

⁴¹² DWORKIN, 2010, p. 255-8.

⁴¹³ DWORKIN, 2010, p. 258.

⁴¹⁴ DWORKIN, 2010, p. 260-1.

apontando para o fato de que mais do que “correção” ou “coerência interna”, o uso de determinada perspectiva teórica sobre o direito deve observar os efeitos significativos que decorrem de seus enunciados na comunicação entre as pessoas e, portanto, para seus usos ideológicos na formação de determinada realidade jurídica. Sendo assim, não é possível analisar coerentemente a teoria de Dworkin sem deixar registrado seu propósito declarado de produzir uma teoria jurídica voltada para o contexto norte-americano e, em alguma medida, britânico, isto é, dois sistemas jurídicos fundados na tradição da *common law*.

Tendo em vista que a interpretação da obra de determinado autor não se submete ao seu propósito original, esse aspecto da teoria dworkiana não é suficiente para retirar a credibilidade das diversas interpretações que a teoria da integridade possuiu em vista ao contexto nacional por estudiosos brasileiros. Baseado nesse profundo interesse que o pensamento de Ronald Dworkin tem despertado para o tratamento dos problemas da teoria jurídica no Brasil, no próximo capítulo, buscar-se-á identificar eventuais efeitos significativos decorrentes desse fenômeno.

4 A TEORIA DE RONALD DWORKIN NO CONTEXTO DA DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

Superados os momentos de compreensão dos modelos teóricos que informam sobre o possível deslocamento vivenciado pela teoria-e-prática do direito brasileiro, trata-se no presente capítulo de buscar a fundamentação de uma hipótese para o questionamento lançado no início do trabalho. Isto é, buscando constituir uma noção da decisão judicial voltada para o contexto brasileiro, em que medida a teoria de Dworkin possibilita um deslocamento na estruturação dogmática do direito de maneira a constituir limites ao poder de decisão dos juízes? Ou, em outras palavras, até que ponto o estudo da teoria da integridade por juristas formados na tradição da dogmática jurídica de um país de modernidade periférica possibilita maior controle social de suas decisões?

4.1 (Des)funcionalidade da dogmática jurídica em países de modernidade periférica

Visando responder ao problema formulado, faz-se necessário, de antemão, retomar as reflexões iniciadas no primeiro capítulo acerca da dogmática jurídica, agora, sob a perspectiva de sua funcionalidade. Partindo das promessas políticas e epistemológicas, busca-se compreender em que medida esse modelo traça limites efetivos ao poder de decisão dos juristas. Apesar das tentativas do senso comum dos juristas de apresentar a dogmática jurídica como um modelo teórico ideal, descontextualizando seus inevitáveis aspectos históricos e culturais, uma análise da funcionalidade hodierna desse saber demanda uma explicação das relações intersubjetivas em torno do direito. Afinal, conforme explicado na ideia de paradoxo epistemológico do saber jurídico, trata-se de um conhecimento formado a partir das opiniões aceitas pelos juristas, integrando o próprio funcionamento do direito.

Mesmo sendo uma premissa não explicitada, o modelo teórico da dogmática jurídica pressupõe aspectos específicos da modernidade desenvolvida em determinados países europeus. Luhmann ensina que a dogmática jurídica somente surge como configuração própria, distinta das normas jurídicas, quando o sistema jurídico está suficientemente

diferenciado dentro do sistema social,⁴¹⁵ nesse sentido, o adequado funcionamento do saber dogmático exige que o direito funcione como um sistema social operacionalmente autônomo, reproduzido com base nos seus próprios códigos e critérios, embora condicionado por seu respectivo meio ambiente. Trata-se de um processo histórico em que, diante da hipercomplexificação social e do desaparecimento de uma moral de conteúdo hierárquico,⁴¹⁶ ocorre “a supressão da determinação imediata do direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos ‘donos do poder’”.⁴¹⁷

Nesse contexto, a dogmática jurídica se apresenta como uma instância comunicacional entre as normas em abstrato (programação) e sua aplicação (decisões judiciais), constituindo “o instrumental conceitual adequado e necessário para converter as decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz”.⁴¹⁸ Seu saber, ao demarcar o *limite* das interpretações possíveis, visa possibilitar que uma decisão judicial seja “justa”, obviamente, não no sentido axiológico, o qual está submetido a uma pluralidade de perspectivas em constante disputa. Diante do modelo dogmático, a justiça de uma decisão consiste no fato de que seu teor esteja adstrito simultaneamente à legalidade imanente e à conduta do autor objetivamente considerada, permitindo que, de maneira imparcial, a pessoa do autor não exerça qualquer influência no processo de concretização jurídica.⁴¹⁹ Trata-se, assim, de um compromisso do saber dogmático com o ideal político que inspira a própria modernidade em que se busca garantir igualdade e segurança jurídicas. Portanto, sua promessa epistemológica de constituir a ciência do direito está associada com a promessa funcional que

⁴¹⁵ LUHMANN, 1983, p. 112.

⁴¹⁶ NEVES, 1996, p. 94.

⁴¹⁷ NEVES, 1996, p. 96.

⁴¹⁸ ANDRADE, 1997, p. 125-6.

⁴¹⁹ ANDRADE, 1997, p. 127; 142. Sintetizando essa ideia, a autora afirma que: “Opondo dicotomicamente irracionalidade (arbitrariedade, acaso, azar, subjetividade, improvisação) e racionalidade (igualdade, uniformização, previsibilidade, calculabilidade, certeza, segurança) no exercício do poder punitivo do Estado que se materializa na aplicação judicial do Direito Penal e identificando racionalidade e justiça, o discurso dogmático aspira exorcizar a primeira pela mesma via sistemática que promete realizar a segunda” (ANDRADE, 1997, p. 123).

pretende condicionar e justificar racionalmente a violência exercida em nome do direito.⁴²⁰

Em países como o Brasil, apesar da manutenção do discurso responsável por legitimar a tentativa de estruturação do direito, as relações intersubjetivas formadas em torno do direito fazem com que a dogmática jurídica possua funcionalidades específicas. Pensando nesse fenômeno, Marcelo Neves opta por diferenciar os conceitos de modernidade central e modernidade periférica. Define, assim, a complexificação social e o desaparecimento de uma moral material globalizante como características da modernidade. Entretanto, em determinadas regiões estatalmente delimitadas – os denominados países periféricos – não se constata que a essas mudanças tenha correspondido uma adequada efetivação “da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, nem mesmo a criação de uma esfera intersubjetiva autônoma fundada numa generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais)”.⁴²¹ À superação da tradição com a desagregação da consciência moral convencional e pré-convencional não se seguiu a autonomia de uma esfera pública em que, a partir das relações intersubjetivas constituídas em torno do direito, encontrasse espaço a fundamentação moral da indisponibilidade e da imparcialidade do sistema jurídico.⁴²² O autor desperta, assim, para a tendência de

instrumentalização política do Direito, seja por meio da mutação casuística das estruturas

⁴²⁰ ANDRADE, 1997, p. 124; 2009, p. 167.

⁴²¹ NEVES, 1995, p. 13. O autor deixa claro que a utilização dessa nomenclatura não se baseia no modelo “centro-periferia” da forma simplificadora ideologizante das teorias da exploração dos anos 60 e 70. O uso da dicotomia se justifica, assim, por “ênfatar que se trata de uma e da mesma sociedade mundial, não de sociedades tradicionais *versus* sociedades modernas, como se uma diferença de ‘antes e depois’ estivesse na base dos diferenciados níveis de desenvolvimento social. Parto da constatação de que o advento da sociedade moderna está estreitamente vinculado a uma profunda desigualdade econômica no desenvolvimento inter-regional [...], trazendo consequências significativas na reprodução de todos os sistemas sociais, principalmente no político e no jurídico” (Idem).

⁴²² NEVES, 1995, p. 14-7.

normativas, principalmente durante os períodos autoritários, ou através do jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa. Nesse contexto, a autonomia privada (“direitos humanos”) e a autonomia pública (“soberania popular”), embora, em regra, declaradas no texto constitucional, são rejeitadas mediante os mecanismos de desestruturação política do processo concretizador da Constituição.⁴²³

Percebe-se, assim, que ao contrário da modernidade central em que o sistema jurídico se reproduz de maneira autopoietica, no Brasil, ocorre o que se denomina de alopoiese – uma interferência operacional, destrutiva, de maneira que as regras do próprio sistema jurídico são preteridas pelas de outros sistemas sociais. Uma das faces dessa caracterização das relações jurídicas em países periféricos pode ser visualizada como um problema de eficácia das normas, à medida que a abundante produção de textos normativos no plano das expectativas não consegue ser efetivada no plano da ação.⁴²⁴ Aproveitando-se da ineficácia do direito dogmático na sua incompetência no trato dos conflitos jurídicos, existe um direito alternativo – no sentido de paralelo ao direito estatal – que se constitui à *margem* do Estado (criado no meio dos excluídos sem acesso à justiça estatal para resolução de seus problemas) e, sobretudo, à *sombra* do Estado moderno através de procedimentos pelos quais os órgãos, agentes e funcionários do próprio poder público lançando mão de seu poder e prerrogativas oficiais, constroem alternativas que contrariam o sentido do direito estabelecido através de procedimentos democráticos.⁴²⁵

⁴²³ NEVES, 1995, p. 17.

⁴²⁴ LOPES, 2008, p. 116. Neves (1995, p. 17) explica esta ideia da seguinte maneira: “As sobreposições particularistas dos códigos políticos e econômicos às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade de um sistema jurídico. Em lugar da autopoiese, está a alopoiese do Direito. Isso significa que não surge uma esfera de juridicidade apta a, de acordo com seus próprios critérios e de forma congruentemente generalizada, reciclar as influências advindas do seu contexto econômico e político, como também daquilo que os alemães denominam de ‘boas relações’”.

⁴²⁵ ADEODATO, 2009b, p. 23-5

Não se trata, nesse caso, de defender que a esfera jurídica seja autárquica, isto é, absolutamente independente dos outros subsistemas da sociedade. Outros critérios atuam e devem atuar como condições meio-ambientais de reprodução do sistema jurídico, entretanto, os critérios econômicos do ter e os critérios políticos do poder terminam por funcionar como injunções bloqueantes e destrutivas do processo de reprodução autônoma, afetando sobremaneira a identidade do direito. Daí as eventuais influências da política, da economia, do poder militar politizado, da família, das “boas relações”, etc.⁴²⁶

Essa diferença entre o direito escrito e o aplicado na prática na América Latina, diante de sua peculiaridade no Brasil, passou a ter nomenclatura própria. A especificidade da prática de desvio das normas legais para alcançar o fim desejado “resultou na criação de uma instituição paralegal altamente cotada conhecida como ‘o jeito’. O jeito se tornou parte integrante da cultura jurídica do Brasil. Em muitas áreas do direito, o jeito é a regra; a norma jurídica formal, a exceção”.⁴²⁷ Esse significante representa uma forma especial de tratamento do direito que permite aos sujeitos, potencialmente submetidos à legalidade estatal, controlar as incertezas sobre a eficácia das decisões oficiais, alcançando resultados marginais.⁴²⁸

Um aspecto central dessa prática generalizada consiste na manutenção de um quadro de desigualdade apesar de ser um direito que tem sua legitimidade pautada nas ideias de igualdade e de segurança jurídicas, à medida que as possibilidades de operacionalização marginal

⁴²⁶ NEVES, 1995, p. 12; ADEODATO, 2009b, p. 26ss.

⁴²⁷ ROSENN, 1998, p. 12-3. Adeodato (2009b, p. 31) entende que não se trata de uma instituição exclusivamente brasileira.

⁴²⁸ ADEODATO, 2009b, p. 31. Sem entrar no mérito de estudos históricos, é importante mencionar o apontamento de Rosenn (1998, p. 38) que identifica como uma das origens do jeitinho a Lei da Boa Razão, à medida que “incentivava juízes e advogados a observarem o senso comum, os costumes, a legislação comparada, e o espírito da lei, como base para as decisões, sempre que as Ordenações fossem obscuras ou omissas, o que era freqüentemente o caso. A Lei da Boa Razão fomentou substancialmente a liberdade doutrinária e o arbítrio legal do judiciário brasileiro, às custas do Direito Romano e do Direito Canônico. [...] a prática brasileira de reinterpretar leis à luz do bom-senso tem por antepassado espiritual a Lei da Boa Razão”. Para dizer o mínimo, acredita-se tratar de um paradoxo que a origem da crise de legalidade enfrentada pelo direito brasileiro seja, em última instância, uma lei.

do ordenamento jurídico variam de acordo com o nível de integração social dos sujeitos que buscam instrumentalizá-lo em nome de seus próprios interesses. Por um lado, existem os subintegrados que, mesmo sem exercer os direitos fundamentais declarados no texto constitucional, são radicalmente incluídos no âmbito da esfera punitiva estatal.⁴²⁹ Inclusão essa que, mais uma vez, ocorre em desconsideração aos preceitos legais que estabelecem critérios mínimos para imputação e cumprimento da pena. Sem entrar propriamente no mérito dessa questão é possível apontar caso de presídio em que 90% dos presos nunca foram julgados e estão recolhidos irregularmente.⁴³⁰ Situação em que claramente se desnuda como a exceção virou regra.

Por outro lado, existem os sobrecredadãos, aptos a utilizar o texto constitucional democrático na exata medida em que ele é favorável aos seus interesses. Um caso emblemático dessa situação é a Resolução n. 133/2011 do Conselho Nacional de Justiça que – por decisão administrativa – concedeu aos juízes brasileiros uma série de benefícios sob a justificativa de que se tratava de direito de equiparação ao Ministério Público, quando qualquer outro segmento da sociedade com idêntico propósito teria entrado com uma ação judicial, a qual teria pouca possibilidade de obter êxito em virtude do entendimento dos tribunais consubstanciado na Súmula 339 do próprio Supremo Tribunal Federal (“não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”).⁴³¹ Percebe-se, nesse sentido, que para os sobreintegrados o direito, mesmo constitucional, não impõe *limites* à sua esfera de ação política e econômica. Em síntese, a Constituição não atua “como *horizonte* do agir e vivenciar jurídico-político dos ‘donos do poder’, mas sim como uma oferta que, conforme a eventual constelação de interesses, será usada, desusada ou abusada por eles”.⁴³² Jeanine Philippi lembra, assim, que basta viver no Brasil para compreender que,

aqui, *a lei existe, mas mesmo assim...* Em um sistema social dividido entre duas unidades básicas: o *indivíduo* – sujeito à legalidade

⁴²⁹ NEVES, 1995, p. 22.

⁴³⁰ Ver, para tanto, 180GRAUS.COM, 2012.

⁴³¹ Ver COSTA, 2013b.

⁴³² NEVES, 1995, p. 22.

instituída – e a *pessoa* – beneficiária de privilégios –, opera paralelamente ao ordenamento jurídico formal – inspirado no molde liberal do contrato social – um sistema de negócios privados regido por normas informais convencionadas entre as partes à revelia daquilo que estabelece o direito estatal.⁴³³

A desigualdade na aplicação e no uso do direito estabelece, assim, uma relação promíscua com a ausência de identidade da esfera jurídica, manifestando o baixo nível de implicação subjetiva dos brasileiros com as normas públicas, independente da classe social. É importante assinalar que, a despeito dos que criticam o suposto *legalismo* dos profissionais do direito – que não deve ser confundido com a posição de obediência irrestrita à ordem vigente –, o formalismo funcionou historicamente como contraposição ao poder patrimonialista.⁴³⁴ Assim, uma postura de maior consentimento com as leis democráticas pode ser um instrumento de promoção de interdependência social e de distribuição de riquezas, evitando padrões de comportamento individualistas.⁴³⁵

Evidentemente a análise que ora se busca fazer possui severos óbices epistemológicos. A riqueza semântica das normas e a pluralidade de abordagens interpretativas do direito permitem aos profissionais do

⁴³³ PHILIPPI, 2011, p. 80.

⁴³⁴ MAUS, 2000, p. 194. Nesse sentido, o ensino de Neves (2013, p. 173): “A experiência histórica é contunde a esse respeito. Durante o nacional-socialismo, foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores e teleologias, especialmente nos termos da tradição hegeliana, que pontificaram nas cátedras. Autores ditos ‘formalistas’, os quais Hauke Brunkhorst relacionou sugestivamente ao ‘positivismo jurídico democrático’, destacando-se Hans Kelsen, foram banidos de suas cátedras ou não tiveram acesso ao espaço acadêmico”. E prossegue em seguida (p. 173-4): “Mas os exemplos não se restringem à experiência alemã. Também não houve domínio de uma teoria formalista da argumentação jurídica e constitucional no regime militar brasileiro. Miguel Reale, talvez o teórico e filósofo do direito mais influente no período autoritário, adotava um modelo axiológicos nos termos da tradição hegeliana, tendo sido, com base em sua ‘teoria tridimensional do direito’, um forte crítico das vertentes ditas ‘formalistas’”.

⁴³⁵ ROSENN, 1998, p. 114.

direito justificar sob os mais variados argumentos posições jurídicas que apenas aparentemente estão de acordo com os valores eleitos publicamente pelos procedimentos estabelecidos previamente, inviabilizando a tarefa de isolar o papel que o saber constituído pela dogmática jurídica possui na reprodução das desigualdades jurídicas. Entretanto, por razões inclusive éticas, essas dificuldades epistemológicas não devem servir como motivo para a ausência de pesquisas compreensivas acerca dessa realidade.

O fato é que a dogmática jurídica não constitui apenas um código tecnológico destinado a permitir que as decisões sejam tomadas pelos juristas sem exceções perturbadoras. Seu saber também configura um código ideológico, responsável por construir uma representação ilusória da realidade na qual o direito busca aplicação.⁴³⁶ Ao colocar em circulação social o ideário e a crença na segurança jurídica, a dogmática jurídica contém, “a um só tempo, uma dimensão (positiva) de produção de sentido e uma dimensão (negativa) de ocultação/inversão”.⁴³⁷ Dessa forma, à medida que se apresenta como um saber apto ao controle social das decisões jurídicas, a dogmática jurídica viabiliza que as exceções sejam legitimadas e que possam, assim, se apresentarem como regras, garantindo a contínua percepção de normalidade do funcionamento do sistema jurídico.

A garantia de funcionamento do sistema jurídico – vale lembrar – se deve ao fato da dogmática jurídica não ser uma ciência explicativa do direito, mas constitutiva do seu próprio objeto. Ela cumpre um papel enquanto instância interna de (re)produção do direito. Dessa forma, sua funcionalidade deve ser buscada nas funções que cumpre na realidade social, para além das promessas declaradas pelo próprio modelo.⁴³⁸ Se,

⁴³⁶ ANDRADE, 1997, p. 138.

⁴³⁷ ANDRADE, 2009, p. 172.

⁴³⁸ ANDRADE, 1997, p. 159. A autora explica que a marcada vigência da dogmática “não obstante crescentemente problematizada, impõe refutar parcialmente o argumento de sua falta de conexão com a ‘realidade social’. Pois se a Dogmática Penal apresenta uma extraordinária capacidade de permanência espaço-temporal e uma sobrevivência histórica secular, não obstante sua ‘debilidade’ epistemológica e divórcio ‘analítico’ com a realidade social, é porque ela mantém uma conexão funcional com a realidade; é porque potencializa e cumpre certas funções na realidade social, ao mesmo tempo em que traz inscrita uma potencialidade universalista que lhe permite funcionar fora de seu espaço e tempo originários” (Idem).

em países de modernidade periférica como o Brasil, o direito não encontra condições intersubjetivas para se autoreproduzir fora das instrumentalizações operadas por outros subsistemas sociais, o que se verifica é que a dogmática (enquanto parte desse sistema) concorre para que as variáveis relativas às “pessoas”, supostamente afastadas em sua construção conceitual, sejam preponderantes na prática das decisões judiciais.⁴³⁹ Vera Andrade ensina, nesse sentido, que

entre a evidência empírica de que o código tecnológico da dogmática tem sido utilizado para fundamentar juridicamente e justificar a legalidade das decisões judiciais e a evidência empírica de sua incapacidade racionalizadora (pautadora do conteúdo decisório) para a gestação de decisões igualitárias (soluções iguais para casos iguais) seguras e justas, somente resta a hipótese de que tem ocorrido para instrumentalizar e racionalizar as decisões seletivas, acabando por fornecer a elas uma justificação técnica de base científica, legitimando-as e, na sua esteira, a totalidade do exercício de poder do sistema penal, pois é em virtude mesmo da pré-programação legislativa e da dogmática da ação jurisdicional que o sistema penal se legitima pela legalidade.⁴⁴⁰

É importante ressaltar que o fato da dogmática jurídica não cumprir suas promessas epistemológicas e funcionais declaradas não significa que ela seja, em si mesma, sem funcionalidade. O que não é funcional em determinada perspectiva ou para determinados setores pode ser para outros.⁴⁴¹ Nesse sentido não se pode esquecer que “as

⁴³⁹ ANDRADE, 2009, p. 179.

⁴⁴⁰ ANDRADE, 2009, p. 178

⁴⁴¹ NEVES, 1995, p. 24. O autor é esclarecedor sobre esse ponto ao afirmar que “quando às estruturas normativo-jurídicas, o seu não-funcionar generalizado pode eventualmente ser ‘prestativo’ para outras esferas de comunicação social (economia, política, religião etc.), e mesmo ser avaliada como funcional para a sociedade a partir de outras conexões de condutas e expectativas. É nesse sentido que a ineficácia generalizada dos dispositivos constitucionais referentes à ‘igualdade’, ‘liberdade’ e ‘participação’, embora implique não-

negociações das regras que implementam as diretrizes fixadas pelas instâncias decisórias do mercado exigem que o estado dote sua ordem jurídica de plasticidade aumentando as possibilidades de escolha, decisão e controle oferecidas à magistratura”.⁴⁴² Isso implica dizer que o déficit de efetividade da promessa funcional da dogmática jurídica garante, em alguma medida, a manutenção dos interesses de determinado número de privilegiados que sobre os limites impostos pela lei comum nada querem saber. Daí se poder falar que, sob a ilusão de segurança jurídica,⁴⁴³ a dogmática não tem constituído, em sua funcionalidade, *limites* ao poder de decisão dos juristas.

4.2 O apelo à integridade a partir dos princípios no direito brasileiro

Dando prosseguimento à tentativa de aproximação do estudo teórico realizado no presente trabalho com estudos que procuraram fornecer instrumentos de análise acerca da realidade empírica do direito no Brasil, trata-se neste tópico de identificar os efeitos significativos produzidos pelo discurso principiológico. Não cabe, ainda, uma análise restrita à teoria de Dworkin nos termos do problema proposto, pois é preciso considerar que a prática jurídica não guarda conformidade com os fluxos dos debates teóricos. De toda forma, entender alguns dos resultados ocasionados na prática jurídica brasileira por uma categoria bastante difundida pelo autor tampouco pode ser desconsiderado como indício do papel de sua teoria na constituição de limites ao poder dos juízes.

Por uma incorporação possivelmente jamais consentida pelo jurista norte-americano, o pensamento jurídico nacional costuma classificar a obra de Ronald Dworkin dentro do conjunto de teorias que, na ausência de uma definição teórica mais rigorosa, são conhecidas pelas alcunhas de “neoconstitucionalistas” ou simplesmente de “pós-

funcionalidade normativo-jurídica da Constituição, compatibiliza-se com a função político-ideológica do discurso constitucionalista. E no caso da constitucionalização simbólica, observa-se que, quanto maior a ineficácia da Constituição em temo de função normativo-jurídica, tanto mais intensa torna-se sua função político-ideológica. Daí porque, nesse caso, pode-se falar em ‘superexploração’ do Direito pela Política” (Idem).

⁴⁴² PHILIPPI, 2010, p. 124.

⁴⁴³ ANDRADE, 2009, p. 179.

positivistas”.⁴⁴⁴ Essa corrente teórica defende a ideia de surgimento de um novo constitucionalismo enquanto reflexo das cartas constitucionais surgidas após o final da segunda guerra mundial, caracterizando um “novo fenômeno jurídico-político, cuja realidade se desenvolve de forma essencialmente dinâmica e que partiu de uma concepção estatal intervencionista, de cunho social, normativamente instituída pelas constituições dirigentes”.⁴⁴⁵ Assim, as novas teorias do direito teriam proporcionado um “horizonte de aplicabilidade” aos princípios e normas programáticas de caráter socioeconômico e cultural dessas constituições, caracterizando uma identidade entre o Estado Social de Direito (*Welfare State*) com o Estado Constitucional.⁴⁴⁶

Nesse sentido, a superação do positivismo jurídico como teoria, método e ideologia, centrado no modelo de regras, se justifica em virtude do seu caráter excessivamente “estatalista” e “legalista” e, portanto, pouco atento ao surgimento das “nuevas fuentes sociales”,⁴⁴⁷ de uma “Constitución extremadamente invasora, entrometida”.⁴⁴⁸ Defendem, esses autores, a existência de uma “obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la

⁴⁴⁴ Mesmo autores que utilizam, por exemplo, o significante “neoconstitucionalismo” (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 29) reconhecem que “não é de fácil apreensão e muito menos é o conteúdo daquilo que designa”. Para uma crítica ao próprio uso do termo ver DIMOULIS, 2011. Com o termo “pós-positivismo” a realidade é basicamente a mesma, ora utilizado como sinônimo de neoconstitucionalismo, ora designando, em sua versão brasileira, uma aproximação com a moral, ou mesmo, colocando sob a mesma seara autores com perspectivas amplamente divergentes sobre o direito (Friedrich Müller, Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Ronald Dworkin, Robert Alexy) (DIMOULIS, 2006, p. 49).

⁴⁴⁵ CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 30.

⁴⁴⁶ CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 30. Assim sintetiza Cademartori; Duarte (2009, p. 31): “Em linhas gerais, no Estado Constitucional, os poderes públicos encontram-se delimitados e configurados a partir de um direito baseado primordialmente nos princípios constitucionais, formais e materiais; tais como os direitos fundamentais; a função social das instituições públicas; a divisão dos poderes e a independência dos tribunais.

Esses fatores, por sua vez, apresentam como resultado uma forma de Estado na qual existe uma legitimação democrática e um controle pluralista do poder político e dos poderes sociais”.

⁴⁴⁷ SANCHÍS, 2009, p. 136.

⁴⁴⁸ GUASTINI, 2009, p. 49.

Constitución”,⁴⁴⁹ permitindo alcançar “la antigua aspiración del ‘gobierno del Derecho’ contrapuesto al ‘gobierno de los hombres’”.⁴⁵⁰ Écio Duarte afirma que a mudança de racionalidade normativa para um Estado social, provocada pela necessidade de intervenção estatal na ordem econômica, conjugou um ajustamento do princípio da legalidade, responsável por invadir todos os domínios da vida social por parte do direito. Nesse contexto o princípio da legalidade assumiria uma dimensão mais alargada, compreendendo as normas da Constituição e os princípios gerais de direito nela acolhidos.⁴⁵¹

Como é possível perceber, em alguma medida, as novas teorias do direito se apresentam para a prática jurídica como solução para os problemas ocasionados pelo suposto predomínio do juspositivismo, descrito como excessivamente rigoroso e limitado na compreensão do direito social que emerge após as formações constitucionais autoritárias.⁴⁵² Apesar de não corroborar com os erros históricos e as imprecisões conceituais que fundamentam essas teses,⁴⁵³ a teoria da integridade de Dworkin consiste em uma das principais referências desse movimento, o que pode ser parcialmente explicado em virtude da crítica à discricionariedade positivista com base na existência dos princípios. Dessa forma, é importante destacar que, assim como a dogmática jurídica, o modelo teórico proposto por Dworkin que inspira o influente momento antipositivista da teoria e da prática jurídica brasileira tem como um dos seus centros de preocupação a construção de limites ao poder de decisão dos juízes, o que nem por isso deixa de ser visualizado como um aspecto da busca por justiça substantiva.

Associada em outros países à repriminção das teses da Jurisprudência dos valores, a incorporação do discurso principiológico ocorreu no Brasil de maneira peculiar. Um aspecto central do interesse em torno dos princípios está na própria imprecisão que o debate adquiriu, os quais podem ser entendidos das mais variadas formas:

⁴⁴⁹ COMANDUCCI, 2009, p. 86.

⁴⁵⁰ POZZOLO, 2009, p. 194.

⁴⁵¹ DUARTE, 2006, p. 22.

⁴⁵² Sobre um alerta para a confusão jurisprudencial que se relaciona “com o fascínio doutrinário, que se expressa no lugar comum do chamado ‘neoconstitucionalismo’, ao relacionar os princípios com a democracia e as regras com a postura autoritária”, ver COSTA, 2013a, p. 16.

⁴⁵³ Para uma desconstrução da tese histórica de que o positivismo legitimou o nazismo, ver DIMOULIS, 2006, p. 264 ss.

normas fundamentais do sistema, normas mais abstratas, mandados de otimização, etc.⁴⁵⁴ Talvez exatamente em virtude da ausência de uma devida compreensão ou delimitação do sentido dessa categoria, tem havido uma ampliação desmedida na força persuasiva dos princípios, originando um fenômeno que pode ser denominado de “pan-principiologismo”. Não por acaso, surge o questionamento sobre:

qual é o sentido normativo, por exemplo, do “princípio” (sic) da confiança no juiz da causa? Ou do princípio “da cooperação processual”? Ou “da afetividade”? E o que dizer dos “princípios” da “proibição do atalhamento constitucional”, da “pacificação e reconciliação nacional”, da “rotatividade”, do “deduzido e do dedutível”, da “proibição do desvio de poder constituinte”, da “parcelaridade”, da “verticalização das ligações partidárias”, da “possibilidade de anulamento” e o “subprincípio da promoção pessoal”? Já não basta a bolha especulativa dos princípios, espécie de *subprime* do direito, agora começa a fábrica de derivados e derivativos. Tem também o famoso “princípio da felicidade”.⁴⁵⁵

Assim, em conformidade ao hábito jurídico nacional de não conferir identidade ao sistema jurídico, o apelo aos princípios constitui argumentos que permitem a qualquer intérprete do direito (juízes, advogados, doutrinadores, etc.) suspender legitimamente a aplicação de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais vigentes, descaracterizando um importante mecanismo social de autolegislação. Por outro lado, esse fenômeno parece aproximar a jurisdição brasileira do direito constitucional norte-americano que, em virtude da dificuldade de modificação da Constituição e do papel da Suprema Corte como produtora de direito, destitui “de relevância o texto escrito no qual se encontra assentada a Constituição. Por isso mesmo, o direito constitucional há muito deixou de ser a interpretação da Constituição, posto que se tornou bastante difícil sustentar determinadas decisões tomando-se como referência a Constituição escrita”.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ Ver SILVA, 2003.

⁴⁵⁵ STRECK, 2012.

⁴⁵⁶ LOIS, 2006, p. 267.

Nesse sentido, é possível afirmar que o uso dos princípios na prática doutrinária e jurisprudencial brasileira e a euforia teórica das perspectivas antipositivistas não têm considerado que, historicamente, no Brasil, nunca houve um espaço público edificado sob as bases de uma legalidade comum.⁴⁵⁷ Uma demonstração desse aspecto das relações jurídicas nacionais pode ser coletada no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos que, enquanto texto normativo legislado, ao invés de construir limites para as decisões judiciais, estabelece dispositivos que visam à flexibilização da técnica processual, podendo o juiz, inclusive, produzir provas de ofício. Para tanto, são “princípios” informativos desse novo código a flexibilização da técnica processual, a proporcionalidade e a razoabilidade e o do ativismo judicial.⁴⁵⁸

Em outras palavras, o discurso principiológico no Brasil, não apenas reforça como legítima uma liberdade sem limites dos intérpretes na aplicação do direito, à medida que a abertura cognitiva proporcionada pelos princípios permite uma ampliação das possibilidades argumentativas. É preciso chamar atenção para relação que essa perspectiva estabelece com parcela significativa do imaginário dos juristas. No discurso de posse de novos juízes no Rio de Janeiro, o ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão afirmou categoricamente que: “o ‘processo’ não é senão o instrumento que o Estado entrega ao juiz para, ao aplicar a lei ao caso concreto, solucionar, o litígio com justiça. Justiça que emana exclusivamente de nossa consciência, sem nenhum apego obsessivo à letra fria da lei”.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Mesmo sendo um autor que defende o neoconstitucionalismo, esta, em alguma medida, é a crítica de Streck (2010, p. 21) ao afirmar: “Uma coisa que não tem sido dita é que o equívoco das teorias constitucionais e interpretativas que estabelece uma repriminção das teses da *Jurisprudência dos Valores* – mormente em *terrae brasilis* – está na busca de incorporar o *modus* tensionante do tribunal alemão em realidade (tão) distantes, que não possuíam (e não possuem) os mesmos contornos históricos acima retratados. No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional”.

⁴⁵⁸ STRECK, 2010, p. 21-2.

⁴⁵⁹ STRECK, 2010, p. 24. Nesse mesmo sentido, Streck (2010, p. 24-5) dá destaque para o voto de Humberto Gomes de Barros no AgReg em REsp nº

Dessa forma, ao não configurar limites simbólicos para a leitura que os juízes podem fazer da legalidade imanente, termina-se por realizar uma operação em que o judiciário se consagra como guardião da moralidade pública da sociedade, o que em alguns casos inviabiliza a própria possibilidade de modificação dos direitos. Em outras palavras, o direito deixa de ser definido através de um amplo debate público em que a sociedade possui mecanismos legítimos de participação, para ser imposto a partir da perspectiva dos juristas que, como se sabe, compõem um grupo de status distinto.⁴⁶⁰ Sem entrar propriamente no mérito da questão constitucional analisada em juízo, foi o que ocorreu no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 511.961 sobre a obrigatoriedade do diploma de jornalista, na qual o ministro relator Gilmar Mendes – após utilizar-se do princípio da proporcionalidade –⁴⁶¹ entende que as qualificações profissionais do art. 5º, inciso XIII da Constituição (“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”) somente podem ser exigidas pela lei

daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área de saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, entre outras várias. Nesse sentido, a profissão de jornalista, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício.⁴⁶²

Nesse sentido, sem sequer mencionar a existência do art. 22, XVI da Constituição Federal (“Compete privativamente à União legislar

279.889/AL em que afirma que “[...] É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ deide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros”.

⁴⁶⁰ TRUBEK, 2007, p. 167.

⁴⁶¹ RE 511.961, fls. 743-4.

⁴⁶² RE 511.961, fl. 755.

sobre organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”)⁴⁶³ e baseado no malfadado princípio da proporcionalidade, o magistrado suspende o direito consubstanciado em norma legislada pelas vias ordinárias. O problema, entretanto, está além da eventual densidade normativa do texto constitucional que, como visto, remete a matéria para decisão legislativa, limitando a competência do judiciário. Após o referido voto, em pronunciamento à imprensa na ocasião de uma palestra, o relator do processo afirmou ainda que essa questão não pode ser alterada mesmo por emenda constitucional (que exige maioria qualificada pelo congresso nacional), pois se trata de “cláusula pétrea”, consubstanciando em caráter definitivo uma incompatibilidade supostamente incontornável entre a exigência de diploma para jornalistas e o Estado democrático de direito. Não deixa de ser interessante que tenha encerrado a referida palestra afirmando: “O Estado de Direito é aquele em que não há soberanos. Todos estão submetidos às regras constitucionais estabelecidas”.⁴⁶⁴

Outro caso em que a ausência de limites às decisões judiciais impede a modificação social de direitos pode ser visualizado na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.033 DF/STF em que o impetrante requeria o arquivamento liminar do projeto de lei 4.470/2012 – ainda em fase de tramitação – o qual estabelecia que “a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência de recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”.⁴⁶⁵

Logo no início da argumentação, o relator, novamente o ministro Gilmar Mendes, estabelece dois pontos essenciais para a argumentação aqui desenvolvida. Reconhece, em primeiro lugar, que a possibilidade de avançar na análise de constitucionalidade na organização interna das casas legislativas somente se dá em “situações *excepcionais*, em que há flagrante desrespeito ao devido processo legislativo ou aos direitos e garantias fundamentais”.⁴⁶⁶ Mais adiante, claramente baseado em perspectiva neoconstitucionalista, afirma:

⁴⁶³ Sobre esse e outros argumentos, ver MARTINS NETO, 2009.

⁴⁶⁴ DIÁRIO DO LITORAL, 2009.

⁴⁶⁵ MS 32.033, fl. 1.

⁴⁶⁶ MS 32.033, fl. 4.

Com o reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição como corolário do Estado Constitucional e, conseqüentemente, com a ampliação do controle judicial de constitucionalidade, consagrou-se a ideia de que *nenhum assunto*, quanto suscitado à luz da Constituição, *poderá estar previamente excluído da apreciação judicial*.⁴⁶⁷

Mais uma vez, não se trata de analisar a fundo o mérito dos argumentos utilizados pelo magistrado no deferimento liminar do pedido. De toda forma, é possível destacar o apelo generalizado aos princípios “democrático, do pluripartidarismo e da liberdade de criação de legendas”⁴⁶⁸ que, suscitados em sua vagueza, ambigüidade e porosidade, constituem razões circunstancialmente favoráveis ao teor da decisão.⁴⁶⁹ Entretanto, o aspecto que mais se destaca na referida liminar consiste na própria possibilidade do judiciário suspender projeto de lei durante sua fase de discussão pelos representantes eleitos. Gilmar Mendes, malgrado fundamente sua decisão basicamente no (princípio) do devido processo legislativo, não aponta nenhum equívoco procedimental que contrarie dispositivo legal, restringindo-se a afirmar que se tratava de uma “aprovação rápida” e de uma manobra “arbitrária, casuística e inconstitucional da maioria parlamentar”⁴⁷⁰, novamente, sem apontar qualquer fundamento legal para a inconstitucionalidade do processo ou ao menos explicar o problema jurídico representado pela celeridade na tramitação de determinado projeto de lei.⁴⁷¹ Em outras palavras, ao realizar flagrante controle prévio de constitucionalidade, o judiciário obstaculiza o procedimento de mudança do direito, demonstrando que, em alguma medida, os juízes detêm um poder sem limites.⁴⁷²

⁴⁶⁷ MS 32.033, fls. 4-5. (grifou-se).

⁴⁶⁸ MS 32.033, fl. 16.

⁴⁶⁹ Sobre o que pode ser denominado de “significantes ocós”, ver ADEODATO, 2011, p. 61.

⁴⁷⁰ MS 32.033, fls. 1; 2.

⁴⁷¹ SILVA, 2013.

⁴⁷² Sobre o discutível argumento de que existe a possibilidade de controle prévio de constitucionalidade no que concerne às cláusulas pétreas estabelecidas no art. 60, §4º da Constituição da República (COSTA NETO,

Diante desses exemplos é possível apontar, mesmo que em caráter não conclusivo, as dificuldades do discurso principiológico na construção da integridade no direito. Um fator central para essa dificuldade é a própria ideia de existência de uma comunidade política personificada no Brasil da qual possam ser extraídos princípios implícitos. Para isso é preciso entender uma diferença substancial entre o modelo proposto por Dworkin para o common law e a civil law que caracteriza o direito brasileiro. Em inglês, a categoria “law” refere-se simultaneamente a lei e a direito. Assim, enquanto no *civil law*, a distinção entre as categorias expressa a possibilidade de distinção entre a legislação e o direito, elaboração legislativa e aplicação do direito, no *common law*, entende-se que “quem faz a lei é a sociedade, não o Estado, e lei e direito são inseparáveis”.⁴⁷³ Essa diferença torna mais nítida a percepção de que, sendo a lei uma construção estatal, a sociedade necessita limitar o poder de decisão dos juízes em vista a sua própria proteção, tornando controversa a possibilidade de conferir normatividade intrínseca às outras decisões tomadas pelas instâncias estatais.

No caso brasileiro é preciso despertar, ainda, para o caráter heterogêneo e multifacetado da sociedade. Ao contrário dos Estados Unidos em que a Constituição surge de uma comunidade que, como anunciava Tocqueville, vicejava “igualdade de condições”,⁴⁷⁴ o pacto constitucional manifesto pela carta constitucional de 1988 consiste em um processo cheio de contradições, simbolizando a união de posicionamentos ideológicos contrapostos.⁴⁷⁵ Essas oposições marcam de maneira indelével o processo político nacional e, para não ir muito longe, podem ser muitas vezes visualizadas em decisões tomadas pelo mesmo órgão. Analisando-se o tratamento dado pelo legislativo, por exemplo, para a questão penal é patente a contradição entre os resultados da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário e a proposta de Reforma do Código Penal, tornando praticamente

2013), é importante afirmar que, o caso em análise, não se enquadra em nenhuma das hipóteses estabelecidas no texto constitucional. Não por acaso, não houve qualquer alegação do relator nesse sentido.

⁴⁷³ LIMA, 2010, p. 31.

⁴⁷⁴ TOCQUEVILLE, 2005, p. 7 ss.

⁴⁷⁵ Bobbio (1999, p. 46) defende a ideia de a democracia se funda na simultânea presença de um consenso que não exclua o dissenso.

inviável a busca pela filosofia implícita às decisões de uma suposta comunidade política personificada.

Sob o ponto de vista da construção de um dever ser, esses apontamentos não são em si mesmos suficientes para descaracterizar a tentativa de realização de uma interpretação construtiva do direito brasileiro em vista à integridade das decisões judiciais. Entretanto, no âmbito do direito que é, uma análise preliminar sobre a prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal antecipa uma tendência dos juízes de, em certa medida, não levarem a sério suas próprias decisões sobre a mesma matéria.⁴⁷⁶ Marcelo Continentino chama atenção para julgamento da ADI 3.510/DF em que o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança na parte em que cuida da produção e comercialização de organismos geneticamente modificados e a pesquisa com células-tronco embrionárias, sendo que vários argumentos gravitaram em torno dos direitos à vida e à saúde e do princípio da dignidade da pessoa humana. Foi um processo de grande impacto na sociedade e para a própria Corte, à medida que, pela primeira vez, ela se valeu da prerrogativa de convocar audiências públicas, ouvir especialistas, além de entidades representativas a título de *amicus curiae*.⁴⁷⁷ Relevância que, diga-se, foi ressaltada por alguns ministros durante a própria audiência que ocorreu em 2008.⁴⁷⁸

Seguindo a perspectiva dworkiana de construção de um romance em cadeia era de se esperar que, em 2012, no julgamento da ADPF 54/DF sobre o aborto de fetos anencéfalos – onde igualmente se tratava de interpretar o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa

⁴⁷⁶ Sobre a ausência de integridade na prática jurídica brasileiro, Neves (2013, p. 198-9) afirma: “Na jurisdição constitucional brasileira, problema persistente em relação ao manuseio dos princípios constitucionais, da técnica da proporcionalidade e do modelo de ponderação, assim como também ao emprego de outras estratégias argumentativas, reside no fato de que a decisão e os argumentos utilizados para fundamentá-las tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice*, mas não oferecem critérios para que se reduza o ‘valor surpresa’ das decisões de futuros casos em que haja identidade jurídica dos fatos subjacentes. Dessa maneira, começa a história, novamente, a cada caso, ao sabor das novidades metodológicas e doutrinárias”.

⁴⁷⁷ Para uma crítica à democratização do acesso ao Supremo Tribunal Federal, ver VIEIRA, 2008, p. 448.

⁴⁷⁸ CONTINENTINO, 2012.

humana – a decisão sobre o caso anterior exercesse grande importância. Entretanto, em análise dos três votos disponibilizados no site do órgão, o mencionado autor percebeu que, ao invés da busca por integridade, destaca-se na argumentação utilizada pelos magistrados uma enorme quantidade de citações teóricas, não havendo referências significativas ao conteúdo da decisão anterior.⁴⁷⁹ Na tentativa de dar continuidade à investigação do autor localizou-se na internet a íntegra do voto do ministro Carlos Britto em que, assim como os outros dois dos três votos

⁴⁷⁹ Explica Marcelo Continentino (2012): “Primeiro a votar, o relator, ministro Marco Aurélio, foi o único dos três ministros, aqui mencionados, a citar o julgamento na ADI 3.510/DF, em duas oportunidades. Na primeira oportunidade, com intuito de apenas destacar a laicidade do Estado, a referência, diante da significação do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, foi secundária para o exame da questão. Na segunda, contudo, o ministro Marco Aurélio resgatou o conceito de vida, que se sagrou vencedor na ADI 3.510/DF, para fundamentar seu voto.

O ministro Luiz Fux, recém-chegado ao STF, por sua vez, não se preocupou com o precedente. Entre autores e obras doutrinárias, ele citou, pelo menos, 40 referências distintas, que iam desde Aristóteles (*Ética a Nicômaco*) até autores atuais da Filosofia, do Direito ou da Medicina. Relativamente ao STF, falou de três Habeas Corpus: o primeiro, HC 84.025, até tratava do mesmo, isto é, aborto do anencéfalo, porém foi julgado prejudicado diante do nascimento do feto; o segundo, HC 834, tinha por objeto crime de responsabilidade; o terceiro, HC 90.049, referia-se à progressão do regime na hipótese de crimes hediondos. Em suma, a ADI 3.510/DF foi completamente ignorada pelo ministro Luiz Fux.

O terceiro deles, o ministro Ricardo Lewandowski, foi quem mais me surpreendeu; não fez menos de 15 referências doutrinárias (o que, diga-se, é bem razoável), citando desde o cético grego, Xenófanes (“A verdade certa, homem nenhum conheceu, nem conhecerá”), o que, aliás, deu todo o tom do seu voto, passando pelo código de Napoleão, para terminar com autores mais atuais do Direito brasileiro, a exemplo do prestigiado professor Paulo Bonavides. Porém, o ministro Lewandowski não citou um único precedente judicial, tampouco o seu próprio voto, de 75 páginas e com mais de cem referências bibliográficas, proferido no julgamento da ADI 3.510/DF, no qual ele acolhera a tese do “embrião inviável”, assumindo inevitavelmente uma importante premissa sobre o conceito jurídico do direito à vida. O seu voto, porém, revela um silêncio estranhamente ensurdecedor..”.

analisados, também não há qualquer referência à significativa ADI 3.510/DF.⁴⁸⁰

Essas críticas não devem ser consideradas como uma rejeição simplista dos princípios na aplicação do direito, mas em uma percepção crítica dos seus efeitos significativos na realidade brasileira. Marcelo Neves ensina que a produção normativa constituinte ou legislativa ao tempo em que já importa uma forte redução de expectativas normativas existentes na sociedade sobre quais são os direitos e deveres, não esgota por completo o processo seletivo de concretização normativa. A interpretação dos textos normativos representa mais uma seleção sobre as diversas expectativas normativas e cognitivas. Nesse processo os princípios possuem, sim, uma grande capacidade de estruturar a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico, mas também “enriquecem os potenciais e alternativas da cadeia argumentativa do ponto de vista interno do direito. O direito se flexibiliza mediante princípios constitucionais para possibilitar uma maior adequação do argumentar jurídico à complexidade da sociedade”.⁴⁸¹

Isso quer dizer que em Estados constitucionais rigorosamente consistentes (com predomínio da autorreferência na produção jurídico-normativa), os princípios desempenham o importante papel de adequar o direito à sociedade (heterorreferência). Entretanto – e o tópico anterior foi elucidativo nesse sentido – em contextos sociais como o do Brasil marcado por ilegalidades e inconstitucionalidades praticadas de maneira sistemática pelos cidadãos e pelos agentes públicos, um discurso principiológico pode ocasionar efeitos distorcidos. Ao invés de permitir uma maior adequação social, o risco do abuso dos princípios é produzir um direito superadequado, permitindo o encobrimento ainda mais legítimo de práticas orientadas à satisfação de interesses a despeito da legalidade constituída.⁴⁸² Essa maleabilidade na aplicação do direito, ao invés de indicar no sentido da construção de limites ao poder de decisão dos juízes, torna a exceção cada vez mais a regra, caracterizando uma situação de indiscernibilidade. É possível afirmar, portanto, que

⁴⁸⁰ ADPF 54. Uma análise semelhante sobre a ausência de integridade da prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal pode ser visualizada nos casos Ellwander e Lei de Imprensa em NEVES, 2013, p. 213.

⁴⁸¹ NEVES, 2013, p. 58.

⁴⁸² NEVES, 2013, p. 190-200.

não só no que diz respeito à questão dos princípios e da ponderação entre eles, há um estilo *ad hoc* de argumentar na jurisprudência constitucional brasileira. Mas a principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atuam como um estimulante de um ‘casuísmo’ descomprometido com a força normativa da constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico. [...] Nesse contexto de maleabilidade e imediatismo, o domínio dos particularismos eventuais pode invadir, com mais facilidade, o processo de concretização e minar, caso a caso, a ordem constitucional.⁴⁸³

Diante dessas considerações é possível firmar um entendimento liminar que, em forte medida, os problemas de legalidade enfrentados pela prática jurídica brasileira foram ampliados pela ampla tradução de uma perspectiva pós-positivista que pôde contar com o respaldo teórico fornecido pelo pensamento de Ronald Dworkin, malgrado eventuais distorções na interpretação da obra. Tal conclusão não pode implicar na simples rejeição das contribuições da teoria da integridade na construção de um modelo teórico voltado às especificidades do direito no Brasil, configurando, entretanto, uma crítica à força persuasiva dos princípios como panaceia para os nossos problemas jurídicos que, sob o pretexto de realização da integridade, promove uma franca instrumentalização do direito.

4.3 A mito-ideo-logia do juiz Hércules: toda decisão é possível?

No tópico anterior procurou-se constituir uma inteligibilidade para os efeitos comunicacionais decorrentes da introdução do discurso principiológico no Brasil o que, como dito, fornece indícios importantes para uma percepção da teoria de Ronald Dworkin a respeito do problema proposto. Entretanto, não se pode imputar à teoria do autor determinadas distorções que estão relacionadas com a dinâmica própria que as práticas jurídicas possuem. Trata-se agora de aproximar o estudo de maneira mais contundente do questionamento do início do trabalho para uma análise que, levando em conta as peculiaridades do direito

⁴⁸³ NEVES, 2013, p. 201.

brasileiro, busque compreender a possibilidade da teoria da integridade construir limites simbólicos ao poder de decisão dos juízes.

Para realizar essa análise é preciso partir de certa cumplicidade epistemológica em que a teoria seja vista não apenas sob o ponto de vista dos seus enunciados explícitos claramente considerados pelo seu autor, mas onde também ganhe destaque premissas ocultas situadas no que Katharina Sobota denomina de esfera de alusão, algum lugar entre a explicitação verbal e o completo silêncio.⁴⁸⁴ Essa ressalva é importante porque uma análise que considere a teoria da integridade exclusivamente sob o enfoque histórico do autor precisa levar em conta seu propósito de construir um conceito de direito e de legalidade que retirasse a condição arbitrária e irracional das decisões judiciais. Aliás, era por essa razão que o jurista norte-americano combatia as teorias positivista e pragmatista, à medida que autorizavam os juízes a renunciarem, em determinado momento, ao dever de identificar os direitos e obrigações jurídicos das pessoas. Foi para combater essa discricionariedade em sentido forte que Dworkin interpreta a decisão judicial como a atividade que atribui verdade a determinada proposição jurídica desde que conste ou derive dos princípios que ofereçam a melhor interpretação da prática jurídica da comunidade política personificada.

Propõe-se, assim, uma análise que busque interpretar a teoria de Dworkin em suas dimensões positiva e, sobretudo, negativa.

No âmbito da *dimensão positiva* é cabível um questionamento à proposta dworkiana considerada em si mesma, quer dizer, em que medida uma decisão pautada em princípios promove a integridade na aplicação do direito? É importante lembrar que o conceito de princípio se refere, em forte medida, à moralidade. Nesse sentido, como assegurar a partir dos princípios que casos semelhantes tenham decisões de semelhante teor (garantindo idêntica consideração e respeito), se a modernidade, sobretudo, em um contexto de globalização configura uma profunda pulverização ética dos valores socialmente estabelecidos? A conformação do direito como único ambiente ético comum representa por si só uma sobrecarga do judiciário.⁴⁸⁵ Nesse sentido, não deixa de ser um paradoxo que o apelo à integridade se dê exatamente pelas vias de uma inconsistente moralidade.

⁴⁸⁴ SOBOTA, 2006, p. 10.

⁴⁸⁵ ADEODATO, 2011, p. 55; 60.

Essa é a primeira via que, com base nos próprios enunciados dworkianos, permite uma crítica à teoria da integridade. Marcelo Neves afirma que o “ideal regulativo de Dworkin, o juiz Hércules, monológico, solipsista e, eu diria, simplista, não é o mais adequado para reconhecer os seus próprios *limites*”.⁴⁸⁶ A questão é que apontar para o ideal de uma moralidade da comunidade política personificada não parece ser plausível na contemporaneidade, pois a própria noção de “comunidade” é problemática, à medida que implica na ideia de partilha de valores ou representações morais comuns, algo adequado apenas em formações sociais pré-modernas. Isso não implica dizer que Dworkin negue a existência de conflitos morais e incoerências de valores, mas esse é um argumento fático que não se confunde com o caráter normativo do juiz Hércules. O juiz dworkiano remete a uma ideia regulativa de busca pelos princípios de moralidade que servem de apoio às instituições e leis, caracterizando um “normativismo idealista, incompatível com a forma de reprodução de uma sociedade supercomplexa e uma esfera pública pluralista, marcada pelo dissenso”.⁴⁸⁷ Isso permite afirmar que a busca por princípios que são, em última instância, incoerentes, compromete os ideais de certeza jurídica e de aplicação legítima do direito, pois o juiz Hércules precisará buscar respostas em esferas estranhas ao direito, isto é, na arena política.⁴⁸⁸

Apesar da inegável pertinência das críticas à dimensão positiva da teoria da integridade, considera-se que esta via argumentativa apresenta alguns óbices, dificultando uma conclusão definitiva. Não se trata de sintetizar neste momento os argumentos de Dworkin esmiuçados no terceiro capítulo, entretanto, a questão é mais complexa entre o mero recorrer ou não aos princípios da comunidade política na solução dos casos difíceis. O jurista norte-americano reconhece, por exemplo, que a comunidade será melhor se os tribunais tomarem decisões baseadas em regras publicadas previamente. O problema surge especialmente quando as regras não são claras ou simplesmente não há regras explícitas disciplinando os direitos das partes. Nessa ocasião Dworkin considera melhor, para a integridade das decisões da comunidade política, que a busca pelo melhor argumento seja resultado de uma interpretação construtiva da moralidade implícita a decisões

⁴⁸⁶ NEVES, 2013, p. 59. (grifou-se).

⁴⁸⁷ NEVES, 2013, p. 59.

⁴⁸⁸ CHUEIRI; FACHIN, 2006, p. 335.

anteriores do que o apelo a argumentos semânticos ou históricos que apenas camuflam a inevitável moralidade das decisões jurídicas, impedindo o controle público das razões que as motivaram. Ademais, o autor não ignora as dificuldades na realização dessa interpretação construtiva, mas responde o problema questionando por que seria melhor que os juízes façam valer suas próprias opiniões pessoais do que os raciocínios complexos propostos pela leitura moral do direito. Em suma, concorda-se com a crítica à ideia de moralidade comunitária, mas, em um debate voltado para a solução de problemas concretos da teoria do direito – o que não é objeto do presente estudo – desconsiderar a alternativa de um autor exige algum nível de comparação com vantagens e desvantagens de outros modelos.

Dessa forma, uma análise crítica da teoria de Dworkin precisa considerar sua *dimensão negativa*, o que diz respeito aos efeitos significativos de ocultação, inversão, ou melhor, construção da realidade jurídica. Parte desse estudo foi realizado no tópico 3.5 do presente trabalho em que se pôde observar como a teoria da integridade descreve o judiciário como um lugar privilegiado de decisão pública, autorizando que, através da leitura moral, o *juiz Hércules* possa decidir sobre qualquer assunto a despeito da moralidade popular. Trata-se, portanto, de compreender os sentidos do mito que Dworkin funda na teoria do direito contemporânea, sem esquecer que um processo mitológico sempre coloca suas crenças a serviço de determinada ideologia política.⁴⁸⁹ Sobre esse assunto, Luis Alberto Warat já alertava, afirmando que o mito consiste em um discurso

cuja função é esvaziar o real e pacificar consciências, fazendo com que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitem como veneram as formas de poder que engendraram essa situação. Reduzidos à sua caracterização política, pode afirmar-se que a função básica dos mitos é a de criar a sensação coletiva de despolarização e neutralidade, a qual permite a apresentação da força social em termos de legalidade supraracional e apriorística.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ WARAT, 1994, p. 194.

⁴⁹⁰ WARAT, 1994, p. 104-5.

Essa busca de sentidos, entretanto, não pode estar desconectada de outros aspectos relacionados aos fluxos do direito contemporâneo. Trata-se de não perder de vista os efeitos da globalização econômica na estrutura do poder judiciário, afinal, o fortalecimento da autoridade dos tribunais guarda relação imediata com a expansão do sistema de mercado, à medida que, aos olhos dos investidores, os tribunais constituem um meio mais confiável para garantia da “segurança jurídica” necessária aos negócios do que parlamentares premidos por demandas populares e, portanto, pouco eficientes.⁴⁹¹ Nesse sentido, a maximização do poder econômico deve ser considerada como um movimento que tem em sua outra face a minimização do poder político nacional com a consequente fragilização dos canais tradicionais de formação da soberania popular, isto é, esvaziamento do poder de decisão dos atores políticos tradicionais (partido, parlamento, administração) e do próprio espaço público democrático.⁴⁹² Alexandre Morais da Rosa observa que

o cotejo do Documento n. 319 do BID, dentre outros, aliada a frase de Milton Friedman de que o Direito é por demais importante para ficar nas mãos dos juristas bem demonstra a pretensão de pensamento único, neoliberal, em que o Poder Judiciário é metaforizado como uma grande orquestra, a saber, por um maestro (STF), com músicos espalhados nos diversos ‘instrumentos’. Estes músicos, ainda que arregimentados, eventualmente, por sua capacidade técnica e de reflexão, ficam obrigados a tocar conforme indicado pelo maestro, sob pena de exclusão da ‘Orquestra Única’. Não há outra para concorrer; ela é a portadora da palavra. Diz a Verdade.⁴⁹³

Não por acaso observa-se em linhas gerais que o judiciário tem vivenciado exatamente um processo de fortalecimento do seu poder,

⁴⁹¹ VIEIRA, 2008, p. 442.

⁴⁹² ANDRADE, 2009; PHILIPPI, 2010, p. 125.

⁴⁹³ ROSA, 2008, p. 14. O autor segue apontando as estratégias utilizadas: súmula vinculante, reformas legislativas com flexibilização da coisa julgada, abreviação do julgamento em prejuízo do contraditório, etc. (Idem).

levando à formulação por partes de alguns juristas da ideia de *supremocracia* do Supremo Tribunal Federal, dada a quantidade de temas analisados e a natureza de decisões aptas a apreciar quaisquer atos do poder constituinte reformador.⁴⁹⁴ Nesse contexto, sobretudo após a vigência da EC n° 45, os juízes singulares têm assistido a redução de sua função à condição de mero despachante, ou mesmo, de gestor de conflitos (supremocracia em relação às instâncias do judiciário). Outro sintoma desse processo pôde ser visualizado nos casos analisados no tópico anterior em que decisões do Supremo Tribunal Federal suspenderam o debate realizado no congresso nacional sobre as regras de transferência partidária e a possibilidade da sociedade deliberar através de seus representantes eleitos ou mesmo diretamente sobre a exigência do diploma de jornalista (supremocracia em detrimento dos demais poderes).⁴⁹⁵

Nesse sentido, não é possível deixar de observar que, independente dos propósitos originais do autor, uma teoria como a de Ronald Dworkin – em que o judiciário é descrito como um lugar privilegiado de decisão pública – cumpre uma função significativa de legitimar a maneira com que os próprios magistrados exercem sua prática profissional. É importante lembrar que, conforme demonstrado no tópico anterior, a ausência de limites do poder dos juízes decorre não apenas da relevante estrutura constitucional que concentra parcela significativa do poder de decisão na cúpula do judiciário, mas está relacionada com uma postura dos juízes que despreza radicalmente a deferência pelas decisões tomadas em outras instâncias, atitude que o jurista norte-americano denomina criticamente de passivismo. É inegável a relação que a dimensão positiva possui com a dimensão negativa, pois o discurso dos princípios – além de flexibilizar argumentativamente o teor das decisões tomadas após o debate público – constitui um mecanismo de legitimação da atuação dos juízes enquanto intérpretes autorizados a dizerem o direito em nome da comunidade política personificada.

⁴⁹⁴ VIEIRA, 2008, p. 445.

⁴⁹⁵ Agamben (2004, p. 19) afirma que “uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo”.

Apenas para citar um exemplo, no caso da votação da Lei de Biossegurança acima referida *en passant*, o Supremo Tribunal Federal não levou em conta que a lei havia sido aprovada por esmagadora maioria no Congresso Nacional após amplo processo de consultas e debates, não se esquivando de estabelecer seu próprio conceito de vida em detrimento da ponderação realizada no âmbito do legislativo.⁴⁹⁶ Nesse sentido, a conformação com a teoria de Dworkin não poderia ser mais adequada, pois, como afirma, “Hércules deve, então, chegar a essa decisão, seja qual for a intensidade com que a moralidade popular condene o aborto”.⁴⁹⁷

É preciso, portanto, questionar o sentido da assertiva dworkiana de que não há razão para atribuir a nenhum outro grupo específico uma maior capacidade de argumentação moral do que aos juízes.⁴⁹⁸ Em primeiro lugar, porque esse argumento pressupõe uma confiança – sem nenhuma justificativa aparente – na superioridade cognitiva ou moral dos juízes na realização do controle de constitucionalidade das leis. Dimitri Dimoulis observa argutamente que esse raciocínio parte da “suposição que os legisladores, representantes do povo soberano, são *a priori* suspeitos de violar a Constituição e só a presença de um juiz com poderes de fiscalização das leis pode impedir a inconstitucionalidade”.⁴⁹⁹ Acrescente-se que essa suspeita se estende ainda com maior veemência ao próprio povo. Nesse sentido, qual o fundamento da premissa a aferir que somente os juízes possuem condições de desvelar o verdadeiro espírito da Constituição?⁵⁰⁰ Como já mencionado, os juristas formam um grupo de status distinto com educação formal, prestígio ocupacional e estilo de vida próprio.⁵⁰¹

⁴⁹⁶ VIEIRA, 2008, p. 452.

⁴⁹⁷ DWORKIN, 2002, p. 197.

⁴⁹⁸ DWORKIN, 2002, p. 203.

⁴⁹⁹ DIMOULIS, 2011, p. 188.

⁵⁰⁰ Nas palavras do autor: “Por que o ordenamento jurídico que instaura o controle judicial, dando o poder de última palavra ao Poder Judiciário, seria um ‘Estado constitucional’, e não deveria ser denominado, também realisticamente, de ‘Estado judicial’? Por que o Judiciário seria o verdadeiro espírito da Constituição, a ponto de ser tido como único guardião da autenticidade constitucional e não simplesmente um órgão estatal entre os vários que aplicam a Constituição?” (DIMOULIS, 2011, p. 188).

⁵⁰¹ TRUBEK, 2007, p. 167.

Pensando-se na realidade brasileira, por exemplo, os juízes são profissionais bem remunerados, com expectativas profissionais peculiares, portanto, distante de uma aparente neutralidade, sua decisão acerca do conteúdo do direito possui compromissos específicos que não manifesta a heterogeneidade das concepções da sociedade.

Em segundo lugar, a superioridade moral do juízo formado pelos juízes descaracteriza a discussão intersubjetiva própria do modelo democrático, desestimulando a autonomia dos indivíduos na participação da vida social.⁵⁰² Conforme explicado no capítulo anterior, para Dworkin, a democracia não está associada às simples decisões da maioria, mas que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições que dediquem a todos os membros da comunidade a mesma consideração e respeito, sendo o escrutínio judicial uma instituição política que, na visão do autor, aumenta a legitimidade geral do modelo.⁵⁰³ Entretanto, mais uma vez, não existe nenhum argumento sobre o motivo pelo qual o judiciário seja em si mesmo digno de maior confiança no controle dessas decisões.⁵⁰⁴ Nesse sentido, deixando em aberto o questionamento acerca do próprio fundamento dessa “confiança”, é possível perceber uma condição de excessiva submissão em que

por não possuir a dimensão de sua situação no mundo, de onde está o seu desejo, o sujeito acede ao discurso que lhe promete o conforto, a tranquilidade de convivência, sem se dar conta de que esse discurso lhe transforma em simulacro, sem capacidade de discussão de seu destino, cujo papel de coadjuvante representado na cena da vida é estancado e balizado pelos interditos impostos

⁵⁰² POZZOLO, 1998, p. 349

⁵⁰³ DWORKIN, 2012, p. 406; 2006, p. 26.

⁵⁰⁴ Depois de argumentar favoravelmente à revisão judicial das leis, em determinada passagem, o próprio Dworkin (2006, p. 47) parece admitir a inexistência de um argumento conclusivo sobre a questão: “Quanto a mim, afirmo que a revisão judicial das normas pode ser um modo superior de deliberação republicana sobre alguns assuntos – mas o afirmo com uma certa hesitação, como uma possibilidade, pois não creio que dispomos de informações suficientes para afirmar categoricamente quer isso, quer o contrário disso”.

pelos detentores do poder, tudo sem que se dê conta.⁵⁰⁵

Em síntese, se na dimensão positiva de sua teoria, Dworkin aponta para algo incapaz de impor limites à decisão dos juristas, na dimensão negativa, concorre uma ideologia que legitima o poder de decisão dos juízes, submetendo qualquer aspecto da vida social à opinião dos juristas. A inseparabilidade entre o direito e a moral nesses termos, independente das razões alegadas pelo autor, termina por favorecer um decisionismo que transforma a moral dos juízes na legítima intérprete da moralidade social.⁵⁰⁶ Assim, ao invés de um modelo jurídico que convoca os sujeitos a assumirem suas responsabilidades na legalidade comum, a confiança nas decisões judiciais estimula a condição de infantilismo dos sujeitos, fazendo com o poder estatal perca em visibilidade e acessibilidade.⁵⁰⁷

Conforme o ensino de Ingeborg Maus, a ideia do judiciário como administrador da moral pública não só legitima os pontos de vista morais de quem decide, imunizando as decisões contra crítica, como estimula a liberação dos vínculos legais que possui respaldo popular, fazendo com que toda “menção a um dos princípios ‘superiores’ ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada”.⁵⁰⁸ A obra de Dworkin pode ser vista, nesse contexto, como uma teoria do direito que falha ao não tornar presente para os juízes um limite substancial, ou mesmo, ético, para os momentos em que não é cabível e, sobretudo, para o teor de suas decisões.

Essa realidade possui contornos peculiares em países de modernidade periférica como o Brasil. Não deixa de chamar atenção, mesmo que de maneira superficial, como as relações jurídicas nacionais

⁵⁰⁵ ROSA, 2004, p. 34.

⁵⁰⁶ ADEODATO, 2011, p. 243-4.

⁵⁰⁷ MAUS, 2000, p. 184-5. Em outra passagem esclarecedora a autora afirma que “assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição ‘corretamente interpretada’, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição” (Idem, p. 192).

⁵⁰⁸ MAUS, 2000, p. 189.

são marcadas por certo nível de autoritarismo. Ainda não houve uma experiência política democrática prolongada em que os sujeitos, considerados livres e iguais, fossem responsáveis pela construção da normatividade imposta a eles mesmos, ausência que pode ser visualizada desde as formações estatais (predomínio do Poder Moderador e do Exército) até mesmo nas relações intersubjetivas em que predomina as vontades e opiniões dos donos do poder. Sobre essas relações jurídicas no Brasil, Jeanine Philippi explica que

o rodízio do gozo de impunidades e imunidades não esgota [...] o nosso potencial de instrumentalização da lei. Aqui, quando os problemas surgem, demandamos a produção de novas regras para solucioná-los e consideramos como resolvidas todas as questões promulgadas pela legislação formal. Assim, diante da lei, dela fugimos e, na sua ausência, queremos nela confiar. Tomando o sentido oposto da via percorrida pelo personagem kafkiano que procurava compreender a lei para desativar seu espectro mortífero, nós – que sempre fomos avessos a uma crítica honesta e ao estudo sério – insistimos em torna-la inócua. O efeito dessa operação, nós o sentimos...⁵⁰⁹

A partir desses aportes é possível compreender a funcionalidade que os princípios dworkianos possuem na prática jurídica brasileira. Na ausência de uma moralidade comunitária identificável pelos juristas que viabilize uma resposta correta, os princípios adquirem o caráter de argumentos supraconstitucionais, descaracterizando a própria condição de superioridade do texto constitucional.⁵¹⁰ Assim, em uma indefinição no processo de concretização jurídica prejudicial à reprodução autônoma do sistema jurídico, os juízes Hércules assumem um papel central na definição do sentido da lei. Fenômeno que possui ao menos dois efeitos significativos.

Em primeiro lugar, existe um processo sutil, mas bastante relevante, de mitificação da figura do juiz. Ingeborg Maus já observava

⁵⁰⁹ PHILIPPI, 2011, p. 81.

⁵¹⁰ POZZOLO, 1998, p. 348.

esse aspecto na jurisdição constitucional norte-americana diante do surgimento de uma vasta literatura a respeito da biografia dos juízes. A crença na “excepcional personalidade do jurista” criada por uma formação ética, bastante perceptível na teoria de Dworkin, atuaria, assim, segunda a autora, como indício da existência de uma ordem de valores justa.⁵¹¹ Sendo ainda mais incisivo, Pierre Bourdieu chega a dizer que

por simplificar, y a riesgo de reducir las cosas a slogans, se podría decir que la rectitud [*droiture*] de quienes dicen el derecho es uno de los fundamentos del efecto que el derecho ejerce en el exterior y a la vez un efecto que ejerce el derecho sobre quienes ejercen el derecho, y que, para tener derecho a decir el derecho, deben ser ‘rectos’ [*droits*’]. Podría refirme una vez más a lo que decían Alain Bancaud, Yves Dezalay o Anna Boígeol: la construcción del *hábito* de jurista comporta todo un trabajo que parece tener por finalidad la adquisición de una postura física, corporal, de magistrado, combinación de ascesis, de resera y de todo un conjunto de virtudes que son la materialización en disposiciones corporales de las leyes fundamentales del campo jurídico como espacio autónomo respecto de las constricciones externas.⁵¹²

Como não poderia deixar de ser, essa é uma realidade que já se verifica nas representações sociais em torno do direito no Brasil que pode ser vista muito além da tendência reverencial da doutrina e da jurisprudência das instâncias inferiores do judiciário em reproduzir como verdade inquestionável os posicionamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Recentemente, após o julgamento da Ação Penal 470, conhecida como processo do mensalão, não faltaram manifestações artísticas e populares que não idealizassem a figura do ministro relator do caso, em algumas, associando a imagem de sua toga com a capa de um famoso super-herói. Não causa estranhamento que o nome desse magistrado conste em diversas pesquisas eleitorais para a

⁵¹¹ MAUS, 2000, p. 185-6.

⁵¹² BOURDIEU, 2003, p. 4.

presidência da República com boas tendências de votos, apresentado por muitos como o novo salvador da pátria. A correção desses argumentos pode ser percebida no voto de um magistrado no qual afirma claramente:

A judicatura não sobrevive como instituição permanente da sociedade apenas com o saber, com a técnica, com a excelência do conhecimento teórico. Todos esses ingredientes não são suficientes para um Juiz. De nada adianta conhecer a doutrina, as leis, a jurisprudência, se, dotado de qualidades intelectuais excepcionais não tiver honestidade, vida ilibada, reputação imaculada, não somente perante os destinatários do seu ofício, mas igualmente, perante os seus pares. Antes de ser poesia, a alma limpa de um Juiz, a austeridade que impõe a toga que veste [...].⁵¹³

Nesse sentido, percebe-se que por trás da confiança que a teoria de Dworkin deposita no privilégio argumentativo do judiciário na concretização dos direitos das partes existe a crença na figura do juiz como ser dotado de bom critério. Em argumento questionável Susanna Pozzolo entende que, do ponto de vista constitucional, é mais vantajoso compreender esse funcionário público na perspectiva do “bad man”, permitindo que o direito funcione adequadamente no sentido de garantia dos direitos.⁵¹⁴ Independente dessa premissa de desconfiança dos juízes,

⁵¹³ Processo nº 1995.0001.00763, Apelação, 1ª Câmara Cível TJ/RJ apud STRECK, 2010, p. 31.

⁵¹⁴ POZZOLO, 1998, p. 351. Sobre essa ideia Nelson Juliano Matos (2011b, p. 111) argumenta que “o direito necessariamente é feito para o homem-mau. Para pessoas de boa-fé, geralmente, as crenças sociais são suficientes para resolver qualquer contenda. Não se entenda que os homens podem ser classificados em pessoas boas e pessoas más; o homem-mau é um elemento presente em todos os indivíduos, é o homem-mau de Thomas Hobbes: egoísta que subtrai todos os interesses aos seus interesses, que pensa apenas nos seus benefícios e que se serve de qualquer ardil para atingi-los. O homem-mau é essa manifestação egoísta presente em todos os indivíduos”. A reflexão é interessante, entretanto, é preciso levar em conta que muitos litígios não se dão em virtude do egoísmo das pessoas, mas pela simples divergência de pontos de vista. É o que acontece em parcela significativa das ações

uma análise crítica da personalidade dos magistrados e dos mecanismos de seleção e formação dos juristas possibilita que se tenha uma perspectiva um pouco mais cética, permitindo que os jurisdicionados não idealizem nos juízes propriedades hercúleas que eles próprios não possuem.

Em segundo lugar, a despeito das boas intenções de Dworkin, a centralidade do juiz Hércules na definição do sentido da lei faz da concretização jurídica um processo *ad hoc*, suscetível de instrumentalização de acordo com o poder dos interessados, ocasionando graves distorções no sistema jurídico. Uma das causas desse fenômeno também pode ser identificada na tendência de alguns juristas, sobretudo, “ativistas” em depositar na Constituição e, por conseguinte, no discurso principiológico ou jusmoralista a missão impossível de solucionar graves problemas históricos do Brasil. Problemas como educação, fome, saúde, violência devem ser solucionados por diferentes vias institucionais e sociais, tendo o judiciário um papel relevante, porém, limitado.⁵¹⁵ Faz-se necessário apontar para as inconsistências provocadas pelo juiz Hércules como a Autoridade responsável por concretizar todos os direitos elencados na carta constitucional. Em muitas situações, a postura ativista termina por obstar a força normativa da Constituição. É o que se vê em casos que, com base no malfadado princípio da dignidade da pessoa humana, o judiciário determina ao poder executivo municipal a concessão de remédio para paciente portador de doença rara, prejudicando seriamente todo o sistema público de saúde.⁵¹⁶

Conforme explicado no tópico anterior sobre o uso dos princípios no direito brasileiro, a ausência de uma moralidade comunitária identificável – sobretudo em países de civil law em que os precedentes

constitucionais. Por outro lado, cabe distinguir o direito pautado na ideia de que serve para o homem-mau (Matos) e a compreensão de que o juiz é esse homem-mau (Pozzolo). De fato, o direito necessita do elemento garantia e, para tanto, o poder judicial deve ser controlado. Entretanto, a responsabilidade no exercício da função judicante exige, em muitos momentos, que o magistrado possua uma postura ética, o que não deve ser confundido com certo otimismo antropológico.

⁵¹⁵ ADEODATO, 2009a, p. 147.

⁵¹⁶ NEVES, 2013b.

têm pouca força vinculante –⁵¹⁷ faz dos princípios justificativas que possibilitam aos juízes argumentar em diferentes sentidos, ao invés de fecharem cognitivamente o processo de concretização jurídica como propunha Dworkin. Essa flexibilização, proporcionada mesmo que mediatamente pela teoria da integridade, permite descaracterizar o argumento que associa positivismo a autoritarismo e jusmoralismo a democracia. Conforme alerta Marcelo Neves, qualquer modelo rigoroso de regras é inoportuno para um regime de exceção, isto é, “um regime em que as exceções definidas *ad hoc* para a manutenção da eventual estrutura de dominação constituem a ‘regra’”.⁵¹⁸

Nesse sentido, pode-se afirmar que a teoria de Dworkin termina por conferir legitimidade a um estado de indiscernibilidade entre regra e exceção. Ao constituir uma regra aplicável ao caso a partir da melhor interpretação moral do direito “qualquer fato imaginável pode ser identificado como juridicamente relevante e transformado em matéria de decisão judicial”.⁵¹⁹ Malgrado eventuais ressalvas nessa aproximação, é preciso despertar para a mito-ideo-logia que justifica um processo em que o judiciário concentra em si a autoridade soberana, fazendo com que toda decisão seja possível.⁵²⁰

⁵¹⁷ Um aspecto carente de estudo para compreender a própria influência da teoria de Dworkin no ordenamento jurídico brasileiro consiste no processo, que se tem verificado hodiernamente, de aproximação com o common law.

⁵¹⁸ NEVES, 2013a, p. 174. Sobre a experiência latino-americana o autor afirma que “o fato de que o autoritarismo distanciou-se de um modelo de regras torna-se mais patente na experiência latino-americana em virtude da falta de consistência ideológica dos regimes, o que torna imperiosa uma maleabilidade às pressões particularistas de grupos e pessoas, implicando a ruptura casuística das regras por eles mesmos impostas, ao sabor das conveniências políticas concretas” (Idem). Sobre como a experiência autoritária nazista não teve relação com a teoria positivista, ver DIMOULIS, 2006, p. 266 ss.

⁵¹⁹ MAUS, 2000, p. 201.

⁵²⁰ É sintomático o fato do próprio Supremo Tribunal Federal ter afirmado que possui “a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder” (STF, MS n. 26.603 apud COSTA, 2013a, p. 38), o que não implica em considerar esse fenômeno como restrito à cúpula do judiciário.

Sobre o juiz de Dworkin, Rosa (2004, p. 184-5) afirma ser um “paranóico exemplar, onde tudo o que aconteceu, acontece e acontecerá, gira em torno de sua pessoa, tendo condições de ordenar conscientemente a realidade,

Lendo esses fenômenos a partir dos aportes fornecidos por Giorgio Agamben, é possível afirmar que, em acordo ao próprio paradoxo da soberania, o juiz Hércules está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao ter o poder legal de suspender a validade de qualquer lei coloca-se legalmente fora da lei: “Isto significa que o paradoxo pode ser formulado também deste modo: ‘a lei está fora dela mesma’, ou então: ‘eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei’”.⁵²¹ Evidentemente, quando Dworkin propõe seu modelo de juiz seu propósito visa exatamente combater a discricionariedade das decisões judiciais nos casos difíceis, fazendo com que o judiciário possa reconhecer direitos até mesmo quando não há regra expressa.

Entretanto, pensando no contexto brasileiro, a decisão judicial pautada em princípios da comunidade política personificada coloca em questão a própria distinção entre casos fáceis e difíceis, à medida que há um acréscimo sem limites das possibilidades argumentativas.⁵²² Não há

proferindo, a cada processo, a decisão certa. [...] o Juiz Hércules seria o único portador legítimo das chaves da verdade verdadeira, primeva. A dominação, a identificação e o amor ao censor (Legendre), sob novas matizes, relegitimam-se. Afinal, ele assume o papel do Ausente, do onipotente, onisciente, que ao enunciar o Direito, igualá-lo à verdade. Não é ele quem fala, mas a lei. Em suma: a versão ‘laica-light’ do Pontífice: o Juiz-Hércules”.

⁵²¹ AGAMBEN, 2010, p. 22.

⁵²² É importante observar o ensino de Pozzolo (2006, p. 159) para quem os casos fáceis não “são assim por razões lingüísticas. A meu ver, os assim chamados ‘casos fáceis’ são situações que podem ser definidas como ‘estabelecimento (autoritário) do significado’. O fato de que um significado seja estabelecido não quer dizer que seja determinado”. E prossegue na explicação: “‘Significado determinado de um enunciado indica que deste se conhece os limites de sentido. Diversamente, ‘estabelecimento (autoritário) de significado’ quer indicar, uma coisa a mais, que é verificada numa convergência [...] do uso do termo ou do enunciado a propósito de uma (geralmente, mais de uma) das possíveis referências do vocábulo ou do enunciado em questão, em relação a (pelo menos alguns) outros enunciados do discurso normativo; coisa que, do ponto de vista da determinação, não diz nada, já que não limita em nenhum modo os limites de sentido que, também na hipótese de que esses existam em qualquer parte, não parecem capazes de ser conhecidos” (Idem, p. 160). No mesmo sentido, Matos (2006, p. 13) explica que a única razão para a distinção entre os casos fáceis e difíceis é que os primeiros são tidos como casos paradigmáticos pela comunidade jurídica.

situação do ordenamento jurídico sob a aparente égide de uma regra que não se possa legitimamente invocar um princípio contrário. Dessa forma, ao proporcionar que os juízes enquanto funcionários estatais identifiquem direitos a despeito dos limites rígidos impostos pelas regras, o juiz Hércules se enquadra na crítica de Agamben, o qual afirma que lado a lado com o processo em que a exceção se torna em todos os lugares a regra, mesmo o espaço da vida situado originariamente à margem do ordenamento coincide com espaço político, assim, externo e interno, direito e fato entram em zona de indistinção.⁵²³

Esse é o problema da busca por uma garantia judicial de todos os direitos: quanto mais direitos se reconhece, maior é o controle estatal sobre a vida dos viventes.⁵²⁴ Esse elemento pode ser localizado quando Dworkin afirma sobre o ideal de integridade que se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, mas por quaisquer outras que decorrem dos princípios, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente sem a necessidade de um detalhamento da legislação de cada um dos possíveis pontos de conflito.⁵²⁵ Não há, em síntese, um limite para o poder de decisão que simbolize para os juízes uma região da vida juridicamente indiferente, algo da ordem de um impossível de decidir.

4.4 Entre saber e decisão: uma questão de limites

Diante do que foi visto pode-se perceber que os modelos teóricos constituídos pela dogmática jurídica e pela teoria de Ronald Dworkin possuem relevantes pontos de aproximação, sobretudo, em seus propósitos. Por mais que recorram a diferentes universos conceituais e que a teoria da integridade possua maior vinculação com o sistema jurídico pautado na *common law*, ambos estão comprometidos com os ideais de certeza, previsibilidade e racionalidade na concretização jurídica face a busca por uma aplicação igualitária do direito. Outra similaridade importante consiste no pressuposto monista que essas

Não havendo, assim, uma distinção ontológica entre esses tipos de casos, é possível perceber a potencialidade que a argumentação principiológica possui na ampliação desmedida das expectativas normativas.

⁵²³ AGAMBEN, 2010, p. 16.

⁵²⁴ PINTO NETO, 2010, p. 146.

⁵²⁵ DWORKIN, 2007, p. 229.

teorias estão assentadas, à medida que ambas as perspectivas declaram construir a validade das proposições jurídicas a partir de decisões estatais. De toda forma, o que se verifica na prática jurídica brasileira atual é que determinada versão da dogmática ainda constitui o modelo paradigmático que conforma a mentalidade dos juristas, sendo a teoria principiológica dworkiana um dos fundamentos que inspiram a aplicação do direito nos denominados casos difíceis. Essa distinção, entretanto, está longe de ser estanque, pois tanto os princípios (no sentido dworkiano ou não) têm invadido diferentes momentos da argumentação jurídica, quanto a influência de uma consistente ciência dogmática tem sido mitigada pelo apelo à ementa das decisões de instâncias superiores do judiciário.

Essas transformações no saber jurídico tradicional indicam uma dificuldade especial que os juristas enfrentam no exercício da função judicante diante da própria maleabilidade e inconsistência teórica das categorias. Evidentemente, refere-se aos juízes conscientes do peso que suas decisões possuem na vida do outro.⁵²⁶ Os juízes que, como diz Rosa, seguem a “Orquestra Única” não precisam colocar esses aspectos em questão. Dentro desse contexto, pensar os limites do poder exercido pelos juízes, longe de consistir em um desprezo pela função, viabiliza uma ação responsável no exercício desse ofício. Trata-se, portanto, de desenvolver um complexo processo de saber lidar com os limites de um poder de decisão que, se não pode solucionar de maneira hercúlea todos os problemas estruturais da sociedade contemporânea, tampouco pode se desresponsabilizar diante do papel que cumpre na reprodução de diferentes tipos de violência exercida em nome do Estado e do direito.

Uma das principais funções do judiciário consiste exatamente em estabelecer um limite para os sujeitos de determinada ordem jurídica. Para que essa atuação seja democrática é essencial que sejam simbolizados limites para o próprio juiz enquanto agente responsável por ocupar esse lugar de referência. Entretanto, diversas transformações na contemporaneidade apontam para as dificuldades em impor um limite aos sujeitos na busca pela satisfação plena.⁵²⁷ Um aspecto essencial nessa análise precisa considerar os efeitos colaterais do processo de formação e seleção dos juízes, pois, diante dos altos salários do cargo,

⁵²⁶ COSTA, 2008, p. 411.

⁵²⁷ Ver, nesse sentido, Charles Melman (2008), Dany-Robert Dufour (2005) e Jean Pierre Lebrun (2008).

parcela significativa dos aprovados no certame se submete a anos de estudos reducionistas e memorização da jurisprudência dos tribunais em vista ao objetivo maior de usufruir das benesses de uma sociedade de consumo. Nesse sentido, Alexandre da Rosa afirma:

Resistir a isto, todavia, é ir contra a maré das ‘Almas Belas’ (Zizek), gente que em nome do politicamente correto, da aceitação das ditas evoluções sociais, aceita deferir toda-e-qualquer-pretensão para não posar de reacionário, totalitário e conservador. Aceita o jogo do mercado, fabricando e vendendo decisões conforme a moda da estação. Trata-se de um lugar, um lugar que deveria ser de Referência, um lugar cuja função é a de dizer, muitas vezes, Não. Entretanto, para que se possa dizer Não é preciso se autorizar responsável, embora o discurso do senso comum o desresponsabilize, coisa que a grande maioria não se sente, por se estar eclipsado em nome do direito do conforto. Este lugar do Julgador precisa ser ocupado com responsabilidade pelo que se passa na sociedade. Não para se tornar o salvador, o novo *Messias*, e sim para recolocar o Direito no lugar da Referência, de limite, como até o gênio faz!

Neste contexto, parece complicado falar em Não desde dentro da Orquestra. Porque assim proceder pode significar a impossibilidade de gozar na esfera privada, mediante a mais-valia cobrada na esfera pública, tornando-se quase que o músico solista, incapaz de fazer frente à Orquestra Total.⁵²⁸

É importante mencionar que o papel relativamente preponderante exercido pelo judiciário na definição do direito estatal decorre também de aspectos que não estão relacionados com uma postura mais ou menos ativista dos juízes. A exigência de controle de constitucionalidade difuso e concentrado de leis, a positivação pelos legisladores de normas com baixa densidade normativa, o aumento da complexidade das demandas, dentre outros aspectos, exigem dos juízes a realização de uma atividade

⁵²⁸ ROSA, 2008, p. 15-6.

hermenêutica concretizadora criativa.⁵²⁹ Nesse contexto, a teoria do direito consiste em um campo de estudo privilegiado que possibilita aos profissionais do direito constituírem uma perspectiva democrática para sua atividade a partir de critérios de intervenção que evitem diferentes tipos de mitificação.⁵³⁰ Assim, embora não seja possível conduzir os juízes a um processo de decisão fora de dúvida – haja vista que estamos no campo da linguagem – faz-se necessário que a própria comunidade jurídica compartilhe, como condição de legitimidade das decisões, argumentos mais rigorosos em seu momento de justificação.

Conforme demonstrado ao longo do trabalho, nada indica que o deslocamento da teoria e da prática jurídica no Brasil esteja ocorrendo nesse sentido de constituir limites ao poder dos juízes. Não se trata, como deve ter ficado claro, de idealizar a prática jurídica que emerge da construção dogmática do direito. Entretanto, ao contrário das boas intenções e do rigor acadêmico enunciados pela teoria dworkiana, pode-se afirmar a existência de um mecanismo inédito de legitimação de uma situação em que toda decisão judicial é possível. Nesse sentido, a complexidade da teoria da integridade tem servido, ao invés de controlar, para viabilizar e estimular a instrumentalização do direito.

Analisando esse fenômeno a partir do conceito de inflação normativa, Leonardo de Oliveira explica que teorias como a integridade, ao tornarem a linguagem tema central do direito e, sendo ela dotada de falha, não persiste mais na tentativa de debater mecanismos de sua regulação. Isto é, diante da descoberta de que a linguagem é irremediavelmente fraturada, a teoria de Dworkin aposta na otimização da decisão, permitindo que o direito chegue até mesmo onde não poderia.⁵³¹ Para ele, a deficiência de legalidade do direito atual se deve à prática judicial que procura se ater cada vez mais aos fatos e às necessidades momentâneas, mas também em decorrência da teoria do direito que – ao buscar superar dicotomias clássicas como ser e dever-ser, fato e norma, noções de validade – promove uma progressiva abertura sistemática que mais corresponde a um excesso, mantendo “toda a imperatividade do ordenamento sem necessariamente manter a

⁵²⁹ COSTA, 2013a, p. 26-7.

⁵³⁰ COSTA, 2013a, p. 42-3. Para uma defesa de que existam critérios claros na interpretação do direito para que os juízes não sejam ativistas, ver DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 462.

⁵³¹ OLIVEIRA, 2009, p. 138.

universalidade, visto que se dá caso a caso ou segundo critérios de decisão cada vez mais abertos”.⁵³²

Nesse sentido, a superação dos critérios tradicionais utilizados pela dogmática jurídica na definição da validade das proposições jurídicas ocorre em desconsideração à importância do fato de que

as próprias noções de sistema ao longo do tempo se fundaram sobre a dicotomia entre teoria e aplicação do direito, que podem ser traduzidas por ser e dever-se[r] ou ainda, de forma paralela validade formal e validade material. Sendo assim, a inflação normativa, isto é, a desvalorização da legalidade em função do excesso normativo, se dá pela aceleração e indistinção entre essas dicotomias sempre em nome da efetividade e precisão, as quais não acarretam necessariamente em uma crise de direito, mas [...] num fortalecimento deste, desde que considerado em seu aspecto meramente formal e, em última instância, mera força.⁵³³

Não se busca no presente trabalho fornecer alternativas para esse problema, senão deixar assente a importância de que as teorias do direito signifiquem para os juristas a existência de um limite na tentativa de normatização, ou mesmo, na busca pela efetivação de uma justiça plena. Esse esvaziamento das pretensões absolutas do juiz Hércules possibilita que, ao invés de reiterar a aposta imaginária na possibilidade de uma totalidade e de um termo de garantia impossíveis, os sujeitos da ordem jurídica possam ser convocados a assumir suas responsabilidades na sua reprodução.⁵³⁴

⁵³² OLIVEIRA, 2009, p. 21. Cf. também p. 38.

⁵³³ OLIVEIRA, 2009, p. 110-1.

⁵³⁴ Como se pode notar há, nesta ideia, uma influência da tese de Philippi (2001a, p. 222) ao afirmar que “as diversas modalidades de explicação da legalidade imanente, para além da força e das justificativas racionais que compõem o seu texto, mantêm viva a remissão a um *ponto de referência última*, cuja função invariável consiste, justamente, em fomentar no sujeito a ilusão de uma possível completude. Como os diversos nomes da lei demonstram, há sempre um lugar que sabe aquilo que é bom para o homem, o que acaba, portanto, por desresponsabilizá-lo em relação às suas escolhas,

como também em face da própria normatividade que regulamenta a sua existência”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi construído com o propósito de promover, dentro dos seus limites, uma inteligibilidade dos deslocamentos da teoria e da prática do direito no Brasil. Situado num contexto em que ocorre a ampla tradução de teóricos estrangeiros, utilizou-se desse fato como dado significativo inicial da pesquisa, permitindo, assim, observar em que medida a leitura de um desses autores, Ronald Dworkin, possibilita a construção de limites ao poder de decisão dos juízes em detrimento do paradigma representado pela dogmática jurídica.

As críticas que se sucederam no último capítulo aos dois modelos analisados durante o trabalho de forma alguma significam uma desconsideração absoluta de ambos, ou menos ainda, uma equiparação absoluta dos efeitos significativos que possuem no contexto brasileiro. Como pôde ser detidamente esclarecido, a teoria da integridade é especialmente competente na maneira com que compreende a natureza do debate metodológico que se desenvolve em torno do conceito de direito. Tampouco se trata, na maior parte do tempo, de uma crítica ao trabalho do autor, pois não houve o objetivo de analisar a viabilidade da proposta de uma identificação dos princípios da comunidade política personificada no contexto da *common law*. Nesse sentido, a crítica à integridade deve ser vista no sentido de sua aplicação *in totum* por juristas brasileiros, permitindo que aprendamos com as diversas contribuições do pensamento de Dworkin sem que por isso tenhamos de esquecer as peculiaridades da realidade nacional.

Por outro lado, o estudo da funcionalidade da dogmática jurídica no Brasil ficou em débito com uma análise mais detida acerca do seu papel no processo de instrumentalização do direito. Por mais que consideremos seu efeito de ocultação e/ou inversão, um estudo mais aprofundado precisará considerar também o quão a dogmática é um fator que dificulta a alopoiese no direito em países de modernidade periférica. Como pôde ser explicado no final do capítulo anterior é preciso ter cautela com as tentativas extasiantes de superação das categorias tradicionais do direito. Levando em conta os apontamentos do primeiro capítulo, a separação entre saber e decisão ínsito ao modelo da dogmática jurídica – ao viabilizar um debate intersubjetivo na comunidade jurídica sobre os critérios e o teor das decisões judiciais – ainda parece funcionar como um mecanismo que limita as possibilidades de decisão dos juízes. Para que esse controle epistêmico da política no direito se dê de maneira mais eficiente alguns estudos têm

apontado para aspectos que não disseram respeito ao objeto do presente estudo como a importância da dogmática se aproximar de outras ciências humanas, possibilitando a própria efetivação da legalidade.

Diante do questionamento inicial foi possível afirmar nos capítulos anteriores que o deslocamento empreendido pelo saber jurídico no Brasil não tem ocorrido no sentido de constituir limites simbólicos à decisão judicial. O fato da dogmática jurídica enquanto modelo paradigmático do direito brasileiro funcionalizar um efeito de ocultação da instrumentalização sistemática do direito, associado com as possibilidades que a teoria da integridade viabiliza de legitimação de toda decisão judicial a partir da fundação mito-ideo-lógica do juiz Hércules permite que se faça uma ressalva significativa acerca do problema proposto. Isto é, a influência da teoria dworkiana na dogmática jurídica permite apontar que mais do que um aparente deslocamento parece haver também um processo de continuidade que consiste basicamente em fazer no direito brasileiro da exceção a própria regra.

Não se procurou construir prescritivamente soluções para esse problema. De toda forma, é inegável reconhecer que, ao longo da pesquisa, existe a premissa básica de que o poder de determinados funcionários fazer valer suas opiniões coercitivamente em nome do direito deve ser limitado. Considera-se, para tanto, que existe uma dimensão ética – entendida não como valor absoluto, mas como questão – que não pode ser esgotada nos ditames de quaisquer entes que se enunciem portadores da verdade plena, sejam entendidos como deus, juiz Hércules ou comunidade política personificada. Acredita-se, assim, que determinadas questões exigem dos sujeitos de determinada ordem estatal que se responsabilizem sobre suas próprias vidas, sem qualquer garantia absoluta.

Nesse sentido, antes mesmo de uma filosofia do direito que coloque em cena para os juristas um limite ético para o desempenho de sua atividade, faz-se necessário à teoria do direito desvelar os significantes que garantem na repetição das relações intersubjetivas em torno do direito no Brasil a identidade dos seus efeitos significativos, possibilitando o esvaziamento de eventuais mitos que nos conduzem de diferentes maneiras à formações políticas autoritárias.

REFERÊNCIAS

1. Bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo : Saraiva, 2009a.

_____. **Ética e retórica** : para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009b.

_____. **Filosofia do direito** : uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009c.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo : Noeses, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo : Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. Editorial. **Revista Katálisis**, n. 1., 2000.

_____. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. **Revista Sequência**, nº 57, dez. 2008.

_____. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003.

_____. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? **Revista Sequência**, nº 59, dez. 2009.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** : teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Landy Editora : São Paulo, 2003.

BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito**. Trad. João Maurício Adeodato. Revista Brasileira de Filosofia, v. XXXIX, fasc. 163. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira. Brasília : Editora Universidade de Brasília. 4ª edição, 1999.

_____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. **Jueces para la Democracia**, Madrid, 2003.

_____; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. 2ª edição. Francisco Alves Editora, 1982.

CABAS, Antonio Godino. **Um retorno a Sócrates**. Curitiba: Criar, 2002.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo : Atlas, 2009.

CALSAMIGLIA, A. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Traducción de Marta Gustavino. Barcelona : Editorial Ariel, 2002.

CHUEIRI, Vera Karam de; FACHIN, Melina Girardi. Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo apaziguado. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, vol. 2, jan/jun, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. O problema das excessivas citações doutrinárias no STF. **Consultor Jurídico**, 15 set, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-15/observatorio-constitucional-problema-citacoes-doutrinarias-stf>> Acesso em 24 jan. 2014.

COSTA NETO, João. Controle de Constitucionalidade e Projeto de lei? **Crítica Constitucional**, 22 mai, 2013. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/controle-de-constitucionalidade-de-projeto-de-lei-2/>> Acesso em 29 jan. 2014.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. Tese (Doutorado). Universidade de Brasília, 2008.

_____. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. **Revista Pensar**, v. 18, Fortaleza, 2013a.

_____. O Judiciário legislando em causa própria: a absurda resolução 133 do CNJ. **Crítica Constitucional**, 08 abr, 2013b. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/o-judiciario-legislando-em-causa-propria-a-absurda-resolucao-133-do-cnj/>> Acesso em 29 jan. 2014.

DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 22, 2011.

_____. **Positivismo jurídico** : introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo : Método, 2006.

_____; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico** : as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo : Landy Editora, 2006.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças**: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal. Tradução: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2010.

_____. **Justiça para ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra : Editora Almedina, 2012.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

_____. **O direito da liberdade** : a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (org). **Direito e globalização da economia**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Direito e globalização da economia**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Dogmática jurídica y conflicto social (Apuntes para una crítica al idealismo en la Ciencia del Derecho). **Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas**, UAP, 1988.

_____. **Retórica política e ideologia democrática** : a legitimação do discurso jurídico liberal. Rio de Janeiro : Edições Graal, 1984a.

_____. **Sociologia Jurídica**: Crise do direito e práxis política. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1984b.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo : Atlas, 1977.

_____. **Direito, retórica e comunicação** : subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1997.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão, dominação. São Paulo : Atlas, 1988.

FEYERABEND, Paul K. **Contra o método**. Tradução Cezar Augusto Mortari. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo : Editora Loyola, 1996.

FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão**. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. **O mal-estar na cultura**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre, RS : L&PM, 2010.

GIL, Antonio Hernández. **La ciencia jurídica tradicional y su transformación**. Editorial Civitas : Madrid, 1981.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel.

Neoconstitucionalismo(s). 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo : Editora Martins Fontes, 2009.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

_____. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo : Nova Cultural, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10 ed. São Paulo : Perspectiva, 2011.

LEBRUN, Jean Pierre. **A perversão comum** : viver juntos sem outro. Tradução Procopio Abreu. Rio de Janeiro : Campo Matêmico, 2008.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, 2010.

LOIS, Cecilia Caballero. Direito, racionalidade e constituição: a superação dos impasses provocados pelo neoconstitucionalismo contemporâneo, a partir da teoria do direito como integridade. **Revista Sequência**, nº 52, 2006.

LOPES, Silvia Regina Pontes. A Retórica Inconsistente da Ação Declaratória de Constitucionalidade. In: ADEODATO, João Maurício;

MAIA, Alexandre da. (Orgs.). **Dogmática jurídica e direito subdesenvolvido** - uma pesquisa pioneira sobre peculiaridades do direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo : Brasiliense, 2005.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Apresentação: Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. In: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro : Elsevier, 2010.

_____. **Do xadrez à cortesia** : Dworkin e a teoria do direito contemporânea. Tese (livre-docência). Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, 2012.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS NETO, João dos Passos. O extermínio do diploma de Jornalismo e a norma fantasia do Supremo Tribunal Federal. **FENAJ**, 26 jun, 2009. Disponível em:
<<http://www.fenaj.org.br/materia.php?id=2665>> Acesso em 29 jan. 2014.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Dos casos difíceis e dos casos fáceis ou de como os juízes praticam sua arte. **Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI** - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2006.

_____. Montesquieu e a Constituição da Inglaterra. Três teorias da separação de poderes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2874, 15 maio 2011a.

_____. Subsídios para uma ciência pragmática da legislação: uma alternativa para a cientificidade do direito (o retorno ao pragmatismo ou o direto para o homem-mau). **Revista Espaço Acadêmico**, n° 120, 2011b.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, 58, nov. 2000.

MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade** : gozar a qualquer preço. Entrevistas por Jean-Pierre Lebrun ; tradução : Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro : Companhia de Freud, 2008.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3ª ed. Editorial Estampa, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Legal Ferreira. São Paulo : Martin Claret, 2010.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em Debate**, nº 05, Ed. UNIJUÍ, 1995.

_____. **Entre Hidra e Hércules** : princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2013.

_____. Entrevista: Marcelo Neves entre Hidra e Hércules. **Crítica Constitucional**, 11 abr, 2013b. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/entrevista-marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules/>> Acesso em 29 jan. 2014.

_____. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**, v. 37, São Paulo, 1996.

NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica** (con referencia particular a la dogmática penal). México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

NOBRE, Marcos. O que é pesquisa em Direito? In: NOBRE, Marcos *et alii*. **O que é pesquisa em Direito?** – São Paulo: Quartir Latin, 2005.

OLGIATI, Vittorio. Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um “engate operacional” para uma sociologia do direito europeia. In:

FARIA, José Eduardo (org). **Direito e globalização da economia:** implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

OLIVEIRA, Leonardo D'Avila de. **Inflação normativa:** excesso e exceção. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A legitimidade da lei.

Responsabilidades: revista interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2011.

_____. **A lei:** uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001a.

_____. As modulações do direito contemporâneo em um breve exercício de filosofia do direito. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 51, 2010.

_____. Observações sobre as possibilidades de redefinição da categoria sujeito do direito. **Seqüência**. Florianópolis, v. 42, 2001b.

PINTO NETO, Moysés. A Matriz Oculta do Direito Moderno: crítica do constitucionalismo contemporâneo. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, 17, 2010.

PLATÃO. **Górgias ou A Oratória**. Tradução Jaime Bruna. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973.

POPPER, Karl. **O mito do contexto** : em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70, 2009.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Traducción de Josep M. Vilajosana. **Doxa**, n. 21, 1998.

_____. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico: A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito. In: POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico** : as faces da teoria do

direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo : Landy Editora, 2006.

_____. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. Tese (doutorado). Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2004.

_____. O Judiciário e a lâmpada mágica: o gênio coloca o limite, e o juiz? **Revista Direito e Psicanálise**, v. 1, n. 1, 2008.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. In: MATOS, Andytas Soares de Moura Costa. **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, 2011.

SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O sistema jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças. **Direitos fundamentais & Justiça**, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. A emenda e o Supremo. **Valor Econômico**, 03 mai, 2013. Disponível em:
<<http://www.valor.com.br/opiniaio/3109808/emenda-e-o-supremo>>
Acesso em 29 jan. 2014.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 2003.

SOBOTA, Katharina. "Don't Mention the Norm!". *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato. **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV**, v. 3., n. 1., 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** : uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011.

_____. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Consultor Jurídico**, 22 mar, 2012. Disponível em: <
<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>> Acesso em 24 jan. 2014.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América** : leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

TRUBEK, David. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 3(1), 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência** : uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5. ed. Alemã, rev. e ampl., de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4(2), 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**: interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

_____. **Introdução Geral ao Direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

_____. O outro lado da dogmática jurídica. In: **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WEBER, Max. **El político y el científico**. Traductor Francisco Rubio Llorente. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008.

2. Documentais

2.1. Decisões judiciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Voto: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoADPF54.pdf>> Acesso em 30 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.033/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe nº 079, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 511.961/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe nº 213, 2009.

2.2. Notícias

180GRAUS.COM. É um absurdo: 90% dos presos do Piauí não são julgados. 02 set, 2012. Disponível em: <<http://180graus.com/politica/e-um-absurdo-90-dos-presos-no-pi-nao-sao-julgados-557118.html>> Acesso em 29 jan. 2014.

DIÁRIO DO LITORAL. Gilmar Mendes não acredita na aprovação da PEC do diploma de jornalista. 11 ago, 2009. Disponível em:

<<http://www.diariodolitoral.com.br/conteudo/4848-gilmar-mendes-nao-acredita-na-aprovacao-da-pec-do-diploma-de-jornalista>> Acesso em 29 jan. 2014.

DIREITOGV. Direito GV lança indicador que avalia percepção do brasileiro sobre cumprimento das leis. 23 abr, 2013. Disponível em: <<http://direitogv.fgv.br/noticia/direito-gv-lanca-indicador-avalia-percepcao-brasileiro-sobre-cumprimento-leis>> Acesso em 29 jan. 2014.

FOLHA DE S. PAULO. Itália condena sete cientistas por não prever terremoto. São Paulo, 23 out. 2012.