5

A decisão judicial na teoria do direito como integridade de R. DWORKIN

“Vivemos na lei e segundo o direito” (DWORKIN, 1999, p. XI).

Já na primeira frase do prefácio de *“O Império do Direito”* DWORKIN deixa evidente uma questão que fora antes evidenciada em *“Levando os Direitos a Sério”* e vai se desenvolver ao fundo de todo seu texto: uma coisa é a lei, outra coisa é o Direito _ *“Vivemos na lei e segundo o direito”* (DWORKIN, 1999, p.XI).

Sabemos que a lei é composta por textos e contextos altamente sujeitos às imprecisões de sentido, bem como às complexidades da sociedade a qual pertence. *Como pode então a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?* Bom, a referida primeira frase de DWORKIN é capaz de nos mostrar sua resposta: pode a lei comandar quando estiver em acordo com o Direito de uma comunidade específica. Mas e o Direito, *o que é?*

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado em nenhum catálogo de regras e princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos esta atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter (DWORKIN, 1999, p.492).

O Direito para DWORKIN, é um conjunto de normas composto tanto por *regras* quanto por *princípios*, com uma característica peculiar: sua prática é uma *prática social interpretativa criativa* dependente de uma *postura/atitude* de seus operadores *preocupados com o “propósito” desta mesma prática*. “Direito”, assim como “justiça”, “igualdade”, “liberdade” e outros tantos conceitos, é um conceito interpretativo e, nesta medida, não pode manter-se preso ao *aguihão semântico* como ocorrera no caso do positivismo.

DWORKIN afirma que três podem ser os tipos de divergências suscitadas em processos judiciais: divergências sobre *fatos*, divergências sobre *direito* e questões referentes à *moralidade*, à *política* e à *fidelidade* (DWORKIN, 1999, p.05-06). Em outros termos as partes de um processo podem divergir sobre: o que aconteceu, qual é a lei pertinente e ainda sobre a justiça de uma decisão.

A divergência sobre o Direito é central para DWORKIN: “*Um juiz, propondo um conjunto de provas, afirma que a lei favorece o setor escolar ou o empregador, e outro, propondo um conjunto diferente, acredita que a lei favorece os alunos da escola ou o empregado*” (DWORKIN, 1999, p.06). DWORKIN então quer saber: que tipo de discussão se trata em questões como esta, ou seja, sobre o que estão divergindo? “*Poderíamos dar a isso o nome de divergência “teórica” sobre o direito*” (DWORKIN, 1999, p.08).

No âmbito das referidas divergências, DWORKIN introduz como modelo de decisão do tipo adequada, capaz de justificar o uso da força, aquela dotada de *coerência*, ou seja, em última instância, são as decisões que se encontram em acordo com as exigências de integridade (DWORKIN, 1999, pp.202-203). E aqui as referimos como exigência de *racionalidade*, pressuposta como vinculação da legislação aos princípios da comunidade, *de aceitação* do pluralismo moral na determinação de sentido da norma diante de um caso concreto reconstruído e de *segurança jurídica* enquanto decisões com base em normas anteriores à decisão. Estas divergências teóricas são verdadeiras divergências sobre as quais são os fundamentos do Direito, e são *interpretativas* (DWORKIN, 1999, p.109), ou seja, *fazem referência à melhor forma de se interpretar a prática da jurisdição* (DWORKIN, 1999, p.109).

E se estas são divergências interpretativas, devem fazer referência a algum ponto comum capaz de tornar este desacordo um “*desacordo real*”. “*O direito não pode florescer como um empreendimento interpretativo em qualquer comunidade, a menos que haja suficiente consenso inicial sobre quais práticas são práticas jurídicas [...]*” (DWORKIN, 1999, p.113). O Direito é, então, juntando

o que fora dito, um conceito interpretativo que tenta “*apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz [...]*” (DWORKIN, 1999, p.112).

Mas a dificuldade não está nesse ponto de partida, mas no trato das “*concepções*” contrapostas desse conceito de Direito; este conceito inicial (a prática jurídica corrente) possibilita uma discussão a respeito do que o Direito em um caso é. É como se dois críticos discutissem a melhor interpretação pensando em uma mesma obra, porque se ao discutirem a melhor interpretação de uma obra estivessem pisco-visualizando obras diferentes, mesmo que tivessem mesmo nome, tal empreitada seria impossível.

As divergências teóricas sobre os fundamentos do Direito, que envolvem diferentes concepções sobre o Direito, são, na verdade, teorias gerais sobre os fundamentos do Direito. É por isso que DWORKIN diz que o voto de qualquer juiz é uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta, mas sempre é o “*prólogo silencioso de qualquer veredito*” (DWORKIN, 1999, p.113). Toda concepção carrega por detrás de si outras questões referentes à moralidade política, pessoal, convicções ideológicas, etc., ou seja, sempre resulta de uma teoria mais geral. Não que tal teoria esteja articulada de forma explícita. O que DWORKIN quer dizer é que uma concepção sobre um conceito “*revela uma atitude a respeito desse vasto território pré-compreensivo, dê-se, o interprete, conta disso ou não*”. (DWORKIN, 1999, p.126). (Grifou-se). Nesse ponto pode-se dizer que DWORKIN foi capaz de compreender toda a discussão fenomenológica tratada aqui no capítulo “2.1”.

Bem, tudo isso, para chegar mais próximo da *concepção* de Direito de DWORKIN: o *Direito como integridade*. Esta tese do Direito como integridade defendida por DWORKIN quer superar duas outras concepções de Direito: o “*convencionalismo*” e o “*pragmatismo judicial*”. Tipos puros que DWORKIN usa para dialogar com sua própria concepção.

O *convencionalismo*, em linhas gerais, advoga que “*um direito ou responsabilidade só decorre de decisões anteriores se estiver explícito nessas decisões, ou se puder ser explicitado por meio de métodos ou técnicas convencionalmente aceitos pelo conjunto dos profissionais do direito*” (DWORKIN, 1999, p.119). O *pragmatismo judicial*, conceituado por Dworkin como tendo uma postura “*cética*” em relação ao direito, advoga em linhas gerais que “*os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência*”

com o passado como algo que tenha valor por si mesmo” (DWORKIN, 1999, p.119).

Enfim, contra estas duas concepções sobre o Direito DWORKIN oferece sua concepção de Direito como integridade nos seguintes termos:

O Direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpreta a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de saber se os juizes descobrem ou inventam o direito, sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tem em vista que os juizes fazem as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 1999, p.271).

Neste sentido, seguindo a concepção de direito como integridade de DWORKIN, “as proposições jurídicas só são verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva jurídica da comunidade” (DWORKIN, 1999, p.272).

A teoria do *Direito como integridade* não se fixa nem no passado nem no futuro, muito antes, ao combiná-los (passado e futuro), exige o reconhecimento da “*comunidade de princípios*”, não no campo representativo, mas real mesmo, mandando ao juiz que em casos difíceis, onde *aparentemente* não haja uma norma a ser aplicada, reconstrua, rumo a uma resposta correta, de forma crítica, os critérios normativos construídos historicamente em sua comunidade e os aplique ao caso em tela, negando com isso tanto uma concepção cética que aplica novos e injustificados padrões normativos retroativamente, bem como avançando em relação ao comodismo de uma concepção convencionalista que condena a prática jurídica ao exame de decisões do passado.

É muito importante lembrar, ao se falar de comunidade de princípios, da passagem em que DWORKIN mostra que a coerência devida para com as decisões do passado capazes de gerar direitos e responsabilidades decorre tanto de princípios de *moral política como de moral pessoal*. Essa questão potencializa e mostra o valor que DWORKIN dá aos compromissos da comunidade de princípio ao tratá-la com uma comunidade que se enxerga como uma verdadeira comunidade aberta dos intérpretes do Direito. Assim então enuncia:

[...] direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa (DWORKIN, 1999, p.120).

Este é um forte ponto a ser tratado no próximo capítulo! Como pode haver uma justificação moral do direito fundado em princípios de moralidade pessoal? Logo esta questão será tratada.

Assumir a *comunidade de princípios* é uma *exigência de integridade* que aplica-se tanto à integridade judicial (*adjudication*) como também à legislativa (*legislation*). As “*exigências de integridade*” *justiça, eqüidade e devido ao processo adjetivo* são, na obra de DWORKIN, instrumentos para garantir o respeito a esta referida comunidade. Vale nesta oportunidade citar, apenas rapidamente, que DWORKIN está comprometido com um projeto de Democracia liberal, em que a validade de uma premissa de direito não pode ser reduzida a uma questão de faticidade como na tese positivista de Kelsen, mas que, antes de tudo, exige uma questão de legitimidade. Assim deve haver uma pressuposição de que as regras criadas pelos órgãos legiferantes formem um sistema coerente de justiça e eqüidade. Esta exigência de coerência (*adequação entre interpretação e cânones interpretativos*) é, portanto, retomada em termos de decisão judicial na pressuposição de que os textos respeitaram e levaram em consideração a comunidade de princípio.

A tese do Direito como integridade em que o direito e sua aplicação devem estar em acordo com os princípios da comunidade política, permite que DWORKIN apresente sua metáfora do “*romance em cadeia*”, segundo a qual a interpretação construtiva do Direito, tomada na perspectiva do juiz, deve continuar a história da prática social “Direito”. Este ator que é o juiz; deve, contudo, reconhecer que é apenas um dentre outros tantos escritores que se sucedem em cadeia e que têm a obrigação de *continuar* da forma mais digna possível a história do Direito, ou seja, deve manter da melhor forma possível, seus dois cânones interpretativos: *adequação e justificação*.

Pressuposto “*tanto*” do *Direito como integridade* como do *romance em cadeia*, a *atitude interpretativa* focada no propósito da prática a que interpreta vai encontrar, no campo específico da decisão judicial aquilo que DWORKIN chamou de fases da interpretação. Antes de entrar especificamente no teor das fases da interpretação, valem algumas outras colocações.

Viver a lei segundo o Direito.

Esta sucinta oração comporta a idéia defendida por DWORKIN no sentido de que “*nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis*” (DWORKIN, 1999, p.XI).

É, com vistas nessa narrativa justificante da prática jurídica, que DWORKIN assevera que o modo como os juízes decidem os casos é muito importante para todo aquele que possa se ver diante de um tribunal, tendo em vista que pessoas estão freqüentemente sujeitas a ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral emanada dos órgãos legiferantes, seja em uma *dimensão jurídica* ou mesmo em uma, muito importante, *dimensão moral* (DWORKIN, 1999, p.03). Compreender a importância do modo como os juízes decidem suas causas, seja em termos de perdas e ganhos na lide ou em termos de moralidade pública é fundamental para a compreensão do papel que a moral e a política têm em relação ao Direito, e que este tem em relação àquelas. Por isso, dizer que qualquer das interpretações apresentadas em um caso é conforme ao Direito aparece como um risco ao resto dos padrões normativos que valem como Direito, mas foram mal compreendidos pelos positivistas.

Em relação à decisão judicial, DWORKIN pôde constatar que a característica dos juízes de conferirem uma “*força gravitacional*” às decisões passadas caminharam no sentido de desbancar a tese do poder discricionário. Na verdade, trata-se, segundo DWORKIN, de uma falha na própria compreensão conceitual do Direito e, portanto, da importância que os princípios têm na configuração da relação entre *Direito* e *obrigação jurídica*. Conseqüentemente, DWORKIN vai querer demonstrar como sua tese da resposta correta, antítese da tese do poder discricionário, tem sido mal compreendida, visto que nunca quis afirmar que sua teoria da resposta correta poderia *demonstrar para todos* que uma dada resposta é, de forma incontestável, a correta. “[...] *a questão de se podemos ou não ter razão ao considerarmos certa uma resposta é diferente da questão de se poder ou não demonstrar que tal resposta é certa*” (DWORKIN, 1999, p.XIII).

DWORKIN está mais vinculado a um sistema de normas na atividade jurisdicional do que os próprios positivistas. Isso garante a DWORKIN um grau considerável de *segurança jurídica*, já que aqueles que esperam uma decisão judicial podem contar que não serão regidos por uma norma subjetiva de um magistrado que seja “*evangélico*”, por exemplo, quando na realização de suas atribuições jurisdicionais. Mas, *segurança jurídica* também representa *correção na decisão judicial*; afinal estar seguro, mais do que significar o direito a uma

decisão, significa o direito a uma decisão que seja decorrente de *um direito prévio e coerente, ou seja, de acordo com os princípios de moralidade política da própria comunidade em questão*. Isso nos introduz no tema da racionalidade da aplicação do Direito em DWORKIN enquanto Direito como integridade.

Estar juridicamente seguro para DWORKIN é saber que os juízes quando decidem uma causa, estão *recorrendo a algum padrão normativo* que possa servir de critério *aceitável e justificável frente aos envolvidos* em um processo judicial. Assim, *segurança e correção* são reciprocamente decorrentes: uma decisão judicial correta gera segurança e um sistema de direitos seguro (prévio) que não gera “surpresa” é capaz de gerar correção.

Diante da indeterminação do direito positivado, seja nos precedentes ou nas legislações, bem como em decorrência da complexidade social, DWORKIN dá um grande passo na realização de uma aplicação do direito com um maior grau de correção justamente na medida em que trata a *racionalidade da decisão judicial como algo que só se pode reconstruir a partir de um caso concreto e desde a perspectiva interna dos participantes do processo em questão*, ou seja, apenas a partir de um determinado caso concreto.

Os povos que dispõem de um direito criam e discutem reivindicações sobre o que o direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis _ porque sem sentido _ sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações. Este aspecto argumentativo crucial pode ser estudado de duas maneiras, ou a partir de dois pontos de vista. (...) Este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam (DWORKIN, 1999, p.16-17).

É justamente por depender, a cada novo caso apresentado, de uma reconstrução de seu poder de normatização que em “*O Império do Direito*” DWORKIN classificou o Direito como *prática social interpretativa* composta por três fases de *interpretação construtiva: pré-interpretativas, interpretativa e pós-interpretativa* (DWORKIN, 1999, p.35 e seg.). Na primeira etapa, selecionam-se as normas *prima facie* aplicáveis ao caso, na segunda são reconstruídos, na perspectiva do participante, os significados das normas selecionadas na primeira etapa e, finalmente, na terceira etapa é realizado um juízo de “*justificação*” e “*adequação*” das interpretações elaboradas na segunda etapa (ideal de integridade). Ou seja, como se percebe, *o Direito como integridade é uma prática*

social argumentativa. Dizer o que é o Direito é uma questão teórica e prática ao mesmo tempo.

Em referência à primeira etapa de interpretação, DWORKIN observa a necessidade de um consenso inicial sobre a prática jurídica. Esta fase (“pré-interpretativa”), aparece entre aspas, como pondera DWORKIN, tendo em vista que pode haver alguns desacordos interpretativos sobre qual material jurídico está em questão em algum caso, mas isso não pode querer dizer falta de consenso sobre a prática em si sob pena de *murchar* a atitude interpretativa. Esta não é, portanto, a mais complicada das questões.

No que tange à segunda etapa da interpretação, DWORKIN é cauteloso e, ao mesmo tempo em que garante a prerrogativa dos intérpretes de formularem teorias gerais para justificar um sentido de aplicação de uma determinada norma, garante também o ideal de separação de poderes na exata medida em que deixa claro que uma *atitude interpretativa* é uma atitude de re-construção do direito *já existente* de forma adequada às complexidades de um caso concreto, e *não uma invenção sobre o que o direito estaria a significar*.

Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa 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. A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos e características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta esta prática, não como alguém que inventa uma nova prática (DWORKIN, 1999, p.81).

A distinção entre as duas primeiras fases de interpretação marca a distinção estabelecida por DWORKIN entre “*conceito*” e “*concepção*”, ou seja, as divergências na interpretação do Direito são divergências envolvendo distintas *concepções* de um *conceito*, já que a primeira etapa pressupõe um consenso sobre o material/proposições aplicável a uma demanda específica. Isso porque Dworkin acredita que dividimos uma base conceitual comum sobre a prática que compartilhamos, ou seja, uma identidade comum para as diferentes concepções de Direito.

Em termos gerais as pessoas concordam com as proposições mais genéricas e abstratas sobre a cortesia, que formam o tronco da árvore, mas divergem quanto aos refinamentos mais concretos ou às subinterpretações dessas proposições abstratas, quanto aos galhos da árvore (DWORKIN, 1999, p.86).

Bem, selecionado o material pertinente ao caso e apresentadas as concepções sobre tal material, resta, na terceira etapa da interpretação criativa do Direito (etapa pós-interpretativa), dizer qual, dentre as concepções apresentadas é mais *justificada e adequada*.

Destarte, dentro do projeto dworkiniano de Direito como integridade, a decisão judicial é uma questão de reconstrução interpretativa da prática do Direito e dos conceitos em questão, divididos por diferentes concepções. O ideal de construir toda decisão de forma a manter o conjunto de normas do Direito *coerente* é o que aponta para, dentre várias possibilidades de aplicação normativa, aquela que se mostra “a correta” para um caso específico, garantindo que desta forma o juiz que aplica esta *resposta correta/justificada/adequada* escreve de forma digna mais um capítulo na história do Direito.

Mas essa relação entre *justificação e adequação* está longe de ser uma operação simples e envolve uma série de pressupostos, além de uma atitude que só pode ser desempenhada pelos próprios participantes de um processo real, assim como também a segunda etapa da interpretação/aplicação do Direito. Essa relação entre justificação e adequação é o próprio campo, ou espaço, onde Direito, Moral e Política se relacionam de forma mais refinada e indivisa. Para trabalhar apenas analiticamente este *procedimento de aplicação do Direito*, DWORKIN lança mão, no campo representativo, de um juiz não humano, cujos poderes o torna capaz de *suprir a ausência dos demais atores/autores de uma decisão judicial*, ou seja, da normatividade de um caso específico. A esse juiz DWORKIN dá o nome de “Hércules”.

5.1.

O necessário procedimento por detrás da metáfora do DEUS HÉRCULES: levando a sério o império dos direitos.

Meu projeto também é limitado em outro sentido. Concentra-se na decisão judicial, nos juízes togados, mas estes não são os únicos protagonistas do drama jurídico, nem mesmo os mais importantes (DWORKIN, 1999, p. 16).

Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático (DWORKIN, 1999, p. 476).

“Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanos, que aceita o direito como integridade. Vamos chamá-lo de Hércules” (DWORKIN, 1999, p.287).

Hércules é o juiz que DWORKIN elege para dar conta do problema da interpretação jurídica superando a teoria do poder discricionário defendida pelo positivismo jurídico. A questão central, em termos de decisão judicial, aqui, é aquilo que foi chamado por DWORKIN de “*casos difíceis*”, que se colocam a um juiz “*quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado*” (DWORKIN, 1999, p.306). Assim, Hércules deve partir de sua pequena e parcial lista de interpretações, cada uma apostando em sua melhor justificativa das práticas jurídicas do passado de sua comunidade. Ou melhor, Hércules *deve listar as interpretações contraditórias que alguém poderia querer examinar* (DWORKIN, 1999, p.298).

Vale lembrar que a negação de uma compreensão da aplicação do Direito em termos decisionistas é levada a sério na teoria dos direitos de DWORKIN por *uma questão de princípios*. Princípios estes que gozam de um caráter *deontológico na sua pretensão de validade jurídica*, o que afasta a teoria de DWORKIN de uma compreensão axiologicamente ontologizada dos princípios e, portanto, de uma facilitação em termos de resolução de conflito de normas na busca de uma resposta correta ponderada em termos de escala de valores. A defesa de uma concepção deontológica do Direito leva DWORKIN a entender a relação entre Direito e Moral de forma mais aproximada sem com isso permitir uma confusão sistêmica. Como observa HABERMAS em relação à teoria de DWORKIN: “*O discurso jurídico é independente da moral e da política, porém somente no sentido de que também os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidas para a linguagem neutra do direito e engatados no código jurídico*” (DWORKIN, 1999, p.257). Essa observação é relevante, aqui, para evitar que em algum momento o leitor possa imaginar que em alguma das fases da interpretação *_ pré-interpretativa, interpretativa ou pós-interpretativa _*, espaço onde Hércules trabalha, as normas a serem investigadas por este, estejam vinculadas a alguma concepção moral geral capaz de resolver por si um caso difícil.

Hércules deve, então, começar avaliando o juízo (*justificação*) feito sobre a relação entre as *interpretações* em questão e os *princípios* que a estão fundamentando. Isso porque, seguindo o ideal de integridade, os juizes devem admitir, na medida do possível, “*que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo*” (DWORKIN, 1999, p.291), (o que inclusive torna ‘*verdadeira*’ *uma proposição jurídica*), averiguando se estas condições tenham ocorrido tanto no

fragmento da história que sustenta uma referida interpretação, como em sua pretensão de repetição. Hércules usa sua capacidade sobre-humana para testar variadamente hierarquias de princípios e objetivos das interpretações, bem como para avaliar toda a história do Direito posto e inclusive corrigir algum desvio na compreensão da melhor aplicação de um princípio ocorrido no passado, ou seja, Hércules pode identificar um “erro” e “*propor que esse erro seja abandonado [...]*” (DWORKIN, 1999, p.124).

Em seqüência Hércules deve expandir seu campo de teste, perguntando-se até que ponto as interpretações que levantou podem manter-se *justificadas* em um campo mais amplo de análise, ou seja, deve buscar qual interpretação é mais *adequada* diante da “*totalidade da história do Direito*”, ou seja, da prática jurídica de sua comunidade. Assim diz DWORKIN:

O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo (DWORKIN, 1999, p.296).

Mas, como o próprio DWORKIN observa, essa tarefa é imprópria para um juiz real e justamente por isso, escolheu um *juiz hercúleo* (DWORKIN, 1999, p.294).

Porém, se mais de uma interpretação passar pelos testes de princípios e doutrinas jurídicas, no momento de se verificar qual delas é mais *adequada*, restará a Hércules ter que decidir entre um juízo de *eqüidade* ou de *justiça* em termos de “*moral política*” (DWORKIN, 1999, p.298). Isso na busca de se apontar qual leitura mostrará a comunidade de princípios em sua melhor luz. “*É improvável que algum juiz se arrisque a defender a teoria simplista de que a eqüidade deve ser automaticamente preferida à justiça, ou vice-versa*” (DWORKIN, 1999, p.299). Muito menos, trata-se de um processo mecânico, o que permite justamente a possibilidade de se falar em alguma circunstância específica em *justiça como eqüidade*, ou *eqüidade com questão de justiça*, já que “*em alguns casos, os dois tipos de juízos _ o juízo da justiça e o da eqüidade _ caminharão juntos*” (DWORKIN, 1999, p.298). Isso se deve à notória compreensão da virada hermenêutica incorporada por DWORKIN que lhe permite perceber que “*a justiça e outros conceitos morais de natureza superior são conceitos interpretativos [...]*” (DWORKIN, 1999, p.90).

Poderá também ocorrer de uma interpretação fundar-se em um princípio ainda não expresso na história prática das instituições jurídicas da comunidade.

Esses princípios, embora ainda não reconhecidos, vistos de uma forma que brilhantemente mostre a prática jurídica de uma forma melhor, devem fundar-se em questões de moral política pragmática porque, em última instância, “*adequar-se ao que os juízes fizeram é mais importante do que adequar-se ao que eles disseram*” (DWORKIN, 1999, p.297).

Bom, em termos gerais, ao pretender fazer frente à teoria do poder discricionário defendida pelos positivistas, DWORKIN entende que:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade (DWORKIN, 1999, p.305).

Hércules é um dos pontos mais discutidos dentro da teoria dos direitos de DWORKIN. Um de seus críticos é JÜRGEN HABERMAS.

Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitimam os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras (HABERMAS, 1997a, p.276).

O ponto de incômodo: A “*solidão*” de Hércules, sua postura “*solipsista*” e seu controle da atividade de “*interpretação do Direito*”.

Isso sugere que se ancorem as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma ‘sociedade aberta dos intérpretes da constituição’, ao invés de apoiá-la no ideal de personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade (HABERMAS, 1997a, p.278).

Bom, como visto linhas acima, Hércules é juiz com atividades que só consegue realizar em decorrência de seus super poderes. Ele deve *elaborar uma lista* prévia de possíveis interpretações, *deve testar* a coerência destas interpretações em termos de história institucional, *deve testar* estas interpretações em um nível mais aberto de coerência sistêmica e, quando estas etapas não forem suficientes para impedir que mais de uma interpretação sobre o caso se sustente, *deve ainda realizar um juízo complexo* de avaliação sobre equidade e justiça, finalizando seu hercúleo trabalho em direção a uma única resposta correta para o caso em tela.

Mais uma questão é fundamental: basta folhear a obra de DWORKIN para se perceber que ele realmente atribui estas tarefas aos juízes (a Hércules). É comum na obra de DWORKIN deparar-se com diretivas do tipo: *os juízes tomam*

ou *devem tomar, os juízes devem fazer, os juízes devem avaliar, os juízes devem justificar*, etc. Isto sem contar com as mais fortes expressões sobre o *papel político dos juízes ao realizarem uma leitura moral da constituição*.

Mas será que DWORKIN realmente, como diz HABERMAS, apóia as exigências ideais de sua teoria do direito *no ideal de personalidade de um juiz* (HABERMAS, 1997a, p.278)?

Duas possibilidades parecem evidentes. Na primeira DWORKIN, muito embora tenha rebatido o realismo jurídico e o positivismo jurídico, em última instância, acaba por colocar na mão dos magistrados o poder de determinar o que é o Direito, contradizendo, em termos teóricos pragmáticos estruturais, toda sua pretensão de negar uma teoria do poder discricionário. *Assim a obra de DWORKIN estaria condicionada ao destino da metáfora do juiz Hércules*. Numa segunda leitura, quando DWORKIN rebate detidamente o realismo e o positivismo jurídico, quer com isso deixar bem claro que sua construção teórica não vai neste mesmo sentido; que ela oferece uma concepção diferente da atividade judicial, que seja lá como for interpretada, pensa que os juízes na vida real não têm um poder discricionário para determinar o que é o direito das partes. *Assim, “a metáfora” do juiz Hércules estaria condicionada a sua teoria do direito como integridade*. Contudo, os adeptos da primeira leitura apontada sobre a obra de DWORKIN, como a de HABERMAS, parecem não se interessarem pela melhor leitura da obra de DWORKIN que, por sinal, neste ponto, não parece ser um “*hard case*”.

Os críticos da metáfora do Deus Hércules não perceberam que seus poderes decorrem de um recorte no trabalho de DWORKIN que, por sinal, teve o cuidado de alertar seus leitores para tal recorte ao afirmar que

Meu projeto também é limitado em outro sentido. Concentra-se na decisão judicial, nos juízes togados, mas estes não são os únicos protagonistas do drama jurídico nem mesmo os mais importantes. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os dos juízes. (DWORKIN, 1999, pp.16 e 19). Grifou-se.

Essa é uma questão que parece ser esquecida por críticos como HABERMAS que, por sinal, para além de criticar o “*destino solipsista*” dos pressupostos ideais da teoria do direito como integridade, oferece uma teoria *racional discursiva construtiva* para resgatar Hércules de sua *solidão*, ignorando mais um expresso aviso de DWORKIN no que tange à prática do Direito.

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequência dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ele permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma (DWORKIN, 1999, p.17).

É muito importante, portanto, entender, como DWORKIN mesmo, que “[...] *ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta razão*” (DWORKIN, 1999, p.492), e que a prática judicial tem como “*sua finalidade, colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor*” (DWORKIN, 1999, pp.16 e 492). DWORKIN foi claro ao defender que os juízes *não são legisladores delegados*, e que é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão *legislando quando vão além do Direito, o que implica, inclusive, numa superioridade dos argumentos de princípios sobre os de política em termos de decisão judicial* (DWORKIN, 2002, p.129).

DWORKIN reconhece (qualquer um pode reconhecer) o posto ocupado pelo magistrado no judiciário e, neste sentido, quem dá uma sentença, quem decide em termos formais *é o juiz*, e este pode inclusive extrapolar, pode abusar de seu poder, ou seja, “*podem fingir observar a integridade constitucional e na verdade infringi-la*” (DWORKIN, 2006, p.16).

Afinal, como HABERMAS superaria o fato de que os magistrados assinam as decisões?

Contra a teoria do poder discricionário, bem como *_acredita-se_* superada a impertinência da crítica habermasiana à metáfora do Deus Hércules, vale resgatar a pretensão primeira de DWORKIN que é justamente mostrar que, mesmo quando nenhuma regra clara regula um determinado caso, uma das partes pode ter o direito de ganhar a demanda judicial, ou seja, mesmo em casos difíceis os *juízes têm o dever de descobrir* quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos e aplicá-los retroativamente (DWORKIN, 2002, p.127). O que autoriza a coerção estatal, segundo a concepção do Direito, como integridade é justamente o fato de decisões judiciais decorrerem de “*decisões anteriores do tipo adequada*” (DWORKIN, 1999, p.116), à história jurídica da comunidade de princípios. O Direito como integridade é “*uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isso*” (DWORKIN, 2006, p.16).

Mas mesmo que juízes tentem descobrir o direito das partes e não inventá-los, suas convicções influenciarão a tomada de decisão e certamente juízes

diferentes decidiram de forma diferente casos similares, ou então, podemos dizer que dariam ao mesmo caso respostas diferentes. Mas aqui entra uma questão fundamental para aliviar os juízes em sua tarefa de determinação de sentido e busca de premissas verdadeiras. Já sabemos que a verdade de uma proposição jurídica está sujeita à satisfação dos *princípios da justiça, equidade e devido processo legal*, mas outro fator funciona como formador de “*convergência*” das convicções sobre a prática do Direito: os *paradigmas de Direito*. “*Toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância*” (DWORKIN, 1999, p.110).

No sentido da teoria dos direitos de DWORKIN, uma concepção sobre a prática jurídica em um determinado caso que não levasse em conta o paradigma jurídico da comunidade em questão, seria facilmente eliminada na fase de averiguação de seu arcabouço de justificação. Isso faz com que os paradigmas jurídicos forneçam uma forma de argumentação inevitável aos debates jurídicos na disputa pela justificação e adequação das concepções jurídicas em questão, assumindo assim um papel central na pretensão de se mostrar a prática jurídica em sua melhor luz, o que acaba por fazer com que uma *fundamentação constitucional seja sempre uma chave para se descobrir interpretativa e argumentativamente, o direito das partes em casos difíceis*.

Na verdade uma constituição formada por princípios abstratos acaba por representar o verdadeiro acoplamento estrutural entre *Política, Moral e Direito*. É, inclusive, e justamente nessa medida, que esta linguagem aberta das constituições permite um alívio na defesa de argumentos morais, éticos e pragmáticos, já que estes argumentos, por estarem traduzidos em uma linguagem jurídica neutra e sujeitos a um procedimento de densificação, podem ser devidamente acordes a uma diferenciação do Direito em termos sistêmicos.

No campo de uma argumentação constitucional democrática, paradigmática, toda a discussão sobre o pluralismo é trazida à tona, fazendo, mesmo ao custo do aumento de complexidade, com que a coerência e o destaque da teoria de DWORKIN faça-se mais aparente.

As concepções sobre um conceito de direito fornecidas em um processo representam interpretações particulares sobre a prática jurídica, tendo ao fundo inevitavelmente uma compreensão/versão da estrutura constitucional da comunidade. Sabe-se também que, em última instância, por detrás da defesa de princípios estão pretensões particulares morais, éticas ou pragmáticas, advindas de uma constelação plural de indivíduos que disputam processos judiciais.

Bem, antes de continuar vale lembrar uma questão essencial na teoria da decisão judicial de DWORKIN:

Este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam (DWORKIN, 1999, p.19).

DWORKIN observa que, segundo essa perspectiva, o que interessa aos participantes não são *especulações sobre suas reivindicações, querem apenas saber quais são bem fundadas e por quê*. Esta perspectiva adicionada ao pluralismo social parece levar à questão justamente de uma argumentação na linguagem jurídica “aliviada” da disputa pelo reconhecimento de uma determinada escolha moral. Bem, ainda incide sobre esta relação complementar entre *Direito e Moral* um ideal de “*moralidade política*” segundo o qual:

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. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão (DWORKIN, 2002, p.419).

Voltando a Hércules, este só realiza sua atividade jurisdicional nos termos do Direito como integridade porque é um *herói*, como já fora dito, e não um vilão. Sua ação *heróica* realiza o postulado primeiro de *igual consideração e respeito*. Portanto, realizar o ideal de integridade no direito é algo que só se pode fazer nos termos apontados por DWORKIN como sendo um exercício argumentativo e dependente de todos os atores do drama jurídico e não apenas pelos juízes. O *juiz real deve suprir sua desvantagem em relação a Hércules recorrendo a todos os participantes da prática do Direito*. O juiz real deve garantir o trânsito livre de comunicação e não pode ter certeza sobre os argumentos de alguém *a menos que deixe este acabar de falar para descobrir se compartilha de suas convicções* (DWORKIN, 1999, p.114).

Hércules foi uma metáfora utilizada por DWORKIN, anunciada como metáfora, que supre algo que não poderia ser tratado de corpo inteiro por uma questão de opção, que mostra quais são as diretrizes a serem seguidas em um

processo judicial, em um procedimento argumentativo construtivo das verdades das proposições jurídicas levantadas, e justificante das normas jurídicas válidas em sua aplicação. A teoria do Direito como integridade representa uma postura interpretativa dirigida a todos os participantes do procedimento de tomada de decisão judicial numa comunidade de princípios que se reconhecem enquanto dignos de *igual consideração e respeito*.

DWORKIN imagina um procedimento de deliberação judicial que em sua última instância de reconstrução pode ser entendida como sendo uma *leitura moral da constituição*, pressupondo, em qualquer momento de interpretação dos princípios fundamentais da comunidade de princípio, o igual respeito e consideração, ou seja, autonomia privada. E se a moral deve ser reconstruída como medida para o Direito, a favor da tese do procedimento construtivo das proposições jurídicas e de suas verdades, este padrão normativo *só pode ser reconstruído mediante juízos específicos para casos concretos específicos* (DWORKIN, 2006, p.04).

O Direito, portanto, dá-se em uma perspectiva construtiva procedimental, isso porque a verdade de uma hierarquia de princípios, bem como a consistência de sua justificação não se dá fora de um caso concreto que depende da participação de todos os envolvidos no drama jurídico para que, mediante a prática argumentativa do direito como integridade, a resposta correta de uma demanda possa ser evidenciada como a mais bem adequada à história jurídica institucional da comunidade de princípios.

Este procedimento deliberativo judicial chamado por DWORKIN de *Leitura moral da Constituição* tem sido acusada por seus críticos de dar aos juízes o *poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público*. Mas diz DWORKIN: *“procurarei explicar por que essa grosseira acusação não tem fundamento”* (DWORKIN, 2006, p.03).

5.2.

Imparcialidade e procedimentalização da justificação moral na aplicação do Direito: por uma retomada do indivíduo e da modernidade extraviada em busca de uma concepção de justiça

Por isso, é claro que a leitura moral encoraja juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça. De que outro modo poderiam responder às perguntas morais que esta constituição abstrata lhes dirige? (DWORKIN, 2006, p. 57).

A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça (DWORKIN, 2006, p. 02).

A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos que os indivíduos têm em relação ao Estado em uma linguagem extremamente ampla e abstrata e sempre que algum caso constitucional não se faça claro, a ponto de por si apresentar seu correspondente sentido de aplicação, as pessoas interessadas na questão deverão esforçar-se para apresentar qual a melhor compreensão destas normas de sentido aberto. Tais direitos constitucionais, contudo, para além de referirem-se a obrigações jurídicas impostas ao governo, representam verdadeiros fragmentos de moralidade pública, o que faz com que a colocação do problema da determinação do sentido e do conflito de tais normas acabe por inserir no âmago da questão constitucional a própria *moralidade política comunitária*.

Como visto, DWORKIN (2006, p.02) denomina o procedimento de compreensão e aplicação do documento constitucional de “*leitura moral da constituição*”. Termo que por sinal carrega expressamente duas grandes questões em confluência: Direito e Moral ou constitucionalismo e Moralidade Política ou ainda “*Moral*” e “*Constituição*”. Ler a constituição é reconstruir seus postulados instituidores de obrigações jurídicas e realizar um exercício de compreensão da própria moralidade política de uma comunidade como medida de validade de uma proposição a ser estabelecida; por isso DWORKIN afirma que “*A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional*” (DWORKIN, 2006, p.02).

DWORKIN, na defesa de sua tese, vai enfrentar problemas em cascata como, por exemplo, *saber qual é a moralidade política de uma comunidade e*, em conseqüência, por que os juízes que não são representantes eleitos do povo deveriam desempenhar tal função de descoberta. Função que afinal sempre é realizada, de forma velada ou não, já que seja lá qual for a estratégia usada para interpretar a constituição, *a leitura moral será inevitavelmente realizada* (DWORKIN, 2006, p.03).

Por sempre ser realizado, DWORKIN não vê neste procedimento de leitura da Constituição *nada de revolucionário* e, neste sentido, vai procurar demonstrar que a crítica segundo a qual a leitura moral dá aos juízes um poder absoluto para *impor suas convicções morais ao grande público* não passa uma *grosseira acusação sem fundamento* (pode-se dizer inclusive que este equívoco tem a

mesma dimensão daquele referente a Hércules). Acrescenta DWORKIN que, de imediato, a própria facilidade de se rotular juízes de *conservadores* ou *liberais* demonstra como a leitura moral da constituição é algo familiar à prática jurídica corrente. Assim,

[...] os juízes cujas convicções políticas são conservadoras naturalmente interpretam os princípios constitucionais abstratos de maneira conservadora”, e “os juízes cujas convicções são mais liberais tendem naturalmente a interpretar os mesmos princípios de maneira liberal (DWORKIN, 2006, p.03).

DWORKIN, como sabido, escreve sua teoria sobre os direitos desde uma perspectiva interna da prática do Direito e, neste sentido, afirma que todos os participantes do drama jurídico instintivamente partem do princípio de que “a constituição expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos” (DWORKIN, 2006, p.04), o que inclusive apresenta-se como *única opção*.

É evidente, por ser até fenomenológico, que as opiniões dos juízes sobre a moralidade política influenciam suas decisões constitucionais, mas assumir a atividade judicial como sujeita a uma leitura moral da constituição, ou melhor, assumir a leitura moral como método de leitura “jurídica”, sabendo da parcialidade de toda compreensão moral, parece eliminar a já pacífica (?) distinção entre Direito e Moral. Em um giro político, a leitura moral da constituição parece retirar das mãos do povo e entregar aos tribunais o poder de fixar a moralidade política da comunidade, ou seja, o uso da leitura moral parece tomar, para os juízes, o poder político democrático da sociedade de *decidir por si mesma* a moralidade política que lhes parece mais conveniente (DWORKIN, 2006, p.05).

Por detrás destas afirmações parece estar a crença comum de que casos constitucionais podem ser decididos ou interpretados de forma *moralmente neutra*, de forma sistemicamente isolada e em respeito exclusivo ao texto do documento constitucional (DWORKIN, 2006, p.08).

Bom, se DWORKIN afirma que questões constitucionais são referentes a questões morais entregues aos juízes, *como entender a idéia de imparcialidade dentro de seu projeto?* Será que a “*Leitura Moral da Constituição*” é realmente elitista, antipopulista, anti-republicano e antidemocrático e, neste sentido, sempre axiologicamente parcial? (DWORKIN, 2006, p.09).

É possível adiantar que DWORKIN só pode firmemente defender uma leitura moral da constituição porque defende em anexo uma *concepção política de*

moralidade pública capaz de adequar-se a sociedades plurais de alta complexidade no marco de um Estado Democrático de Direito. E defende tal concepção de moralidade política mesmo que para isso tenha que enfrentar a maioria desta mesma comunidade eventualmente “*corrupta* ou *errante*” (DWORKIN, 1999, p.110). Importante também é lembrar que DWORKIN repousa sua construção teórica no paradigma constitucional de Estado Democrático de Direito que força toda argumentação para seu ponto máximo de confluência: o tratamento com *igual consideração e respeito* como norma fundamental indispensável à realização do *constitucionalismo democrático*.

Mas, mesmo que a discussão sobre um caso constitucional já esteja forçada e com sua complexidade reduzida a uma disputa em termo político-moral sobre questões paradigmáticas, a leitura dos princípios fundamentais *vazados em uma linguagem moral* excessivamente abstrata deve corresponder a um (re) enunciamento comprometido com a tarefa de tornar seu sentido mais claro para quem deseja posicionar-se sobre a questão em concreto. DWORKIN submete a forma de se compreender os dispositivos constitucionais de forma a comportar o seguinte ideal político jurídico:

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, como liberdade de expressão e liberdade de religião (DWORKIN, 2006, p.11).

Soma-se a este postulado de moralidade política que os juízes devem, para não serem inventivos, *partire sempre do que os autores da constituição disseram e pretenderam* dizer, rumo a uma segunda preocupação com a *integridade* de sua atividade. Assim afirma DWORKIN:

Os juízes não podem dizer que a constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhe parece correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da constituição como um todo e também com a linha constitucional predominante seguida por outros juízes no passado, tem que considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente (DWORKIN, 2006, p.15).

A leitura moral da constituição não pede ao juiz que se entregue a *sua própria consciência ou tradição*, pede que encontre a *melhor concepção sobre os princípios morais constitucionais* e, se por algum motivo os juízes

extrapolarem os limites impostos pela história institucional ou pela integridade, isso não afeta o postulado da leitura moral da constituição, porque afinal, gerais, sacerdotes e presidentes também *abusam* de seus poderes. “A *leitura moral é uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isso*” (DWORKIN, 2006, p.16).

Avançando em sua defesa da leitura moral da constituição, DWORKIN, contra a acusação que ela ofende a democracia, apresenta sua concepção adequada sobre o que a democracia realmente significa em termos de uma compreensão constitucionalmente adequada. Para tanto DWORKIN se propõe a mostrar como a fundamentação da democracia numa premissa majoritária não garante, mas, muito antes, reduz o poder soberano do povo. Uma leitura moral da constituição seguindo uma premissa majoritária leva DWORKIN a preocupar-se com o discurso que, segundo ele, configura a idéia mais poderosa e perigosa da nossa época: *o argumento da autodeterminação*. (DWORKIN, 2006, p.33)

É contra esta concepção que DWORKIN defende, contra uma interpretação comunitarista do “*nós, o povo*” uma “*interpretação estatística*”, e isso é fundamental para se entender como DWORKIN consegue *engendrar imparcialidade e decisão judicial*, ou seja, uma interpretação segundo a qual “*o controle do indivíduo sobre as decisões coletivas que afetam sua vida é medido pelo seu poder de, sozinho, influenciar de algum modo o resultado*”. Grifou-se (DWORKIN, 2006, p.33).

Esse enunciado é compatível e até necessário para o postulado primeiro de igual consideração e respeito.

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).

Toda esta expectativa democrática é claramente mais viva no processo de deliberação judicial do que no processo de deliberação legislativa. Ainda que hipoteticamente esta obtenha um “*privilégio moral automático*” (DWORKIN, 2006, p.36) por ter pressuposta a “*aceitação de todos os afetados*” (DWORKIN, 2006, p.26) ao satisfazerem algumas “*exigências democráticas*” como *dividir uma comunidade histórica*, dar a todo indivíduo *participação, interesse e independência moral* em relação a todas as decisões que os afetarem

(DWORKIN, 2006, pp.37-38), um grande contingente de cidadãos certamente poderá ter mais influência sobre uma decisão judicial do que em um processo de deliberação pública mediante seu voto solitário que, por sinal não poderá ser percebido em termos de *influência e impacto* em suas liberdades éticas e morais. Essa foi inclusive uma das afirmações iniciais de DWORKIN em “*O Império do Direito*” quando afirmou que “*é importante o modo como os juízes decidem os casos*” (DWORKIN, 2002, p.03) já que “*as pessoas se vêem freqüentemente na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo*” (DWORKIN, 1999, p.03). Entre algumas das questões que tornam o legislativo menos apropriado para cuidar dos direitos da comunidade, DWORKIN menciona o fato de que os legisladores geralmente encontram-se *vulneráveis* a *pressões políticas* dos mais variados tipos, sejam decorrentes de *acordos financeiros* ou de *barganha de poder político* propriamente dito (DWORKIN, 2006, p.53).

Destarte, por tudo que fora dito até agora e, sobretudo atendo-se ao que DWORKIN cunhou de *democracia constitucional* em que “*nós o povo*” é formado por todos os membros da comunidade política capaz de conceber não apenas um ideal mais geral e abrangente de diferentes *concepções particulares de vida boa*, mas também um ideal mais geral e abrangente de *vínculos comunitários capazes de justificar a peculiaridade histórica*, uma decisão judicial específica manda que os juízes justifiquem suas decisões em um juízo específico sobre a moralidade de um caso, desde uma *perspectiva interna* (DWORKIN, 1999, p.19) (do participante) do Direito, abrindo a interpretação e a justificação do Direito à constelação moral, específica apenas em uma dada demanda, *datada* inclusive.

Contra a pretensão de neutralidade própria a uma comunidade fechada de intérpretes da constituição, ou de cientistas inconscientes da pré-cientificidade de suas premissas iniciais, a leitura moral “proposta” por DWORKIN, ao reconhecer a parcialidade dos atos de cognição

[...] explica por que a fidelidade à constituição e ao direito exige que os juízes 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 decisão (DWORKIN, 2006, p.57).

Se, contudo, não estiver clara e satisfatória a *decorrente* imparcialidade da decisão judicial nos termos apresentados até aqui, ou seja, pela via que expõe a imparcialidade da decisão judicial como resultado de obrigações impostas aos

juizes pela concepção de direito como integridade de DWORKIN e pela sua forma de entender o que é democracia, a questão pode ser apresentada de outra forma, cuja chave está na parte conceitual de sua teoria do Direito, mais precisamente por detrás da lógica de aplicação dos princípios como normas dotadas de caráter deontológico.

Bem, como já fora visto, os princípios constitucionais representam verdadeiros princípios morais de uma comunidade de cidadãos que não pode ser sustentada ao sacrifício de qualquer seus co-cidadãos. Mas o que, a princípio, parece, simples esconde *uma responsabilidade comunitária complexa que justamente pressupõe e exige a crença nas instituições sociais*.

A dificuldade empírica de se estruturar uma comunidade de princípios ordenados segundo um controle institucional está no fato de exigir, na diferença e complexidade desta mesma comunidade, uma justiça/correção/justificação moral no trato das questões conflitantes.

Historicamente podemos encontrar períodos extensos onde uma concepção moral monopolizante conseguia, a partir de seus próprios meios de discursos, manter uma baixa complexidade em termos de resolução de conflitos sociais de todas as ordens, indicando que o uso da moral como medida para as regimentações não oferecia maior complexidade tendo em vista sua força ativa em referidas comunidades. Característica que, por sinal, marcou a idade média orientada e justificada teologicamente. Mas o que dizer sobre as sociedades contemporâneas para as quais DWORKIN escreve, e em que vivemos, onde a falta de uma unidade moral dificulta e mistifica qualquer ação moral comum, natural, auto-evidente ou transcendental? A justificativa moral da resolução de conflitos e a análise da relação entre Direito e Moral faz-se custosa por dois motivos consecutivos decorrentes da falta de marco moral substantivo: a própria falta de um marco moral substantivo e a deriva da questão gerada pelo ceticismo axiológico do positivismo.

Em termos mais específicos, mesmo que todos tenham e sigam suas concepções morais, estas não respondem mais às exigências de “*cognição*”, “*motivação*” e “*organizatórias*” (HABERMAS, 1997a, p.150). Quer isto dizer que o agir moral ao perder sua força de sistema de ação (que cobra obrigação automática), fez com que o sistema da moral se “*retraísse para o interior do sistema cultural*” (HABERMAS, 1997a, p.149), estando restrito ao âmbito isolado de seus adeptos. A noção de pluralismo é o retrato desta retração do poder ativo da moral, mas não da perda de seu poder regulatório. E é exatamente neste sentido que uma comunidade de princípios precisa assumir responsabilidades

fraternas frente aos demais membros da comunidade de princípios, a fim de refazerem a força ativa da moral.

Mas ainda fica nebuloso o arranjo possível para a cognição, motivação e organização de uma constelação de princípios morais. BAUMAN diante de tal empecilho chegou a dizer

Abandonai toda esperança de totalidade, tanto futura como passada, vós que entraís no mundo da modernidade fluida. o que quer que os indivíduos façam quando se unem, e por mais benefícios que seu trabalho conjunto possa trazer, eles o perceberam como limitação à sua liberdade de buscar o que quer que lhes pareça adequado separadamente, e não ajudarão. As únicas duas coisas úteis que se espera e se deseja do “poder público” são que ele observe os “direitos humanos”, isto é, que permita que cada um siga seu próprio caminho, e que permita que todos o façam em “paz” _ protegendo a segurança de seus corpos e posses [...]. (BAUMAN, 2001, pp. 29 e 45).

Porém este olhar parece estar, de certa forma, postado na posição inicial da questão e por isso não entende serem possíveis novos laços comunitários. Mas uma consequência parece inevitável no que aos tange os déficits da moral enquanto sistema ativo, “*Em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos, quando é traduzida para o código do direito*” (HABERMAS, 1997a, p.145). Contudo, ainda assim persiste o problema do conteúdo moral não mais dividido! Tal questão, entretanto, leva a moral a ser traduzida em uma linguagem jurídica como exigência de *universalidade* (HABERMAS, 1997a, p.149). Já que a Moral não consegue mais atingir um grau considerável de internalização, a compensação de seus déficits encontra na institucionalização de princípios jurídicos, a complementariedade de sua força axiológica ativa. O grande resultado de traduzir a moral para o código jurídico é efetivamente o *alívio que os agentes morais sentirão ao poderem agir moralmente* sem que, para isso, tenham que, de alguma maneira, buscar o caminho da difusão de seus postulados, superando assim uma concepção *tradicionalista* ou *convencionalista*. E é por ser uma operação *universalizante* que DWORKIN usa como ponte de tradução da Moral para o Direito, o postulado de moralidade política segundo o qual, e, mais uma vez:

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).

Ainda para chegarmos à prometida explicação da imparcialidade da decisão judicial no projeto de DWORKIN, é de suma importância compreender a relação de complementariedade entre Direito e Moral como saída ao impasse da operacionalização da Moral em sociedades complexas que exige uma dupla operação, em um primeiro momento *universalizante* e em um segundo momento *contextualizante*.

No primeiro caso a tradução da moral para o direito positivo deve satisfazer, para adequar-se ao postulado de moralidade política apresentado linhas acima, às “*exigências de democráticas*”, a fim de obter um “*privilegio moral automático*” e possa ser idealmente “*aceito por todos seus afetados*” (DWORKIN, 2006, p.26) na medida em que lhes assegura “*participação, interesse e independência moral em relação a todas as decisões que os afetarem*” (DWORKIN, 2006, pp.37-38).

No segundo caso, e a abertura lingüística somada ao respeito à comunidade aberta dos intérpretes da constituição se presta exatamente a isso, a aplicação da Moral enquanto aplicação do Direito exige uma prática argumentativa que busca reconstruir a justificativa moral que serve de medida para o próprio e verdadeiro sentido do direito em uma demanda concreta. Sobre esses referidos momentos e operacionalização da Moral pelo Direito, DWORKIN resume: “*Em seu trabalho cotidiano, advogados e juizes instintivamente partem do princípio de que a Constituição expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos*” (DWORKIN, 2006, p.04).

Enfim, é justamente por precisar tratar a Moral desde uma perspectiva universalizante que DWORKIN só pode entender a comunidade de princípios em uma dimensão *horizontalizada*, onde nenhuma concepção sobre vida boa pode sobrepor-se aos compromissos comunitários que, em última análise, requer apenas a observância do pressuposto político moral de *igual consideração e respeito*, o que implica, contudo, o respeito ao próprio conjunto de princípios que compõe o Direito da comunidade em questão, ou seja, implica *viver sobre o império dos direitos*. Por isso DWORKIN compreende os princípios como normas deontológicas que só em processos específicos de argumentação podem ganhar organização hierárquica; do contrário, a moralidade do Direito não poderia pretender imparcialidade ou universalidade.

HABERMAS tem uma boa exposição sobre o que foi agora debatido:

Ora, a moral pode irradiar-se a todos os campos de ação, através de um sistema de direitos com o qual ela mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistemicamente autonomizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, com uma única exceção: a da obediência geral ao direito (HABERMAS, 1997a, p.154).

Tudo isso para dizer, então, que uma moralidade racionalizada e procedimentalizada nestes termos serve para a avaliação imparcial de um juízo moral específico. Onde os positivistas viram política jurídica e poder discricionário, DWORKIN está vendo *uma questão de princípios*, questão esta que efetivamente representa um reconhecimento da *autonomia do indivíduo* em termos de *autodeterminação moral e auto-realização ética*.

A afirmativa de que a *imparcialidade e a procedimentalização da justificação moral na aplicação do Direito representa uma retomada do indivíduo e da modernidade extraviada em busca de uma concepção de justiça*, quer evidenciar que, quando HÄBERLE diz que os cidadãos vivem a norma constitucional, não está usando uma metáfora (assim como “comunidade de princípios” também não é uma metáfora). Só existe autonomia moralmente permitida quando os textos são capazes de comportar todo o movimento propriamente vivo dos cidadãos de uma comunidade de princípios. Por isso inevitavelmente toda decisão judicial precisa levantar, não apenas as normas em questão, mas também, e de forma maximizada, as questões fáticas que vão apontar para os sentidos que os princípios assumirão em tal demanda. Apresentar uma versão dos fatos de uma demanda judicial é apresentar o sentido vivido da própria Constituição, afinal, *quem vive uma norma acaba por interpretá-la*.

Ainda resta a questão da justiça em DWORKIN e parece mais fácil fazê-lo, primeiro e principalmente, com a mesma clareza que o próprio autor tratou a questão em o “*O Império do Direito*”. DWORKIN distingue em sua “teoria de justiça” aquilo que RAWLS identificou como *esquemas religiosos abrangentes*, isso porque não propõe concepção alguma sobre o que é objetivamente importante para a condução da vida humana (DWORKIN, 2006, p.136). DWORKIN rejeita um padrão axiomático de justiça porque uma crença no valor intrínseco de uma determinação axiológica se “*distingue de convicções seculares sobre a moral, a imparcialidade e a justiça*” (DWORKIN, 2006, p.163). Para DWORKIN

A justiça é uma questão que remete à melhor (ou mais correta) teoria do justo moral e politicamente, e a concepção de justiça de uma pessoa é a sua teoria,

imposta por suas próprias convicções sobre a verdadeira natureza dessa justiça. (DWORKIN, 1999, p.122).

Justiça é também uma questão referente aos mais interiores arranjos sobre a moral pessoal. E se o pluralismo moral acarretou uma redefinição da tradução da moral para o código do Direito em uma linguagem universal dependente de procedimentos de densificação de seu conteúdo em casos específicos, a justiça também carece do mesmo arranjo. Assim como o Direito a “*Justiça é uma instituição que interpretamos*” (DWORKIN, 1999, p.90).

Por ser um *conceito interpretativo*, a Justiça se coloca sujeita, assim como a própria Moral, a uma *constelação de concepções sobre seus limites e significados*, o que faz com que a prática corrente sobre o que é justo seja levantada quando pessoas sustentam diferentes concepções sobre justiça. O que não demanda a construção abrangente de uma teoria de Justiça a ponto de se adequar ao emaranhado complexo de conflitos sociais, é suficiente que seja adequada “*às convicções mais abstratas e elementares de cada interprete*” (DWORKIN, 1999, p.90).

Para DWORKIN a Justiça interessa não porque é um conceito que orienta axiologicamente ou organiza a partir de uma recorrência a si mesmo os conflitos sociais, mas porque o *testemunho da criatividade de pessoas que tentam ser justas* (DWORKIN, 1999, p.92), revela um compromisso em relação à comunidade de princípios, e é deste compromisso “*que, para nós, provém seu valor*” (DWORKIN, 1999, p.93). Por isso DWORKIN não tem uma teoria sobre a Justiça e sim uma teoria sobre os compromissos, ou seja, sobre os direitos, sobre os princípios.

A prática argumentativa do Direito pede a seu participante que seja sincero, para que deixe evidente o resultado do processo de interiorização do compromisso comunitário em sua concepção de moralidade pública, bem como do não compromisso. Neste sentido, o juízo obtido discursivamente em uma decisão judicial deve inclusive ser uma forte fonte de racionalidade e aprendizagem sobre o verdadeiro sentido do que sejam os direitos democráticos de uma comunidade. Assim disse DWORKIN:

Mas é possível se perceber com evidência o quanto a leitura moral é difundida quando as convicções de princípios de algum juiz - identificadas, postas à prova e talvez modificadas pela experiência e pelo diálogo - se inclinam num sentido oposto, uma vez que então, para aquele juiz, garantir a constituição significa dizer à maioria da população que ela não pode ter o que quer (DWORKIN, 1999, p.136).

Neste sentido é que a leitura moral da constituição recomenda a sua comunidade aberta de intérpretes que a *interpretem à luz de seu mundo próprio*¹ (o que é inevitável), a partir de sua concepção de justiça, porque as interpretações certamente apareceram como respostas às perguntas e aberturas morais que o texto lhes dirigiu. A leitura moral, o procedimento de aplicação da Constituição pergunta a seus destinatários como vivem e como experimentam a vivência em uma comunidade de princípios. Os fatos vividos, assim como os textos normativos, dizem respeito ao conteúdo do Direito, da Moral e da Justiça.

Parece completa a lição do professor mineiro MENELICK DE CARVALHO NETO:

Esses fatos, como revelam a própria ciência e sua teoria, por exemplo, através do conceito de “paradigma” em Thomas Kunh, são, na verdade, equivalentes a texto, ou seja, somente apreensíveis por meio da atividade de interpretação, mediante uma atividade de reconstrução da situação fática profundamente marcada pelo ponto de vista de cada um dos envolvidos. Por isso mesmo, aqui, no domínio do discurso de aplicação normativa, faz justiça não somente na medida em que o julgador seja capaz de tomar uma decisão consistente com o direito vigente, mas para isso ele tem que ser igualmente capaz de se colocar no lugar de cada um desses envolvidos, de buscar ver a questão de todos os ângulos possíveis e, assim, proceder racional e fundamentadamente à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta. (CARVALHO NETO, 2004, p.40).

Ainda nesta mesma direção MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA:

[...] a legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas supõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais (CATTONI DE OLIVEIRA, 1997, p.131).

A necessidade de se entender o Direito para além de uma operacionalização mecânica de textos impõe a necessidade de reconstrução tanto do próprio direito quanto das questões fáticas. Esta dupla necessidade de reconstrução é justamente o que nos permite avançar frente ao reducionismo e simplificação da atividade de aplicação do direito característica dos paradigmas anteriores, e pretender que as decisões tomadas possam ter uma consistência tanto frente ao *direito vigente geral e abstrato quanto às especificidades de um caso concreto* sempre singular e irrepetível (*hard case*), de modo que respectivamente possa se entender como um processo atento tanto à *segurança*

¹ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana*. p. 57.

jurídica (certeza do direito aplicado) e *correção da decisão* em nível capaz de ter a aceitabilidade das partes como resultado de um processo racional (decisão justa).

A única decisão correta diz respeito a esta demanda irrepetível! É essa racionalidade construída e atingida em uma demanda específica, que não se aproveita inteiramente a outras, que faz de uma resposta a resposta única adequada a um caso. As “*exigências de integridade*” satisfeitas em um caso específico é algo que não aceita uma solução resistente ao tempo. O direito, enquanto prática social interpretativa desde uma perspectiva re-construtiva criativa interna, é sempre temporal e referente a partes muito bem determinadas.

Termina-se pelo começo ao afirmar que DWORKIN é um moderno: DWORKIN é um moderno porque reassume o indivíduo como partícula racional e livre para se determinar, poupado de agulhões mantidos pela via da violência, disposto a realizar o pressuposto da liberdade, igualdade e fraternidade, só que agora, livre de uma racionalidade pré-fabricada.

Mais uma vez a suma é feita pelo professor MENELICK DE CARVALHO NETO:

Assim, podemos concluir que, sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de interprete de textos e equivalentes a textos, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir (CARVALHO NETO, 2004, p.44).

Ao que se acrescentaria com, DWORKIN, ao próximo capítulo que nos compete escrever.

Aceitar que as normas que se apresentam para resolver um caso específico admitem, dos envolvidos na questão, uma *concepção* sobre a essência de sua própria existência normativa, representa uma verdadeira retomada do indivíduo e do projeto moderno de libertação e auto-certificação de sua própria existência. Uma compreensão do “*nós, o povo*” segundo uma *interpretação estatística da ação coletiva e de uma democracia em termos constitucionais* permite que o indivíduo liberte-se de seus históricos discursos dominadores: “*Deus*”, “*Natureza*” e inclusive o “*Legislador*”. Acabou o encanto! *Se somos homens, devemos pensar como homens. Se Deuses foram depostos (foram?), não justifica homens fantasiarem uma superioridade (quase astral)*

própria das divindades para deixarem de ver a sociedade como um conjunto de pessoas (iguais) que merecem leis, regras, razões e verdades humanas. “A razão humana não é divina” (CARVALHO NETO, 2003, p.92). Somos homens; quando os deuses se foram ficamos apenas nós. “O Bote se soltou!” (GAARDER, 1995, p.547).