

A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL EM RONALD DWORKIN

A THEORY OF JUDICIAL DECISION ON RONALD DWORKIN

Clenio Jair Schulze¹

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali

RESUMO: O referente deste artigo reside em fixar breves comentários acerca da influência do posicionamento de Ronald Dworkin na teoria da decisão judicial, com o objetivo de auxiliar na procura de um modelo adequado ou que se aproxime daquele desejado pelo Estado Constitucional Democrático. A hipótese central abordada refere-se à possibilidade de se encontrar, com base na lição dworkiniana, uma resposta correta para os casos difíceis.

PALAVRAS-CHAVE: Integridade; discricionariiedade; decisão judicial.

ABSTRACT: *The referent of this article is to establish brief comments about the influence of the position of Ronald Dworkin's theory of judicial decision, in order to assist in finding an appropriate model or comes close to that desired by the Democratic Constitutional*

State. The central hypothesis addressed concerns the possibility of finding, based on the lesson dworkiniana, a correct answer for hard cases.

KEYWORDS: *Integrity; discretion; court decision.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Dworkin leva os direitos a sério; 2 Poder discricionário; 3 O império do Direito; 4 Convencionalismo e pragmatismo; 5 Integridade; 6 O direito como integridade; 7 Ainda a resposta correta; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Dworkin takes rights seriously; 2 Discretion; 3 The rule of law; 4 Conventionalism and pragmatism; 5 Integrity; 6 The law as integrity; 7 Although the correct answer; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A busca pela melhor decisão judicial e que satisfaça os interesses da comunidade configura um dos temas de grande inquietação na comunidade jurídica.

¹ Juiz da 2ª Vara Federal e Juizado Especial Federal Cível Adjunto de Blumenau/SC.

É inegável a existência de grande número de modelos, técnicas, escolas, movimentos e teorias voltados para a decisão judicial. Contudo, não há uniformidade de posicionamento quanto ao conteúdo e, principalmente, quanto à resposta a ser adotada em uma decisão proferida em processo judicial.

Nessa perspectiva, o referente deste artigo reside em fixar breves comentários acerca da influência do posicionamento de Ronald Dworkin na teoria da decisão judicial, com o objetivo de auxiliar a procura de um modelo adequado ou que se aproxime daquele desejado pelo Estado Constitucional Democrático.

A hipótese central abordada refere-se à possibilidade de se encontrar, com base na lição dworkiniana, uma resposta correta para cada conflito de interesses. Além disso, também será apresentada crítica à discricionariedade judicial, que preponderou no pensamento positivista, e que confere ao julgador liberdade em demasia para a escolha da resposta aos casos difíceis.

Para tal finalidade, será exposta, inicialmente, a posição apresentada por Dworkin na obra *Levando os direitos a sério*.

Também serão abordados os elementos da teoria da decisão judicial extraídos do pensamento de Dworkin em *O império do direito*, com análise do convencionalismo, do pragmatismo e da ideia central do direito como integridade.

Ao final, serão apontadas algumas críticas ao pensamento dworkiniano sobre a resposta correta.

Quanto ao aspecto metodológico, adotou-se, na fase de investigação, o método indutivo. Na fase de tratamento de dados, utilizou-se o método cartesiano. O texto final foi constituído na base lógica dedutiva. Em todas as fases da pesquisa foram invocadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

1 DWORKIN LEVA OS DIREITOS A SÉRIO

Dworkin desempenha um papel extremamente importante para a teoria da decisão judicial.

Em *Levando os direitos a sério*, Dworkin apresenta trabalho que se volta, resumidamente, a criticar duas perspectivas. Enfrenta o positivismo jurídico²,

² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XI. Título original: Taking rights seriously.

contestando o pensamento de que os direitos do sistema jurídico não são apenas aqueles previstos em lei. E também refuta o utilitarismo, que propaga a ideia segundo a qual o direito deve proporcionar aos indivíduos o maior bem ao maior número de pessoas.

Para investigar tais questões, Dworkin permite a invocação da moral para a resolução das dúvidas interpretativas. Afirma que o insucesso do realismo jurídico e da análise econômica do direito decorreu da exclusão do enfrentamento dos problemas vinculados à teoria moral³. O direito como integridade, defendido por Dworkin, estimula contínua e recíproca interação entre direito e moral no cotidiano jurídico interpretativo⁴.

Dworkin também aborda categorias específicas que influenciam a teoria da decisão judicial, entre as quais importa destacar as seguintes: *regras*, *princípios* e *política*. Para ele, o positivismo é um *modelo de e para um sistema de regras*⁵, daí a explicação para Dworkin estabelecer conceitos operacionais⁶ para as categorias *política* e *princípio*, fixados da seguinte maneira:

Denomino “política” aquele tipo padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.⁷

Dworkin assevera que a distinção entre regras e princípios é de natureza lógica. As regras, afirma o autor, “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada.

³ Idem, p. 11-12.

⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 362. Título original: *Law's empire*.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

⁶ Conceito operacional é “uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos.” (PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 50).

⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”⁸. Os princípios, de outro lado, podem deixar de ser aplicados em determinada hipótese, mas isso não significa a sua exclusão do sistema jurídico, pois são passíveis de invocação em outro caso, a depender das circunstâncias (não se aplicam no modelo tudo-ou-nada).

Além disso, os princípios são caracterizados pela *dimensão do peso ou importância*. “Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”⁹.

Assim, a compreensão de um sistema jurídico composto de princípios supera a ideia positivista centrada nas regras jurídicas e que sustentou, por vários anos, o poder discricionário do julgador.

Tal questão se mostra extremamente importante, razão pela qual será abordada em tópico separado.

2 PODER DISCRICIONÁRIO

O positivismo jurídico permite “que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação”¹⁰.

Dworkin apresenta uma divisão entre poder discricionário no sentido fraco e poder discricionário no sentido forte. O primeiro refere-se a padrões que não podem ser aplicados automaticamente, tornando-se imprescindível o uso da capacidade de julgar (tal qual ocorre, por exemplo, na decisão do tenente que determina ao sargento ordem para levar em patrulha seus cinco homens mais experientes). O segundo, de outro lado, admite que certos temas não estão limitados pelos padrões, pois o relevante é o âmbito da aplicação e as decisões que são passíveis de controle.

Em análise ao paradigma positivista, Dworkin conclui que a teoria do poder discricionário “não leva a lugar algum e nada nos diz”¹¹.

⁸ Idem, p. 39.

⁹ Idem, p. 42.

¹⁰ Idem, p. 49-50.

¹¹ Idem, p. 71-72.

A ideia central de levar os direitos a sério, em Dworkin, consiste em outorgar os direitos aos indivíduos *ex ante*¹², ou seja, antes de um reconhecimento pelas autoridades ou antes de uma decisão judicial sobre o assunto, e a discricionariedade não permite tal possibilidade, diante da liberdade conferida ao agente decisório.

Dworkin acrescenta outros ingredientes na discussão quando apresenta argumento de política e argumento de princípio:

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 era proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.¹³

Com base nesta lição, Dworkin conclui que os argumentos de princípio servem para justificar um direito individual e os argumentos de política são destinados a estabelecer um objetivo coletivo¹⁴.

Um dos principais destaques da obra de Dworkin, especialmente em relação aos dilemas do julgador na análise de um caso difícil, é a criação de um modelo ideal de juiz, batizado de Hércules, “[...] um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas [...]”¹⁵.

Hércules é uma metáfora que Dworkin criou com a finalidade de encontrar o meio e a forma de enfrentar todas as questões que devem ser abordadas pelo julgador, a fim de encontrar a resposta correta para a decisão judicial.

Ou seja, aparentemente, Dworkin admite, no plano abstrato, várias decisões diferentes para um caso, daí a necessidade de se criar um ser diferenciado (Hércules) para encontrar a decisão correta.

¹² Neste sentido: AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales: Madri, 1991, p. 212. Título original: *The racional as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 129.

¹⁴ *Idem*, p. 141.

¹⁵ *Idem*, p. 165.

3 O IMPÉRIO DO DIREITO

O principal aspecto de *Levando os direitos a sério*, que importa ser considerado para o presente trabalho, consiste na noção de *resposta correta*. Esta perspectiva também é encontrada em *O império do direito*, quando Dworkin apresenta vários elementos para uma adequada teoria da decisão judicial.

Dworkin afirma que a ideia de respostas corretas não foi compreendida pelos seus críticos e que “a controvérsia diz respeito à moral, não à metafísica, e que, entendida como uma questão moral, a tese da inexistência de respostas certas é muito pouco convincente, tanto do ponto de vista moral quanto jurídico”¹⁶.

A preocupação de Dworkin reside em descobrir o modo como os magistrados resolvem os conflitos de interesse¹⁷. Ou seja:

Um juiz deve decidir não simplesmente quem vai ter o quê, mas quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão, e quem, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros, ou exagerou as responsabilidades dos outros para consigo mesmo. Se esse julgamento foi injusto, então a comunidade terá infligido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado, em certo grau ou medida, como fora-da-lei.¹⁸

A descoberta da decisão correta decorre da análise adequada dos tipos de questões geralmente suscitadas em processos judiciais, quais sejam: questões de fato, questões de direito e questões interligadas de moralidade política e fidelidade¹⁹. A primeira questão diz respeito ao mundo fenomênico (O que aconteceu?). A segunda questão refere-se à legislação aplicável (Qual?). A terceira questão, por fim, materializa aspectos morais que, segundo Dworkin, não manifestam divergências nos Tribunais²⁰.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. XIII.

¹⁷ Idem, p. 3.

¹⁸ Idem, p. 4.

¹⁹ Idem, p. 5-6.

²⁰ Idem, p. 6.

A dificuldade na resolução de conflitos reside na necessidade de descoberta real das questões jurídicas ou proposições jurídicas. “Advogados e juízes parecem divergir com muita freqüência sobre a lei que rege um caso; parecem divergir, inclusive, quanto às formas de verificação a serem usadas”²¹.

Como se explicam, por exemplo, as divergências em relação à segregação racial nos Estados Unidos? Em 1896, a Corte Suprema Americana decidiu, no caso *Plessy vs. Ferguson*²², que a segregação racial não é inconstitucional. A mesma questão voltou ao Tribunal em 1954 (*Brown vs. Board of Education*²³), e a decisão foi diversa, determinando-se a abolição imediata da segregação racial nas escolas²⁴. Qual foi, assim, a razão da divergência de posicionamentos da mesma Suprema Corte?

Um aspecto destacado por Dworkin e que justifica a diversidade de posições jurídicas sobre uma mesma questão de fato reside nas várias teorias semânticas do Direito²⁵. “Essas teorias divergem sobre quais critérios os advogados de fato compartilham e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam”²⁶.

Entre as várias teorias, Dworkin destaca as teorias positivistas “que sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas”²⁷.

Outra teoria é a escola do direito natural, cujos postulados “sustentam que os juristas seguem critérios que não são inteiramente factuais, mas, pelo menos até certo ponto, morais, para decidirem que proposições jurídicas são verdadeiras”²⁸.

Já o realismo jurídico, se tratado como uma teoria semântica do Direito, afirma que “as regras lingüísticas seguidas pelos advogados tornam as

²¹ Idem, *ibidem*.

²² 163 U.S. 537.

²³ 347 U.S.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 36-37.

²⁵ Dworkin, nesta passagem, utilizada a categoria “direito” - e não “Direito” (Idem, p. 38).

²⁶ Idem, p. 41.

²⁷ Idem, *ibidem*.

²⁸ Idem, p. 44.

proposições jurídicas adjuvantes e prenunciativas”²⁹. A posição extrema de alguns realistas conclui “que o direito não existe, ou que resulta apenas daquilo que o juiz tomou em seu café da manhã”³⁰.

Este é o ponto da problemática jurídica que levou Dworkin a desenvolver o seu trabalho, apresentando elementos para facilitar a resolução destas questões jurídicas difíceis.

Um aspecto de destaque da teoria da decisão judicial é a prática interpretativa. Dworkin afirma que a interpretação de uma norma passa por três etapas distintas: etapa pré-interpretativa, etapa interpretativa e etapa pós-interpretativa.

Na etapa pré-interpretativa, “são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática”³¹. É uma espécie de pré-compreensão do agente sobre a questão analisada.

Na etapa interpretativa, exige-se que “o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa”³².

Ao final, na etapa pós-interpretativa “ou reformuladora à qual ele ajuste sua idéia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa”³³.

Com base nesta sequência, o hermenauta possui, segundo Dworkin, condições de encontrar a resposta correta para a solução do conflito de interesses.

4 CONVENCIONALISMO E PRAGMATISMO

Além do positivismo, a análise da obra de Dworkin exige a abordagem de concepções antagônicas do direito e que produzem consequências distintas para a teoria da decisão judicial.

A primeira delas é o convencionalismo. Tem como pressuposto o respeito às decisões do passado. Preconiza o prestígio das convenções³⁴ políticas já

²⁹ Idem, p. 45.

³⁰ Idem, *ibidem*.

³¹ Idem, p. 81.

³² Idem, *ibidem*.

³³ Idem, p. 82.

³⁴ “Uma convenção existe quando as pessoas seguem certas regras ou máximas por razão que incluem, essencialmente, suas expectativas de que outros seguirão as mesmas regras ou máximas, e seguirão

fixadas na sociedade, e, na hipótese de incompletude, de inexistência de uma convenção anterior ou de um precedente, o julgador deve encontrar o melhor entendimento com base nas decisões passadas que se aproximem ao caso em análise. É, portanto, uma interpretação da prática e da tradição jurídicas³⁵.

A crítica de Dworkin ao convencionalismo reside na possibilidade de conceder *discricionariedade* aos juízes para a solução de casos difíceis que não tenham base em precedente, em convenção anterior³⁶. Trata-se de uma volta ao modelo positivista sempre contestado por Dworkin.

Além disso, as inúmeras divergências que os juristas – e os agentes figurantes do processo – adotam em relação à leitura das leis e das decisões proferidas no passado trazem dificuldades de encontrar a resposta correta para os conflitos de interesse³⁷. O convencionalismo também não permite a outorga de um direito decorrente de decisão baseada em coerência de princípio, pois o julgador não está autorizado a extrapolar as práticas políticas expressamente fixadas nas convenções³⁸.

A outra concepção de direito analisada por Dworkin é o pragmatismo jurídico. Ao contrário do convencionalismo, que prestigia o passado, o pragmatismo mira o futuro, firmando a ideia de progresso da comunidade.

O pragmatismo, segundo Dworkin:

nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse

regras por esse motivo quando acreditarem que, considerados todos os fatores, ter uma regra estabelecida é mais importante do que ter qualquer regra em particular.” (Idem, p. 177)

³⁵ Idem, p. 148.

³⁶ Idem, p. 142-143.

³⁷ Idem, p. 150.

³⁸ Idem, p. 164.

conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência.³⁹

Em confronto com o pensamento de Dworkin, o pragmatismo favorece a discricionariedade judicial, porquanto estimula que o magistrado decida de acordo com a sua percepção da realidade, desconsiderando a coerência e as decisões já assentadas na sociedade em decorrência de posições manifestadas por outros juízes⁴⁰. Isso impede que os indivíduos possuam direitos previamente estabelecidos quando estes direitos conflitarem com o interesse coletivo, ainda que haja previsão legal em favor do cidadão⁴¹. É um “direito sem direitos”⁴².

Tais circunstâncias demonstram que, na visão de Dworkin, a concepção pragmática do direito não pode ser admitida como modelo adequado à solução de questões jurídicas, daí a necessidade da análise do direito como integridade.

5 INTEGRIDADE

A insuficiência de propostas plausíveis aos conflitos de interesse passíveis de resolução com base no positivismo, no convencionalismo e no pragmatismo levou Dworkin a desenvolver a teoria da integridade⁴³.

A integridade é composta de três virtudes: equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. E são assim explicadas:

A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar

³⁹ Idem, p. 185.

⁴⁰ Idem, p. 186.

⁴¹ Idem, p. 186.

⁴² Idem, p. 195.

⁴³ Dworkin afirma que a “teoria geral do direito” é composta por quatro estágios: estágio semântico, estágio teórico, estágio doutrinário e estágio da decisão judicial. E a integridade está presente em todos os estágios. (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 15-32. Título original: Justice in robes).

a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito.⁴⁴

A integridade também é dividida por Dworkin em integridade na legislação e integridade no julgamento. A primeira é voltada ao legislador, que deve manter-se coerente quanto aos princípios. E a segunda, destinada ao juiz, exige a observância e o cumprimento da coerência, tal qual ela deve ser compreendida, com respeito ao passado e aos precedentes, e não como uma pluralidade de decisões distintas⁴⁵.

A integridade na deliberação judicial exige que “nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”⁴⁶.

Aqui surge, portanto, uma concepção distinta do convencionalismo e do pragmatismo, especialmente porque a integridade na prestação jurisdicional – e é isso que importa para a teoria da decisão judicial – “é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis nos Tribunais”⁴⁷.

Interessante exemplo de invocação da integridade é apresentado por Dworkin, ao analisar a decisão proferida no caso *Saif Ali vs. Sydney Mitchell & Co* [1980] A.C 198:

Durante algum tempo, os juízes ingleses declararam que embora os membros de outras profissões fossem responsáveis por danos causados por sua negligência, os advogados eram imunes a tal responsabilidade.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 203.

⁴⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁶ Idem, p. 261.

⁴⁷ Idem, p. 260.

Entendida em sentido estrito, a coerência teria exigido a continuidade dessa exceção, mas a integridade condena o tratamento especial dispensados aos advogados, a menos que este possa ser justificado em princípio – o que parece improvável. A Câmara dos Lordes atualmente reduziu essa isenção: ao fazê-lo, preferiu a integridade à coerência estrita. A integridade, porém, não estará satisfeita enquanto a isenção não for totalmente eliminada.⁴⁸

A integridade torna-se, assim, uma virtude que deve figurar ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal⁴⁹. Daí a necessidade de estudar a integridade do direito para o fortalecimento da teoria da decisão judicial.

6 O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Conforme já visto, o convencionalismo prestigia o passado e o pragmatismo se volta ao futuro. No direito como integridade, diferentemente, há a combinação de afirmações jurídicas – opiniões interpretativas – que se voltam para o pretérito e se projetam para o futuro. A prática jurídica, nesta perspectiva, é uma política em contínuo processo de desenvolvimento⁵⁰.

A integridade no direito se assenta na ideia de que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”⁵¹.

Conectando direito e literatura, Dworkin afirma que a análise de um caso difícil se assemelha a um *romance em cadeia*, em que vários romancistas escrevem um romance em série e cada um interpreta os capítulos anteriores para elaborar um novo capítulo, assim sucessivamente. Cada romancista “deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”⁵².

⁴⁸ Idem, p. 264.

⁴⁹ Idem, p. 261.

⁵⁰ Idem, p. 271.

⁵¹ Idem, p. 272.

⁵² Idem, p. 276.

A metáfora do romance em cadeia demonstra a dificuldade de manter-se a uniformidade nos julgamentos, pois é possível que os romancistas apresentem interpretações diferentes sobre uma única questão, especialmente quando há distanciamento do direito como integridade. Assim, Dworkin se utiliza mais uma vez do juiz Hércules, que possui capacidade sobre-humana e compactua com a integridade do direito⁵³.

Hércules vai avaliar todas as variáveis e as múltiplas possibilidades de resolução de um caso difícil e, com base na integridade, vai encontrar a resposta correta. O próprio Dworkin afirma que um juiz verdadeiro poderá imitar Hércules até certo ponto, mas que teria capacidade de saber identificar a interpretação mais adequada ao caso difícil⁵⁴. Deve encontrar, com base na integridade, “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”⁵⁵.

Dworkin critica os movimentos que não aceitam a ideia do direito como integridade e a possibilidade de encontrar resposta correta para os casos difíceis. Alega que a escola denominada “estudos jurídicos críticos” se assemelha ao realismo jurídico norte-americano e que ambas não apresentam propostas adequadas à resolução dos conflitos de interesse.

Mas a principal crítica de Dworkin se volta contra a chama *teoria econômica do direito*, que preconiza uma decisão financeiramente adequada em casos sobre danos cíveis e que produza um provimento menos dispendioso para a comunidade. Este movimento prestigia a *riqueza da comunidade*, que figura como critério a ser adotado para a solução do conflito civil⁵⁶. Ou seja, todas as coisas são passíveis de transformação em dinheiro, e este é o valor que se transforma no parâmetro para as decisões.

⁵³ Idem, p. 287.

⁵⁴ Idem, p. 294.

⁵⁵ Idem, p. 305.

⁵⁶ Dworkin apresenta o seguinte exemplo: “Suponhamos que eu possa evitar ferir uma pessoa instalando um dispositivo de segurança em meu carro. Segundo esse princípio, se eu não instalar tal dispositivo e ferir alguém, devo indenizar a vítima pelas perdas sofridas se o referido dispositivo me tivesse custado menos que o custo ‘deduzido’ do acidente, isto é, o custo deduzido pela possibilidade de que o acidente poderia não ocorrer, mesmo sem o dispositivo de segurança. Mas eu não precisaria indenizar a pessoa em questão se o custo de instalar o dispositivo tivesse sido superior ao custo deduzido do acidente.” (Idem, p. 333-334).

Ainda na perspectiva da teoria da decisão judicial, Dworkin aborda o passivismo. Os juízes passivos prestam *deferência* a decisões proferidas pelos outros poderes do Estado⁵⁷. Nesta ótica, os seguidores do passivismo devem adotar exatamente aquilo que foi previsto pelo legislador. Superar a lei ou a Constituição significa apresentar emenda ao texto normativo, o que não é admitido pelos passivistas, pois transforma o juiz em legislador. Igualmente não é possível superar as opções políticas planejadas pelo administrador, porquanto não cabe ao julgador, nesta perspectiva, controlar os atos administrativos de natureza política. Tal modelo, por consequência, deixa o magistrado refém das opções das autoridades eleitas. Daí a razão da necessária crítica ao passivismo, pois o juiz constitucional tem a missão de contrariar as maiorias (função contramajoritária), se for necessário para o cumprimento do modelo constitucional instituído.

A posição contrária ao passivismo caracteriza o *ativismo* que, segundo Dworkin, é uma forma virulenta de pragmatismo⁵⁸. O autor contraria veementemente o ativismo, nos seguintes termos:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. [...] A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas,

⁵⁷ Idem, p. 442.

⁵⁸ Idem, p. 451.

ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.⁵⁹

Portanto, as noções de passivismo e de ativismo, segundo Dworkin, pecam pela ausência de integridade do direito nas suas respostas aos conflitos interpretativos.

E a integridade, nesta ordem de ideias, pode ser vislumbrada em dois níveis. A *integridade inclusiva*, que decorre da adjudicação do direito, exige que o juiz observe de forma equilibrada as virtudes da equidade política, da justiça substantiva e do devido processo legal adjetivo⁶⁰. Já a *integridade pura* compõe-se de princípios de justiça que contribuem para o avanço do direito. “Essa interpretação purificada se dirige não aos deveres distintos de juízes ou legisladores, ou a qualquer órgão ou instituição política, mas diretamente à comunidade personificada”⁶¹.

7 AINDA A RESPOSTA CORRETA

Um dos pilares da obra de Dworkin é a possibilidade de encontrar-se a resposta correta. Tal noção aplica-se quando, cumulativamente: (a) não existe uma resposta clara para a questão; (b) não é possível reconhecer a intenção da lei; (c) há precedentes judiciais em diferentes direções. E o direito como integridade, segundo Dworkin, permite alcançar este resultado.

A questão, entretanto, não é unânime no pensamento jurídico.

Grau nega veementemente a tese da única resposta correta, assentando que o próprio juiz Hércules, de Dworkin, teria dificuldade de encontrar a resposta ideal, “pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe”⁶².

Para Grau,

não há uma única interpretação correta (*exata*) da *Sexta Sinfonia* de Beethoven: a *Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada,

⁵⁹ Idem, p. 451-452.

⁶⁰ Idem, p. 483.

⁶¹ Idem, p. 485.

⁶² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 26, 99 e 103.

a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas.⁶³

A verdade é que cada intérprete, segundo Grau, possui distintas pré-compreensões, compreensões e capacidades de inteligência do texto normativo. Assim, não há princípios, não há argumentação, não há regras que permitam encontrar a única resposta correta⁶⁴. Além disso, o direito está sempre em evolução e o texto jurídico deve “ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta”⁶⁵.

Na lição de Grau, o direito é um dinamismo, no qual “a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento”⁶⁶. Por isso a interpretação do direito configura processo de contínua adaptação dos textos ao contexto social⁶⁷.

Tais justificativas, ao que parece, contemplam a resposta para a possibilidade de decisões distintas proferidas por um mesmo órgão de jurisdição, tal como demonstrado no caso da segregação racial.

Igualmente, Aarnio apresenta crítica à posição da resposta correta de Dworkin:

Así, en cierto modo, hemos llegado a un punto crucial de la idea dworkiniana de la respuesta correcta. La teoría básica que justifica las decisiones puede contener evaluaciones y ellas tienen que ser asumidas, al menos en algún entido, como absolutas. Sólo bajo esta suposición podemos, aun en general, considerar que es posible la construcción de “la mejor teoría posible”.

Sin embargo, la suposición de valores absolutos es un punto de partida muy fuerte. Si uno no acepta este tipo de teoría de los valores, toda la teoría de una única respuesta correcta pierde su base. “La mejor teoría posible” es solo un postulado filosófico injustificable. Además, nuestra cultura jurídica occidental no está basada en tales ideas absolutas. Por consiguiente, la teoría dworkiniana de una respuesta correcta

⁶³ Idem, p. 26.

⁶⁴ Idem, p. 103.

⁶⁵ Idem, p. 116.

⁶⁶ Idem, p. 125.

⁶⁷ Idem, p. 125.

*tampoco satisface las necesidades de la dogmática jurídica real.*⁶⁸

Streck também contesta veementemente a noção de discricionariedade, pois as decisões dos casos difíceis ficam ao nuto exclusivo do julgador. Assim, o juiz solipsista torna-se um agente arbitrário e que potencializa o déficit democrático de decisão judicial⁶⁹.

Segundo Streck, a solução para evitar o protagonismo judicial está na adoção da hermenêutica filosófica, com a simbiose entre as teorias de Gadamer e de Dworkin. Assim, Streck apresenta ajuste à ideia de resposta correta de Dworkin, pois entende que “a resposta (decisão) não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma [...]”⁷⁰. Ainda, para Streck,

essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do “princípio democrático” – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da “verdade real”, para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade “assujeitadora” do julgador (ou do intérprete em geral, uma vez que a problemática aqui discutida vale, a toda evidência, igualmente para a outra doutrina).⁷¹

A questão se torna importante porque, conforme já mencionado, Dworkin afirma que todos os litigantes possuem os seus próprios direitos. Por isso, na decisão judicial, o direito de uma parte deve ceder em prol do direito de outra parte, daí a necessidade de haver uma justificação decisória adequada.

Assim, Dworkin entende que, em princípio, para cada caso existe uma resposta correta⁷². Mas também admite que em algumas situações existam *juízos*

⁶⁸ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 216-217. Título original: *The rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁷⁰ Idem, p. 105.

⁷¹ Idem, *ibidem*.

⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 429.

*de empate*⁷³, nos quais é possível justificar o direito do requerente ou o direito do requerido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações apresentadas demonstram que há enorme divergência em relação à teoria da decisão judicial, a demonstrar que um dos grandes desafios dos juristas é encontrar um modelo adequado, que se ajuste ao sistema jurídico e aos interesses da sociedade, e que prestigie os direitos contemplados no Estado Constitucional Democrático.

Dworkin, a partir das obras pesquisadas, indica a necessidade de encontrar-se a resposta correta para os casos difíceis, assentando que tal desiderato será alcançado por intermédio do reconhecimento dos direitos, que devem ser levados a sério e, principalmente, por uma percepção do direito como integridade, que contemple a coerência de princípios, a justiça, a equidade e o devido processo legal.

A decisão correta, segundo Dworkin, é aquela baseada no direito como integridade. “Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar”⁷⁴.

E é assim porque

o direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou 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 processos. [...] 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.⁷⁵

⁷³ Idem, p. 437.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 489.

⁷⁵ Idem, p. 492.

Desta forma, o direito como integridade representa a possibilidade de compreender qual o verdadeiro sentido do direito e, principalmente, permite desvendar o que as pessoas pretendem ser e que comunidade se pretende construir⁷⁶.

Tal questão é importante, inclusive, para assentar estabilidade na órbita jurídica e social. Esta preocupação também é demonstrada por Dworkin:

Nossa prática seria muito diferente se fosse unilateralista em termos gerais. Haveria um número muito menor de processos judiciais, pois um pleiteante só moveria um processo se tivesse um claro direito a ganhar, caso em que o réu eventual não se defenderia, preferindo pagar. As pessoas poderiam ainda mover processos quando os fatos fossem discutíveis, pois cada parte poderia esperar convencer o juiz ou o júri de que sua visão dos fatos era historicamente correta. Mas ninguém abriria um processo com a esperança de convencer um juiz a “estender” uma regra inquestionável de maneira polêmica, e (o que é ainda mais importante) ninguém jamais ajustaria sua conduta com a expectativa de que um tribunal pudesse estender uma regra se, por alguma razão, seus problemas fossem levados ao mesmo. Assim, o unilateralismo não é nem mesmo uma interpretação remotamente aceitável de nossa conduta e prática jurídicas.⁷⁷

O direito como integridade rejeita a discricionariedade judicial, que leva à insegurança jurídica e inviabiliza a fixação *ex ante* de direitos individuais.

Dworkin aborda várias escolas, movimentos, concepções de direito e posições jurídicas para concluir que a melhor compreensão para a solução de conflito é aquela que contempla o direito como integridade. Acredita isso porque o trinômio equidade, justiça e devido processo legal precisa estar presente para encontrar-se a decisão correta, dentro das várias possibilidades interpretativas. A melhor decisão, na obra de Dworkin, é aquela que observa os postulados já estabelecidos na sociedade, que prestigia o passado e projeta o futuro de modo

⁷⁶ Idem, *ibidem*.

⁷⁷ Idem, p. 175.

adequado. É a decisão que não está permeada de vícios ou de entendimentos egoísticos e casuísticos. Não é uma decisão positivista, pragmática, realista, ativista e passivista, ou que prioriza o convencionalismo, o direito natural ou o historicismo.

Enfim, nada obstante as críticas, é inegável a importância do pensamento de Dworkin para a teoria da decisão judicial. Afinal, os “Tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas”⁷⁸.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Título original: *The rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Taking rights seriously*.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law’s empire*.

_____. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: *Justice in robes*.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁷⁸ Idem, p. 486.