XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

FILOSOFIA DO DIREITO

ANA PAULA MOTTA COSTA

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ana Paula Motta Costa; Irineu Francisco Barreto Junior– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-573-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

Os encontros nacionais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi) têm se notabilizado como referência na disseminação de pesquisas, que abordam uma gama complexa e diversificada de áreas no âmbito da Ciência Jurídica. Foi o que novamente ocorreu no XXVI Congresso Nacional do Conpedi, realizado em São Luiz do Maranhão, entre 15 e 17 de novembro de 2017.

No Grupo de Trabalho Filosofia do Direito, pesquisadores de todas as regiões do Brasil apresentaram seus estudos e debateram teorias clássicas e contemporâneas dos campos hermenêuticos e interpretativos da norma jurídica. Os estudos apresentados no GT evidenciaram que a Filosofia dos Direito permanece como uma perspectiva imprescindível na construção do saber jurídico contemporâneo. Em suas abordagens epistemológicas os pesquisadores recorreram a teóricos clássicos e contemporâneos, o que, simultaneamente, atualiza e rejuvenesce as possibilidades de interpretação no campo científico.

O artigo inaugural da sessão abordou a Teoria dos Signos na Segunda Escolástica e sua conexão com Teoria do Direito e com a Lógica Deôntica. Em seguida, apenas com o intuito de exemplificar a diversidade dos teóricos nos estudos apresentados, destacam-se pesquisas fundamentadas em Dworkin, Hanna Arendt, Rawls, Alexy, Kelsen, Norberto Bobbio, Émile Durkheim e Michel Foucault, entre outros de igual relevo e alcance analítico. Essa relação de autores demonstra que a Filosofia do Direito não apenas preserva suas referências clássicas, imprescindíveis, mas também se renova e amplia seu alcance ao dialogar com outros campos científicos, como a Sociologia e a Ciência Política.

De outra parte, cabe salientar que também mostrou-se eclética a abordagem de temas específicos, junto aos quais foram apresentadas as possibilidades teóricas hermenêuticas. Na tarde de trabalho, refletiu-se sobre temas como casamento homoafetivo, população em situação de rua, refugiados, transgressão das normas penais e direitos humanos, entre outros. A atualidade temática constituiu-se em locus de reflexão filosófica e de produção de pensamento crítico.

Os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecerem o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Profa. Dra. Ana Paula Motta Costa - UFRGS/UniRitter

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior - FMU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A DISCURSIVIDADE EM DWORKIN

DISCURSIVENESS IN DWORKIN

Blenda Guimarães Ferreira [1]
Felipe Bartolomeo Moreira

Resumo

O presente estudo científico pretende demonstrar que a teoria de Ronald Dworkin, em especial a sociedade de princípios regida pela coerência moral possui uma discursividade intrínseca. A importância deste trabalho é demonstrar que a teoria descrita pelo Autor é completa, sendo desnecessário inserir outros filósofos em sua teoria. Será adotada a pesquisa bibliográfica, com o método hipotético dedutivo, tendo como marco teórico a teoria da argumentação jurídica pós-positivista.

Palavras-chave: Discursividade, Dworkin, Sociedade de princípios, Coerência moral

Abstract/Resumen/Résumé

The present scientific study intends to demonstrate that Ronald Dworkin´s theory, in particular the society of principles governed by the moral coherence has an intrinsic discursivity. The importance of this work is to demonstrate that the theory described by the Author is complete and it is unnecessary to include other philosophers in his theory. It will be adopted the bibliographic research, with the deductive hypothetical method, having as theoretical framework the theory of post-positivist legal argumentation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discursiveness, Dworkin, Society of principles, Moral consistency

[1] Graduada em Direito pela Universidade Milton Campos e Pós Graduação Lato Senso em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo científico pretende apresentar algumas teorias da argumentação jurídica dentro do positivismo e especialmente o pós-positivismo, focando em Ronald Dworkin.

Existem críticas à sua teoria pós-positivista, em especial quanto ao Juiz Hércules que deve fazer uma força que o homem comum não poderia fazer ao julgar alguns casos complexos (*hard cases*).

Em análise à própria teoria buscar-se-á demonstrar que o trabalho deste juiz pode ser compartilhado entre as partes, fazendo com que sua tarefa judicacional seja abrandada.

Esse compartilhamento seria feito através da discursividade entre as partes através de suas argumentações dentro de uma coerência moral que rege uma sociedade de princípios.

A importância deste trabalho se justifica em razão da demonstração de uma releitura de Dworkin para que seu estudo possa auxiliar o processamento e julgamento de casos sem a necessidade de se buscar outros autores.

Para tanto, será realizada pesquisa bibliográfica, através do método hipotético dedutivo, para encontrar justificativas para a discussão de discursividade apenas em Dworkin, tendo como marco teórico este mesmo filósofo.

2 EVOLUÇÃO DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO NORMATIVA

No curso da história vários foram os estudiosos que detiveram algum tempo estudando a interpretação de normas para que fossem devidamente aplicadas nos casos concretos.

Por muito tempo foi adotado o jusnaturalismo que tinha como ideia principal que o direito não decorria da vontade humana, mas sim da natureza, tendo como grande expoente destes estudos São Tomás de Aquino.

Com o passar do tempo, vários estudos foram feitos sobre a interpretação normativa sendo criadas várias críticas ao jusnaturalismo, de modo que uma nova forma de se interpretar lei foi criada: o juspositivismo. Este modelo descreve que as leis eram escritas pelos homens e deveriam ser obedecidas em sua literalidade, sendo despiciendo qualquer outro elemento além da própria regra para sua aplicação, tendo como principal autor Hans Kelsen.

Por fim, viu-se que este modelo de interpretar e aplicar as normas também não era adequado, pois a literalidade das leis não era suficiente para resolver todos os casos concretos geradores de conflitos entre partes, nascendo o pós-positivismo, tendo alguns expoentes como Ronald Dworkin e Jügen Habermas.

2.1 JUSNATURALISMO

Como dito, o jusnaturalismo tem como ideia central um direito natural que independe da vontade humana, tendo o início de seus estudos na Grécia antiga e no início do Império Romano.

A justificativa para uma força tão grande nas regras naturais e não na vontade humana decorre da ligação entre a religião e o direito (COULANGES, 2006, s.p.). Desta forma, era claro que uma lei apenas poderia ser considerada válida se estivesse de acordo com o Direito Natural.

O direito natural era tido como justo, pois feito por Deus (ou deuses) uma vez que as leis decorriam da religião. Quando o Cristianismo permeou os poderes estatais, no Império Romano, gerou legitimidade aos governantes por aceitação divina, também se criou um senso de justiça mais bem elaborado, baseando-se, para tanto, em regras apresentadas em razão do direito natural.

São Tomás de Aquino ao discorrer sobre direito entendeu que deveria ser dividido em 4 categorias: as leis eternas, as leis naturais, as leis humanas, as leis divino-positivas.

As leis eternas são aquelas feitas por Deus em sua divina sabedoria com o fim de dirigir os atos e movimentos de suas criações de forma que toda e qualquer outra lei deve se submeter de alguma forma a esta (GAUTÉRIO, 2009, s.p.).

As leis naturais dizem respeito à moral racional humana em decorrência das leis eternas e são descritas por Santiago Ramires e outros da seguinte forma:

> lei natural são as proposições imperativas ou preceitos universais da razão prática, participada da lei eterna, acerca das coisas boas ou atos intrinsecamente bons ou maus, em ordem ao bem comum da bem-aventurança natural, promulgadas ou impressas naturalmente na razão humana por Deus como legislador e supremo governante da comunidade natural dos homens (*apud* GAUTÉRIO, 2009, s.p.).

As leis humanas são aquelas feitas pelos seres humanos para fins meramente regulatórios, não entrando nas virtudes humanas (GAUTÉRIO, 2009, s.p.).

Por fim, as leis divino-positivas são aquelas feitas através de revelações apresentadas pelo próprio Deus, evitando, assim, que ocorra uma interpretação diversa da que Ele queria dar (GAUTÉRIO, 2009, s.p.).

O jusnaturalismo sofreu um giro hermenêutico a partir do século XVI gerando um foco maior na razão humana ao invés de simplesmente crer em uma benevolência divina. Esta mudança de pensamento se iniciou com alteração de paradigma da época em termos libertários,

iluministas, em que todas as coisas do mundo deveriam ser entendidas pelos homens (CHAVES; RODRIGUES-PEREIRA, 2015, p. 79).

Com essa mudança de paradigma o homem se torna o centro das atenções, e, com isso, as pessoas precisam confirmar um pacto de coexistência para poder ter seus direitos naturais garantidos através de um poder soberano. Para tanto, alguns autores, como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau desenvolvem teorias contratualistas (CHAVES; RODRIGUES-PEREIRA, 2015, p. 80).

Hobbes entende que as pessoas possuem um único direito natural: o de legítima defesa. Isso porque o homem tem características que inviabilizam a vida em sociedade, sedo necessário um pacto para evitar conflitos no Estado garantido através de um homem artificial com superpoderes – Leviatã – gerando uma forte tendência absolutista. (CHAVES; RODRIGUES-PEREIRA, 2015, p. 81/83)

Locke, por outro lado, já é bem mais voltado para o liberalismo afirmando que os homens são iguais e livres e tendem a melhorarem através do empirismo. Assim, o pacto social se dá com a abdicação dos direitos em detrimento da sociedade, escolhendo um governo para manter os direitos naturais dos cidadãos. (CHAVES; RODRIGUES-PEREIRA, 2015, p. 83/84)

Por fim, Rousseau entende que as pessoas possuem bondade naturalmente dentro de cada um, e, ao se agruparem para viver em sociedade abandonam tudo o que tem de bom transformando-se em pessoas desiguais cheias de maldade, de forma que o pacto social não é suficiente para garantir os direitos naturais que deveriam garantir a igualdade e a oportunidade para todos. (CHAVES; RODRIGUES-PEREIRA, 2015, p. 86/87)

2.2 JUSPOSITIVISMO

A insegurança do significado de justo, bom e demais direitos decorrentes das leis naturais fez com que surgisse um novo giro hermenêutico, fazendo com que os direitos não fossem mais naturais, mas baseados em normas postas pelos homens.

Este giro foi iniciado principalmente na época das reformas religiosas, conforme motivos expostos por Odilão Moura:

> O protesto luterano do século XVI, como vimos acima, deu novos rumos para a ciência do direito. Os juristas das nações evangélicas, alicerçados logicamente na doutrina da corrupção da natureza humana pelo pecado, desvincularam dela o direito natural. Negou-se, então, a noção até aquele tempo aceita, concernente à existência de um tal direito. Não haverá, para eles, um direito natural, mas um direito originado do critério humano. Na realidade, todo direito será direito positivo. (MOURA, 2004)

O principal expoente desta época foi Hans Kelsem que escreveu a Teoria Pura do Direito afirmando que a teoria é pura pela neutralidade daquele que a analisa, bem como pela própria pureza do direito em si, através de uma visão sem influências políticas, sociais, econômicas, dentre outras.

A norma, para Kelsen, possui três finalidades: prescrever condutas; conferir poder / competência a uma autoridade; permissão positiva.

Essa teoria traz a ideia de validade de uma norma através de sua fundamentação em outra norma hierarquicamente superior e embasada finalmente na "norma fundamental" (norma pressuposta – ato de pensamento), sendo esta pirâmide em que uma norma embasa outra chamada pelo Doutrinador de "dinâmica jurídica", e na base da pirâmide estão os atos de execução em consequência, e fundamentado em uma norma posta (ambos são atos de vontade).

A norma passa a não ter qualquer liame subjetivo, de forma que sequer pode ser tratada como verdadeiras ou falsas, mas sim como válida ou inválida, entretanto, essa norma irá justificar uma afirmativa de Kelsen: "se é A deve ser B", onde A é o ilícito e B a sanção, podendo essa afirmativa ser ou não verdadeira.

Para uma norma ser considerada válida ela deveria possuir o fundamento de validade, ou seja: o silogismo de norma hierarquicamente superior para validar um ato (em que existe um silogismo de uma premissa maior – norma – que atribui competência ou poder a uma autoridade – dever ser – a premissa menor – ato de vontade, ser – que gerará a conclusão de validade ou não); e a condição de validade (a norma deve ser minimamente eficaz, seja por sua aplicação ou por seu cumprimento).

Desta forma, pode-se verificar que Kelsen não entende princípio como norma.

Para que essas normas fossem utilizadas, Kelsen afirmava que seria necessário interpretá-las. A interpretação seria feita da seguinte forma: os cientistas do direito estudariam e extrairiam de uma norma todas as interpretações possíveis, colocando-as em uma moldura imaginária (ato de conhecimento), cabendo ao juiz, o aplicador do direito, utilizar uma dessas interpretações possíveis para o caso em concreto (decisionismo Kelseano), ou então o próprio aplicador do direito poderia fazer a "interpretação autêntica" (apesar de ser um ato de vontade) e buscar uma resposta para o caso fora das "interpretações possíveis" (discricionariedade Kelseana), tornando essa decisão válida a partir do momento que transitar em julgado.

A partir dos pensamentos de Kelsen, uma inquietude tomou conta dos filósofos e pensadores do direito, pois os atos de interpretação e, principalmente, o ato de discricionariedade Kelseana gerou uma instabilidade em sua teoria pois esta deixava de ser

pura. O interprete, acabaria tendo que fazer um juízo de valor até mesmo para escolher uma das respostas válidas.

2.3 PÓS-POSITIVISMO

Com as críticas feitas ao positivismo, em especial à impossibilidade de julgamento adequado em casos que apenas o direito positivado não era suficiente para resolver um dilema, fez-se necessário, novamente, alterar o paradigma.

Margarida Maria Lacombe Camargo descreveu essa passagem, bem como demonstrou o que seria o pós-positivismo da seguinte forma:

> O despertar do século XX, assim, dá ensejo a um movimento crítico que questiona as reais contribuições da dogmática jurídica tradicional para a sociedade (...) as correntes que vêem o Direito como atividade criadora insurgem-se contra tal mecanismo, apresentando severas críticas ao positivismo kelseniano. Acredita-se que o Direito existe concretamente e não de forma virtual, ou melhor, que ele vale à medida que é capaz de compor interesses, desconsiderando sua força meramente potencial. Esse movimento crítico, que encerra o predomínio da dogmática jurídica tradicional é chamado de pós-positivismo jurídico (CAMARGO, 2003, p. 135-136).

Percebeu-se que a própria lei não era o bastante para se chegar a uma resposta correta/adequada para um caso em concreto, seria necessário analisar além do direito positivado um direito não positivado, chamado por Dworkin de princípios.

Dentre os doutrinadores da época pós-positivista, alguns se destacaram, como John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jügen Habermas, cada um dando uma contribuição a esta nova forma de se interpretar e aplicar o direito.

A principal importância de Rawls para o pós-positivismo decorre de sua ideia da Teoria da Justiça, que, deve ser observada através da equidade a qual pode ser obtida através da liberdade e igualdade em uma sociedade razoavelmente plural composta por doutrinas abrangentes. Analisar o que é justo, o que é equidade, o que é igualdade, o que é liberdade, deve-se pensar em palavras de conceitos abertos o que fugiria por completo da ideia literal do juspositivismo.

Essa ideia é tão abstrata que para funcionar Rawls afirma que a justiça deve ser feita sob a égide do véu da ignorância, ou seja, uma pessoa apenas pode tomar uma decisão justa sobre um tema, se ela se abstrair de seus sentimentos e suas particularidades para não ser influenciado no momento decisional (RABELO JUNIOR, 2011, s.p.).

A teoria de Robert Alexy, também conhecida como teoria dos mandados de otimização, em diversos pontos se assemelha à teoria de Dworkin, aparentando ser uma releitura da mesma, contudo, existem alguns pontos que se destoam.

A carga axiológica de Alexy começa a ser demonstrada quando o mesmo diz que a norma fundamental descrita por Kelsen não pode ser totalmente neutra, devendo possuir, além das características de validade e eficácia, também a qualidade de justa, assumindo o direito como parte da moral (ALEXY, 1997, p. 105). Novamente é mencionado que as palavras de conceito aberto, como justo, moral, apenas é cabível em sistemas principiológicos em razão de sua subjetividade e intersubjetividade.

Sua teoria é conhecida como teoria dos mandados de otimização porque ele entende que os princípios devem ser utilizados em cada caso em seu modo ótimo, ou seja, aplica-se o máximo possível de cada princípio através da ponderação de valores, o que conflita com o posicionamento de Dworkin.

Habermas, por outro lado, possui um entendimento um pouco mais conexo ao do Dworkin, uma vez que para que ocorresse a integridade do direito a norma deve seguir um código binário (válido ou não-válido) e não em sua máxima ótima.

Habermas distingue princípios de valores de forma bastante clara. Aqueles têm um caráter deontológico, enquanto esses têm um caráter axiológico. Justamente esse caráter axiológico que leva à escolha, a preferibilidade, buscando a aplicação de certo valor para alcançar certo fim. Assim, a questão de valores resulta em uma solução boa para um grupo. Não necessariamente o que é bom pe válido, pois o que é bom para um grupo é ligado a questões de uso de razão prática sob o ponto de vista ético e possivelmente essas questões não são boas para outros grupos eticamente diferentes. (HABERMAS, 1998, p. 328).

Sobre esta preferibilidade, resta claro que Habermas também busca um sistema coerente e não de prevalências, como seriam regidas as sociedades baseadas em valores.

Klaus Günther, discípulo de Habermas afirma que uma decisão apenas pode ser adequada se as partes apresentarem uma argumentação apropriada, confira-se:

> A argumentação apropriada estabelece uma relação com a razão prática porque a justificação da relevância da causa é extraída da pressuposição de uma completa descrição da situação que podemos estabelecer quando a justificação também é convincente (GÜNTHER, 1993, p 237)[1]

Para que uma norma seja aplicável a um caso concreto, Günther e Habermas entendem que as normas inicialmente aplicáveis ao caso devem ser apresentadas de forma argumentativa,

[1] Tradução livre.

ou seja, através do discurso, que após tais debates as normas que realmente se aplicariam ao caso seriam as normas ideais, enquanto as demais seriam descartadas.

Para que o discurso seja válido, de acordo com Habermas, faz-se necessário uma razão comunicativa que deve ser verdadeira (objetivamente averiguado por qualquer pessoa), com correção normativa (analisado sob um prisma social, coletivo para que seja apreciada a intersubjetividade) e seja sincera e autêntica (subjetivamente apreciado pelo interlocutor).

Percebe-se, assim, a importância que tem o discurso na teoria habermasiana, pois a linguagem está intrinsecamente contida em qualquer meio comunicativo entre duas ou mais pessoas, pois cada pessoa busca se fazer entendida para buscar o que almeja.

Ademais, para que as pessoas possam se comunicar adequadamente, deve-se levar em consideração o mundo da vida, composto pelos elementos cultura (conhecimentos para compreender algo no mundo), sociedade (relações interpessoais reguladas por seus participantes) e pessoa (sujeito dotado de capacidade de se entender e se fazer entendido).

Não obstante Dworkin também ser pós-positivista, como o foco deste trabalho é justamente a discursividade aplicada em sua teoria, para fins didáticos é mais razoável que seja explicado em apartado.

3 A TEORIA DE RONALD DWORKIN[2]

Ronald Dworkin nasceu em Massachusets em 1931 e morreu em Londres em 2013. Formou-se em direito pela Harvard Law School, foi professor de filosofia do direito e filosofia jurídica em Yale University, Oxford University, New York University e University College London.

Destaque merece ser dado para Oxford University onde entrou no lugar de Herbert Hart, que havia desenvolvido uma “clara e elegante” teoria positivista (como disse o próprio Dworkin).

Não obstante o elogio feito à sua teoria, Dworkin ao elaborar sua teoria pós-positivista entendeu por bem deixar claro que também estava fazendo um ataque geral ao positivismo de forma geral.

Como o Dworkin desenvolve uma teoria de ataque ao positivismo e o principal expoente desta teoria foi Hans Kelsen, pode-se achar que sua crítica é direta a este autor. Contudo, o ataque que faz é ao positivismo de uma forma geral, e, quando pensa em atacar

[2] Capítulo elaborado com base nos livros Levando o Direito a Sério, Império do Direito e Uma questão de princípios.

algum ponto específico deste pensamento, a sim, ele descreveu que seu ataque seria à teoria descrita por Hart.

Em seu principal ponto de ataque geral ao positivismo, Dworkin afirma que as normas não podem ser meramente analisadas por um viés semântico, mas sim interpretativo.

Com isso, um sistema baseado apenas em leis não seria suficiente, sendo necessária a presença de princípio para auxiliar a atividade interpretativa do caso em análise.

Para dar substância a essa atividade interpretativa, Dworkin criou um entendimento de direito como integridade. Essa integridade é um valor político, mas não é o único, existindo, também outras virtudes políticas, como:

a) Equidade: correta distribuição do poder político em diferentes ramos.
b) Justiça: o conteúdo distributivo das decisões adotados pelos poderes públicos devem ser moralmente defensáveis.
c) Devido Processo Legal: para resolver de forma não arbitrária as pretensões dos cidadãos, fazem-se necessários procedimentos.

Para que um direito seja íntegro, Dworkin descreve três elementos (planos) distintos, mas ao mesmo tempo complementares da integridade:

a) Legislativa: produção de normas moralmente coerentes;
b) Jurisdicional: ao presidir e julgar demandas, o poder judiciário deve considerar essa coerência moral;
c) Sociedade: comprometimento em aceitar e utilizar as normas moralmente coerentes.

Diante destes planos, Dworkin afirma que a integridade se resume em ter normas moralmente coerente e respeitá-las, podendo ser aplicado em um Estado comum, ou seja, em que nem todas as pessoas possuem virtudes (estados utópicos).

Os estados utópicos, as autoridades seriam sempre imparciais e apenas fariam o justo, ao passo que nos estados comuns, algumas vezes ocorrem decisões parciais e injustas.

Percebe-se que a integridade não é apenas jurídica, mas também política, pois tem seu elo no poder legislativo buscando entender o que é moralmente coerente.

Dworkin afirma que a integridade é importante da seguinte forma:

> Mostrarei que uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo. (DWORKIN, 2007, p. 228)

Para uma sociedade íntegra é importante que seja regida por princípios e não apenas regras, podendo o direito expandir-se ou contrair-se na medida de suas necessidades (novas circunstâncias).

Para que a integridade política funcione, é necessário que haja legitimidade, ou seja, a comunidade e seus membros devem aceitar que são governados por princípios comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político.

O que gera a aceitação por parte da sociedade em aceitar os princípios comuns e faz com que o direito se expanda ou se contraia é a coerência moral.

A coerência moral significa ser coerente com o que se propõe. Ser integro. Se o que se propõe é seguir uma certa moral, esta deve ser norteada pelos princípios do sistema jurídico, sendo certo que o conteúdo destes princípios é moral

Quando existe essa sociedade íntegra regida por princípios feitos através da coerência moral, então pode-se dizer que a esta sociedade é chamada de sociedade de princípios.

De acordo com o modelo de princípios, uma verdadeira comunidade política se forma a partir da observância a princípios comuns a todos os membros da sociedade, e não a normas que muitas vezes nada mais são do que o fruto de um compromisso político.

> Os membros da sociedade de princípios (society of principle) aceitam que os seus direitos políticos e obrigações não se esgotam nas decisões adotadas pelas instituições políticas, mas dependem do esquema de princípios que tais decisões pressupõem. O modelo de princípios torna possível as divergências sobre justiça e a equidade adotadas pelos membros da comunidade. A comunidade de princípios, em suma, tomando a ideia de integridade como central à política, garante a melhor defesa da legitimidade política do que os outros modelos. A sociedade instaura um fórum de princípios (forum of principle), encorajando cada indivíduo a supor que suas relações com os outros cidadãos e com o governo são matéria de justiça e os encoraja ainda a discutir, como uma comunidade, o que constitui a justiça desse relacionamento. (TORRES, 1997, p. 96)

As sociedades de princípios, para se concretizarem, precisam cumprir quatro condições, quais sejam:

1. Existência de obrigações comuns entre os membros da comunidade que inexiste em relação a pessoas que não façam parte dela;
2. Essas obrigações devem possuir caráter pessoal atingindo diretamente ao menos dois membros;
3. Os membros da sociedade devem possuir um interesse comum e individual de manter o bem-estar coletivo, ainda que de forma indireta;
4. Os grupos dentro da sociedade também devem manter esse interesse do bem-estar coletivo que parte do indivíduo, buscando exterminar a discriminação, como as existentes nas sociedades de castas.

Esta sociedade de princípios possui permeada nela mesma a política, que é o *loccus* de debate sobre quais são essas obrigações, esses princípios que os indivíduos/grupos entendem como razoáveis para regerem sua comunidade e que deverão adotar.

Ao fazer uma crítica ao positivismo, Dworkin acaba apresentando uma diferenciação da natureza das normas. Ele aponta que norma é um gênero que contem duas espécies: Regra e Princípio.

As regras são as normas jurídicas do direito positivo, isto é, as normas jurídicas escritas, que impõem direitos e obrigações.

Os princípios são todos aqueles padrões morais e políticos a que as decisões jurídicas recorrem para decidir os casos que não são suficientemente solucionados pelas regras do direito positivo. Os princípios enunciam razões que conduzem a interpretação e a argumentação jurídica para certa direção, são proposições que descrevem direitos. Os princípios são vinculantes por serem intersubjetivos.

Dworkin apresenta ainda, as políticas públicas (policy) que consistem no estabelecimento de um objetivo a ser alcançado, geralmente o desenvolvimento de alguma melhora econômica, política ou social da comunidade, ou, pelo menos, a proteção de alguma marca ou característica atual contra alteração futura (objetivo negativo).

Para interpretar essas normas, Dworkin afirma que as regras devem ser interpretadas em conformidade com os princípios, pois estes são norteadores daquelas.

Por outro lado, quando ocorre conflito entre normas ele criou dois sistemas:

1. *All or nothing fashion*: é aplicável em conflito de regras, de forma que a uma das duas anula a outra. Assim a regra será ou não aplicável ao caso concreto.
2. *Balance*: considerando que os princípios são formados pela coerência moral da sociedade, eles devem coexistir. Assim, ao analisar o caso em abstrato serão apreciados quais os princípios poderiam ser aplicados, e então, ao analisar o caso em concreto, será verificado qual tem um peso maior, sendo apenas ele o aplicável ao caso, não anulando o princípio não utilizado.

Neste momento deve ser apresentada uma diferença entre Dworkin e Alexy neste quesito: enquanto Alexy faz uma ponderação de valores, analisando quais valores devem prevalecer em qualquer situação (em abstrato) para depois aplicá-lo ao caso concreto, gerando uma imposição de valores às partes, Dworkin apenas faz essa ponderação de princípios no caso concreto, para saber qual a resposta adequada para aquele caso específico.

Isso é importante porque Dworkin afirma que para cada caso concreto existe apenas uma resposta correta, e estas apenas podem ser encontradas na análise do caso, sendo

impossível encontrar esta resposta correta em abstrato, pois nem todos os elementos estariam sendo apreciados.

Essa questão é apresentada com grande estima uma vez que a resposta correta é uma manifestação de integridade do direito, ponto chave de sua teoria.

Muitas das vezes não é fácil encontrar esta resposta correta, pois existem alguns casos que Dworkin chama de "Caso Difíceis", e, para analisá-lo e julgá-lo de forma íntegra, acertando esta resposta correta, seria necessário haver uma pessoa com poderes sobre-humanos, de forma que ele inventou um nome para este julgador: Juiz Hércules.

Muitas das vezes não é fácil de se chegar à resposta correta, pois o juiz teria de se despir de toda sua carga axiológica e de sua história para decidir com base no caso concreto para as partes. O juiz não criaria um direito para as partes, mas sim o descobriria (retiraria o véu). Hércules irá buscar as interpretações aceitáveis (*a priori*) para uma sociedade íntegra regida por normas (incluindo-se os princípios), a partir dessa seleção, o juiz passará a analisar qual dessas interpretações melhor satisfaça o ideal de integridade do direito, através da melhor fundamentação (quem melhor trata desse assunto são Günther e Habermas) para que a resposta correta seja desvelada, devendo todos os argumentos políticos ser sucumbidos por argumentos de princípio (de direito).

Ainda para manter a coerência moral e por consequência a integridade do direito nas decisões com o passar do tempo (formação de jurisprudência, por exemplo) Dworkin criou uma coisa que chamou de Romance em Cadeia.

Ele fez uma metáfora com a integridade do direito em uma sociedade ao afirmar que isso apenas seria possível se, assim como um romance escrito por várias pessoas, a pessoa que pegou um trabalho já iniciado, deve lê-lo, interpretá-lo para, só então, continuar a escrevê-lo, mantendo uma coerência com o serviço já feito de modo a deixá-lo com um seguimento adequado, sem rupturas.

Apresentada a proposta do Dworkin, passa-se para o tema do trabalho de forma específica, qual seja: saber se a discursividade está intrínseca em sua teoria.

Provavelmente a maior crítica a Dworkin é sua criação do Juiz Hércules. Criar uma figura mitológica para julgar casos reais pode parecer piada, ou, para que criar uma figura inatingível?

Como visto, a sociedade de princípios decorre de uma coerência moral, sendo esta intersubjetiva. Essa intersubjetividade decorre justamente do discurso entre as partes da comunidade que estão em comum acordo quanto aos seus próprios princípios regentes.

Considerando que as pessoas possuem esse dom da palavra, de entender e de se fazerem entender, e que para viverem em sociedade faz-se necessário utilizarem da política que nada mais é que a utilização da comunicação para viver em comunidade, percebe-se que a comunicação é própria do ser humano.

Até mesmo em questões judiciais que seria necessário delegar para o poder público a competência judicacional, as partes têm uma participação de suma importância, pois são elas as principais interessadas no julgamento favorável da demanda e, assim, as partes apresentam para o juiz as razões pelas quais devem obter sucesso na empreitada.

Apesar de Dworkin não deixar explicita essa discursividade, percebe-se com clareza, no discurso da sociedade de princípios, na integridade do direito, que o discurso está sempre presente.

Assim, apesar de Dworkin não falar expressamente sobre o tema, não quer dizer que ele é incompatível com sua teoria.

Tanto é compatível que a teoria comunicativa de Habermas poderia ser entendida inclusive como complementar à teoria Dworkiana, contudo, isso não quer dizer que existe uma falha na teoria de Dworkin.

Em uma leitura conjunta da teoria destes dois filósofos, pode-se entender que em determinados pontos Habermas explicitou o que já estava implícito em Dowrkin, e, quem possuía alguma dúvida sobre a aplicabilidade e o funcionamento do juiz Hércules, aquele estudioso demonstra, mesmo que sem saber da ligação, como o trabalho deste magistrado mitológico pode ser bastante amenizado.

O Juiz Hercules assim é chamado tão somente em razão do esforço hercúleo de tirar seu pano de fundo, seu plano de vida, no momento que estiver julgando para aplicar o pano de fundo das próprias partes.

Se as partes descrevem suas razões de forma clara e detalhada, o juiz pode ter muito facilitada sua função de se colocar no lugar dos litigantes e buscar a resposta correta para o caso.

4 CONCLUSÃO

Diante do estudo apresentado, foi demonstrado como ocorre a evolução na interpretação e aplicação de normas legais, sendo certo que o foco dado ao trabalho decorreu do estudo feito sobre a sociedade de princípios através do direito como integridade decorrente da coerência moral da teoria de Ronald Dworkin.

Verificou-se que a teoria de Dworkin apresenta grandes qualidades para sua aplicação em casos concretos, mas que a discursividade não se encontra expressa em sua teoria, contudo, analisando sua obra como um todo, perceber-se com hialina facilidade que a comunicação está implícita em todos os momentos de sua teoria.

O direito apenas pode ser íntegro se moralmente coerente. Essa coerência moral decorre justamente da discussão de uma sociedade de princípios, que, politicamente, argumentativamente, apresentam-se os princípios regentes desta comunidade.

Quando o direito, íntegro, é aplicado em um caso concreto, deve observar esta novela em cadeia, ou seja, toda a construção deste direito, contudo, ele não pode ser engessado a ponto de não ser modificado com o passar do tempo.

A única forma de um direito ser modificado é justamente através da comunicação. A discursividade deve estar permeada não apenas no momento de criação das normas, mas, também no momento de sua aplicação.

Desta forma, conclui-se que a discursividade está presente em toda a teoria de Dworkin, estando explicita em algumas partes, como nas discussões políticas para formação da sociedade de princípios, e em outros momentos claramente existente, mas de forma intrínseca como nas discussões processuais para que seja apontada qual é a decisão correta para cada caso concteto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concpto y validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Sina. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

CHAVES, André Luiz Maluf; RODRIGUES-PEREIRA, Thiago. A doutrina filosófica do jusnaturalismo à luz das teorias contratualistas de John Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jaques Rousseau. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, a.1, nº 3, p. 75-90, 2015.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros em 2006. Livro eletrônico encontrado em <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>> Acesso em set 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Ruiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

GAUTÉRIO, Maria de Fátima Prado. O conceito de lei segundo Santo Tomás de Aquino. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6279>. Acesso em dez 2016.

GÜNTHER, Klaus. **The Sense of Appropriateness:** Application discourses in morality and law. Trad: John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen: **Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático en término de teoría del discurso**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4ª edição. São Paulo, Martins Fontes, 1994.

MOURA, Odilão. A doutrina do direito natural em Tomás de Aquino. **Revista de Jurisprudência Mineira.** Belo Horizonte, a. 55, nº.168, p 21-41 abr/jun 2004.

RABELO JUNIOR, Luis Augusto. A justiça como equidade em Jonh Rawls. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10755>. Acesso em dez 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. O espaço público e os intérpretes da constituição. **Revista de Direito Processual Geral**. Rio de Janeiro, nº. 50, p. 92-110, 1997. Disponível em:

<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/928870/DLFE-48118.pdf/Revista50Doutrina_pg_92_a_110.pdf>. Acesso em dez 2016.