

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-053-4

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O ano de 2020 tem se caracterizado como um ano de muitos desafios na vida não apenas da sociedade brasileira, mas da humanidade como um todo. A pandemia do COVID-19 impôs à sociedade a revisão de uma série de conceitos e estabeleceu a necessidade de um isolamento social sem precedentes, capaz de inibir a realização daquilo que é o mais importante na vida em sociedade, que é o encontro fraterno com o outro, expressão máxima da natureza relacional dos seres humanos.

Foi nesse ambiente desafiador que o CONPEDI 2020 foi realizado, após o cancelamento do encontro marcado para acontecer no mês de julho na cidade do Rio de Janeiro. Para a sorte de todos, a tecnologia permitiu a superação do isolamento social, proporcionando o primeiro CONPEDI virtual, organizado com maestria pela Diretoria e colaboradores, de modo a permitir a continuidade do conagração de pesquisadores em Direito, nacionais e estrangeiros.

Coube ao nosso Grupo de Trabalho, intitulado “Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica”, a apresentação de doze artigos, todos previamente aprovados pelos avaliadores do CONPEDI, representativos da relevante temática: “O posicionamento do pragmatismo cotidiano de Posner no espectro político do pensamento liberal”; “A forma de acesso ao ensino superior nas universidades públicas: justiça, mérito, esforço e oportunidades”; “As provas no processo judicial sob a ótica da epistemologia jurídica”; “A contraposição entre Hayek e Rawls: uma teoria da justiça social”; “O direito na era da inteligência artificial: uma análise sob a ótica do racionalismo jurídico e da teoria da argumentação jurídica”; “A influência da razão pública nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em consonância com John Rawls”; “A teoria das decisões judiciais sob a ótica de Ronald Dworkin”; “Primeiras reflexões sobre o julgamento da ADI 6363 ou sobre como o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação de regras constitucionais sem rasgar a Constituição”; “O enfoque das capacidades por Martha Nussbaum e a busca por uma sociedade justa”; “A superação das desigualdades na Agenda 2030 das Nações Unidas sob a ótica da teoria da justiça distributiva”; “Ideologia e neutralidade científica: entre o jurídico e o político”; e “O suporte fático do direito à saúde no Brasil: as novas delimitações pelo STF - RE 566.471 e RE 657.718”.

É esse rico conjunto de pesquisas sobre as teorias da justiça que temos a honra de apresentar à comunidade científica e aos aplicadores do Direito, na perspectiva de que esses trabalhos possam contribuir para a construção de um mundo fraternal, mais justo e consciente da importância da ciência, que exurgirá passada a pandemia.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini

PPGD UNICURITIBA

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery da Silva

PPGD UNOESC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A TEORIA DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÓTICA DE RONALD DWORKIN
THEORY OF JUDICIAL DECISIONS FROM RONALD DWORKIN'S VIEW**

**Sheyla De Lima Pinheiro ¹
Ana Beatriz Gonçalves Moreira Caser**

Resumo

O presente estudo visa analisar a influência do posicionamento adotado por Ronald Dworkin sob a teoria das decisões judiciais e tem como objetivo auxiliar na compreensão de um modelo adequado ou que possa se aproximar de um modelo almejado pelo Estado Constitucional Democrático. Sendo assim, procura, desta forma, abordar, como hipótese central, a tentativa de se encontrar respostas corretas para casos difíceis, com fundamento no pensamento de Dworkin.

Palavras-chave: Decisão judicial, Casos difíceis, Estado democrático

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aims to analyze the influence of the position adopted by Ronald Dworkin under the theory of judicial decisions and aims to assist in the understanding of an adequate model or that can approach a model desired by the Democratic Constitutional State. Thus, it seeks, in this way, to approach, as a central hypothesis, the attempt to find correct answers for difficult cases, based on Dworkin's thought.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial decision, Difficult cases, Democratic state

¹ Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento

INTRODUÇÃO

Um dos grandes temas na comunidade jurídica atual e capaz de gerar grande inquietação versa sobre a busca pela melhor decisão judicial, apta a satisfazer os anseios sociais.

Diante disso, foram criados inúmeros modelos, técnicas, escolas, movimentos e teorias relacionadas às decisões judiciais. Entretanto, até os dias atuais não houve uniformização de um entendimento acerca do conteúdo e das respostas a serem adotadas nas decisões proferidas em processos judiciais.

Nessa análise, o presente estudo visa estabelecer breves comentários sobre a influência do posicionamento de Dworkin na teoria da decisão judicial que atenda as necessidades e os anseios do Estado Democrático de Direito.

A hipótese central do presente artigo atrela-se à possibilidade ou não de encontrar-se, com fundamento nos ensinamentos de Dworkin, uma solução correta para cada litígio. Visa, ainda, promover uma análise crítica sobre a discricionariedade judicial, preponderante no positivismo e que outorga ao julgador uma excessiva liberdade na escolha das respostas aos casos difíceis.

Para tanto, serão apresentados os posicionamentos de Dworkin na obra “O império do direito”, e “A justiça de Toga”, bem como os fundamentos da teoria da decisão judicial, analisando-a sob a ótica do convencionalismo, pragmatismo e do direito como integridade.

Para a presente pesquisa, utilizou-se na primeira fase o método indutivo, na fase de levantamento de dados e a metodologia lógico indutiva no texto final, bem como a utilização de pesquisa bibliográfica.

1. O pensamento trazido na obra “A justiça de Toga”.

Dworkin representa um dos principais nomes para o desenvolvimento da teoria da decisão judicial. Sucessor e ex-aluno de Herbert Hart, é um dos principais representantes da teoria jurídica anglo-saxônica. Crítico de Hart e de Jeremy Bentham, tem sido tanto admirado, quanto rejeitado em seus posicionamentos.

Para defender uma “teoria melhor”, chamada assim por Dworkin, ele descreve que as construções precedentes que vêm fundamentando uma resposta à atuação judicial não apresenta uma regra muito clara diante do julgamentos dos “casos difíceis” conceituado pelo autor, como aqueles casos em que não se encontra precedentes nos julgamentos e o que o Juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, sem inventar novos direitos aos quais se aplica retroativamente.

A justiça de Toga é um tratado sobre como as convicções morais de um juiz devem ou não influenciar seus julgamentos acerca do que é o direito. Esta obra apresenta um embate entre a Teoria do Direito de Dworkin e a Teoria do Positivismo Jurídico, representado no sistema da Civil Law por Hans Kelsen e no sistema do Common Law por Hart.

No livro, o autor formula uma pergunta central “Como as convicções morais de um juiz devem (se é que devem) influenciar seus julgamentos acerca do que é o direito?” (DWORKIN, 2010, pg. 03).

A partir desta indagação o autor reconhece que, dependendo da corrente adotada por juristas, filósofos e sociólogos, a resposta pode variar, de “tudo” a “nada”, trata-se de uma questão de importância fundamental saber se os critérios morais estão entre os critérios que os juízes e autoridades devem usar para decidir quando essas proposições jurídicas são verdadeiras (Dworkin, 2010).

O autor enfrenta o positivismo jurídico de forma crítica e refuta a ideia de que as leis oferecem critérios seguros para se afirmar o que de fato é o direito em um caso concreto. Para o Autor “as vezes, não fica claro, qual é a interpretação correta de uma série de decisões judiciais” e que “devemos atentar para essas diferentes maneiras em que a moral pode estar presente ao tomarmos nossas decisões acerca do que é o direito”. (DWORKIN, 2010, pg. 12).

Para o positivismo jurídico a moral deve ser totalmente separada do Direito e não influenciar a decisão do magistrado e para Dworkin isso é impossível. Ao tratar de tal tema entende que a moral pode ser o critério utilizado pelo julgador no intuito de se chegar à verdade-valor da proposição jurídica e atingir a correta aplicação do direito. A moral tem um papel distinto em dois pontos: no estágio teórico, quando se atribui valor à prática jurídica e no estágio da decisão judicial, quando os juízes estão instados a fazer a justiça.

Nesse sentido:

Mas as duas inserções da moral são distintas, em minha opinião, o valor da integridade que deveríamos atribuir à prática da justiça atravessa o estágio doutrinário e chega até o estágio da decisão judicial porque, argumento, a integridade exige que os juízes considerem a moral em alguns casos, inclusive neste, tanto para decidirem o que é o direito quanto sobre o modo de honrarem suas responsabilidades. (DWORKIN, 2010, pg. 31).

E conclui:

A diferença não se encontra entre teorias que incluem e teorias que excluem a moral, mas entre teorias que a introduzem em estágios distintos de análise, com consequências diferentes para o juízo político final com que vai se consumir uma teoria jurídica completa". (DWORKIN, 2010, pg. 31).

Dworkin defende uma concepção do *direito como integridade*, em que o direito não é apenas a lei e os precedentes judiciais, mas também os princípios e a moral não pode ser separada do Direito porque, em um ou noutro estágio da teoria jurídica, seja no estágio teórico, seja no estágio da decisão ela está impregnada na concepção acerca do que é o direito.

2. O poder discricionário

Ensejando dar cabo ao problema da discricionariedade judicial com a abolição do que o Autor denomina de sistema bifásico do direito, constituído por uma fase convencional e outra discricionária e ainda pela participação do magistrado na construção da decisão judicial conforme princípios e políticas aceitos como válidos pela comunidade, Dworkin busca demonstrar, de forma crítica, a existência de uma discordância em relação às teses dos autores taxados como positivistas e destaca-se a figura de Hart e sua obra "O Conceito de Direito", como o principal alvo de suas censuras.

Segundo o entendimento defendido pelo positivismo jurídico nos casos em que não houver regra clara sobre o tema, o juiz deve exercer sua discricionariedade para decidi-lo criando um novo "item de legislação". (DWORKIN, 2002.p.49-50).

Ao falar em sua obra sobre a questão da discricionariedade judicial apontada por Hart, Dworkin chama a atenção para a existência de dois tipos de poder discricionário, sendo um em sentido fraco e outro em sentido forte. Em relação ao primeiro, o autor o desmembra em dois subtipos, empregando-se o primeiro subtipo (sentido fraco), para os casos em que não há a possibilidade de aplicação automática,

sendo necessária a utilização da capacidade julgadora. Contudo, no que tange ao segundo tipo (sentido forte), seria este empregado para dizer que, em certos assuntos, por não haver uma ordem dirigindo a decisão a ser tomada, não haveria limitações advindas de qualquer padrão proveniente de uma autoridade, o que daria à autoridade grande margem de escolha.

Assim, Dworkin, aponta na teoria de Hart, a constatação de um poder discricionário forte e Carlos Colantonio esclarece:

É esta a questão que Dworkin acredita que seja o ‘calcanhar de Aquiles’ da doutrina do poder discricionário. Acreditar que os casos jurídicos controversos são resolvidos com um poder discricionário em sentido forte, ilimitado em face dos parâmetros de direito, é afirmar que uma decisão tomada por uma autoridade, em uma situação de dúvida, é uma decisão que pode ser criticada pelos opositores, mas que nunca pode ser considerada errada, juridicamente falando. (COLANTONIO, 2011, p. 67)

Assim, Dworkin se propõe a condenar o poder discricionário em sentido forte dentro do ordenamento jurídico, pois entende que a fundamentação de uma decisão não pode partir de um campo extrajurídico, devendo encontrar seus fundamentos dentro do próprio campo do direito. Há então a ideia de que a decisão judicial deve ser determinada por regras e princípios jurídicos, levados em consideração pelos magistrados no ato decisório.

Em sua obra Dworkin inventa a figura do juiz Hercules, “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” (DWORKIN, 2002.p.165) e com sua onisciência será capaz de resolver os dilemas do julgador na análise dos hard cases.

Assim, havendo conflito entre princípios, a ser resolvido na dimensão do peso, o juiz Hércules realizaria uma apreciação moral da questão conforme o direito, de forma que seja tomada a melhor decisão possível, buscando encontrar a correta decisão judicial.

3. O Império do Direito

A busca de Dworkin pela “resposta correta” também é tratada em sua obra “O império do Direito”, na qual o Autor apresenta vários elementos que considera essenciais para uma adequada teoria da decisão judicial.

Dworkin diferencia dois tipos de normas jurídicas: As regras e os princípios, sendo as regras, dadas as circunstâncias fáticas de incidência da regra, devem ser aplicadas, já os princípios dependem de interpretação e integração, pois não são capazes de enumerar todas as condições de incidência.

Ao considerar o princípio como norma, Dworkin ataca frontalmente a tese positivista de que, na ausência de determinada norma ou na falta de clareza em seu sentido, as decisões judiciais são tomadas de forma discricionária, pois os princípios, assim como as regras são integrantes do direito e, portanto, vinculantes.

Para identificar quais princípios são aplicáveis aos casos difíceis, bem como para determinar a a preponderância de um princípio em relação a outro, o Autor cria a figura de um juiz fictício, o Juiz Hercules.

Este juiz, com características hercúleas lhe permite interpretar o direito como Integridade, como se fosse autor e crítico de uma obra literária. Ele está vinculado, mesmo que de forma fraca, ao texto legislativo (Constituição e a Lei), bem como aos precedentes jurisprudenciais que vão lhe servir como guia interpretativo para a coerência de sua decisão.

Quando se deparar com justificativas distintas para a resolução dos casos concretos, o Autor recomenda que se acolha a resposta que melhor reflita o direito histórico. Sobre esse aspecto da teoria, assim esclarece Cíntia Lages:

Ao decidir um caso difícil Hércules sabe que os outros juízes decidiram casos que, apesar de não guardarem as mesmas características, tratam de situações afins. Deve, então, considerar as decisões históricas como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. Hércules adota o direito como integridade, uma vez que está convencido de que ele oferece tanto uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa da prática jurídica como um todo. (LAGES, 2001, p. 47).

Assim, o juiz Hércules, visando alcançar a integridade jurídica por meio da interpretação, resolveria os casos difíceis por meio da ponderação, levando-se em consideração a moral e a história, respeitando sempre os limites do poder legislativo. Nesse sistema jurídico, não existem lacunas porque haverá uma série de princípios capazes de proporcionar uma justificação equânime para todos os casos apreciados, não havendo, portanto, qualquer espaço destinado ao exercício da discricionariedade judicial.

Segundo Dworkin a prática interpretativa é um dos principais pontos a serem destacados na teoria da decisão judicial, eis que a interpretação de uma norma

enfrenta três fases específicas: I) fase pré-interpretativa, na qual são identificados regras e padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática; II) fase interpretativa, na qual busca-se uma justificativa geral aos principais elementos identificados na primeira fase; III) fase pós-interpretativa, na qual ocorre o ajuste da ideia com a prática.

Para o Autor as fases acima possibilitarão ao julgador encontrar a melhor resposta para a solução do litígio.

4. Convencionalismo e pragmatismo

O convencionalismo, de forma sucinta, entende que os juízes ao aplicarem o direito deverão observar as convenções do passado, convenções estabelecidas pelo legislador e, no caso de lacuna, o juiz deve discricionariamente aplicar o direito de forma que lhe parecer mais justa.

Dworkin critica tal teoria por entender que a mesma deixa ao juiz uma vasta margem de discricionabilidade para a solução dos hard cases que ainda não tenham precedentes. Seria um retorno ao positivismo, sempre tão criticado pelo Autor.

Dworkin assegura que:

O convencionalismo faz duas afirmações pós-interpretativas e diretivas. A primeira é positiva: os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor em sua comunidade, a não ser em raras circunstâncias. [...] A segunda afirmação, que é no mínimo igualmente importante, é negativa. Declara que não existe direito – nenhum direito decorrente de decisões tomadas no passado – a não ser aquele que é extraído de tais decisões por meio de técnicas que são, elas próprias, questões de convenção, e que, portanto, em alguns casos não existe direito algum. (DWORKIN, 2007, p.144- 145).

O autor ressalta também que:

O convencionalismo é uma concepção – uma interpretação – da prática e da tradição jurídicas; seu destino depende de nossa capacidade de ver, em nossa prática, convenções do tipo que ele considera como fundamentos exclusivos do direito. Se não pudermos encontrar as convenções jurídicas especiais que o convencionalismo requer, ele estará derrotado tanto em suas afirmações interpretativas quanto em suas instruções pós-interpretativas, voltadas para o futuro. (DWORKIN, 2007, p.148).

Em relação ao direito enquanto integridade o autor nos mostra porque este é melhor do que o convencionalismo, senão vejamos:

Mas o convencionalismo difere do direito como integridade exatamente porque o primeiro rejeita a coerência de princípio como fonte de direitos. O segundo a aceita: o direito como integridade supõe que as pessoas têm

direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la. (DWORKIN, 2007, p.164).

A outra concepção de direito é o pragmatismo jurídico, que, em linha inversa ao convencionalismo, prestigia o futuro fixando a ideia de progresso da sociedade. Nas palavras de Dworkin, o pragmatismo:

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 conselho, acredita ele, então, a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado na mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência. (DWORKIN, 2007.p.185)

O pragmatismo conflita diretamente com o pensamento de Dworkin, pois possibilita aos juízes julgarem de acordo com as melhores regras voltadas para o futuro da comunidade, pois não têm que respeitar as convenções do passado, ou seja, sem considerar os precedentes já firmados. Tal concepção não permite aos indivíduos possuírem direitos preestabelecidos quando estes conflitarem com os direitos coletivos, mesmo que exista previsão legal em benefício do cidadão.

Dworkin nos ensina sobre o pragmatismo, vejamos:

Enquanto concepção do direito, o pragmatismo não estipula quais, dentre essas diversas noções de uma boa comunidade, são bem fundadas ou atraentes. Estimula os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista. Pressupõe que essa prática servirá melhor à comunidade – aproximando-a daquilo que realmente é uma sociedade imparcial, justa e feliz – do que qualquer outro programa alternativo que exija coerência com decisões já tomadas por outros juízes ou pela legislatura. [...] O pragmatismo, ao contrário, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito (DWORKIN, 2007, p. 186)

Em síntese apresenta porque o direito como integridade deve ser preferido em relação ao pragmatismo, preleciona:

Será útil dividir as exigências da integridade em dois outros princípios mais práticos. O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. O segundo princípio explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juizes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante (DWORKIN, 2007, p. 203).

Tal situação leva Dworkin a compreender que o pragmatismo não pode ser aceito como o modelo adequado para a solução de conflitos, por isso a necessidade da análise do direito como integridade.

5. O direito como integridade

Entendendo que as propostas de resolução de conflitos trazidas pelo positivismo, convencionalismo e pragmatismo Dworkin desenvolveu a teoria da integridade que se traduz pela prática interpretativa direcionada pelos princípios de uma certa comunidade e que a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal.

Neste sentido:

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 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. (DWORKIN, 2007.p.203)

Assim, para o Autor a integridade ainda se divide em duas vertentes: integridade na legislação, voltada ao legislador, que deve manter-se coerente em relação aos princípios e, integridade no julgamento, destinada ao juiz e que exige a observância e o cumprimento da coerência tal qual ela deve ser compreendida, respeitando o passado e os precedentes, visando impedir uma pluralidade de decisões distintas.

O autor também defende que uma comunidade tão pluralista quanto a que vivemos deve ser pautada em princípios, uma vez que: “O modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos tão bem quanto qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista” (Dworkin, 2007, p. 256-257).

Segundo Dworkin, para se saber se os juízes decidiram de acordo com argumentos de princípio ou de política deve-se ter em mente a seguinte indagação, vejamos:

Assim, um governo comprometido com a concepção utilitária visa a estratégias legislativas que, em conjunto e a longo prazo, aumentem o bem-estar médio mais do que fariam quaisquer outras estratégias; um governo comprometido com a igualdade material adota programas que tornam segmentos e classes mais iguais em termos de riqueza material enquanto grupos, e assim por diante. As decisões em busca dessas estratégias, julgadas uma por uma, são questões de política e não de princípio; para testá-las, devemos perguntar se fazem avançar o objetivo geral, e não se concedem a cada cidadão aquilo a que tem direito enquanto indivíduo. (DWORKIN, 2007, p.267- 268).

Surge então uma nova ideia, diversa do convencionalismo e do pragmatismo, principalmente em razão da integridade na prestação jurisdicional, ponto mais relevante para a teoria da decisão judicial torna-se “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”. (DWORKIN, 2007.p.260)

A integridade transforma-se, assim, uma virtude que deve seguir ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, tornando seu estudo e compreensão necessários para o fortalecimento da teoria da decisão judicial.

A integridade no direito surge com a 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”. (DWORKIN, 2007.p.272)

Um pouco mais neste sentido:

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 em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por

considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. (DWORKIN, 2007, p. 271)

Para o Autor a análise de um *hard case* se assemelha a um “romance em cadeia”, em que vários autores escrevem uma obra em série e cada qual interpreta os capítulos anteriores para elaboração de um novo capítulo e assim sucessivamente. Neste caso, cada autor “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”. (DWORKIN, 2007.p.276)

Ao aplicar esta técnica verifica-se a dificuldade de manter-se a uniformidade nos julgamentos, pois cada intérprete terá uma visão diferente sobre a mesma questão, principalmente se houver um distanciamento entre o direito como integridade. Por tal motivo, Dworkin traz novamente à luz o juiz Hercules, possuidor de capacidades hercúleas e acata o direito como integridade. (DWORKIN, 2007.p.287).

Assim, nos *hard cases* os juízes devem se socorrer dos princípios e é possível que estes possam fundamentar decisões distintas, porém como os princípios são dinâmicos, modificam-se com grande rapidez e sua aplicação não pode ser automática, mas exige a argumentação judicial e a integração da argumentação em uma teoria. O juiz ante um caso difícil deve balancear os princípios e decidir-se pelo que tem mais peso.

O autor reconhece que pode haver conflitos entre princípios e se isso acontecer, não pode deixar a decisão de acordo com a discricionariedade do julgador, pois o juiz deve fundamentar sua decisão no princípio que tenha maior força de convicção. A tarefa do juiz será a justificação racional do princípio escolhido.

Dworkin critica os autores que não aceitam o direito como integridade e a possibilidade de se encontrar respostas corretas para casos difíceis, entretanto a maior crítica se recai a teoria econômica do direito que defende a aplicação de uma decisão economicamente adequada e que produza um movimento menos oneroso para a comunidade em casos sobre danos cíveis. Esta teoria leva em consideração a “riqueza da comunidade” que é o que o deve ser buscado para a solução dos conflitos. Para esta teoria tudo é passível de ser transformado em valores, o qual se torna

condição para as decisões. Sugere que a melhor interpretação dos casos é oferecida pelo princípio econômico.

O autor aborda ainda o passivismo, movimento através do qual os juízes passivos mostram grande deferência as decisões proferidas por outros poderes do Estado. Não devem buscar nada além do que foi previsto pelo legislador, porém esbarra em alguns problemas, como a questão da aprovação. Quem deve fazer a constituição? Que instituição tem autoridade para decidir o que a atual constituição devidamente interpretada realmente exige?

Por isso, diante dos casos concretos os juízes devem entender o direito como integridade para melhor satisfazer a prática jurídica, fundamentando sua decisão com uma justificativa racional para o princípio eleito, ou seja, fundamentar sua decisão em argumentos de princípios e não em argumentos de política.

Argumentos de princípios protegem os direitos de um determinado indivíduo, ou de um grupo, enquanto que argumento de política são aqueles que protegem a coletividade. Para o autor o juiz deve justificar sua decisão de acordo com argumentos de princípio, ainda que a comunidade como um todo seja negativamente afetada. Dworkin sustenta ainda que os “argumentos de princípio são compatíveis com o Estado Democrático.

Contrário ao passivismo surge o ativismo, também criticado por Dworkin que o descreve como “uma forma virulenta do pragmatismo”. (DWORKIN, 2007.p.451)

As críticas de Dworkin sobre o ativismo ressaem 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 apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania. (DWORKIN, 2007.p.451-452)

Dentro da concepção do direito como integridade, não há uma discricionariedade política que permita que o Juiz crie o direito de acordo com sua vontade. Dworkin, inclusive, rebate a corrente do chamado realismo norte-americano, o qual ele considera uma forma de ceticismo jurídico, na medida em que tal grau de

liberdade certamente se converteria em criticável arbítrio de juízes não eleitos diretamente pela população.

Assim, nota-se que as ideias de passivismo e de ativismo, no entendimento de Dworkin, sofrem com a ausência de integridade do direito nas suas respostas aos conflitos interpretativos.

7. A resposta correta

Dworkin, na sua obra, busca pela resposta correta que para ele, o direito em determinadas possibilidades, consegue alcançar esse resultado. Tal possibilidade ocorre quando se tem cumulativamente: a) a inexistência de uma resposta clara para o fato; b) a impossibilidade de reconhecimento da intenção da lei; c) a existência de precedentes judiciais em diferentes direções.

Nessas situações cabe ao juiz descobrir qual é o direito, mas isso não será obtido com auxílio de técnicas ou métodos, mas com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua integridade e não numa garantia metodológica, o que significa que discordâncias razoáveis podem surgir entre juízes, advogados e cidadãos.

Uma sociedade que aceite a integridade como virtude se transforma, segundo Dworkin, em um tipo especial de comunidade que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio da força coercitiva. Esse é o caso da comunidade de princípios e aduz o que segue:

Se as pessoas aceitam que são governadas não por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito (DWORKIN, 1999, p. 229).

Grau refuta de forma veemente a ideia de haver apenas uma resposta correta, aduzindo que o próprio juiz Hercules não a encontraria tão facilmente eis que “aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe”. (GRAU, 2005.p.26, 99 e 103)

Cada julgador possui diferentes compreensões da norma. Desta forma, não há princípios, argumentação ou regras que permitam encontrar apenas uma resposta

correta. Ademais, o direito está em constante evolução e o texto jurídico deve “ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta”. (GRAU, 2005.p.116)

Na compreensão de Eros Grau há a possibilidade de decisões distintas proferidas por um mesmo órgão jurisdicional, conforme amplamente narrado e verificado no caso da segregação racial apresentada na obra de Dworkin.

Streck também apresenta rígidas críticas à ideia de discricionariedade e traz algumas alterações à concepção de resposta correta apresentada por Dworkin argumentando que seria a “resposta adequada à Constituição”, ou seja, a resposta deve estar na própria Constituição.

Segundo 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 interprete em geral, uma vez que a problemática aqui discutida vale, a toda evidencia, igualmente para outra doutrina).” (STRECK, 2010.p.105)

Conclusão

Conforme exposto em linhas anteriores, a teoria da decisão judicial apresenta grande divergência entre os autores citados, tornando-se a resposta adequada um dos grandes desafios dos juristas, haja vista a necessidade desta resposta se adequar ao sistema jurídico, aos interesses sociais e enalteça os direitos contemplados no Estado Constitucional Democrático.

Em se tratando de sistemas jurídicos parece impossível que um sistema preveja uma única resposta para qualquer caso, ou até para os casos mais difíceis, ainda que essa resposta seja tomada com base nos princípios que o sustentam.

Para DWORKIN, cabe ao julgador encontrar a única resposta certa, inclusive para os casos difíceis, que não é algo previamente dado pelo sistema jurídico, através da extração de um procedimento argumentativo norteado, essencialmente, pela teoria forte dos princípios. Essa tarefa de descobrimento da única resposta justa para todos os problemas práticos, certamente exige um juiz extremamente qualificado e dono de um aguçado poder de discernimento.

A ideia de que os conflitos entre os princípios são meramente aparentes, a meu ver, parece um equívoco da teoria de Dworkin. Existirão colisões e nesse caso

caberão ao intérprete solucioná-la, buscando soluções mais racionais possíveis o que em alguns casos, os julgadores não irão chegar a uma única resposta, ou igual resposta para os casos levados a julgamento.

Para Dworkin, a decisão correta encontra-se fundada no direito como integridade. Em suas palavras; “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”. (DWORKIN, 2007.p.489)

Assim, o direito como integridade traz a compreensão acerca de qual seria o verdadeiro sentido do direito, permitindo observar quais as pretensões de cada indivíduo e qual sociedade se pretende construir, afastando a discricionariedade que é uma potente geradora de insegurança jurídica.

No entanto, as críticas aparecem e uma delas é norteadas pela ideia de que suas concepções não servem para todos os sistemas jurídicos, mas somente para os substancialmente justos. Da mesma forma, em um sistema jurídico informado por uma infinidade de princípios explícitos e implícitos, a sua aplicação acarreta certa dose de discricionariedade ou eleição entre alternativas diferentes. Do ponto de vista semântico, tanto a textura aberta e imprecisa dos princípios, como a inexistência de critérios seguros para aferir o peso relativo de cada princípio que compõe o ordenamento, indicam a impossibilidade de defesa da tese da única resposta correta (PRIETO SANCHÍS, 1992, p. 122).

A proposta de DWORKIN, baseada no alargamento das fronteiras do Direito estrito e no alcance dos limites da moral pela via dos princípios, o que garante a transformação de um modelo com lacunas em um sistema claro, completo e objetivo, parece suscitar alguns problemas conceituais e até ideológicos. Por outro lado, essa versão forte da tese da única resposta correta, apesar de fortemente criticada, certamente tem contribuído genuína e crucialmente para o debate dos problemas da discricionariedade e da correção das decisões judiciais.

Referências bibliográficas

COLONTONIO, Carlos Ogawa. **A questão da racionalidade jurídica em Hart e Dworkin**. 2011. 135p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

DWORKIN, Ronald. A justiça de Toga. Ed. Martins Fontes, 2010. Tradução: Jefferson Luiz Camargo.

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

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

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LAGES, Cíntia Garabini. **A proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”**. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas. v. 4. n. 7 e 8, jan./jun. 2001.

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

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

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