

# O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE EM FACE DA DECISÃO JUDICIAL COM BASE EM PRINCÍPIOS: A CONTRIBUIÇÃO DE RONALD DWORKIN

Argemiro Cardoso Moreira Martins<sup>1</sup>  
Caroline Ferri<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Os limites do direito e a teoria de princípios: uma introdução ao poder discricionário; 3. A discricionariedade e o positivismo jurídico; 4. As conseqüências teóricas da estipulação de direitos e sua efetivação: o significado de "levar os direitos a sério"; 5. A teoria da integridade de Ronald Dworkin como forma de evitar o recurso ao decisionismo no exercício da função judicial; 6. Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho busca avaliar algumas características do pensamento de Ronald Dworkin no que toca à questão dos princípios jurídicos. Discute-se, especialmente, a crítica que este autor endereça ao positivismo jurídico. Ao final, expõe-se a concepção que Dworkin faz acerca da decisão judicial com base em princípios.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ronald Dworkin; Princípios Jurídicos; Teoria da Argumentação Jurídica.

**ABSTRACT:** This work seeks to evaluate some characteristics of the thinking of Ronald Dworkin, on the issue of legal principles. It discusses, in particular, the criticism addressed by this author to legal positivism. Finally, it outlines Dworkin's concept of the principle-based legal decision.

**KEY WORDS:** Ronald Dworkin; Legal Principles; Legal Argumentation Theory.

## 1 Introdução

Nas modernas sociedades que experimentem a democracia como forma de governo, o papel o direito é posto em relevo. A questão de se terem "direitos" e quais são esses direitos exigidos pelo universo de cidadãos, grupos e agentes sociais emerge como um dos problemas centrais no cenário das sociedades democráticas. A Constituição, então, considerada como um todo enumerador de direitos, adquire importância crucial nas argumentações que se referem à proteção dos indivíduos. As inserções nas constituições democráticas de direitos individuais, sociais ou difusos reforçam a compreensão de que direitos devem ser protegidos.

Mas é suficiente que os direitos individuais se encontrem listados nas Constituições? Da mesma forma que a nomenclatura de um conceito não modifica o seu conteúdo, expor direitos em cartas legais, ainda que isso seja um avanço no sentido de proteção e, portanto, louvável, não significa que serão devidamente cumpridos, seja em sua totalidade ou em partes específicas.

O enunciar de direitos que não se efetivam pode ser comparado como a proclamação de frases de efeito. Alterando a ordem aristotélica, acidentes sem substâncias. “Levar os direitos a sério”, dessa forma, equivale a não somente os considerar enquanto disposições legais, possibilidade de serem realizados parcialmente, ou somente para alguns indivíduos. A questão que se coloca não é somente o que significa levar os direitos a sério, mas adjacer a esta interrogação elementos que envolvem a própria teoria vigente do direito. “Levar os direitos a sério” corresponde a efetivá-los em sua totalidade, bem como vislumbrar suas conseqüências para que deixem de ser, dessa forma, enunciações que podem muitas vezes parecer circulares e vazias.

Em síntese, essa é a questão que anima a teoria de Ronald Dworkin e, especialmente, a leitura que este filósofo faz do direito: levar os direitos a sério é, antes de tudo, tratar das decisões tomadas com base em princípios jurídicos que não são mais nada além de normas jurídicas, a despeito de sua ambigüidade e vagueza semânticas. O papel hoje desempenhado pelos princípios na definição dos direitos é inegável, cada vez mais os juízes e os tribunais apelam a essa espécie normativa na solução de casos judiciais. Isso é evidente na jurisdição constitucional, onde a questão dos direitos fundamentais está sempre em pauta de discussões.

O presente trabalho tratará desse tema na seguinte ordem. Inicialmente, será feita uma breve exposição acerca da teoria dos princípios e da noção de discricionariedade (1), especialmente, no que tange à leitura positivista da discricionariedade judicial em face de princípios amplos e abstratos (2). Nesses itens iniciais, serão expostas as argumentações que Dworkin formula em prol de sua teoria dos princípios, direcionadas, sobretudo, contra a interpretação do positivismo feita, especialmente, por Herbert L. A. Hart – embora a crítica de Dworkin também alcance, em termos gerais, a teoria de Hans Kelsen. Após essa primeira exposição, as implicações da teoria de Dworkin para o direito constituirão objeto das atenções desse trabalho (3). Ao final, será tratado o problema da discricionariedade judicial frente a princípios plurissignificativos e, especialmente, como Dworkin busca eliminar o recurso à discricionariedade na fundamentação das decisões em “casos difíceis” (4).

## **2 Os limites do direito e a teoria de princípios: uma introdução ao poder discricionário**

Várias acepções foram consideradas com o objetivo de explicar e, em conseqüência, dar continuidade ao pensamento do direito. Dessa forma, muitas são as teses que adjudicam a condição de compreender a atividade jurídica. Dentre essas, unânime se mostra a teoria do positivismo jurídico como responsável por considerações acerca de tal conjunção.

Inseridos nela gama vasta de autores, várias são as suas derivações. Entretanto, como pertencentes a uma mesma matriz teórica, são dotados de características comuns. Dworkin, ao pôr em análise o positivismo jurídico com a sua diversidade de autorial e, portanto, teórica, reconhece três características que são a estes sistemas comuns.

Tais características, então, fazem jus a denominação de pontos caracterizadores da tese positivista geral. Estas “proposições centrais e organizadoras” podem ser enunciadas da seguinte forma: (1) é considerado o direito de uma comunidade o conjunto de regras destinadas a regular os comportamentos que serão punidos ou coagidos pelo poder público; (2) em havendo uma situação onde o direito vigente não abarca um determinado fato, a decisão deverá ser tomada por uma autoridade pública que, através do uso de seu discernimento pessoal, declarará uma resolução; (3) o conceito de obrigação jurídica corresponde a uma situação onde um fato se enquadra em uma regra de direito. Em não havendo essa regra, não há como se falar neste dever. Significa, dessa forma, que,

quando um juiz decide um caso controverso no exercício de sua discricção, não está ele versando sobre um direito jurídico acerca da matéria questionada.<sup>3</sup>

Há que se vislumbrar, então, que as características (2) (3) estão ligadas intrinsecamente, já que versam sobre a questão da discricionariedade do julgador. Nesse sentido, faz-se necessário observar os pontos de destaque (1) e (2), este último contendo a proposição (3).

Todo o direito é composto por normas que têm por finalidade a regulação de comportamentos, direta ou indiretamente. Direta quando a própria regra expõe a ação a ser realizada ou evitada; indiretamente quando o regulamento normativo preserve designações acerca da produção de normas de conduta. Em qualquer sistema jurídico se faz presente um teste que objetiva a verificação de pertencimento de uma regra ao ordenamento jurídico.

Uma teoria positivista se associa a duas teses importantes que acabarão por envolver os limites do direito e a desvinculação entre direito e moral. O primeiro aspecto irá tratar da questão das fontes sociais do direito, onde se preconiza a necessidade de existência de um parâmetro de decisão acerca de identificar quais normas pertencem ao ordenamento jurídico, o que culminará em uma tentativa de especificar os casos difíceis e a sua relação com a própria teoria do positivismo.<sup>4</sup>

Em Kelsen, a relação de pertinência ao sistema se dá em razão da chamada norma fundamental. Uma regra de direito adentra na ordem jurídica se puder ser remetida a este ponto axiomático hipotético do sistema quanto à sua relação com as delegações de poderes no âmbito de autoridades, bem como aspectos formais com relação a normas superiores. Isso se deve ao fato de ser o direito caracterizado como um sistema dinâmico. Bobbio, seguindo o pensamento kelseniano, acresce ao acima mencionado as questões materiais do sistema, o que significa que a pertinência se dá tanto por delegações de poderes para a propositura da norma, aspectos formais normativos e também por limitações materiais de normas que a ela são superiores hierarquicamente.

Dworkin faz uso do sistema positivista jurídico enunciado por Hart. Na teoria por esse autor preconizada existem dois tipos de regras: primárias e secundárias. São regras primárias aquelas que vêm a conferir direitos ou impedir obrigações aos indivíduos. Já as regras secundárias têm por objeto a regulamentação acerca da origem, modificação ou extinção das regras primárias. Esta diferenciação se mostra importante para que se determine, no sistema de Hart, como as regras podem ser consideradas válidas.

Assim, uma regra vem a ser obrigatória para uma determinada comunidade porque essa, em suas práticas, aceita essa regra de conduta. Outra forma de vir uma regra a se tornar obrigatória é pelo fato de ser ela promulgada em conformidade com o estabelecido por uma norma secundária. Quando desenvolvida uma regra secundária fundamental, que tem por objetivo determinar como as regras jurídicas devem ser identificadas, ela recebe a denominação de regra de reconhecimento. Essa, então, tem por finalidade última a identificação de elementos normativos que são, de fato, o direito.

O objeto principal da teoria do direito é conhecer, descrever e explicar essas convenções do passado. É possível que os juízes se encontrem com casos difíceis e que utilizem critérios extra jurídicos para resolvê-los, porém desde uma posição como a de Hart o direito é o conjunto de fatos sociais que se podem identificar mediante métodos específicos. Quando o juiz utiliza outros elementos não está aplicando o direito senão que está inventando o direito.<sup>5</sup>

Observa-se, dessa forma, que a questão da discricionariedade judicial está presente desde as primeiras determinações de escolas positivistas. Em cabendo ao direito a explicação de acontecimentos fáticos, este conhecer está ligado com a questão de que decisões passadas acabam, em geral, a determinar as presentes. Assim, em não havendo uma norma de direito ou uma decisão judicial anterior que possa ser aplicada a um acontecimento atual, cabe ao juiz, no uso de seu poder discricionário, decidir. Essa decisão, então, por não utilizar o direito vigente, cria algo novo na esfera jurídica.

A temática da discricionariedade, nesse sentido, encontra-se presente nos três aspectos elencados como aspectos caracterizadores do positivismo enquanto escola jurídica. Assim, seguindo os ditames da doutrina em tela, a discricionariedade de uma autoridade jurídica, no caso de uma teoria da decisão dos juízes, depende, para ser invocada, do acontecimento de uma situação específica.

Este acontecimento determinado onde se faz possível o uso de um proclamado poder discricionário pode ser enunciado como um “caso difícil”. Para o positivismo jurídico, quando uma determinada questão levada ao poder judiciário para que este venha, através de um magistrado, a proferir uma decisão não se enquadra em nenhuma legislação específica, está-se defronte a um problema que, para ser solucionado, necessita da atuação discricionária do agente decisório para que venha esse a tomar parte por um ou outro sujeito processual.

Ela [versão acadêmica do direito] enfatiza que o direito pode ser silencioso a propósito do litígio em questão porque nenhuma decisão institucional anterior emite, sobre ele, qualquer opinião. [...]. O juiz, portanto, não tem nenhuma opção a não ser exercer o seu discernimento para criar uma nova norma, preenchendo as lacunas onde o direito silencie e tornando-o mais preciso onde for vago.<sup>6</sup>

Dworkin argumenta contrariamente a esta tese. Se para o positivismo a argumentação discricionária supõe a pré-existência do direito de uma das partes, para este autor a decisão judicial não descobre um direito já existente, mas cria um novo. Em utilizando uma ficção artística acerca da discricionariedade, os positivistas tomam a posição de um escultor e sua obra: o agente não cria, mas apenas retira, de um bloco de pedra, uma figura qualquer. Não há criação; há descobrimento. Para Dworkin, ao contrário, o artista tem diante de si uma tela em branco, onde, por meio de tintas que perpassam os fios dos pincéis, dá forma a figuras diversas. Aqui não há descobrimento, há criação. Como afirma Dworkin:

Sua opinião [positivistas] é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tenha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão.<sup>7</sup>

É preciso, entretanto, ter um ponto de partida. Significa, pois, ser necessário a busca de elucidações que vão além da questão acerca da essencialidade do uso do argumento da discricionariedade judicial. O questionamento que se exige, por mais simples que possa parecer, mostra um grande ponto de debate, que acaba por retomar as primeiras perguntas acerca da totalidade. Essa questão decisiva para o tema de um pressuposto criacionismo judicial é a pergunta originária, ou seja, como se dá um caso difícil? Como ocorre uma situação onde o juiz tem que recorrer ao seu poder de decisão que não se restringe ao seguimento de leis vigentes?

A teoria positivista vê a origem da discricionariedade na ausência de legislação aplicável. Havendo uma situação onde o direito aplicável não há, e como o poder judiciário tem o dever de responder a todas as questões a ele requeridas, cabe ao juiz, como agente estatal, proferir uma decisão. E é neste momento, quando se tem ausente um direito específico, e ao mesmo tempo o Direito deve conferir uma resposta ao apelo realizado, o juiz, investido de um poder específico de decisão, deve deliberar através de sua discricionariedade.

Outra situação que pode remeter ao emprego da discricionariedade é o fato de estarem na ordem jurídica presentes princípios. Embora sua existência tenha sido elencada por vários autores, a discussão levantada em torno deste conceito era se os princípios poderiam ser considerados normas de direito ou, ao contrário, como informadores do sistema jurídico. Kelsen já afirmava que apesar de serem os princípios enunciados como de direito, assim não o eram.<sup>8</sup>

Dworkin, quando da elaboração de sua teoria, reafirma pensamentos existentes, alavancando os princípios de sua posição positivista tradicional para os considerar como normas propriamente ditas. “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.”<sup>9</sup>

Nesse sentido, os princípios elencados nas Constituições não somente podem, mas devem ser considerados normas jurídicas. Isso acarreta, pois, que as diferenças entre normas e princípios não mais podem ser ditas válidas. Por isso, a correção de uma teoria do direito que abrange os princípios necessita de uma especificação do termo norma.

Tal especificação, dessa forma, abrange a compreensão do conceito de norma como um gênero, ou seja, conceber esse como sendo a si pertencente duas espécies, que conservariam de sua gênese conceitual o aspecto de dotação de normatividade. Estas espécies, ainda que apresentando

aspectos comuns, possuem diferenças fundamentais no que tange não somente à sua conceituação, mas à forma e conseqüências de sua aplicação

Dworkin expõe que a diferença entre princípios e regras tem natureza lógica. Significa que comporta a diferenciação aspectos próprios e identificáveis na sua aplicabilidade. Tanto regras quanto princípios objetivam decisões envolvendo obrigações jurídicas, mas são dissidentes quanto ao caminho para o qual guiam. "As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. 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."<sup>10</sup>

Exprime esse conceito aspectos essenciais. Em havendo a realização de uma ação ou acontecimento que esteja nas regras jurídicas previsto, esta disposição legal deve ser efetivamente levada a efeito. A não realização apenas é possível em não sendo a regra válida. Esta é a relação do tudo-ou-nada. Ou uma regra é dotada de validade e, portanto, deve ser realizada na íntegra ou, em não sendo válida, considera-se ter sido excluída do ordenamento jurídico.

No caso dos princípios jurídicos isso não ocorre, já que sua constituição é diferente das regras. Acerca disso preleciona Dworkin: "Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas."<sup>11</sup>

Assim, é possível distinguir com relativa inteligibilidade os comportamentos normativos do direito. Enquanto em uma regra a sua aplicação deve ser efetivamente realizada ou ela não pode ser considerada como dotada de uma esfera de validade jurídica, os princípios têm para com essas uma diferença de extensão. Quando um determinado acontecimento do mundo real se enquadra no amplo âmbito de abrangência e prescrição de um princípio, não se dá uma imediata relação de aplicação conseqüencial. Significa afirmar que um princípio, mesmo se não realizado, não perde sua característica normativa. Essa premissa se encontra mais clara quando se vislumbra uma situação de conflito de princípios.

Os conflitos normativos são freqüentes em uma ordem jurídica vasta. E isso possibilita, dado a característica de serem princípios e regras diferentes no cunho de logicidade, que seja possível a percepção de outro ponto dissidente entre ambos.

Dado o fato de serem as regras aplicadas na maneira do tudo-ou-nada, em havendo um conflito entre elas não se permite que ambas sejam válidas. A coerência é um postulado da ordem jurídica. Por esta preposição não se aceita no sistema do direito que entre suas partes componentes haja qualquer contradição. Significa, pois, que vige no ordenamento jurídico uma diretriz lógica denominada como princípio de não contradição<sup>12</sup>. Em um sistema que admite tal máxima não pode haver situação onde seja um comportamento ao mesmo tempo permitido e proibido.

Não podendo regras contraditórias permanecer no sistema jurídico, é necessário que haja a eliminação de uma das regras, para que a outra possa ter sua esfera de aplicação restabelecida. Surge, nesse embate, um questionamento derivado. Se uma regra deve ser eliminada quando em conflito com outra, como determinar qual delas será a excluída? Dworkin responde essa questão:

A decisão de saber qual delas [as regras] e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero.<sup>13</sup>

Pode-se afirmar, desse modo, que, havendo um confronto entre duas regras de direito que prescrevem, para um mesmo tema, comportamentos discordantes, a resolução desse vai depender de meta-regra, ou seja, de certas normas específicas que não estão regulando ações ou acontecimentos em geral, mas que possuem como objetivo principal o pôr termo a embates de regras jurídicas.

Adentrar nesse tema não significa pacificidade de conteúdo. Outra interrogação que se impõe, assim como a solução dos conflitos de regras, é um questionar também envolvendo embates. Da mesma forma que é possível o existir de regras divergentes, também as meta-regras podem apresentar essa característica. Trata-se, então, de um meta-conflito. Esses, por sua vez, são resolvidos não por meio de regras, mas por definições teóricas, as quais não aqui cabe explicar, já que

Dworkin sobre isso silencia. Essa omissão provavelmente é devido ao fato de que questões mais centrais são desenroladas pelo autor, e a temática do conflito de normas de resolução, apesar de digna de apreço, não se constitui dentre os aspectos centrais da discussão.<sup>14</sup>

Outra determinação importante acerca das regras é a existência de oposições aparentes. Equivalem essas a situações onde uma regra apresenta aparente contradição com outra. Um exemplo disso é a regra penal que estabelece a impossibilidade de punição a um delito quando há a circunstância da legítima defesa. A regra que se apresenta como exceção não está conflitando com nenhuma outra.<sup>15</sup>

Findas as explanações gerais acerca das regras, que foram necessárias para que houvesse um estabelecimento da posição dos princípios de direito. Esses acabam por adquirir uma maior importância para o argumento acerca do uso da discricionariedade nos casos difíceis.

Se quando se observa a aplicação de uma regra essa possui uma consequência imediata, no caso dos princípios isso não se dá. Mesmo que ocorridas as condições para a aplicabilidade de um princípio, suas consequências jurídicas não se dão de forma contígua. "Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão do peso ou importância."<sup>16</sup>

Esse conceito traz maiores elucidações quanto à relação entre regras e princípios. Como as regras devem ser aplicadas na forma do tudo-ou-nada, seu âmbito de validade acaba por ser circunscrito à sua necessidade de aplicabilidade direta, ou seja, não admite, excetuando-se quando possível o estabelecimento de cláusulas de exceção, não serem empregadas quando preenchidos os requisitos fáticos nela determinados. Quando se trata de princípios, contudo, idêntica relação de aplicabilidade não pode haver. Em estes possuindo uma dimensão de peso não podem ser vinculados a uma esfera de aplicação que tem por pressuposto a realização da consequência prescrita. É imanente, pois, à esfera do princípio uma verificação de força.

Dessa forma, quando princípios se encontram em uma situação de conflito não se considera como uma possível solução a exclusão de um deles do ordenamento jurídico. O que irá determinar qual princípio deve ser aplicado ao caso concreto será exatamente a dimensão da força de cada um. "Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia".<sup>17</sup>

Assim, se os princípios se encontram em uma dimensão do peso, e em razão disso o conflito que entre eles houver não estará localizado em um âmbito de validade, mas do peso, constantes serão as divergências para se haver definido qual designação de princípio se ajusta de maneira mais adequada ao caso em que se realiza a análise ou sobre o qual o conflito se mostra.

Estas são as acepções de Dworkin acerca do que sejam princípios e regras. Conforme o vislumbrado, os princípios são uma das "fontes" daquilo que se anuncia como casos difíceis, onde, para o positivismo, estão preenchidas algumas das situações cabíveis para que seja utilizada a discricionariedade do magistrado. É preciso, então, expor o pensamento da teoria positivista acerca dos princípios, para que seja possível o entendimento sobre o que seja e quais os efeitos do conceito de discricionariedade.

Pode-se apresentar duas formas de se conceber os princípios jurídicos. A aceitação de uma ou outra tese irá influenciar a explicitação do conceito de discricionariedade, tão caro às escolas positivistas do Direito.

Uma das possibilidades seria compreender os princípios da forma como Dworkin a explicitou. Significa aceitar o que até então foi exposto, ou seja, que os princípios devem receber o mesmo tratamento que é destinado às regras, tendo-os em consideração como se normas fossem. Esse modo de concepção faz com que sejam carregados de obrigatoriedade, devendo servir como fundamentos para decisões jurídicas.

Entretanto, o outro modo de percepção se mostra diverso do pensamento de Dworkin. Os princípios não teriam qualquer possibilidade de vir a determinar comportamentos diversos. Sua diferença para com as regras não mais poderia ser dita em referência à espécie, mas ao gênero.

Embora em um momento inicial não possa parecer haver diferença quanto à adoção de uma ou outra tese, qualquer pensamento não circunscrito há de corroborar as diversidades que podem

ocorrer quando de uma opção teórica. A situação que se põe, assim, não admite dualidade conceitual, já que a aceitação de um pensamento exclui o outro. Aceitar a ambos é dar vazão a uma contradição conceitual.

A primeira alternativa trata os princípios como obrigatórios para os juízes, de tal modo que eles incorrem em erro ao não aplicá-los como pertinentes. A segunda alternativa trata os princípios como resumos daquilo que os juízes, na sua maioria, "adotam como princípio" de ação, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados.<sup>18</sup>

Em resumo, tratar os princípios como normas faz com que seja obrigatória a sua satisfação. Do contrário, encontram-se no âmbito da facultatividade, o que os conduz ao conjunto das opções pessoais do aplicador do direito. A segunda opção, então, faz com que o juiz, no caso que se põe à análise, exerça uma função criativa, fazendo um novo direito. Esse exercício é, dessa forma, o argumento da discricionariedade judicial.

### 3 A discricionariedade e o positivismo jurídico

Demonstrada a relação entre as concepções de princípios, os casos difíceis e a discricionariedade, resta verificar em quais condições esta última é abordada pelo positivismo para então verificar se o conceito utilizado é condizente com os marcos teóricos da própria doutrina que o invoca.

Há que se fazer menção, desta forma, a seguinte digressão: "O conceito de poder discricionário só está perfeitamente a vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade."<sup>19</sup>

Assim, há que se compreender a discricionariedade como algo que pressupõe uma vinculação a uma situação em concreto. A relatividade do conceito é, portanto, derivada da sua relação com o contexto em que se insere.

Dworkin expõe que o uso da expressão discricionariedade pode se dar em dois sentidos: forte e fraco, sendo este último possuidor de duas subdivisões. Um primeiro sentido fraco traz por referência um contexto não determinado, ou seja, há uma exigência do "uso da capacidade de julgar."<sup>20</sup> Um outro sentido para o uso do conceito de discricionariedade em um sentido fraco se refere ao *status* de um funcionário que decide questões onde tal proclamação não mais pode ser contestada. Pode-se averiguar, com isso, que, nesse sentido, há uma disposição hierárquica, a qual permite que aquele que estiver em uma gradação superior tenha o poder final e supremo de emitir juízos.

Ao contrário do exposto está a extensão do sentido forte de discricionariedade. Aqui, o funcionário que decide não se encontra defronte a qualquer limitação disposta por uma autoridade. "Empregamos a expressão nesse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar."<sup>21</sup>

Dworkin ressalta que o conceito de sentido forte de discricionariedade não pode (e também não deve) ser compreendido como uma excessiva permissividade. Grande parte das ações praticadas têm em si carreadas questões de racionalidade, eficácia e equidade. O uso do poder discricionário em um sentido forte não permite àquele que deve tomar uma decisão a ausência de bom senso.<sup>22</sup>

Em sendo todos possuidores de bom senso, a discricionariedade em sentido forte não significa liberalidade, mas que a decisão de um agente não é controlada por determinados padrões que tenham sido por uma autoridade formulados. "Alguém que possua poder discricionário nesse terceiro sentido [o sentido forte] pode ser criticado não por ser desobediente, como no caso do soldado."<sup>23</sup>

A questão que se põe, após estes esclarecimentos, e para que se possa retornar à questão da discricionariedade para o positivismo, é a necessidade de verificação de qual dos sentidos esta doutrina faz o uso do poder discricionário. Em sendo levado uma discussão acerca de um fato ou

uma obrigação jurídica ao magistrado, deve ele decidir em conformidade com que a regra traz em seu corpo constituinte. Não há, se seguida essa dimensão, uma possibilidade de uso do poder discricionário.

Além disso, Dworkin expõe que o positivismo faz uma menção há que o fato possui, além de regras onde é claro a sua esfera de atuação, normas portadoras de uma "textura aberta", em claro uso da tese preconizada por Hart. Corresponde a afirmar que existem certas normas que não apresentam certeza e distinção acerca de seus regramentos. Sobre isso, afirma Dworkin que os positivistas argumentam que os juízes em sua atividade jurisdicional devem procurar sempre avaliar as especialidades do direito. Também enuncia o positivismo que os juízes, apesar de preparados e realizando observações específicas e profundas sobre o direito, poderão se encontrar em discórdia.

Aqui, o conceito de discricionariedade se funda no primeiro sentido fraco. Existem certas normas que devem ser cumpridas, e cabe ao magistrado essa aplicação. Há a necessidade de uma capacidade julgadora, já que as regras não podem ser aplicadas mecanicamente. Entretanto, situações se põem onde o poder discricionário se emprega não no sentido fraco, mas no sentido forte. O uso da discricionariedade no sentido fraco não modifica qualquer pensamento que busque justificar os princípios de direito, visto ser possível a afirmação de que um magistrado, quando em um caso determinado, deve formar sua opinião e seguir certos ditames legais. Nesse sentido, é possível afirmar que os positivistas, em algumas vezes, compreendem a discricionariedade no seu sentido forte. Quando isso se verifica, há sentido em se questionar o problema dos princípios.

Então, no positivismo preconiza-se que a ausência de regramento específico possibilita ao juiz que faça uso de seu poder discricionário. Colocando-se isso em conformidade com o conceito de sentido forte de discricionariedade, afirma-se que os magistrados que utilizam o seu poder discricionário não estão vinculados a qualquer designação de autoridade. Nos dizeres de Dworkin: "Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e não são citados pelos juizes não impõe obrigações a estes."<sup>24</sup>

Feita a digressão acerca dos sentidos de discricionariedade e a verificação de que, apesar de o positivismo fazer uso desses sentidos, aquele que mais se adapta às suas teses é aquele que predispõe que, em certos assuntos, o funcionário que tem por tarefa a decisão (no caso, um magistrado) não se vincula plenamente às designações de uma autoridade. Trata-se, portanto, do sentido forte.

Contudo, apesar de já ter sido demonstrada a relação entre as designações de princípio e a discricionariedade tal como utilizado pelo positivismo, faz-se necessário estender tais temáticas a fim de que se possa, posteriormente, questionar-se acerca da existência ou não de uma necessidade de terem os juízes um poder discricionário.

Um dos argumentos sobre princípios diz que eles não apresentam as mesmas características das regras. Dessa forma, mantêm o estatuto de informadores e suplementadores de questões jurídicas. Não sendo normas propriamente ditas, não obrigam os magistrados a seguirem seus ditames. A questão que se impõe é se não há algo que determine que os princípios obrigam certos atos, também não há nada que mencione a sua não obrigatoriedade.

Outra designação sobre os princípios já leva em conta o seu caráter de normatividade. Entretanto, isso não significaria que eles possam conduzir a qualquer resultado particular. O contra argumento de Dworkin determina que isso apenas é mais um dos aspectos que os diferenciam das regras: "[os princípios] inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem."<sup>25</sup> A continuidade da argumentação expõe que, embora os princípios possam direcionar a decisão, não é argumento suficiente para justificar a existência de um poder discricionário. Esta afirmação se justifica no sentido de que se um princípio direciona a decisão para uma certa posição, outra foi preterida em razão dessa. Assim, houve uma colisão de princípios, que foi resolvida, como lhes é próprio, pelo âmbito do peso. Dessa forma, o princípio que se está seguindo foi considerado com maior peso que os outros princípios envolvidos. Esse, então, direciona a decisão a ser manifestada pelo juiz.<sup>26</sup>

Dessa forma, feita a designação do peso dos princípios e sendo um escolhido pelo magistrado, a este cabe seguir o ditame que foi considerado superior no caso concreto. Este juízo pode ser por

outros considerado equivocado. Mas isso também pode ocorrer com as regras. Tem-se dificuldades, dessa forma, em se vislumbrar o poder discricionário no sentido forte, já que há uma certa definição do seguimento da decisão a ser tomada.

Além das designações apresentadas acerca dos princípios, há uma terceira ainda não exposta. Trata-se de uma consideração dos positivistas que alegam que os princípios, por serem em gênese sujeitos a conflitos, causam controvérsias que acabam por impossibilitar uma predição do resultado em conflito.

Fato posto é que as regras possibilitam certas resoluções. Regras em conflito têm sua solução no âmbito de validade, com a exclusão de uma delas ou com a permanência de ambas no ordenamento, desde que haja uma outra regra que funcione como cláusula de exceção. Dessa forma, quando em um caso há um uso de regras, é possível, ainda que sem garantia de efetividade, produzir o resultado finalizador. Em suma, com o uso de regras há uma garantia de segurança jurídica.

Com os princípios apresentam-se alterações nesse quadro. Quando esses se encontram em colisão, a dimensão da resolução não é, como nas regras, a validade, mas no âmbito do peso. Significa que princípios contrapostos não são excluídos da ordem jurídica, mas conservados em sua plenitude. Assim, quando em uma situação fática se envolve princípios conflitantes, não há uma forma segura que garanta a possibilidade de predição do resultado do conflito, já que a solução não se vai ocorrer tendo por fundamento meta regras, mas o desfecho irá apresentar como fundamento a argumentação envolvendo os princípios colidentes. Tem-se, assim, que se forma, com os princípios, necessária uma teoria da argumentação para tais resoluções. Acerca da argumentação envolvendo o peso dos princípios: "Não existe papel de tornassol para testar a consistência desse argumento – ele é matéria que depende de juízo e pessoas razoáveis podem discordar a respeito dela."<sup>27</sup>

Nesse sentido, não se pode falar em poder discricionário, já que ao magistrado cabe obter um resultado final para a controvérsia que ao poder judiciário foi levada, ainda que haja discussões quanto à sua compreensão.

Em sendo finalizada essa argumentação, pode-se verificar que são duas as possibilidades reais de consideração acerca dos princípios: ou são eles obrigações jurídicas, ou não são considerados leis, com fundamento no fato de que não estariam dispostos sobre um teste de pertencimento ao sistema jurídico, por exemplo, na regra de reconhecimento de Hart.<sup>28</sup>

Um exemplo real ajuda a elucidar as diferenças quanto a esses modos de se conceberem os princípios. Utilizar-se-á o caso Elmer, de repercussão nos debates acerca das relações entre regras e princípios. Trata-se de um crime cometido em 1882, sendo o autor Elmer e a vítima o seu avô. Elmer, como beneficiário do testamento, assassinou o avô para impedir que este viesse a, porventura, alterar o testamento. A lei civil concedia a Elmer a condição de beneficiário, já que não havia no testamento qualquer violação a condições intrínsecas e extrínsecas ditadas pela legislação. Não havia nenhuma norma que ditasse que aquele que fosse herdeiro não teria direito a receber o quinhão destinado se houvesse atentado contra a vida do testador.

As filhas do testador questionaram judicialmente a entrega do patrimônio que convinha a Elmer, cabendo a mais alta Corte do Estado de Nova York a decisão. O advogado de Elmer fez uso do argumento que se os juízes não determinassem o cumprimento do testamento estariam alterando uma lei em troca de suas próprias convicções. A Corte, através de seus membros, decidiu que as decisões por ela tomadas deveriam ter seguimento à lei, ou seja, em conformidade com o direito vigente. A discussão, então, versava sobre a regra que determinava o modo de transmissão do patrimônio e um princípio de direito que dispõe que a ninguém cabe o benefício de um ato ilícito.<sup>29</sup>

A decisão pela Corte proferida foi favorável às filhas da vítima. Isso somente se deu pelo fato de que princípios podem ser considerados como regras, e também ao debate acerca de como deve ser interpretada a lei (seguindo-se uma literalidade, pela intenção do legislador ou pela interpretação de uma lei de modo a poderem os juízes ajustá-la ao máximo possível aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito).<sup>30</sup>

Dworkin faz uso de argumentos que vão de encontro à idéia de poder discricionário e favorável à abordagem que considera os princípios como normas de direito, descartando a tese de que os princípios não vêm a prescrever resultados obrigatórios.

A não ser que pelo menos alguns princípios sejam reconhecidos como obrigatórios pelos juízes e considerados, no seu conjunto, como necessários para chegar a certas decisões, nenhuma regra ou muito poucas regras poderão ser então consideradas como obrigatórias para eles.<sup>31</sup>

Assim, a partir da consideração de princípios como o exposto, e a questão ainda vigente acerca do poder discricionário, há que novamente se realizar uma conjunção desses argumentos, mas de forma diversa do que foi aqui enunciado.

As regras podem ser alteradas em conformidade com o especificado na legislação a isso pertinente. Além disso, toda regra vigente está sujeita a um exercício de interpretação, onde se pode, por exemplo, tentar demonstrar que as disposições normativas não se encontram em sede de conflitos.<sup>32</sup> Outras vezes o que há é o fato de que na interpretação se efetiva uma retração daquilo que na regra se expõe. Se coubesse aos tribunais a possibilidade de alterar as regras por meio de seu poder discricionário, haveria a perda do conceito de segurança jurídica, tão caro ao positivismo. Assim, para sustentar o modelo de direito dessa teoria, seus adeptos devem usar por argumento o fato de que há certos padrões que determinam quando uma regra pode ou não ser alterada. Tais disposições devem ser consideradas obrigatórias para os juízes.

Uma questão se põe como derivada do exposto. Se há uma possibilidade de mudança pelos juízes das regras, como determinar quais são e em que condições isso pode ter acontecimento? Duas são as possibilidades de argumentação, sempre tendo em conta o argumento de princípios e suas conseqüências. Passa-se a estas observações.

A primeira alternativa coloca a possibilidade de alteração de uma regra apenas quando esta transformação pode vir a favorecer algum princípio. É o caso do processo envolvendo Elmer. Uma regra de direito que tratava da validade de um testamento em detrimento de um princípio que reza a impossibilidade de benefício por atos ilícitos. Ato contínuo é a questão que se qualquer regra pode ser modificada em razão de um princípio, não haveria nenhuma possibilidade de afirmação do direito. Passaria ele a ser algo composto por diretrizes que podem ser continuamente alteradas, negando em totalidade seu constitutivo de segurança.

Assim, deve-se ter em mente que nem todas as regras possam ser modificadas em função de argumentos de princípios. Para que se mantenha o atributo de segurança ao direito, é preciso que nem todos os princípios possam ter a condição possibilitadora de alteração de regras. "É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros."<sup>33</sup>

Desse modo, é necessário que esses princípios com peso superior original aos outros sejam estabelecidos *a priori*. Esta preposição se justifica pelo fato de que se essa eleição ficasse a cargo de cada juiz em particular a decisão se fundamentaria em aspectos e considerações pessoais do magistrado. Nesse sentido, permaneceria a possibilidade de não ser nenhuma regra considerada como obrigatória, já que freqüentes seriam as suas mutações.

Uma segunda alternativa à questão colocada inicialmente trata, ainda, da mesma temática principal, ou seja, estabelecer um limite para as possibilidades de alterações das regras jurídicas. Um magistrado, para que possa vir a modificar uma regra, deve levar em conta alguns padrões que irão definir a possibilidade ou não de realizar a mutação da norma em questão. Estes padrões seriam, em geral, os princípios. Constituiriam-se estes padrões a teoria de supremacia do legislativo, que exige dos tribunais o respeito à teoria da separação dos poderes, não realizando decisões que se interponham na esfera deste poder; também a teoria do precedente, que busca a equidade e eficiência, estes, então, seriam como barreiras à possibilidade de alteração de todas as regras. Isso é expresso na seguinte afirmação de Dworkin: "Os juízes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória."<sup>34</sup>

Novamente se vislumbra o problema da discricionariedade. Aqui se pode verificar a questão da sustentabilidade de tal tese, já que mesmo nas situações onde há certa margem de decisão para o agente, ele está determinado a uma das possibilidades de escolha.

É possível observar que, quando se reconhece o direito como sendo um sistema de regras e que essas devem ser modificadas com a introdução no sistema de novas regras, acabará por ser vislumbrado o conceito de poder discricionário no seu sentido forte. A consequência disso é que

Nos outros sistemas de regras nos quais ele [o jurista] tem experiência (como os jogos), as regras são a única autoridade importante a reger as decisões oficiais, de tal maneira que se um árbitro puder modificar uma regra, ele terá poder discricionário com respeito ao conteúdo dessa regra. Quaisquer princípios que os árbitros possam mencionar ao modificar uma regra representam apenas as suas preferências "típicas". Os positivistas tratam o direito como se ele fosse essa versão revisada do beisebol.<sup>35</sup>

A teoria do poder discricionário, então, deve ou ser abandonada ou esclarecida de tal forma a ponto de se poder vislumbrar a sua trivialidade<sup>36</sup>, principalmente pelo motivo de se ter adotado a necessidade de uma teoria que considere os princípios como normas, mas diferentes das regras.

#### **4 As consequências teóricas da estipulação de direitos e sua efetivação: o significado de "levar os direitos a sério"**

Tratou-se até agora da concepção de Dworkin acerca da discricionariedade. Para isso, foi preciso enunciar, como ponto inicial, o debate envolvendo a existência de uma possível distinção entre regras e princípios. Isso foi preciso em razão de que a discricionariedade, como um dos pilares das teorias positivistas, ocorre, de maneira geral, em situações enunciadas como casos difíceis, onde os princípios se fazem presentes.

Então, a teoria dominante do positivismo jurídico se funda em aspectos que envolvem a definição do direito como sendo um conjunto de regras que objetivam a regulamentação de certos comportamentos, o que acaba por determinar padrões comportamentais como aceitos ou rejeitados, e a existência de um poder discricionário dos juízes para que sejam decididos os casos difíceis.

Ambos os argumentos, em sua análise, envolvem questões de princípios. Se o direito prescreve comportamentos por meio de regras que também inscrevem em seu âmbito uma possível sanção para um eventual descumprimento dos seus ditames, é preciso verificar o fato de que alguns comportamentos não são determinados por meio de regras, mas de princípios, que, em razão de sua constituição diversa das regras, não se assemelha a elas quanto aos conflitos e modos de solução desses, bem como as determinações de conteúdo.

O outro argumento também requer o uso dos princípios. Para o positivismo, quando há regra clara para um caso concreto, ou quando este se mostra de difícil solução, o juiz está autorizado a fazer uso da discricionariedade para se chegar a uma solução efetiva.

Assim, dispostos os vários sentidos da expressão discricionariedade, vê-se que a dubiedade conceitual ainda persiste. Deve-se isso ao fato de que muitos positivistas não aceitam a definição de princípio como norma, o que lhes possibilita contrapor-se às regras, impedindo de início a formação de uma possível discricionariedade. Em se aceitando essa tese, é necessário verificar de que forma os princípios podem permitir que um magistrado modifique uma regra, criando um novo direito. A dificuldade está no fato de manter a possibilidade de predição de resultados, já que em sendo possível mudar as regras em face de um princípio acabariam por perder o seu próprio valor. A discricionariedade, então, torna-se aqui impossível.

Outra forma seria postular que alguns princípios são superiores, o que os permitiria prevalecer sobre as regras. Os demais, por sua vez, não teriam tal característica. Manteria-se, assim, as características das regras, evitando-se a consumação da ausência de segurança jurídica. O papel do poder discricionário, aqui, mostra-se desnecessário, até mesmo trivial, já que, em um princípio prevalecendo sobre uma regra, já há uma direção a seguir para a realização da decisão. Em prevalecendo a regra também há determinação.

Certamente isso não significa que não haja dissidências quanto às soluções que sejam preferidas. Isso é derivado do fato que, em situações que envolvam princípios, haverá a necessidade de

argumentação envolvendo a dimensão do peso do princípio. “[...] o positivismo nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz.”

Os princípios trazem em seu conteúdo agregado direitos individuais. Regras também podem determinar direitos, como o caso da regra que determina o número de jurados em um tribunal, por exemplo. O principal acerca disso é o fato de serem tais normas garantia de direitos.

Significa que a importância da estipulação de direitos vai além da determinação de comportamentos desejáveis, como preconiza um dos sustentáculos do positivismo. Ela se fundamenta, precipuamente, na questão de virem os direitos a serem considerados não somente como direitos do indivíduo em face de uma maioria opressora,<sup>37</sup> mas também contra o Estado. “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm.”<sup>38</sup>

Enunciar que direitos individuais são trunfos políticos pode, a princípio, ser comparado a uma frase de efeito, o que acaba por formar algo que não apresenta efetividade. Para que isso seja modificado, é preciso haver uma compreensão sobre o que significa a enunciação acerca dos direitos.

As cartas de direito sempre foram consideradas como vitórias dos homens em relação a opressões e a sistemas totalitários e ditatoriais. Quando estas foram nas Constituições inseridas, vislumbrou-se a proteção institucional dos direitos e garantias dos cidadãos. A questão que se coloca envolve a extensão desses direitos. Quais os direitos de uma minoria em face de uma maioria? Aqueles que tiveram seus direitos violados têm a faculdade de violar a lei? É possível punir aqueles que violam a lei? Em suma, é obrigatório o seguimento de uma lei quando esta é manifestamente injusta?

A maioria dessas interrogações não encontra vazão no âmbito da teoria positivista. A despeito das várias discussões havidas no que tange a determinar se deve o Estado escolher modos de vida (bens) a serem seguidos por seus cidadãos, o que congrega uma discussão de princípios, o que acarretaria uma crítica ao positivismo em sua versão tradicional, a discussão quanto aos direitos ainda permanece.

Nesta teoria dominante do positivismo a possibilidade que indivíduos contrariem a lei existe, já que é próprio do homem a ação. Contudo, a transgressão legal, possível no campo empírico, envolve a designação de uma sanção jurídica, ou seja, o não cumprimento da lei implica a destinação de uma pena àquele que pratica o ilícito. “[...] a teoria dominante é falha porque rejeita a idéia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado [...]”<sup>39</sup>

Assim, vê-se que ainda em sendo difícil exigir do governo a proclamação de respostas corretas sobre os direitos, pode-se exigir que haja sempre tentativas para essa realização. Exigir que sejam os direitos levados a sério corresponde a exigir que haja um seguimento coerente aos direitos, que esses sejam respeitados e constantes sejam suas tentativas de efetivação.

Dworkin considera uma designação empírica o fato de que os indivíduos têm direitos morais contra o Estado.<sup>40</sup> Então, sua discussão se volta a uma contraposição de argumentos de conservadores e liberais, demonstrando que, apesar das suas diferenças proclamadas, suas respostas a certas questões são as mesmas.

A interrogação posta em voga, portanto, compreende a questão acerca de ser possível ou não que indivíduos tenham um direito moral de violar uma lei. Também agrega o fato de ser admissível o não cumprimento da designação de uma lei que seja válida. Estas perguntas são respondidas pelos dois grupos, os conservadores e os liberais. Embora a princípio suas respostas sejam diferentes, o seu fundamento é o mesmo, o que traz a tona o quão semelhantes são as propostas de soluções, já que a consideração fundante de ambos é igual.

O argumento se apresenta de modo mais claro quando vislumbrado sob a situação da liberdade de crença e a escusa de obrigação por motivação religiosa ou de consciência. Tanto conservadores quanto liberais admitem a situação. A consequência, entretanto, pode ser diversa.

Ambos afirmam que é dever dos cidadãos obedecer às leis vigentes. Essa obrigação também se dá, além da esfera jurídica, no âmbito da confiança. Os homens devem obedecer a leis que não concordam porque outros cidadãos também obedecem a mesma ordem. A garantia do Estado e da sociedade exige tal comportamento.

Para os conservadores, um cidadão tem o direito de, caso uma lei seja contrária a uma convicção religiosa ou de consciência, optar pelo seguimento de uma ou outra. Se a escolha recair na convicção pessoal, deverá arcar com as designações sancionadoras legais. Haverá uma punição por ser cumprido uma determinação de consciência. "Por que devem ser processados? Porque a sociedade não pode tolerar a falta de respeito pela lei que tais atitudes expressam e encorajam. Em resumo, eles devem ser processados para que eles e outros como eles sejam desencorajados de fazer o que fizeram."<sup>41</sup>

A consequência do argumento coloca a tese inicial deste em contradição. Como requer que pessoas sigam suas considerações de consciência se isso deve ser punido para que não mais haja desobediência?

O mesmo ocorre com o pensamento liberal. Esses são favoráveis a que funcionários de escolas dêem rapidez ao processo de dessegregação. Por outro lado, admitem que as pessoas podem descumprir uma lei quando há uma convicção moral envolvida, havendo, para isso, uma punição legal. Assim, como coadunar o pensamento de que a lei contra a segregação é justa e que pessoas que contra ela se colocam podem seguir suas convicções descumprindo a lei?

Os conservadores e os liberais concordam que às vezes um homem não comete um erro ao violar a lei, quando sua consciência assim exige. Quando divergem, é a respeito de saber qual deveria ser a reação do Estado. Ambas as partes acham que, às vezes, o Estado deveria processá-lo. Mas isso não é incompatível com a afirmação de que o homem processado agiu corretamente ao infringir a lei.<sup>42</sup>

É preciso, aqui, retomar a questão central de que os cidadãos têm direitos contra o Estado, o que acarreta aspectos na esfera dos motivos pelos quais os direitos devem ser levados a sério. Necessário, então, que o governo, quando restringe certos direitos, deve justificar tal impedimento.

Muitas vezes essas restrições são realizadas fundamentalmente em argumentos utilitaristas. Mill, quando enuncia sua doutrina da utilidade, prescreve que os atos ou ações realizados devem ser justificados quando concedem uma satisfação dos prazeres a um maior número de pessoas.<sup>43</sup> Isso justificaria, então, a realização de certas restrições de direitos individuais a algumas pessoas quando isso acabaria por trazer um benefício superior a todos os demais. Isso não corresponde a afirmar que jamais o governo poderá retirar ou restringir a aplicação de direitos. Apenas significa que o governo não pode restringir direitos quando os motivos gerais têm pouca importância frente ao respeito e à efetivação do direito individual a ser restringido.

Deve-se destacar que o direito de desobedecer a lei é considerado como um direito no sentido forte. Esse ocorre quando alguém tem o direito de realizar algo, sendo equivocado a interferência ou que esta necessite de razões especiais para que seja justificada. Esta forma de dizer o direito não é idêntica a enunciar que alguém praticou uma ação correta. Assim, quando se trata da desobediência, se for considerada esta no sentido forte, cabe ao estado não interferir, impedindo-a.

"Em nossa sociedade, às vezes um homem tem o direito, no sentido forte, de desobedecer à lei. Tem esse direito toda vez que a lei erroneamente invada seus direitos contra o governo."<sup>44</sup> Em sendo negada a possibilidade de desobedecer a lei, negar-se-á também a existência de direitos individuais contra o Estado.

Os conservadores podem enunciar que existem direitos concorrentes e que o governo estaria autorizado a limitar certos direitos em detrimento de outro. O aspecto não seria mais a utilidade de um direito, mas de relação de conflito que pode entre esses haver.

Entretanto, isso acaba por minimizar os direitos contra o governo, já que poderiam estar em situação de limitação por meio de uma decisão majoritária. Nem mesmo procedimentos democráticos podem pôr a termo direitos contra o Estado. "Um direito contra o governo deve ser um direito de fazer algo mesmo quando a maioria considera errado fazer tal coisa, ainda que a maioria fique prejudicada com isso."<sup>45</sup>

Mesmo a maioria pode simbolizar e representar uma tirania ou uma ditadura. Assim, mais uma vez se põe o fato da importância de se levar a sério os direitos. E isso corresponde a afirmar que um governo que tem isso por princípio "Deve abrir mão da idéia de que os cidadãos nunca têm o direito de violar a lei e não deve definir os direitos dos cidadãos de modo que possam ser anulados por supostas razões de bem-estar geral."<sup>46</sup>

A sociedade se manifesta diferente entre maioria e minoria. Dado a constituição dessa como uma democracia, as maiorias tendem a se reunir em torno de um fim comum, e tentar impor esse às minorias. Aqui se mostra limpidamente a importância dos direitos. São eles as garantias das minorias de que serão respeitadas. E, como minorias, a garantia de seus direitos será sempre controversa. Preciso é, então, que tenham confiança no alcance de seus direitos. Aos representantes, que certamente irão discordar das reivindicações da minoria, devem saber o que são direitos, para que sempre prevaleça o respeito a esses.

O governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada. Não será capaz de fazê-lo se negligenciar a única característica que distingue o direito da brutalidade organizada. Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério.<sup>47</sup>

Nesse sentido, se os direitos forem apresentados dentro de uma ótica que os conceba como frases de efeito, não são levados a sério. Isso impede, então, a própria constituição de um Estado democrático, já que nesse o mandamento supremo é a lei. Para que essa seja efetivamente cumprida, há que, inicialmente, haver uma consideração para com os direitos. Sem eles, nada poderá ser levado a sério.

## 5 A Teoria da Integridade de Ronald Dworkin como forma de evitar o recurso à discricionariedade no exercício da função judicial

No Estado democrático de direito, uma decisão judicial baseada em princípios abstratos e vagos não pode ser tomada arbitrariamente pelo magistrado com base na discricionariedade judicial. No entanto, como evitar o recurso à discricionariedade? Destaca-se, a respeito, a contribuição de Ronald Dworkin para a edificação de uma teoria construtivista<sup>48</sup> capaz de garantir, simultaneamente, uma solução justa para um determinado caso e rejeitar a discricionariedade como fundamento da decisão judicial. Dworkin reconhece a indissociabilidade entre interpretação constitucional e democracia e reconhece a centralidade dos direitos fundamentais como condição possibilitadora do regime democrático. Ele vincula a interpretação jurídica com a noção de democracia de tal maneira que se tornam interdependentes. Em outros termos, um determinado conceito de democracia possui certos reflexos na interpretação do direito. Caso seja acolhida a idéia de democracia como regime político que garanta a vontade da maioria, seja ela qual for, conseqüentemente, impõe-se a interpretação dos direitos fundamentais como regras antidemocráticas, na medida em que elas impõem limites à vontade majoritária.<sup>49</sup> Dworkin propõe também que se compreenda a democracia como expressão comunitária que considere a coletividade como fenômeno distinguível do somatório das vontades individuais de seus membros, o que dá um outro sentido aos direitos fundamentais: eles passarão a ser as condições de funcionamento da democracia à medida que garantem o direito de todos à "igual tratamento e respeito". Nessa visão, a liberdade de expressão, por exemplo, não é uma regra contramajoritária, mas a condição da própria construção da maioria, uma vez que garante o indispensável livre debate das idéias e propostas.<sup>50</sup>

Essas características fundamentais aproximam a concepção de Dworkin da teoria discursiva do direito habermasiana, já que, em ambas as concepções a interpretação jurídica em geral e a interpretação constitucional em especial são indissociáveis de uma concepção centrada na noção de Estado Democrático de Direito. Além disso, ambas as teorias concordam com o papel dos direitos fundamentais como instrumentos de um direito construído de forma legítima. A principal diferença reside em uma certa concepção comunitarista de democracia, rejeitada por Habermas. Dworkin vale-se de uma metáfora para exemplificar sua noção de democracia comunitária. Ele compara a ação coletiva a uma orquestra em que a execução de uma sinfonia depende de cada um dos instrumentistas e não da maioria deles: todos devem executar a obra com a intenção de contribuir para o bom desempenho da orquestra e não com a intenção de fazer um recital individual.<sup>51</sup> Com isso, Dworkin quer rebater a idéia de democracia centrada na vontade majoritária, pois somente em uma concepção comunitarista de democracia é possível contemplar o direito das minorias, pois

todos devem ter direito a igual proteção e respeito. Voltando ao exemplo da orquestra, mesmo o mais discreto instrumentista é importante para a execução de uma sinfonia e merece a mesma consideração de qualquer outro sinfonista. O músico que toca o triângulo, portanto, merece a mesma atenção dispensada ao pianista. Habermas, por sua vez, rejeita a aceção comunitarista de democracia que pressupõe, necessariamente, um conjunto de valores compartilhados pela coletividade, valores que não precisam ser justificados por serem pressupostos pela ação comunitária.<sup>52</sup>

Habermas rejeita a idéia de valores e tradições compartilhadas comunitariamente como pressupostos da democracia por serem incompatíveis com a noção de pluralismo e diversidade que marcam as sociedades democráticas atuais: "a eticidade substancial de um consenso de fundo suposto como natural e não problemático, não se combina bem com as condições do pluralismo cultural e social, característico das sociedades modernas."<sup>53</sup> Não há identidade possível a partir de valores culturais e sociais diversos, razão pela qual Habermas entende que as condições de entendimento devem brotar do próprio processo democrático. Apesar de rejeitar a suposição comunitarista de valores e tradições previamente estabelecidos e compartilhados, Habermas acolhe a conclusão decorrente que prescreve igual respeito e consideração por todos no processo de construção de uma decisão democrática. Portanto, embora exista uma sensível diferença quanto à necessidade da existência de valores pré-constituídos como condição da democracia, Habermas concorda com a proposta de política deliberativa do comunitarismo que busca o entendimento coletivo sem excluir qualquer participante.<sup>54</sup>

No entanto, não se deve confundir o peculiar comunitarismo de Dworkin com a proposta do republicanismo, acima criticada por Habermas. Embora Dworkin admita certas premissas comunitaristas, ele é fundamentalmente um liberal. Trata-se de um liberalismo baseado na igualdade, orientado pelo princípio de que as pessoas devem ser tratadas com igual interesse e respeito pela comunidade.<sup>55</sup> Não há em Dworkin a noção de que a democracia seria, tão somente, a forma concreta de materialização de uma identidade comunitária pré-existente, como ocorre na tradição republicana. Porém, Dworkin apela, em certa medida, à noção comunitária de democracia para justificar o princípio do igual respeito e consideração por todos os cidadãos - como na alegoria da orquestra. Assim, este autor foge de uma rígida taxinomia entre liberais e comunitaristas.<sup>56</sup> Como assinala Stephan Guest, ao comentar a peculiaridade da compreensão dworkiana de comunidade:

Pode-se agora ver que idéia de comunidade Dworkin tem em mente. As comunidades ou grupos em que surgem obrigações "fraternais" não são constituídos por fatos genéticos, ou geográficos, ou históricos, ou psicológicos. A idéia é o resultado de um juízo moral criado sobre as práticas atuais. Dworkin diz que argumentos sobre as obrigações do povo em comunidades políticas, nesse sentido fraternal, são mais sofisticadas. Comunidades são mais complexas e formam relações mais precisas que a descrição delas em termos, somente, de geografia, de história ("nacionalismo bruto") ou de um maior comprometimento moral com qualquer idéia de comunidades que exponham "regras claras" ("fair play") ou justiça entre seus governantes e seus cidadãos. A comunidade propriamente dita é aquela em que a associação fraternal fornece a justificação para as obrigações políticas, coloca ênfase no que diz respeito ao bem-estar e a equidade. Dworkin chama tal comunidade de "comunidade de princípios". Tal comunidade satisfaz os quatro níveis de obrigações especiais que possui para com o grupo, a vida pessoal, a demonstração concernente ao bem-estar dos outros e a demonstração de igual consideração por todos. A comunidade de princípios, diz ele, produz as responsabilidades da cidadania especialmente porque cada cidadão deve respeitar os princípios de imparcialidade e justiça que estão inseridos nos acordos políticos de uma comunidade particular. A comunidade de princípios, portanto, proporciona a melhor defesa da legitimidade política, bem como, a defesa de nossa própria cultura política.<sup>57</sup>

A polêmica acima descrita situa-se no âmbito dos fundamentos possibilitadores do discurso democrático. Para a teoria discursiva são condições inseridas na razão intrínseca ao próprio processo de deliberação, ao passo que para a visão comunitarista republicana reclamam uma fundamentação prévia e imamente: a força da tradição e a comunhão de certos valores. Apesar desse desacordo, ambas as propostas teóricas concordam na decorrência essencial: a legitimidade de uma deliberação democrática resulta da inserção equânime de todos os membros da comunidade no processo discursivo. Em relação especialmente a proposta comunitarista de Dworkin, como argumenta Günther, por um lado, é possível reconhecer a sua limitação no contexto de uma determinada comunidade política, tornando a moralidade *de facto* o ponto de referência da integridade. Entretanto, por outro lado, o "direito a igual consideração e respeito", a noção central da idéia de integridade, possui um "conteúdo universalista" que torna possível a operacionalização dos direitos

proposta por Dworkin, sem o recurso ao contexto limitado de uma certa "moralidade política".<sup>58</sup> Com isso, Günther busca aproximar a teoria da integridade, proposta por Dworkin, à idéia de imparcialidade, no sentido que Habermas dá a esse conceito. Feita a devida consideração das premissas há que discutir a teoria da jurisdição proposta por Dworkin e referendada por Habermas e Günther.<sup>59</sup>

Dworkin chama de *integridade* sua proposta de interpretação e aplicação da Constituição centrada na igualdade de tratamento e respeito. Ele entende a integridade como corolário da compreensão teórica de democracia como comunidade de princípios que lhe é indissociável. Essa concepção perpassa o direito constitucional como uma espécie de pré-entendimento ou filosofia política, alcançando o nível das controvérsias práticas de um determinado caso:<sup>60</sup>

Esse método pressupõe uma atitude totalmente diferente no cuidado à Constituição, no modo que ele considera que o texto da Constituição não é uma sucessão descontínua de posições políticas que distribuem o poder de diversas maneiras, mas um sistema de princípio. Este método insiste, então, sobre o fato que cada um dos artigos ou princípios abstratos devem ser interpretados e aplicados de modo a formar um todo coerente, sobre o plano dos princípios, com as interpretações aceitas por outras partes da Constituição e com os princípios de moral política que forneçam a melhor justificação fundamental possível do conjunto da estrutura constitucional.<sup>61</sup>

Dworkin procura, com a idéia de integridade, atingir simultaneamente dois propósitos importantes: moldar a atitude do intérprete de maneira a excluir o recurso à discricionariedade e propor uma forma de legitimar a decisão judicial considerando devidamente os princípios legais, morais e políticos - na terminologia por ele empregada, princípios relativos à "justiça", à "equidade" e ao "devido processo legal".<sup>62</sup> Em síntese, a proposta da integridade busca legitimar uma decisão judicial que considere todos os aspectos fáticos, normativos e morais relevantes para a solução do caso. Com isso, cria as condições para impedir a discricionariedade do intérprete, pois a magnitude da tarefa não deixa margem a escolhas arbitrárias. Ao contrário, exige do julgador um esforço hercúleo para construir uma decisão que integre materiais vastos e, não raro, conflitantes entre si.

Para Dworkin, saber se uma decisão judicial tomada com base em princípios amplos e gerais é interpretativa ou criativa é uma falsa questão. Um juiz, afirma ele, faz ambas as coisas simultaneamente, de tal sorte que, em termos estritos, acaba por não fazer nem uma, nem outra.<sup>63</sup> Além disso, essa dicotomia entre interpretar e criar levanta outra questão relacionada à atitude ativista ou auto-restritiva do Poder Judiciário. De maneira geral, os juízes ativistas crêem poder tomar uma decisão com base em princípios morais ou políticos extralegais, o que seria um grave equívoco para os que defendem a auto-restrição, já que o juiz não possui legitimidade eletiva para impor sua vontade a ninguém, devendo atuar sob o estrito amparo legal e abstenendo-se de interferir nos casos em que a lei não autoriza ou é omissa. Para Dworkin, também essa contraposição teórica é equivocada, pois esconde um problema complexo de maneira "simples e enganosa". A história dos chamados "erros judiciais" demonstra que decisões equivocadas podem ser tomadas tanto por juízes ativistas quanto conservadores, de maneira que essa contraposição não contribui para conceber a melhor maneira de evitar erros judiciais.<sup>64</sup> Portanto, Dworkin constrói uma teoria mais adequada à complexidade da problemática da correta decisão judicial que visa superar a polêmica entre ativismo e auto-restrição judiciais.

Toda a interpretação pressupõe uma teoria, uma pré-compreensão no sentido de Müller, um paradigma no sentido de Habermas. Dworkin vale-se da distinção entre conceito e concepções para considerar o pressuposto possível de interpretação.<sup>65</sup> O conceito de igualdade, por exemplo, possui diversas concepções específicas, manifestas em questões práticas relativas: a de saber se os homossexuais têm direito à união civil e à adoção, ou se a criação de cotas para negros nas universidades é válida. Se alguém afirmar que o reconhecimento da união civil homossexual ou da política de cotas nas universidades constitui um direito decorrente do princípio da igualdade, ele estará fazendo uma concepção *sui-generis* do que seja igualdade. Porém, como afirma Dworkin, isso é somente a ponta do *iceberg*, pois "debaixo da superfície estão milhares de outras suposições que contribuem para dar sentido ao comportamento do falante como um todo."<sup>66</sup>

A consequência imediata da vinculação entre conceito geral e concepções específicas é a de que a tarefa do intérprete depende estreitamente do que se entende por interpretar o direito: "precisamos entender que a interpretação vinculada à prática é regida pelo sentido de propósito ou finalidade de que se atribui a essa prática, ou que a interpretação vinculada à prática é sensível ao sentido da

finalidade a essa prática atribuído, ao *telos* dessa prática.”<sup>67</sup> Caso admitíssemos a idéia positivista de que uma boa decisão depende da vinculação do seu conteúdo ao conteúdo da lei, conseqüentemente admitiremos que a finalidade da interpretação é descobrir esse conteúdo. A descoberta do autêntico conteúdo de um enunciado normativo qualquer poderá levar-nos à questão da verdade ou falsidade de determinada interpretação. Diversamente, a integridade propõe outra finalidade para a interpretação jurídica: fazer a melhor interpretação possível. Para Dworkin, as interpretações não devem ser avaliadas em termos de verdade ou falsidade como se fosse objetivamente avaliada sua correspondência a um dado conteúdo normativo. A avaliação deve considerar a melhor interpretação possível.<sup>68</sup>

A proposta de Dworkin baseada na construção de decisões coerentes com um conjunto de princípios comunitariamente compartilhados contrasta com a proposta de segurança jurídica defendida pelo positivismo jurídico: a tomada de decisões judiciais de modo que se garanta o cálculo e a previsibilidade por parte dos cidadãos. A idéia de uma “comunidade de princípios” não rejeita a função de garantir a segurança jurídica que assume o direito na concepção positivista, mas procura ir além propondo uma decisão pautada pela aplicação de todos os princípios que regem uma sociedade:

Considerem, agora, uma visão diferente sobre a finalidade ou o objetivo das leis. Nela, sustenta-se que a visão positivista que acabei de descrever é por demais limitada. Ela reconhece que o Direito serve ao propósito de permitir às pessoas planejar seus negócios e que, para esse propósito, é desejável a previsibilidade. Mas acrescenta que o Direito deveria fazer mais do que isso pela comunidade. O Direito também deveria tornar essa regência, esse governo, mais coerente com seus princípios; deveria também procurar ajudar a preservar aquilo que poderíamos chamar de integridade de regência, do governo, da comunidade, de modo que a comunidade fosse regida por princípios, e não apenas por regras que pudessem ser incoerentes com os princípios. E insiste que esse último propósito é tão importante que bem deveria, nos casos particulares, ser mais importante do que a previsibilidade e a certeza.<sup>69</sup>

Retomemos o caso Elmer acima exposto. O motivo do homicídio foi o fato de que a vítima havia contraído núpcias recentemente e o assassino temia que alterasse o testamento, desfavorecendo-o.<sup>70</sup> A legislação nada diz a respeito. Em face desse caso, um juiz positivista determinaria que Elmer pudesse herdar alegando promover o cálculo e a previsibilidade das decisões judiciais, uma vez que a lei nada estipulava. O juiz poderia até concordar com a reprovação moral de que Elmer não poderia herdar, uma vez que o homicídio foi motivado pela herança, mas a questão seria de política e não de direito, problema a ser resolvido pelo legislador e não pelo juiz.<sup>71</sup> De maneira bem diversa, a visão da integridade propõe:

Pois bem, alguém que tenha essa visão pode muito bem pensar, na hipótese de o beneficiário assassinar o testador, que permitir que um assassino obtenha vantagens de seu terrível crime atenta tão frontalmente contra os princípios gerais da moral e do Direito, que, precisamente por isso, deveríamos entender a legislação como impeditiva desse fato. Ainda, que a lei não tenha nenhum dispositivo que diga explicitamente que um assassino não pode tirar proveito de sua própria torpeza, aos lermos essa lei no contexto do Direito como um todo, com o objetivo de que o Direito seja em princípio coerente, somos levados, por isso mesmo, a decidir que o Direito adequadamente entendido não permite que um assassino herde os bens de sua vítima.<sup>72</sup>

A idéia central do texto é a interpretação do “direito como um todo”. A idéia de integridade impõe ao juiz o dever de aplicar ao caso todo o conjunto de leis e o repertório de decisões judiciais pertinentes. Dworkin ilustra o labor do juiz com uma alegoria: o romance em cadeia. O juiz comportar-se-ia como um escritor que participa de um projeto literário realizado em conjunto. Um grupo de escritores deve escrever uma obra em seqüência, cada qual um capítulo isolado, com suas respectivas idéias sobre literatura, trama e personagens, mas observando a adequação com os capítulos precedentes.<sup>73</sup> Com isso, a proposta construtivista de Dworkin busca limitar a discricionariedade do juiz que deve procurar compatibilizar sua decisão com o conjunto legislativo e jurisprudencial existente. Essa adequação se dá em termos de teoria geral explicativa. A decisão deve possuir um “poder explicativo geral e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural”,<sup>74</sup> mas não precisa necessariamente ser identificada, nos mínimos detalhes, com o direito pré-existente. Poderá, inclusive, discordar de decisões e normas legais por considerá-las inadequadas à teoria geral proposta, mas não poderá descartar nenhum aspecto central ou relevante sem justificá-lo.

Entretanto, formular uma interpretação geral em que melhor se insira o caso em pauta não esgota a tarefa do julgador, pois como assevera Dworkin: "A sábia opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo."<sup>75</sup> Isso significa que formular uma explicação adequada precisa ser também justificada à luz do que Dworkin denomina de "moralidade política" da comunidade, quando adquiriria um caráter mais complexo, pois poderia implicar composição recíproca ou até contraposição entre convicções pessoais e coletivas:

Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer – se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável –, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica. Como o romancista em cadeia, cujos juízos sobre a adequação se ajustavam automaticamente a suas opiniões literárias mais profundas, estará agindo de má-fé ou enganando a si próprio.<sup>76</sup>

Por fim, Dworkin propõe mais uma condição contrafactual para uma decisão judicial pautada pela integridade: a idéia de uma única e melhor decisão possível para cada caso. Com isso, nega a possibilidade de existirem duas ou mais opções para a resolução de um caso e exclui qualquer resquício de discricionariedade na tarefa judicante. Essa noção é bastante polêmica, como admite o próprio Dworkin,<sup>77</sup> e tem provocado várias críticas.<sup>78</sup> Mas ele considera que a idéia subjacente ao postulado de que exista mais de uma interpretação possível está ligada à noção de que a atividade interpretativa é eminentemente subjetiva e associada à idéia de que interpretar implica, em última instância, uma escolha pessoal, uma mera opinião.<sup>79</sup> Ou seja, trata-se de uma decisão discricionária, nos termos em que foi acima exposta. Dworkin critica esse ponto-de-vista que ignora que a interpretação concreta, por exemplo, para saber se os homossexuais possuem ou não direito à união civil ou se os negros devem ou não possuir cotas ou vagas preferenciais nas universidades públicas, se está discutindo, em realidade, uma questão de moralidade pública mais profunda e que se existem dúvidas quanto à interpretação do direito é porque existem sérias dúvidas quanto às questões de moralidade política.<sup>80</sup> É curioso notar, como faz Dworkin, que o ceticismo moral que propugna a impossibilidade de se estabelecer que uma decisão é melhor que outra não impede que as pessoas possuam convicções próprias sobre questões morais controversas:

Muitas pessoas, que agora tenho em mente, dizem-me que não existe uma única resposta correta para essas questões tão difíceis com as quais a Suprema Corte lida. Eu, então, indago: por que isso? E falo sobre a interpretação, de como ela relaciona Direito, moral e política. E, aí, os alunos respondem: 'Arra! Bem que nos dissemos. Pois agora você diz que o Direito depende de justiça e todos sabem que a justiça é apenas subjetiva'. Então indago a eles: vocês têm uma opinião formada a respeito do aborto enquanto questão moral? Aí cada um tem uma opinião diferente. Muitos dizem: 'O aborto é um crime.' A maioria costuma dizer; 'A legislação antiaborto é tirânica'. E eu digo: vocês efetivamente acreditam nessas opiniões? E eles respondem: 'Claro que sim, inclusive vou participar de uma passeata esta tarde carregando faixas defendendo essas opiniões'. Replico: 'Mas vocês disseram que não existe uma resposta correta em matéria política, que esta não passa de uma questão de opinião...' 'Aí então eles pensam e respondem: 'Ah, mas essa é a minha opinião.' Bem, a contradição é evidente, não é mesmo? Com certeza é logicamente possível assumir uma posição absolutamente cética sobre o aborto, ou sobre qualquer outra matéria referente à justiça política ou social. Mas aí é preciso que você desista de sua opinião pessoal. E a maioria das pessoas confrontadas com essas questões vão preferir desistir da filosofia ruim a deixar de sustentar intensamente suas convicções.<sup>81</sup>

Devemos concordar com Dworkin sobre o fato de que o ceticismo moral é uma "filosofia ruim" e que, portanto, a noção de duas ou mais interpretações possíveis e igualmente legítimas sobre um caso controverso é uma teoria insatisfatória. O que deve ser destacado nessa proposta é o fato de inexistir uma barreira entre a moral pública e a ética privada<sup>82</sup> no que respeita às questões da justiça, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a liberdade religiosa relegada ao âmbito da escolha individual no contexto de um Estado laico. Se possuímos a convicção moral de que o aborto é um direito ou um crime temos que ter a capacidade de defendê-lo publicamente, sobretudo porque a questão do aborto não é uma mera questão de foro íntimo como ocorre com a liberdade de escolha religiosa. O que a integridade propõe, ao postular a teoria da única e melhor decisão possível, é o duplo dever de evidenciar e fundamentar as convicções morais forçosamente subjacentes a qualquer decisão judicial com base em princípios.

Caso concordemos com o ponto-de-vista de duas ou mais decisões possíveis e legítimas para uma questão controversa como é a questão do aborto, devemos aceitar antecipadamente como legítimas quaisquer decisões de um juiz ou corte, seja ela no sentido da constitucionalidade ou não da prática do aborto. Ou seja, ao admitir a teoria das diversas respostas possíveis, estamos em realidade admitindo a proposta positivista da discricionariedade judicial uma vez que o julgador pode decidir o que bem entende sobre temas importantes e de graves conseqüências sociais, tais como a prática do aborto, a união civil homossexual ou a reserva de cotas para negros nas universidades públicas. O ponto-de-vista da integridade dá a questão um novo contorno, pois o julgador deve argumentar porque uma opção é melhor que a outra. Porque, por exemplo, legalizar a prática do aborto é mais justo do que não reconhecê-lo? A mesma prática deve pautar todas as questões controversas que envolvam princípios. Este ônus argumentativo é o que torna a proposta de Dworkin mais apropriada à legitimação da decisão judicial no contexto do Estado Democrático de Direito, pois é intransigente com o decisionismo à medida em que não deixa margem a escolhas arbitrárias e injustificadas. E é por isso que Dworkin atribui, ironicamente, esta imensa tarefa ao juiz Hércules, um semi-deus capaz de executar coisas extraordinárias. Em síntese, a idéia de uma única decisão mais adequada a um caso deve ser entendida como condição contrafactual de legitimidade já que exclui a possibilidade de arbítrio, ao invés de entendê-la enquanto afirmação categórica sobre a impossibilidade de existirem dúvidas interpretativas sobre uma questão.

## 6 Considerações Finais

Do acima exposto, pode-se verificar que na teoria de Dworkin existe um inequívoco apelo à dimensão moral. No caso Riggs *versus* Palmer, como foi visto, a ausência de qualquer norma legal ou precedente não impediu a decisão contra o direito de herança de Elmer. O argumento utilizado, de que o direito não admite que "alguém tire proveito de sua própria torpeza" não é apenas um argumento moral aplicado por arbítrio dos julgadores. Trata-se, sobretudo, de um princípio geral explicativo do direito, considerado em sua integridade, pois as regras jurídicas são orientadas a coibir atos torpes, conferindo sanções aos sujeitos que os praticam. Embora Elmer já tenha sido condenado penalmente, o reconhecimento de seu direito à herança, na esfera civil, significaria que os fins que levaram ao homicídio seriam alcançados. Não significa dizer que assassinos não possam herdar e Elmer poderia, caso a herança não fosse o *leitmotiv* de seu crime.

A idéia de integridade não postula a pura e simples aplicação de regras morais ao direito, mas também não nega a vinculação entre direito e moral. Dworkin recusa a noção do senso comum de que princípios constitucionais são vagos e imprecisos. Se o são, é à medida que não formulam concepções específicas sobre liberdade ou igualdade em casos concretos. Caso sejam tomadas como apelos a conceitos morais não se pode exigir, porém, um maior detalhamento textual. Os tribunais, então, quando discutem uma questão com base em princípios não estão discutindo o conteúdo de termos gerais e abstratos, mas concepções específicas de moralidade pública. O que é igualdade ou liberdade em face de questões práticas? "Una afirmación de derecho presupone un argumento moral, y no se la puede establecer de otra manera."<sup>83</sup> Em síntese, a controvérsia sobre princípios não é uma discussão de textos obscuros ou imprecisos, mas de concepções morais específicas. Dworkin, ainda tomando o caso Riggs *versus* Palmer como exemplo, afirma que:

Será a lei dos testamentos obscura quanto à questão de se os assassinos podem herdar? Se acharmos que sim, só pode ser porque nós mesmos temos alguma razão para pensar que os assassinos não devem herdar. Na lei dos testamentos de Nova York, nada declara, de modo explícito, que pessoas de olhos azuis podem herdar, mas ninguém acha que a lei seja obscura quanto a se podem ou não. Por que é diferente no caso dos assassinos – ou, antes, por que foi diferente quando se decidiu o caso *Elmer* ? Se seguissemos a teoria da intenção do locutor, seríamos tentados a dizer: porque temos razões para pensar que os que adotaram a lei não pretendiam que os assassinos herdassem. Mas só podemos explicar essa afirmação de maneira contrafactual, e então percebemos que ela é forte demais. Será obscura a questão de se os nazistas podem herdar, se pensarmos que os autores originais da lei não teriam desejado que os nazistas herdassem caso tivessem previsto a ascensão do nazismo? É apenas porque *nós* acha-

mos que o argumento em favor da exclusão dos assassinos de uma lei geral dos testamentos é um argumento forte, sancionado por princípios respeitados em outras partes do direito, que a consideramos obscura nesse aspecto.<sup>84</sup>

O mesmo vale para questões relativas à união civil homossexual ou à criação de quotas para negros nas universidades públicas. Se adotarmos o ponto de vista de Dworkin quando abre os princípios de direito à argumentação moral, será mais fácil enfocar as grandes questões do controle de constitucionalidade. A grande vantagem desta proposta reside no fato de se reconhecer o papel das concepções morais na argumentação jurídica. A postura do positivismo, propondo a automoderação do judiciário e a argumentação com base exclusiva no texto da lei, mascara esse inafastável vínculo entre princípios e concepções morais. O que é significativo é o fato de as concepções morais não deixarem de existir nas decisões judiciais do positivismo, embora não sejam tematizadas. No caso específico da união homossexual, por exemplo, a Constituição brasileira de 1988 menciona textualmente em seu art. 226, e respectivos parágrafos, a união entre "homem" e "mulher" como casamento. Um juiz adepto da rígida distinção entre direito e moral do positivismo poderá argumentar que a lei não menciona expressamente a união entre pessoas do mesmo sexo, o que impede o juiz de reconhecê-la, relegando a solução ao âmbito político. Ocorre que esse argumento repousa sobre o ponto de vista moral de que os homossexuais constituem uma minoria política que deve estar sujeita à maioria dos que acham a homossexualidade um distúrbio psicológico ou mesmo um pecado, concepção majoritária de democracia criticada por Dworkin. Se adotarmos, ao contrário, o ponto de vista da integridade, temos que reconhecer o direito a igual respeito e consideração de todos os integrantes da comunidade política. A atitude de automoderação judicial do positivismo, quando exclui de sua argumentação as questões morais fundamentais não deixa de ter apoio em posições morais controversas. A proposta da integridade, por sua vez, ao assumir explicitamente a argumentação com base em princípios morais, atribui-lhes um papel determinado e, portanto, controlável, porque os submete à justificação. Em síntese: "Quanto ao método da integridade constitucional, ele acentua a necessidade do papel certamente limitado, mas explícito, que deve jogar a moral fundamental dentro da interpretação detalhada da Constituição."<sup>85</sup>

A noção que postula a indissociabilidade entre moral e direito não afirma a identidade entre normas morais e legais na solução de casos judiciais controversos. Ao contrário, pressupõe a diferença entre essas esferas. No entanto, ao se reconhecer a abertura do direito para as questões morais, reconhece-se igualmente a devida complexidade dessa relação entre os sistemas sociais. Como sublinha Habermas, não se trata de se estabelecer uma relação de subordinação ou primazia da moral sobre o direito ou vice-versa, mas apenas de se reconhecer uma "relação de complementação recíproca".<sup>86</sup>

## Referências

- AARNIO, A. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 216-217.
- BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. M<sup>a</sup>. C. Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- CALSAMIGLIA, A. Postpositivismo. **Revista Doxa**. n. 21, I, p. 209-219, 1998.
- CHUERI, V. K. de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.
- DESCARTES, R. **Discurso do Método**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. J. L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. Direito, filosofia e interpretação. Trad. Raíssa R. Mendes. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, nº 05, jan./jun. 1997. p. 57-59.
- \_\_\_\_\_. Controverse constitutionnelle. Trad. Françoise Baret-Ducrocq. Pouvoirs: **Revue française d'études constitutionnelles et politiques**, Paris, nº 59, out. 1991, p. 6-12.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. ; HABERMAS, J. ?Impera el derecho sobre la política? **Revista Argentina de Teoria Jurídica**, v.1, nov. 1999. Disponível em: </www. utdt.edu/departamentos/derecho/publicaciones/rtj1/articulos/dworkin.htm> Acesso em: 09 jan. 2003.

- GUARINONI, R. V. Después, mas alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas. **Revista Doxa**. n. 24, 574-558, p. 209-219, 2001.
- GUEST, S. **Ronald Dworkin**. 2. ed. Edinburgh: Edinburgh university, 1997, p. 70.
- GÜNTHER, K. **The sense of appropriateness**. Albany: State University of New York Press, 1993.
- HABERMAS, J. Notas programáticas para a fundamentação de uma Ética do Discurso. In: \_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. F. B. Siebereichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 347-349
- HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz N. da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- KELSEN, H. **Teoria Geral das Normas**. Trad. J. F. Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- MILL, J. S. **Utilitarismo**. Trad. Eduardo Rogado Dias. 2 ed. Coimbra: Atlântida Editora, 1976.
- MUÑIZ, J. R. Toubes. Legal principles and legal theory. **Ratio Juris**. Vol 10, n. 3, Setembro 1997, p. 267-287, p. 283-284.
- SUSTEIN, C. R. Constituciones y democracias: epílogo. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 345.
- OLIVEIRA, M. A. C. de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

## Notas

- 1 Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos- UNISINOS. Professor da UNIVALI, Campus São José. **E-MAIL:** argemiro.martins@univali.br.
- 2 Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, Campus São José. Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Professora da UNIVALI, Campus São José. **E-MAIL:** caroline.ferri@univali.br.
- 3 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27-30.
- 4 Segundo afirma Albert Calsamiglia: “Según el positivismo, el derecho es una cuestión de normas dictadas por autoridades humanas que se manifiestan en unas fuentes sociales determinadas. Uno de los problemas más importantes es identificar estas fuentes del derecho y distinguirlas de otros sistemas normativos. La teoría de las fuentes sociales del derecho nos señala los *limites* del derecho.” (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Revista Doxa**. n. 21, I, p. 209-219, 1998, p. 210).
- 5 No original: “El objeto principal de la teoría del derecho es conocer, describir y explicar estas concenciones del pasado. Es possible que los jueces se encuentren con casos difíceis y que utilicen criterios extrajurídicos para resolverlos, pero desde unaposición como la de Hart el derecho es el conjunto de hechos sociales que se pueden identificar mediante métodos específicos. Cuando el juez utiliza otros elementos no está aplicando el derecho sino que está inventando el derecho.” (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. p. 211).
- 6 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 12.
- 7 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a serio**, p. 127.
- 8 Como afirma Hans Kelsen: “Que eles são qualificados como princípios de “Direito”, não significa – como a palavra parece dizer – que eles são Direito, que têm o caráter jurídico. o fato de que eles influenciem a produção de normas jurídicas não significa – como Esser aceita – que eles estejam “positivados”, i.e., sejam partes integrantes do Direito positivo. “Positivado”, quer dizer, Direito positivo são, pois, somente certas normas que ordenam específicos atos de coação, e essas são criadas de uma forma determinada mesmo pelo Direito” (KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p.148).
- 9 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 36.
- 10 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 39.
- 11 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 40.

- 12 O princípio de não contradição, que remonta a Aristóteles, na obra metafísica, pode, fazendo uso da linguagem proposicional, ser assim representado:  $\neg(\acute{a} ? \neg \acute{a})$ .
- 13 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 43.
- 14 Sobre as soluções dessas espécies de conflitos, ver BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, capítulo 3. Destaca-se também, acerca da sinuosidade dos critérios resolutivos, GUARINONI, Ricardo Víctor. Después, mas alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas. **Revista Doxa**. n. 24, 574-558, p. 209-219, 2001.
- 15 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.117. Outros autores também estabelecem regras como cláusulas de exceção que acabam por dirimir conflitos normativos. Dentre eles Alexy, Robert, na obra Teoría de los derechos fundamentales.
- 16 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.42.
- 17 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.42.
- 18 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.49.
- 19 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.50.
- 20 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.51.
- 21 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 52.
- 22 Em Descartes, o bom senso pode ser dito bem distribuído em todos os homens. "O bom senso é, das coisas do mundo, a mais bem dividida, pois cada qual julga estar tão bem dotado dele, que mesmo os mais difíceis de contentar-se em outras coisas não costumam desejar tê-lo mais do que já têm. E não é verossímil que todos se enganem a esse respeito; pelo contrário, isso evidencia que o poder de bem julgar e distinguir o verdadeiro do falso, isto é, o que se denomina o bom senso ou a razão, é naturalmente igual em todos os homens." DESCARTES, René. **Discurso do Método**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 27.
- 23 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.54.
- 24 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.55.
- 25 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.57.
- 26 Como constata Joaquín R. -Toubes Muñiz: "But Dworkin goes further: He claims that in most cases judges have a legal duty to invoke some reason rather than others, that is, they are still legally bound to reach a particular conclusion. His thesis is that there is often a right solution to legal conflicts even when several alternative answers are equally compatible with the legal record. The right answer in those cases is provided by principles which interpret the legal record. Namely, by the 'coherent set of principles about people's right and duties [which offer] the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of community' from the standpoint of substantive political morality." (MUÑIZ, Joaquín R.- Toubes. Legal principles and legal theory. **Ratio Juris**. Vol 10, n. 3, Septembe 1997, p. 267-287, p. 283-284).
- 27 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 58.
- 28 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.59.
- 29 DWORKIN, Ronald. **Império do direito**, p.20-25.
- 30 DWORKIN, Ronald. **Império do direito**, p.25.
- 31 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.59.
- 32 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 102-105.
- 33 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.60.
- 34 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.60.
- 35 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p.62.
- 36 Trivialidade corresponde a uma teoria na qual se possa deduzir tudo, ou seja, toda fórmula de sua linguagem pode ser nela derivada. A presença de uma inconsistência em uma teoria T a torna trivial.
- 37 "A Constituição, e particularmente a Bill of Rights (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum." (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 209).

- 38 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. XV.
- 39 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. XIII.
- 40 Conforme o disposto, a teoria do positivismo não aceita a tese de que os cidadãos possam ter contra o Estado certos direitos. Ocorre que até mesmo em Hobbes há a possibilidade de os homens desobedecerem às ordens do soberano. Os homens, no estado de natureza, tem por finalidade a auto-conservação. Significa que sempre estarão em discórdia, em estado de guerra. Isso permanecerá até o momento em que for instituído um poder que seja capaz de manter todos em condição harmônica. O Estado, então, vem a ser como uma garantia de segurança, onde o soberano determinará ordens a seus seguidores. Seguindo-se o argumento, Nesta situação de sujeição plena, parece não haver qualquer possibilidade de desobedecer às ordens do soberano. Entretanto, existem situações em que é possível deixar de realizar as ordens enunciadas. São situações que, mesmo "ordenadas pelo soberano, não obstante eles podem sem injustiça recusar-se a fazer" (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz N. da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 132). A abstenção de defesa do próprio corpo é algo que não pode ser pactuado pelo súdito. Além disso, se o soberano ordenar a alguém que pratique o suicídio, não há obrigação de cumprimento. O mesmo vale para determinações que impedem alguém de sua defesa quando em situação de ataque, que mutile a si mesmo, que não se alimente ou coisas sem as quais não há possibilidade de vida, existe a liberdade de desobedecer. Ainda que a possibilidade de desobediência não seja considerada um direito propriamente dito em Hobbes, a admissão de não cumprimento das ordens do soberano se mostra importante não somente para a ciência política, mas na situação que se analisa, para a contraposição à teoria do positivismo da afirmação de que é preciso compreender as extensões dos direitos que se listam nas cartas constitucionais.
- 41 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p 288.
- 42 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p 291-292.
- 43 MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. 2 ed. Coimbra: Atlântida Editora, 1976, p. 24-25. "Esse critério [critério da utilidade ou felicidade] não é o da maior felicidade do próprio agente, mas o da maior soma de felicidade geral; [...]. De acordo com o Princípio da Maior Felicidade, tal como acima fica exposto, o fim último em referência ao qual e por cujo motivo todas as outras coisas são desejáveis (quer consideremos o nosso próprio bem ou o das outras pessoas), é uma existência tanto quanto possível isenta de dor e tão rica quanto possível de satisfações, tanto no que respeita à quantidade como à qualidade."
- 44 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 294.
- 45 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p 298.
- 46 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 313.
- 47 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 314.
- 48 Sobre a noção de interpretação construtivista em Dworkin: **O império do direito**, p. 64-65; Direito, filosofia e interpretação. Trad. Raíssa R. Mendes. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, nº05, jan./jun. 1997. p. 57-59.
- 49 Nesse sentido argumenta Caas R. Sustain: "Las disposiciones sobre derechos son diseñadas para defender ciertas áreas del control mayoritario, pero también sirven para diversas funciones. La protección de algunos derechos está arraigada en el deseo de proteger la democracia, comoquiera que se interprete. Ejemplos de ello son el derecho a la libertad de expresión y el derecho de voto. El hecho de que las mayorías no pueden inmiscuirse en tales derechos no debe oscurecer su naturaleza democrática. Pero los derechos también pueden ser antidemocráticos, en el sentido que interfieran los procesos democráticos por razones independientes de todo deseo de mantener el funcionamiento de la democracia. Considérese el derecho de inmunidad ante irrazonables detenciones y cateos, el derecho a la intimidad y tal vez el derecho a la propiedad... o el aislamiento de esclavos ante el Congreso. La posición de tales intereses como derechos refleja, en mayor o menor grado, una desconfianza de la democracia." (SUSTEIN, Cass R. Constituciones y democracias: epílogo. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 345).
- 50 Cf. DWORKIN, Ronald. Controverse constitutionnelle. Trad. Françoise Baret-Ducrocq. **Pouvoirs**: revue française d'études constitutionnelles et politiques, Paris, nº 59, out. 1991, p. 6-12.
- 61 Na tradução em língua francesa: "Cette méthode présuppose une attitude totalement différente à l'égard de la Constitution en ce qu'elle considère que le texte de la Constitution n'est pas une suite

discontinue de positions politiques distribuant le pouvoir de diverses manières, mais une système de principe. Cette méthode insiste donc sur le fait que chacun des articles ou principes abstraits doit être interprété et appliqué de façon à former un tout cohérent sur le plan des principes avec les interprétations acceptées pour d'autres parties de la Constitution et avec les principes de morale politique qui apportent la meilleure justification fondamentale possible de l'ensemble de la structure constitutionnelle."(DWORKIN, Ronald. Controverse constitutionnelle. **Pouvoirs**, p. 09).

- 62 Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 291.
- 63 Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 271.
- 64 Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 231-232.
- 65 Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 213-215.
- 66 DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação, **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 65.
- 67 DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação, **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 66.
- 68 Como afirma Ronald Dworkin: "Eu disse que nós temos por objetivo fazer do objeto da interpretação o melhor que ele puder ser. Mas isso é apenas um mote, um *slogan*, que resume o estudo mais longo que acabei de apresentar. Significa fazer o melhor dele, tendo em vista aquilo que acreditamos ser a visão correta da finalidade desse empreendimento em questão. É claro que, como eu disse, os advogados discordarão a respeito do que significa, em detalhes, fazer do Direito, torná-lo, o mais justo possível. A própria visão de vocês se refletirá sobre sua visão mais concreta acerca do propósito, da finalidade, do Direito, e também sobre o que é justiça. Então, para retomar o que disse antes, se vocês acham que a finalidade do Direito é a certeza, então vocês fazem o melhor do Direito fazendo dele, tornando-o, o mais certo possível. Se vocês pensam, como eu, que a finalidade do Direito é fazer do nosso governo um governo de princípios, então vocês acharão que fazer o melhor do Direito é assegurar a ele um caráter mais substantivo. Isso significa fazer o melhor ponto de vista da integridade do Direito, torná-lo o mais íntegro possível." (DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação, **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 67-68).
- 69 DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação, **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 61.
- 70 Dworkin relata detalhadamente o caso em: **O império do direito**, p. 20-25.
- 71 Cf. DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação, **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 60.
- 72 DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação, **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 61.
- 73 Cf. **O império do direito**, p. 275-279; Direito, filosofia e interpretação, **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 51. A analogia entre direito e literatura é uma constante na obra jurídica de Dworkin que também é crítico literário. A esse respeito ver: "De que maneira o direito se assemelha à literatura" In: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 217-249; CHUERI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995. p.96-108.
- 74 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 277.
- 75 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 285.
- 76 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 305-306.
- 77 DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 68.
- 78 Aulis Aarnio, por exemplo, critica a proposta de Dworkin, primeiramente, por não considerar a possibilidade de existirem expressões "genuinamente ambíguas" e, em segundo lugar, por pressupor em sua teoria da única decisão correta a noção de valores absolutos (AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 216-217). Essas objeções podem ser contestadas. Quanto a primeira delas, Dworkin não considera as expressões ambíguas porque ele propõe uma teoria pragmática e não semântica, pois, para ele, por trás das ambigüidades textuais estão controvérsias morais. Mais do que isso, para Dworkin a questão das expressões ambíguas é uma falsa questão (cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 419-424). Quanto à segunda objeção, a referência a uma "moralidade política" é circunscrita aos valores situados em certos e cambiantes horizontes históricos e sociais. Em face disso, não se pode deduzir, como faz Aarnio, que Dworkin presuponha valores absolutos. Pelo contrário, a controvérsia moral sobre questões concretas, o substrato dos *hard cases*, é o suposto da teoria construtiva de Dworkin.
- 79 DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 68.
- 80 DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 69.

- 81 DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 70-71.
- 82 A distinção entre ética e moral é aqui feita em termos de teoria discursiva, para a qual a dimensão da ética corresponde ao agir direcionado à obtenção da "boa vida", relegado a esfera privada dos cidadãos, ao passo que a dimensão moral diz respeito as instituições políticas e sociais quotidianas orientadas pela busca da justiça. A esse respeito ver: HABERMAS, Jürgen. Notas programáticas para a fundamentação de uma Ética do Discurso. In: \_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989. p. 61-78.
- 83 DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 230.
- 84 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 420.
- 85 Na tradução em francês: "Quant à la méthode de l'intégrité constitutionnelle, elle met l'accent sur la nécessité du rôle certes limité, mais explicite, que doit jouer la morale fondamentale dans l'interprétation détaillée de la Constitution." (DWORKIN, Ronald. Controverse constitutionnelle. **Pouvoirs**, p. 10).
- 86 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**, v.1, p. 141.

Recebido em: 04/06

Avaliado em: 05/06

Aprovado para publicação em: 06/06

