

# A PROPOSTA DE RONALD DWORKIN EM “O IMPÉRIO DO DIREITO”

Cintia Garabini Lages  
Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil  
Professora de Hermenêutica e Teoria da Argumentação Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil

## SUMARIO:

- 1.- O que é o Direito
- 2.- Direito como simples questão de fato
- 3.- Convencionalismo
- 4.- Pragmatismo
- 5.- Direito como integridade
  - 5.1 A virtude da integridade política
  - 5.2 A integridade e a integridade no direito

Há muito a Filosofia do Direito vem tentando conceituar o direito de forma satisfatória, e até mesmo definitiva, sem, contudo, obter êxito. A questão acerca do conceito do direito é apresentada por Hart como uma questão persistente, uma vez que “poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão “o que é o direito?”<sup>1</sup>

Dworkin, na busca pela conceituação do direito, nos apresenta uma nova teoria, segundo a qual o direito é um conceito interpretativo e possui uma prática argumentativa.

*“Juizes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juizes decidiram o que é o direito. Rejeita o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juizes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que encontra na história dos juizes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros.”<sup>2</sup>*

Dworkin ressalta uma terceira concepção do direito: a do direito como integridade. Esta concepção faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais (convencionalismo) ou de ações independentes (pragmatismo), mas de interpretações mais sofisticadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar.

O princípio da integridade mostra-se soberano sobretudo nos julgamentos de direito, uma vez que é de uma perspectiva interna, a do juiz, que podemos avaliar seu impacto reconhecendo a força superior da integridade na prestação jurisdicional.

Os juizes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos.

Assim, a integridade não se impõe por si mesma, é necessário o julgamento. Esse julgamento, por sua vez, é um julgamento interpretativo, devendo considerar diferentes dimensões de interpretação e diferentes aspectos destas.

Essa é a proposta de Dworkin, a de que a integridade oferece uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa da prática jurídica como um todo, de forma que devemos aceitá-la como uma virtude da política comum, pois devemos tentar conceber nossa comunidade política como uma associação de princípios.

---

<sup>1</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 5.

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 488 e ss.

O direito, para a teoria da integridade, apresenta-se como uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. A atitude do direito é construtiva:

*“sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.”<sup>3</sup>*

A fundamentação da teoria da integridade do direito como a teoria que busca conceituar o direito sob a melhor luz, faz-se pela reconstrução e crítica das teorias semânticas e interpretativas do direito, bem como pela demonstração de que as divergências quanto ao direito são, na verdade, divergências teóricas, ou seja, divergências quanto ao fundamento do direito.

Advogados e juízes, de acordo com Dworkin, quando divergem, divergem sobre os fundamentos do direito, e não sobre questões de fato. Assim, buscaremos explicitar todo o caminho empreendido pelo autor até a consagração da teoria da integridade como a teoria que nos oferece tanto uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa da prática jurídica como um todo.

## **1.- O que é o Direito**

A importância de como os juízes decidem os casos implica em se saber o que eles pensam que é o direito, e quando divergem sobre esse assunto, que tipo de divergência se trata. De acordo com Dworkin, os processos judiciais suscitam questões de três ordens: questões de fato, questões de direito e questões interligadas de moralidade política e fidelidade. A questão de fato é uma questão bastante direta e implica na divergência acerca dos casos concretos e históricos sobre os quais versa a controvérsia. A questão de moralidade política e fidelidade diz respeito à divergência sobre os aspectos morais, sobre o que é certo e o que é errado. No entanto, a questão que se apresenta com maior complexidade é a questão de direito. Quando advogados e juízes divergem a respeito de uma determinada lei aplicável a um caso, sobre o que estão divergindo? De acordo com Dworkin, tais divergências são teóricas e versam sobre os fundamentos do direito. Assim, a divergência teórica diz respeito àquilo que o direito realmente é, sobre os fundamentos do direito.

## **2.- Direito como simples questão de fato**

No entanto, esta posição não está a salvo de críticas ou de recusas. Os adeptos da teoria do direito como simples questão de fato negam que a divergência sobre o direito seja teórica. Para

---

<sup>3</sup> DWORKIN. Op. Cit., p. 492.

eles, o direito nada mais é do que aquilo que as instituições jurídicas decidiram no passado, podendo ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais. A divergência teórica apresenta-se, para a teoria do direito como simples questão de fato, como uma ilusão: advogados e juízes estão de acordo quanto aos fundamentos da lei. Para a teoria do Direito como questão de fato, a única divergência sensata sobre o direito é a divergência empírica sobre aquilo que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado.

Devemos ressaltar que “O Império do Direito” é um livro sobre a divergência teórica no direito. Seu objetivo é compreender de que se trata esta divergência, bem como a de defender e criar uma nova teoria particular sobre os fundamentos apropriados do direito, que considere a sua prática argumentativa, elemento que o diferencia dos outros fenômenos sociais.

As teorias semânticas do direito são teorias que sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato. Tais teorias pressupõem que advogados e juízes utilizam certos critérios lingüísticos para avaliar proposições jurídicas e acabaram por produzir teorias que identificam tais critérios. Uma versão mais sofisticada desta teoria pressupõe que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras, a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas.<sup>4</sup>

Assim, as divergências existentes entre as teorias semânticas do direito, teorias positivistas como são chamadas, referem-se tão somente sobre quais critérios advogados e juízes de fato compartilham e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam.

Dois são os teóricos citados por Dworkin como positivistas e cujas teorias são analisadas pelo autor, enquanto teorias que buscam estabelecer critérios para avaliar proposições jurídicas. A primeira é a de John Austin, acadêmico inglês do século XIX, segundo o qual uma proposição jurídica é verdadeira desde que transmita corretamente o comando precedente de alguma pessoa ou grupo que ocupe uma posição soberana em determinada sociedade. Para Austin, o soberano pode ser definido como uma pessoa ou um grupo de pessoas cujas ordens são comumente obedecidas e que não tenha o costume de obedecer a mais ninguém. Sua idéia central é a de que o direito é uma questão de decisões históricas tomadas por aqueles que detêm o poder político.

Não obstante a teoria de Austin ainda ter lugar na doutrina, é H. L. A. Hart quem nos apresenta a reformulação desta idéia, em sua obra “The concept of law” (O conceito do direito), publicada em 1961.<sup>5</sup> Segundo Hart, os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra de reconhecimento que atribui a

---

<sup>4</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 41.

<sup>5</sup> Em língua portuguesa, há a seguinte edição: HART. H. L. A. *O conceito do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

peças ou grupos específicos a autoridade de criar leis. As proposições jurídicas são verdadeiras em função de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas.<sup>6</sup>

Dworkin aponta como falho o argumento destas duas teorias positivistas, uma vez que regras podem ser obedecidas por medo ou por mera obediência. Em que consistiria então a aceitação de uma regra de reconhecimento? A teoria de Hart não seria capaz de apreender o modo como todos os advogados empregam a palavra “direito”, de estabelecer os critérios que advogados de fato compartilham e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam.

Algumas teorias se levantaram contra as teorias positivistas. Entre elas, Dworkin cita dois grupos de teorias denominados escola do direito natural e realismo jurídico. A escola do direito natural, enquanto teoria semântica, engloba teorias que sustentam que o direito e a justiça são idênticos, de tal modo que nenhuma proposição jurídica injusta pode ser verdadeira. A escola do realismo jurídico apresenta-se como a segunda rival do positivismo. A melhor versão das teorias realistas sugere que o exato significado de uma proposição jurídica depende do seu contexto. Dworkin relata que alguns realistas exprimiram essas idéias em uma linguagem profundamente cética, ao afirmarem que não existe nada que se possa chamar de direito, a não ser diferentes tipos de previsões sobre qual será a decisão do juiz ou do tribunal.

Dworkin apresenta então as duas defesas levantadas pelo positivismo: nos casos difíceis, os juizes apenas fingem divergir sobre o conteúdo do direito, e os casos difíceis não passam de discussões limítrofes, à margem daquilo que é claro e comum a todos; quando advogados e juizes divergem a respeito dos casos chamados casos difíceis (*hard cases*), divergem sobre o conteúdo do direito de forma puramente verbal. No entanto, mesmo essa segunda resposta, a defesa mais sofisticada apresentada pelo positivismo, não é suficiente para sustentar o direito como simples questão de fato, pois, apresenta-se, na verdade, como uma má interpretação da prática jurídica. Advogados e juizes, ao discutirem casos difíceis como o caso *Elmer* ou o caso *McLoughlin*, divergem, na verdade, sobre aquilo que torna uma proposição jurídica verdadeira, não somente na superfície, mas em sua essência também. Dworkin procurará confrontar o argumento positivista, utilizando-se de um elemento filosófico: a interpretação.

Dworkin distingue três tipos de interpretação: a conversacional, a científica e a criativa.

A conversacional é intencional. Atribui significado a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta suas conclusões como afirmações sobre a intenção deste ao dizer o que disse. A interpretação científica apresenta-se como uma interpretação causal, o cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-los. A interpretação artística, por sua vez, tem por finalidade justificar um ponto de vista acerca do significado, tema ou propósito de determinada obra artística: um poema, uma peça ou pintura, etc., apresentando-se como uma

---

<sup>6</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 42.

interpretação construtiva, preocupada essencialmente com o propósito, não com a causa. Assim, do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto.

A interpretação das práticas sociais assemelha-se à interpretação artística. Pretende interpretar algo criado pelas pessoas mas que delas se distingue, como uma outra entidade. É, portanto, uma interpretação construtiva, “busca fazer de um objeto o melhor que ele pode ser, e a interpretação assume diferentes formas em diferentes contextos, somente porque tarefas diferentes incluem diferentes padrões de valor ou sucesso”.<sup>7</sup>

Dworkin estabelece três etapas de interpretação, com a finalidade de tornar a interpretação construtiva instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social. Observe-se apenas que a perspectiva aqui é analítica, não havendo diferenciação em graus. Primeiro, de acordo com Dworkin, deve haver uma etapa pré-interpretativa<sup>8</sup>, na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. Mesmo na etapa pré-interpretativa é necessário algum tipo de interpretação. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral, raciocinar no sentido de buscar formar um pensamento sistemático sobre determinada matéria. A etapa pós-interpretativa ou reformuladora, a terceira e última etapa, consiste na etapa na qual o intérprete ajusta sua idéia daquilo o que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa.

Através da atitude interpretativa, Dworkin extrai o agulhão semântico. Segundo ele, podemos ver com maior clareza o direito como conceito interpretativo. Assim, quando juízes divergem sobre aquilo que Dworkin chama de modalidade teórica, suas divergências são interpretativas. Divergem em grande parte sobre a melhor

interpretação de algum aspecto pertinente do exercício da jurisdição. As teorias semânticas não podem expor critérios comuns ou as regras fundamentais que os advogados seguem para colocar rótulos jurídicos nos fatos, porque tais regras não existem. Para Dworkin, as teorias gerais do direito devem ser abstratas, pois sua finalidade é interpretar o ponto essencial e a estrutura da jurisdição, não uma parte ou seção específica desta última. Contudo, aduz Dworkin, apesar de toda abstração, tratam-se de interpretações construtivas: tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa desta prática.

---

<sup>7</sup> BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2000, p. 114.

<sup>8</sup> Seguindo a linha de Gadamer, não existe conhecimento sem uma pré-compreensão. O conceito prévio é condição para o conhecimento.

Reportando-se à obra *O Império do Direito*, Baracho Júnior afirma que "*Dworkin procura identificar quais teorias filosóficas melhor contribuíram para o desenvolvimento da atitude interpretativa. O primeiro passo neste sentido importaria na identificação de um conceito de Direito que fosse compartilhado por todos. A partir de tal conceito, seriam construídas as diversas teorias, ou as diversas concepções de Direito*".<sup>9</sup>

O conceito do direito identificado por Dworkin é aquele segundo o qual o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a um complexo padrão: autoriza a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado. São portanto direitos e responsabilidades 'jurídicas'<sup>10</sup>

Este conceito apresentado por Dworkin é um conceito provisório. Estabelece de maneira vaga aquilo que às vezes é chamado de regra de direito, no entanto é suficiente, por ora, para proporcionar a estrutura da qual necessita a fim de que as concepções do direito a seguir analisadas possam sobre ele erigir concepções mais sofisticadas.

Dworkin passa a estudar então, três concepções antagônicas do direito, três interpretações abstratas da prática jurídica. Dworkin as chama de convencionalismo, pragmatismo jurídico e direito como integridade.

### **3.- Convencionalismo**

A tese central do convencionalismo é resumida da seguinte maneira por Dworkin: "a força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política."<sup>11</sup>

O convencionalismo faz o direito depender de convenções sociais distintas que ele designa de convenções jurídicas, em particular, de convenções sobre as quais instituições deveriam ter o poder de elaborar as leis e como. Assim, a prática jurídica, para o convencionalismo, é uma questão de respeitar e aplicar as convenções, de considerar suas conclusões e nada mais.

O convencionalismo não apresenta uma teoria segundo a qual sempre existe um direito a ser aplicado, uma vez que o direito completo nunca existe por convenção, pela simples razão de que novos problemas sempre surgirão. No entanto, a questão que se coloca é: como devem esses novos problemas ser resolvidos de acordo com a teoria do convencionalismo? Segundo o convencionalismo, "Os juízes devem decidir esses casos novos da melhor maneira possível, mas por definição nenhuma parte tem nenhum direito a obter ganho de causa em virtude de

---

<sup>9</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 115.

<sup>10</sup> DWORKIN. Op. cit. P. 116.

<sup>11</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 141.

precedentes – nenhuma parte tem a pretensão juridicamente tutelada de vencer -, pois que os únicos direitos dessa natureza são os direitos estabelecidos por convenção.”<sup>12</sup>

Assim, de acordo com o convencionalismo, na falta do direito a ser aplicado ao caso concreto, a decisão que um juiz deve tomar, ao decidir casos difíceis, é discricionária.

*“O juiz deve encontrar algum outro tipo de justificativa além da garantia do direito, além de qualquer exigência de consistência com decisões tomadas no passado, que venha apoiar o que fará em seguida”.*<sup>13</sup>

Daí extraem-se duas afirmações pós-interpretativas do convencionalismo, a de que os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor em sua comunidade, a não ser em raras circunstâncias; e a de que não existe direito a não ser aquele que é

extraído de tais decisões por meio de técnicas que são, elas próprias, questões de convenção, e que, portanto, em alguns casos não existe direito.<sup>14</sup> Neste caso, devem os juízes exercitar o seu poder discricionário, utilizando padrões extra-jurídicos para fazer o que o convencionalismo considera ser um novo direito. Ao decidirem discricionariamente, os juízes convencionalistas criam novo direito aplicável de forma retroativa às partes envolvidas no caso.

A concepção convencionalista distingue-se das teorias semânticas por ser uma teoria interpretativa, ou seja, não faz uso de nenhum critério lingüístico para identificar o que é o direito. No entanto, aproxima-se da concepção do direito como integridade ao considerar decisiva para os direitos do presente as decisões tomadas no passado. No entanto, estas teorias vão se diferenciar quanto ao modo de considerarem as decisões políticas do passado, como veremos mais adiante.

Ainda com relação ao convencionalismo, Dworkin apresenta dois tipos deste, o estrito e o moderado. Em linhas gerais, o convencionalismo estrito restringe a lei de uma comunidade à extensão explícita de suas convenções jurídicas, como a legislação e o precedente. Seria uma concepção muito restrita do direito, uma vez que o conteúdo das extensões explícitas do direito pouco tem a acrescentar à jurídica como um todo. O convencionalismo moderado insiste em que o direito de uma comunidade inclui tudo o que estiver dentro da extensão implícita dessas convenções.

Assim, o convencionalismo estrito deve declarar uma lacuna no direito, que requer o exercício do poder discricionário que utiliza padrões extra-jurídicos por parte do juiz para criar um novo direito sempre que uma lei for vaga, ambígua ou problemática de alguma maneira e não houver outra convenção sobre o modo de interpretá-la. Já o convencionalismo moderado não precisa

---

<sup>12</sup> DWORKIN. Op. cit. p.143.

<sup>13</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 143.

<sup>14</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 144.

declarar nenhuma lacuna nos casos de lei vaga, ambígua ou problemática. Pode afirmar que existe uma maneira correta, ainda que polêmica, de interpretar as convenções abstratas da legislação e do precedente, de tal modo que elas decidam qualquer caso que possa surgir.<sup>15</sup>

O convencionalismo moderado não é, na verdade, uma forma de convencionalismo. Dworkin vai caracterizá-lo como uma forma muito abstrata e subdesenvolvida de direito como integridade. O convencionalismo moderado não garante e nem mesmo promove o ideal das expectativas asseguradas, segundo o qual as decisões do passado somente serão tomadas por base para justificar a força coletiva quando sua autoridade e seus termos forem inquestionáveis sob a perspectiva das convenções amplamente aceitas.

Assim, tão somente o convencionalismo estrito é objeto de críticas por parte de Dworkin. Segundo o autor, este fracassa como interpretação da prática jurídica em função de seu aspecto negativo (não existe direito a não ser aquele que é extraído de decisões por meio de técnicas que são, elas próprias, questões de convenção). O motivo do fracasso é descrito por Dworkin em função do fato dos juízes dedicarem, na verdade, com mais atenção às chamadas fontes convencionais do direito, como as leis e os precedentes, do que lhes permite o convencionalismo:

*“Um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quando ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções tivesse chegado ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro.”<sup>16</sup>*

No entanto, a criação de um direito novo pressupõe que este guarde coerência com a legislatura do passado. A busca da coerência pode explicar por que os juízes se preocupam tanto com o passado, com as diversas leis e os diversos precedentes que se situam nas imediações do novo direito que criaram nos casos difíceis.

Dworkin estabelece a distinção entre dois tipos de coerência: coerência de estratégia e coerência de princípio. Coerência de estratégia diz respeito à preocupação que qualquer um deve ter ao criar um direito novo, de forma que a nova regra criada se ajuste suficientemente bem às regras estabelecidas por outros, ou que venham a ser estabelecidas no futuro, de tal modo que todo o conjunto de regras funcione em conjunto e torne a situação melhor.

A coerência de princípios, por sua vez, exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e

---

<sup>15</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 155.

<sup>16</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 159.

abrangente da justiça. Assim, aduz Dworkin que “um juiz que vise à coerência de princípio se preocuparia, de fato, como os juízes de nossos exemplos, com os princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes do passado”.<sup>17</sup>

No entanto, é exatamente aqui que o convencionalismo se afasta do direito como integridade. Este aceita a coerência de princípio como uma fonte de direitos, o convencionalismo não.

*“O direito com completude supõe que as pessoas têm direitos a uma extensão coerente e fundada em princípios, das decisões política do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la.”<sup>18</sup>*

Dworkin apresenta, então, duas questões que devem ser confrontadas pelos críticos do convencionalismo: o pressuposto convencionalista segundo o qual qualquer consenso alcançado pelos juristas sobre a legislação e o precedente deve ser visto como uma questão de convenção, e a questão acerca da segurança jurídica.

O consenso que estabelece determinada convenção independe da convicção acerca do valor intrínseco de determinada regra<sup>19</sup>, ou seja, uma proposição específica sobre a legislação tida como verdadeira por convenção, prescinde de uma razão substantiva para a sua aceitação. Se o consenso é de convicção, qualquer ataque contra o seu argumento substantivo será um ataque contra a própria proposição. O consenso, de acordo com Dworkin, só vai durar enquanto a maioria dos juristas aceitar as convicções que o sustentam.

A convenção não se faz imprescindível ao funcionamento de um determinado sistema jurídico. Basta, de acordo com Dworkin, que o nível de acordo de convicção seja alto o bastante em qualquer momento dado, para permitir que o debate sobre práticas fundamentais como a legislação e o precedente possa prosseguir. Aqui fracassa o convencionalismo, ao explicar de que modo os casos particularmente difíceis

são debatidos e decididos. “Nossos juízes tratam as técnicas que usam para interpretar as leis e avaliar os precedentes - mesmo aqueles que ninguém contesta - não simplesmente como instrumentos legados pela tradição do seu antigo ofício, mas como princípios que, como eles afirmam, podem ser justificados em alguma teoria política mais profunda, e quando, por qualquer razão colocam isso em dúvida.”<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 163-4.

<sup>18</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 164.

<sup>19</sup> BARACHO JÚNIOR. Op. cit., p. 117.

<sup>20</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 169.

O convencionalismo não oferece uma justificativa adequada para o uso da coerção.

O segundo problema que os críticos do convencionalismo devem confrontar diz respeito à segurança jurídica. Dworkin afirma que o argumento convencionalista segundo o qual a redução da surpresa, obtida através de um sistema francamente comprometido com o convencionalismo, que não admite direito algum fora da convenção, pode oferecer a proteção de que necessitamos, é um importante e valioso objetivo da moral política. No entanto, o convencionalismo não pode ser justificado com base no único pressuposto de que a surpresa é ineficiente ou indesejável, uma vez que o próprio convencionalismo não protege contra a surpresa tão bem quanto o faria uma teoria mais simples e direta da jurisdição.

A discricionariedade em que se vê o juiz ao decidir um caso sobre o qual não há convenção previamente estabelecida revela a impropriedade do convencionalismo como uma teoria que oferece “segurança jurídica” aos membros de determinada comunidade.

#### 4.- Pragmatismo

O pragmatismo é uma teoria interpretativa do direito, não uma teoria semântica. Apresenta-se como uma teoria mais poderosa e persuasiva do que o convencionalismo, e um desafio mais forte ao direito como integridade.

Convencionalismo e pragmatismo possuem uma diferença básica, e que reside no fato do segundo afirmar que as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser a decisão judicial que, ao final, se revelar a melhor para a comunidade como um todo, sem considerar nenhuma decisão política do passado. Assim, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos, adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito.<sup>21</sup>

Segundo o pragmatismo, os juízes devem às vezes agir **como se** as pessoas tivessem direitos, porque a longo prazo esse modo de agir servirá melhor à sociedade. Os direitos **como se** são utilizados pelo pragmatismo como estratégia, uma vez que fazem crer que são levados em consideração pretensões juridicamente tuteladas.

Assim, de acordo com Dworkin,

*“o pragmatismo é um concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas. Não rejeita a moral, nem mesmo as pretensões morais e políticas. afirma que, para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura, e ainda que alguns juristas pragmáticos pudessem pensar que isso significa uma comunidade mais rica, mais feliz ou mais*

---

<sup>21</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 186.

*poderosa, outros escolheriam uma comunidade com menos injustiças, com uma melhor tradição cultural e com aquilo que chamamos de alta qualidade de vida. o pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes.*<sup>22</sup>

Assim, o pragmático pensa que os juízes deveriam sempre fazer o melhor possível para o futuro, nas circunstâncias dadas, desobrigados de qualquer necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão.<sup>23</sup>

No entanto, Dworkin afirma que a rejeição pelo pragmático das decisões juridicamente tuteladas não consubstancia um argumento decisivo contra o pragmatismo. A idéia de pretensões juridicamente tuteladas, aduz Dworkin, não é tão atraente nem mesmo sensata como parece. O pragmático, ao rejeitar a própria idéia de coerência de princípio como algo importante em si mesmo, aceita os direitos **como se** como estratégia para a tomada de decisão. E ainda que várias decisões diferentes possam ser tomadas na busca da solução de casos difíceis, este argumento também não serve como uma boa objeção ao pragmatismo, uma vez que este pretende correr o risco de errar, pelo menos no que diz respeito à questão correta.

*Se as divisões judiciais e as opiniões polêmicas são, de qualquer modo, inevitáveis, pergunta o pragmático, por que a controvérsia não deveria voltar-se para o que realmente importa, para a decisão que produzirá a prática menos ineficiente ou que reduzirá ao mínimo a ocorrência de injustiças no futuro.*<sup>24</sup>

Dworkin chama a atenção para a diferenciação existente entre a aplicação do direito e a legislação. Na legislação, o juiz encontra-se totalmente desvinculado de toda e qualquer decisão política tomada no passado, e passa a decidir o caso concreto aplicando um novo direito, exercendo uma verdadeira atitude legislativa, tal como o faz o pragmatismo, momento da aplicação do direito, ao decidir casos concretos.

---

<sup>22</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 195

<sup>23</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 196/7.

<sup>24</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 199.

Assim, ao assumir uma atitude “legislativa”, o pragmatismo nega a coerência de princípio, uma vez que questiona como esta pode ser importante por si mesma, particularmente quando é polêmico e incerto qual é, de fato, a exigência da coerência. Esta é a questão que o direito como integridade busca responder, de forma a sustentar a existência de pretensões juridicamente tuteladas contra a afirmação do pragmatismo que nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado.

## 5.- Direito como integridade

### 5.1 A virtude da integridade política

Segundo Dworkin, existe um ponto comum entre a teoria política utópica e a política comum: ambas compartilham certos ideais políticos, que Dworkin chama de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. Por equidade, na política, entende-se a questão de encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder político de maneira adequada. A justiça, por sua vez, “se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade.(...) O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos”.<sup>25</sup>

Existe, no entanto, uma quarta virtude não compartilhada pela teoria política utópica, que Dworkin primeiramente apresenta como aquele clichê segundo o qual casos semelhantes devem ser tratados de forma parecida, e que posteriormente passa a designar como virtude da integridade política. Segundo Dworkin:

*“A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.”*

A virtude da integridade aplica-se à concepção de equidade de uma comunidade, de justiça e de devido processo legal adjetivo, exigindo, respectivamente, que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada., que os princípios morais necessários para justificar a substância de uma das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito e insistindo em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e de grau de

---

<sup>25</sup> DWORKIN, Op. cit. p. 200.

danos morais que impõe um falso veredicto. Segundo Dworkin, essas diferentes exigências justificam o compromisso com a coerência de princípio valorizada por si mesma. Sugerem que a integridade é a vida do direito tal qual o conhecemos.<sup>26</sup>

Dworkin vai dividir as exigências da integridade em dois outros princípios mais práticos: o da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios, e o princípio da integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido.

O princípio da integridade no julgamento explica por que se deve levar em consideração as decisões juridicamente tuteladas. Explica, como afirma Dworkin, por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante. O princípio da integridade oferece, de acordo com Dworkin, a resposta ao pragmatismo. Assim, o princípio da integridade na prestação jurisdicional oferece uma terceira concepção do direito, o direito como integridade. Se esse princípio puder ser mantido, afirma Dworkin, o pragmatismo deve ser rejeitado.<sup>27</sup>

## ***5.2 A integridade e a integridade no direito***

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro.<sup>28</sup> Para o direito como integridade, as afirmações jurídicas são tanto opiniões interpretativas voltadas para o passado, quanto para o futuro.

O direito como integridade exige a coerência de princípio. Insiste em que o direito, aqui compreendidos os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado, possuam tanto o conteúdo explícito dessas decisões (aqueles considerados pelo convencionalismo estrito), como também o sistema de princípios necessários à sua justificativa – coerência de princípios. Dworkin, aqui, adota a interpretação construtiva.

*“O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma firmação complexa: a de que*

---

<sup>26</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 203.

<sup>27</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 203/204.

<sup>28</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 272.

*a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.*<sup>29</sup>

A interpretação criativa é entendida por Dworkin, como uma teoria parcial da interpretação, que vai buscar sua estrutura formal na idéia de intenção. A interpretação criativa pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando, é uma interpretação finalística ou teleológica, ou seja, pretende mostrar seu objeto sob a sua melhor luz, sob a sua melhor forma.<sup>30</sup> Para melhor compreensão dessa interpretação, Dworkin compara-a com a redação de um romance em cadeia, no qual o sucessivo romancista.

*“interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar **da melhor maneira possível** o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (grifo nosso).”*<sup>31</sup>

Assim, cada romancista deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, de vários. O direito como integridade, num caso de direito consuetudinário, pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito. Deve ele considerar as decisões passadas como parte de uma longa história que deve interpretar e continuar, de acordo com as suas opiniões sobre o melhor desenvolvimento a ser conferido à história em questão.

*“Assim, os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. Do ponto de vista analítico, é útil distinguir os diferentes aspectos ou dimensões de qualquer teoria funcional. Isto incluirá convicções sobre adequação e justificação.”*<sup>32</sup>

Para expor a complexa estrutura da interpretação jurídica (criativa), Dworkin utiliza um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade. Dworkin dá, a esse juiz, o nome de Hércules.

---

<sup>29</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 274.

<sup>30</sup> Ver: NETTO, Menelick de Carvalho. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen e Ronald Dworkin. *Caderno da Escola do Legislativo*, v.3. Belo Horizonte, jan./jul. de 1997, p.27-71.

<sup>31</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 276.

<sup>32</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 305.

Ao decidir um caso difícil, Hércules sabe que os outros juízes decidiram casos que, apesar de não guardarem as mesmas características, tratam de situações afins. Deve, então, considerar as decisões históricas como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. Hércules adota o direito como integridade, uma vez que está convencido de que ele oferece tanto uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa da prática jurídica como um todo. Ressalte-se que a integridade é exigida tanto na legislação, uma vez que os legisladores devem legislar de forma a tornar o sistema jurídico o mais coerente possível, quanto no momento da aplicação.

Dworkin, nos capítulos que seguem ao capítulo VII, "Integridade no direito", demonstra como esta teoria se aplica ao common law, às leis, e à constituição (capítulos VIII, IX e X, respectivamente). De forma resumida, podemos afirmar que, segundo Dworkin, uma vez tendo o legislador realizado a sua escolha (escolha essa realizada durante o processo legislativo), os indivíduos têm direitos não apenas à atribuição explícita contida no texto legal, mas também à extensão a outras atribuições fundadas nos princípios subjacentes à lei, em casos que ainda não foram expressamente solucionados.<sup>33</sup> Segundo Dworkin:

*"Quando os cidadãos privados deparam com conflitos entre seus direitos abstratos nas normas do "common law" sobre a propriedade(...), devem resolver esses conflitos voltando-se para o princípio básico que o sistema geral precisa respeitar: o princípio de que devem ser tratados como iguais. Devem perguntar-se que concepção de igual interesse se considera como a melhor expressão do sistema como um todo, e adotar a extensão de direitos concretos que, dentre as opções que lhes cabem nas circunstâncias, melhor sirva a essa concepção."<sup>34</sup>*

A legislação, por sua vez, também é informada pelo ideal na integridade, na medida em que exige que os legisladores mantenham o direito coerente em princípios.<sup>35</sup>

Dworkin tem um modo próprio de lidar com as leis, interpretando cada uma delas de modo a fazer o seu histórico chegar ao melhor resultado possível, considerando todos os seus aspectos. Assim, de acordo com a teoria da integridade aplicada à legislação, os membros de uma comunidade esperam que seus legisladores atuem com base em princípios e com integridade, e esse objetivo é promovido se a legislação for aplicada à luz não das ambições pessoais que

---

<sup>33</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 374.

<sup>34</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 374.

<sup>35</sup> CHUEIRI. Vera Karam de. *A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin*. In: ROCHA. Leonel Severo. *Paradoxos da Auto Observação: Percursos jurídicos da teoria contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 184.

prevalecem entre os legisladores, mas das convicções predominantes na legislatura como um todo.<sup>36</sup>

Ao buscar aplicar o ideal da integridade na Constituição, Dworkin a diferencia da legislação ordinária, considerando-a como uma lei incomum, razão pela qual desenvolve uma aplicação diferenciada da estratégia de princípios. Segundo Dworkin, a Constituição é o fundamento para a criação de outras leis, e por esse motivo a interpretação dada por Hércules ao documento como um todo, bem como a suas cláusulas abstratas, deve ser também fundamental. Deve ajustar-se às disposições mais básicas do poder político da comunidade e ser capaz de justificá-las, o que significa que deve ser uma justificativa extraída dos aspectos mais filosóficos da teoria política.<sup>37</sup>

A tese de Hércules é plausível ao tratar o direito constitucional no seguinte sentido: “os juízes têm a obrigação de fazer cumprir os direitos constitucionais até o ponto em que o cumprimento deixa de ocorrer nos interesse daqueles que os direitos deveriam proteger”<sup>38</sup>. Segundo Dworkin, essa tese ofereceu, especialmente para a decisão do caso *Brown vs. Board of Education*<sup>39</sup>, uma interpretação aceitável e atraente da prática constitucional do passado.<sup>40</sup>

Concluindo, segundo Dworkin, o direito apresenta-se, desta forma, como um conceito interpretativo, é fruto de um processo interpretativo. Só saberemos qual o direito a ser aplicado em um determinado caso, seja este fácil ou difícil, se procedermos à interpretação das decisões políticas tomadas no passado, bem como à interpretação do próprio caso, uma vez que também devem ser considerados os fatos da questão.

Neste sentido, a teoria da integridade rejeita tanto o convencionalismo, que considera como melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, bem como o pragmatismo, segundo o qual são os juízes responsáveis pela construção de um futuro melhor (aqueles que virão nos salvar), representantes de uma teoria cética segundo a qual o direito não existe, existem estratégias as quais os juízes lançam mão a fim de obterem “legitimidade” no processo de tomada de decisão.

A teoria do direito como integridade nos oferece um novo conceito do direito: o direito é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no seu mais amplo sentido. O cidadão é responsável na medida em que deve imaginar quais são os compromissos públicos da sua comunidade com os princípios, e o que tais princípios exigem. O cidadão comparece, neste contexto, como parte do processo de interpretação. Por fim, a atitude do direito é construtiva:

---

<sup>36</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 394.

<sup>37</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 454.

<sup>38</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 467.

<sup>39</sup> *Brown vs. Board of Education*, 349 U.S. 294 (1955)

<sup>40</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 467.

sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> DWORKIN. Op. cit. p. 492.