

A ÚNICA DECISÃO EM RONALD DWORKIN REVISÃO E CRÍTICA

A SINGLE DECISION ON RONALD DWORKIN REVIEW AND CRITIQUE

MARCUS MAURICIUS HOLANDA¹

RESUMO: O estudo tem por escopo a análise da denominada decisão única na perspectiva de Ronald Dworkin à moderna complexidade das decisões jurídicas, a partir de uma metodologia livre e exploratória sobre o tema, do tipo bibliográfica, cujo referencial teórico dá-se por intermédio da inferência de doutrinas especializadas. Enfatizam-se na pesquisa algumas questões sobre o pragmatismo jurídico na visão de Dworkin e a decisão única ou correta, analisando parâmetros como proceder a interpretação em determinados casos. Entendendo o modelo do juiz Hércules criado do Dworkin. A questão das decisões judiciais serem mais justas possíveis dentro da imparcialidade e integridade dos juízes. Verificando como abordagem de interpretação mais abrangente próxima ao pragmatismo jurídico. Analisa-se o direito como integridade. Dworkin demonstra que dificilmente existiram questões sem uma resposta, mas que podem existir casos com a possibilidade de mais de uma resposta e que a direção a ser seguida pelos juízes devem ser a que mais seja justa dentro dos parâmetros hermenêuticos. Por último observa-se a adequação da decisão única em face do sistema do direito comum, de índole dogmática e da complexidade nas soluções dos problemas no mundo contemporâneo.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. Argumentação jurídica. Ronald Dworkin

ABSTRACT: The study is the scope of analysis called single decision from the perspective of Ronald Dworkin complexity of the modern legal decisions, from a free and exploratory methodology on the subject, like literature, theoretical framework which takes place through the inference specialized doctrines. Emphasis is on research questions about the legal pragmatism in view of Dworkin and single decision or correct, analyzing parameters such conduct interpretation in certain cases. Understanding the model of Dworkin's Judge Hercules created. The issue of judicial decisions are fairer possible within the integrity and impartiality of the judges. Checking approach as more comprehensive interpretation of the next legal pragmatism. Analyzes the right to integrity. Dworkin demonstrates that hardly existed questions without an answer, but there may be cases with the possibility of more than one answer and that the direction to be followed by the judges to be the most fair is within the parameters hermeneutic. Finally there is the unique suitability of the decision in the face of the common law system, the dogmatic nature and complexity of the solutions of the problems in the contemporary world.

Keywords: Legal Epistemology. Political Science. *Ronald Dworkin.*

¹ Marcus Mauricius Holanda é mestrando em Direito Constitucional pela UNIFOR. É especialista em Direito do Trabalho e Processual Trabalhista pela Faculdade Christus. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR

INTRODUÇÃO

Ao analisar algumas obras de Ronald Dworkin depara-se com algumas questões hermenêuticas, sobre como o juiz deve decidir casos, dessa maneira Dworkin cria uma técnica para decisões, assinala a figura de “Hércules” como modelo de juiz onde este detém grande capacidade, sabedoria com paciência sobre humana, analisando os princípios e regras tendo o direito como integridade. Dworkin se utiliza do pragmatismo, pois cada interpretação cria repercursões na prática que altera a sua forma e incentiva uma nova reinterpretação. Entende, portanto, como um modelo a ser seguido por permitir ao juízes liberdade para mudarem as regras quando entenderem que a mudança será mais importante.

O tema é de atualidade indiscutível, há questões cruciais a serem discutidas existindo a necessidade de mergulhar nos conceitos de Dworkin para a melhor compreensão do direito e sua interpretação nos casos difíceis. Mas então surge a questão, é possível o desiderato de uma decisão única, para os casos apresentados á tutela jurisdicional? Eis o problema, cujos objetivos são a compreensão da hermenêutica da decisão única e Ronald Dworkin e a consideração de sua aplicabilidade em sistemas jurídicos distintos.

Neste mister, a pesquisa é do tipo bibliográfica, em que se administra a revisão de doutrina especializada, manifestamente da lavra de Ronald Dworkin, e doutrinas de hermenêutica jurídica afins, sob uma abordagem livre e exploratória sobre a temática, ao que a pesquisa é dividida na seguintes partes.

Na primeira parte contextualiza-se a hermenêutica sobre e sua arregimentação constitucional, enfatiza-se a problemática do intérprete e a crise da subjetividade em face do princípio da imparcialidade, e ainda, assinala-se a questão da decisão única para Ronald Dworkin.

Na segunda parte enfatiza-se o problema da complexidade das decisões e os efeitos em provimentos monocráticos ou colegiadas à pluralidade jurídica no trato decisório, sobremaneira na tradição do direito comum.

Na parte terceira avalia-se a teoria da argumentação em Ronald Dworkin, na concepção e no enfrentamento das questões de Direito, bem com o pragmatismo a que leva a sua doutrina.

Por último, algumas considerações, enfatizando-se a problemática desse modelo na tradição do *civil law* em que as diversas correntes decisórias se multiplicam na complexidade do mundo contemporâneo.

1 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PROBLEMA DA DECISÃO ÚNICA NA PRÁXIS JURÍDICA

A hermenêutica é fator fundamental para a correta aplicação das normas jurídicas, para tanto, é imprescindível que o interprete conheça os mecanismos de abstração de sentido e alcance da norma jurídica para a melhor aplicabilidade no caso concreto.

É preciso ainda ressaltar que a hermenêutica constitucional ganha destaque na experiência jurídica contemporânea, para Jorge de Miranda a interpretação segundo a Constituição significa compreender todo o conjunto, não só analisar a norma legal dentro do conjunto destas mesmas leis, mas, afirmar-se na supremacia da ordem constitucional:

[...] conceder todo o relevo, dentro do elemento sistemático da interpretação, à referência à Constituição. Com efeito, cada norma legal não tem somente de ser captada no conjunto das normas da mesma lei e no conjunto da ordem legislativa, tem outrossim de se considerar no contexto da ordem constitucional; e isso tanto mais quanto mais se tem dilatado, no século XX, a esfera de acção desta como centro de energias dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica positiva [...]. (MIRANDA, 2002. p.454)

A Constituição Federal como norma hierárquica superior encontra-se em posição topo do sistema legal e, portanto todo o fundamento jurídico deve ser buscado em seu bojo. A supremacia da constituição é elemento de suporte para a análise interpretativa, Luís Roberto Barroso (1996) assevera que a interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade da Constituição, sendo que nenhum ato ou manifestação possa subsistir se for incompatível com os ditames constitucionais.

[...] Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental [...]. (BARROSO,1996. p.150)

A interpretação constitucional deve ser realizada de maneira que seja dada a maior efetividade, dessa maneira o interprete deve avaliar qual norma ou principio será aplicado

onde possa ter eficácia máxima, Willis Santiago Guerra Filho, nesse mesmo entendimento, assevera:

[...] Princípio da máxima efetividade, também denominado princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, por determinar que, na interpretação de norma constitucional, se atribua a ela o sentido que a confira maior eficácia, sendo de se observar que, atualmente, não mais se admite haver na Constituição normas que sejam meras exortações morais ou declarações de princípios e promessas a serem atendidos futuramente [...]. (GUERRA FILHO, 2007, p 73)

Luís Roberto Barroso (1996), explica que os princípios constitucionais são o conjunto normativo que são o espelho da ideologia da constituição:

[...] são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamento ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. (BARROSO, 1996, p.141).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004) afirma que a investigação da norma de tratamento jurídico discriminatória, tem que se investigar se o que é adotado como critério discriminatório se há fundamento lógico dentro dos normativos da Constituição:

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. (MELLO, 2004. p.21-22).

Luís Roberto Barroso (2009) afirma que o Judiciário (Supremo Tribunal Federal) é o guardião da Constituição devendo ser respeitadas os valores e procedimentos democráticos:

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. (BARROSO, 2009, pp 71-91)

Lênio Luis Streck (2007), por sua vez, considera a importância da hermenêutica como forma de proteção contra as arbitrariedades ou discricionariedades por partes dos juízes:

A hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes. Mais do que isso, a hermenêutica será antipositivista, colocando-se como contraponto à admissão de múltiplas respostas advogada pelos diversos positivismos (pensemos, aqui, nas críticas de Dworkin à Hart). Nesse sentido, lembro que a noção de “positivismo” é entendida, neste texto e no restante de minhas obras, a partir de sua principal característica: a discricionariedade que ocorre a partir da “delegação” em favor dos juízes para a resolução dos casos difíceis (não “abarcados” pela regra). A holding da discussão encontra-se nas críticas dirigidas à Herbert Hart por Ronald Dworkin, para quem o juiz não possui discricionariedade para solver os hard cases. Antes de tudo, trata-se de uma questão de democracia. Entretanto, parece despiçando acentuar ou lembrar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma “proibição de interpretar”. Ora, interpretar é dar sentido (Sinngebung). É fundir horizontes. E direito é um sistema de regras e princípios, “comanda do” por uma Constituição. Que as palavras da lei (lato sensu) contêm vaguezas e ambigüidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais “abertos” em termos de possibilidades de significado não constitui nenhuma novidade. (STRECK, 2007, p 140)

A importância da hermenêutica para a aplicação da norma jurídica é fundamental para a correta aplicação, Manuel A. Domingues de Andrade (1987, p. 9) leciona que a ordenação das regras é incompleta sendo necessário uma complementação que se dá através da hermenêutica:

[...] a minuciosa ordenação da vida através das regras do direito e dos costumes é incompleta, necessitando de uma complementação produtiva. Ela precisa de juízo para avaliar corretamente os casos concretos. Conhecemos essa função do juízo sobretudo a partir da jurisprudência, campo em que o desempenho jurídico complementar da ‘hermenêutica’ reside justamente em promover a concreção do direito. (ANDRADE, 1987, p. 9)

Na mesma direção Konrad Hesse (1991) leciona que a interpretação tem significado decisivo para que seja consolidado e preservado a força normativa da Constituição. A questão que ora se apresenta é o enfrentamento na verve de Ronald Dworkin, a saber, a dimensão da única decisão para o caso concreto, como se passa a delinear a seguir.

1.1 O problema da decisão única na práxis jurídica

Imagine-se um magistrado que assinale o reclame de uma partes da relação jurídica processual, ao que um dos sujeitos afirme pleitear do juiz um provimento jurisdicional único para o seu caso, vale dizer, que não albergasse variantes, tampouco, divergências, haja vista tratar-se de um caso singular, ao que o magistrado perplexo entende explicar que tal fato não seria possível, porquanto há subjetividade no próprio ato decisório e que este mister é

diferente para o juiz “x”, bem como para o juiz “y” e, outrossim, para o colegiado de um Tribunal.

A explicação comum parece razoável, isto é, o de que se deve voltar para um modelo complexo, cuja pretensão não comporta perspectivas monocráticas, mas pluralistas, na experiência jurídica contemporânea. Não é essa, porém, a opinião Ronald Dworkin ao afirmar ser possível uma decisão única para cada caso concreto.

1.2. A imparcialidade hercúlea de Dworkin

A pergunta que todo jurista deve fazer é: como devo proceder para resolver certo problema juridicamente? Muito embora não se encontre uma resposta definitiva para os problemas.

Esta pergunta parece, um tanto óbvia na terceira asservita, ou seja, de que problemas jurídicos merecem uma resolução jurídica, por sinal, tautológica. Mas isto não é tarefa fácil, é um problema recorrente que as instâncias de validade jurídica não podem solucioná-la senão através de valores, e valores demandam uma multiplicidade de saberes que faz com que o Direito se torne pluridimensional.

Como, pois, demarcar um limite para que um magistrado não julgue questões que lhe tenham interesses diretos e indiretos, de vez que isto feriria largamente o princípio da imparcialidade?

Mas o que vem a ser imparcialidade? Para Dworkin (2003, p. 271-272) “o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.”

A imparcialidade em um direito como integridade deve ter as proposições jurídicas derivadas de princípios de justiça e equidade juntamente com o devido processo legal, oferecendo portanto, uma interpretação mais justa e conseqüentemente imparcial.

O direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. (DWORKIN, 2003, p. 273)

A integridade e a imparcialidade deve ser o sustentáculo de aplicação do Direito e coerente, justa e imparcial. Dworkin entende que existem, ideais para serem buscados, tais como, os ideais de uma estrutura política imparcial com justa distribuição de recursos com as mesmas oportunidades:

Os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Para ser breve, vou chamá-los de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. (DWORKIN, 2003, pp. 199-200)

Deve-se compreender que a moralidade exigida do Estado e da comunidade deve tomar como partida um conjunto único e coerente de princípios:

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.(DWORKIN, 2003, p. 200)

Dworkin faz a distinção das formas de integridade: a integridade na legislação que restringe o que os legisladores podem fazer e a integridade na deliberação judicial fazendo com que seja possível descobrir normas implícitas dentro das normas explícitas .

A primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação de direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar as normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juizes tratem nosso atual sistema de normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. (DWORKIN, 2003, pp. 201-260)

A importância de imparcialidade e da integridade se torna muito importante, Dworkin, nos mostra a importância e a complexidade de como as decisões judiciais podem afetar a vida da comunidade: Nesse sentido:

Os processos criminais são os mais temidos de todos, e também os mais fascinantes para o público. Mas os processos civis, nos quais uma pessoa pede que outra indenize ou ampare por causa de algum dano causado no passado ou ameaça de dano, têm, às vezes, consequências muito mais amplas que a maioria dos processos criminais. A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo” (DWORKIN, 2003. p 03).

Dworkin para demonstrar que em determinados casos era necessário a imparcialidade e principalmente a integridade do interprete criou o modelo de juiz o qual denominou de “Hércules” com capacidade e outros atributos sobre humanos:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules (DWORKIN, 2002, p. 165).

Dworkin ao criar as características de “Hércules” desejava não só criar possíveis teorias, mas para que essas fossem testadas para que fossem elaborados conceitos “quando o poder de discriminação desse teste estiver exaurido, ele deverá elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza.” (DWORKIN, 2002, p. 168)

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

Dworkin refere-se ao juiz como um romancista, pois este deve ler tudo que foi realizado no passado por outros juízes para que além de descobrir o que já foi feito, chegar a uma opinião para que possa formular decisões futuras:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. (DWORKIN, 2001, p. 283)

Dessa maneira Dworkin, dentro de complexa estrutura da interpretação jurídica cria a figura de “Hércules” juiz imaginário, com capacidades sobre-humanas e este aceita o direito como integridade.

Dworkin mostra que “Hércules” não é um ativista, pois este vai recusar a substituir o seu julgamento quando observar que não são questões de princípio:

Vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente de política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação. (DWORKIN, 2003, pp. 474-475).

Dworkin explica que “Hércules” como modelo ideal na condição sem ser o ser perfeito:

O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes de direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. (DWORKIN, 2002, p. 182).

Dworkin ao criar “Hércules” o colocou em um patamar de “semi-deus” pois a sua finalidade era de criar um sistema de tomadas de decisões baseada na minimização de erros (DWORKIN, 2002, p. 203).

1.3 Da decisão única ou correta

Dworkin demonstra que a busca por um conceito de Direito que tenha capacidade de refletir as práticas da sociedade sob a melhor interpretação.

Juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente com os outros. (DWORKIN, 2003, p. 488-489).

A questão da única resposta pode ser vista de maneira que o juiz tem que decidir, dessa forma entende ser difícil encontrar casos sem nenhuma resposta correta. Dessa maneira Dworkin afirma que parece ser difícil em casos jurídicos a não existir respostas certas:

Questão, portanto, de se existem casos sem nenhuma resposta certa em um determinado sistema jurídico – e se tais casos são raros ou numerosos – não é uma questão empírica comum. Acredito que tais casos, se é que existem, devem ser extremamente raros nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha. Alguém que conteste isso [não] terá êxito se tentar encontrar exemplos efetivos de casos sem nenhuma resposta certa numa investigação, caso a caso, dos relatos jurídicos. Cada relato de caso contém um parecer sustentando que, na comparação, um lado tem o melhor argumento no debate jurídico. O argumento de que estou errado, portanto, deve ser um argumento filosófico. Deve contestar minha suposição de que um sistema

jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante. Deve fornecer e defender alguma ideia de ceticismo, ou de indeterminação na teoria moral, que torne plausível supor que nenhuma de tais teorias pode ser preferida em detrimento da outra com base na moralidade política. Não acho que tal argumento tenha sido fornecido, apesar de certamente não ter demonstrado que isso seja impossível (DWORKIN, 2005, p. 215)

Dworkin defende que possam existir casos sem resposta correta, mas que são muitos difíceis, afirma que podem ocorrer casos onde existem duas respostas, mas que o juiz deve usar da discricionariedade para decidir qual se ajusta melhor as condições apresentadas devendo se utilizar dos princípios da integridade do direito. Nesse sentido:

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. (MARTINS, 2006. p 282)

Dworkin, nesse sentido argumenta:

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. (DWORKIN, 1997. p 70-71)

Lênio Luiz Streck que as decisões são o maior desafio, pois como se chegar a uma resposta correta sem a interferência dos decisionismo, ativismos, como transformar a constituição em um direito fundamental com resultados:

Trata-se, pois, de entender que, se o primeiro problema metodológico – como se interpreta – tem uma resposta que está fundamentada na superação do paradigma representacional, em que não mais cindimos interpretação de aplicação, o segundo – como se aplica – parece bem mais difícil de resolver, isto é, aqui se trata de dar uma resposta talvez ao maior desafio do direito nestes tempos de pós-positivismo: como

evitar decisionismos, ativismos, etc, e alcançar uma resposta correta (adequada constitucionalmente) em cada caso. Ou seja, como transformar a Constituição – e a sua interpretação – em um direito fundamental do cidadão, no sentido de que o resultado dessa interpretação não seja fruto de um sujeito solipsista ou dependente de métodos igualmente elaborados a partir do (velho) paradigma representacional. Este é o cerne da discussão hermenêutica. (STRECK, 2007. p 8)

No sentido de que a decisão a ser tomada seja um caso fácil ou difícil, Streck afirma que tudo depende da pré-compreensão do intérprete, pois o que seria fácil para alguns poderá ser considerado difícil para outros:

O problema de um “caso” ser fácil (easy) ou difícil (hard) não está nele mesmo, mas na possibilidade – que advém da pré-compreensão do intérprete – de se compreendê-lo. Fosse possível distinguir/cindir (a priori) casos fáceis e casos difíceis, chegar-se-ia à conclusão de que os casos seriam fáceis para determinados intérpretes e difíceis para outros...! A questão – vista de outro modo – é: fácil ou difícil para quem? (STRECK, 2007. p 17)

A busca por respostas corretas é uma necessidade, Streck, nesse sentido sustenta:

Frente ao estado da arte representado pelo predomínio do positivismo, que sobrevive a partir das mais diversas posturas e teorias que se sustentam, de um modo ou de outro, no predomínio do esquema sujeito objeto – problemática que se agrava com uma espécie de protagonismo do sujeito-intérprete (especialmente juízes e tribunais) em pleno paradigma da intersubjetividade – penso que, mais do que possibilidade, a busca de respostas corretas em direito é uma necessidade. (STRECK. 2007, p 22)

2 A HERMENÊUTICA DO PLURALISMO JURÍDICO

O viés pluralista diz respeito às concepções ideológicas que fundamentam as decisões de direito enfeixados em segmentos que se integram ao sistema jurídico, a qual se levariam em conta os acertos exógenos em que o jurista se preocuparia em aplicar a norma ao caso concreto sob certas condições sociais, uma espécie de prestação de contas à sociedade.

Para tanto essas decisões precisam fruir de legitimidade, do contrário a pluralidade há de ser vista como falaciosa, quando as instituições pluralistas são substituídas por idéias que aparentam uma pseudocompleição cidadã, mas nada mais seriam que os oportunismos em detrimento dos interesses fundamentais da sociedade.

A legitimidade de uma decisão jurídica não está em o intérprete seguir correntes majoritárias, sob o pretexto da maioria, tampouco decidir-se pelas minoritárias ou incorrer em voz isolada por mera insurgência ou arbítrio, como a incorrer na tese freudiana, *mutatis mutandis*, de que todo grupo minoritário é radical para afirmar-se *diferente*, porquanto nem um nem outro promoverá a concreção mais justa do direito se não atentar para a realidade social e o propósito de reduzir das desigualdades, do contrário fomenta-se um processo de segregação jurídica,² às vistas de interesses particularizados ou de concepções políticas predominantes consoante ainda ao pensamento de Otávio Ianni (2004, pp.179-180): “Há forças sociais mais poderosas empolgando boa parte dos meios disponíveis e fazendo com que a imagem de uma vasta desarticulação predomine sobre a integração”.

Tampouco, sob o pseudomanto da neutralidade, exigir-se-ia do jurista que se esquecesse, renunciasse ou afastasse suas convicções pessoais, sua religião, suas tradições, o que seria até um contra-senso quando se fala em uma sociedade plural, a pretexto de decisões estritamente jurídicas. Não obstante, uma decisão contrária ao direito vigente, mas que por qualquer fonte venha a fazer parte do sistema jurídico, não quer dizer que tal decisão esteja imune às contestações do grupo social, geralmente, mais contundente que a vigência formal de uma norma, quando manifestamente o controle social informal não assimile ou não tolere tal modelo³.

O que não se pode perder de vista, entretanto, é que o jurista em sua ética, em seus valores, têm inferências simpáticas e empáticas por determinado fim da norma jurídica e neste caso a exegética finalística estaria impregnada do interesse do jurista no resultado que a norma possa alcançar. Por mais queira o jurista a imparcialidade dos fins normativos, vale

² Miguel Reale (1985, p.19): “Nesse sentido particular será lícito afirmar que o modelo jurídico é de natureza teleológica, sem que isto signifique que sejam os modelos jurídicos engendrados para corresponder a pretensos *fins ou modelos ideais* existentes fora da experiência concreta, como protótipos ou arquétipos inhistóricos”.

³ Ascensão (1999, p. 314) na construção de uma perspectiva luso-brasileira do Direito considera: “Em Portugal e no Brasil o papel da jurisprudência é significativo. Muitas soluções tidas por assentes, nos últimos tempos de vigência do Código Civil português de 1867, eram de facto muito mais de filiar na jurisprudência que no Código, a que formalmente se referiam. E o mesmo diremos de muitas das soluções hoje obtidas no Brasil.

Em todo o caso, devemos dizer que a relevância prática da jurisprudência nunca terá sido tão grande como noutros países. Para isso terá contribuído em Portugal um certo alheamento da doutrina em relação à vida judiciária, bem como um excessivo individualismo dos nossos julgadores, que têm dificultado a criação de correntes jurisprudenciais estáveis. A publicação do novo Código Civil diminuiu logicamente o relevo da jurisprudência civil.

Quanto ao Brasil, há uma excessiva desenvoltura da jurisprudência perante a lei, que por vezes leva a soluções claramente *contra legem*. Mas essa tendência não tem levado à proclamação teórica da independência do juiz perante a lei. E até podemos dizer que essa mesma liberdade jurisprudencial se torna um óbice à formação de correntes jurisprudenciais estáveis, pois cada juiz facilmente põe de novo tudo em questão, impressionado sobretudo pelas particularidades do caso concreto.”

dizer, a manutenção dos resultados pelo próprio objeto dos fins normativos, isso pode encontrar ou colidir com os interesses do jurista, ao que pode o resultado ser inverso ao de sua vontade ou um efeito antipático à pretensa materialização simpática ou empática da norma jurídica. Miguel Reale referindo-se a doutrina inglesa da “Moral da Simpatia”, manifestamente a Adam Smith, assinala que o ato de julgar é dos mais difíceis porquanto pressupõe a capacidade de *colocar-se na posição do outro*, e considera: “O juiz deve ser imparcial, é certo, mas o acerto de sua decisão depende da capacidade psicológica e digamos até amorosa de situar-se ‘simpaticamente’ na posição do outro, isto é, das partes em litígio.” (REALE, 1994, p.142). Neste certame afirma, outrossim, Paulo Albuquerque (2005, p.672) que a

Dinâmica dos contrários reencontra-se na epistemologia das ciências contemporâneas na noção de sujeito como medida do real. Quando os sujeitos no entanto só reconhecem a si mesmos a partir de uma noção idealizada de si mesmos, como na sociedade contemporânea, a capacidade explicativo-integradora de tal modelo mostra-se esgotada.

A questão é que as decisões jurídicas são evoluções na vida jurídica, isto é, não estáticos como os institutos geralmente pacificados ou vinculantes na positividade brasileira.

O problema surge quando determinado grupo jurídico forte, por imposições político-econômicas, e, por infeliz, à margem da vida social pluralista, enseja *estatalizar* as decisões jurídicas em detrimento de outros manifestamente democráticos, verdadeiro engessamento dos paradigmas, o que retiraria toda a carga dinâmica das decisões limitando-os objetivamente no processo criativo do jurista. O que se critica é um corporativismo nefasto de certos grupos ou de parcelas de grupos que detenham ou controlam o poder e impelem certas decisões jurídicas em desvantagem de outros. Assim é que Paulo Albuquerque (2005, p.676) considera o que se deve ter por referente à democracia, vale dizer, a “tradução de fórmulas de convivência abrangente de relações sociais, o que passa atualmente pela capacidade de incorporar a dimensão política da individualidade não atomizada, valorizando a auto-realização dos indivíduos como expressão da efetividade do direito”.

A assertiva eleva também à questão da democracia, partindo da afirmativa que a legitimidade como reconhecimento da autoridade que detém o poder de criar normas, juntamente com o reconhecimento da realização ou produto pela qual se sustenta essa autoridade, ao que se pode inferir também a preponderância do fator político sobre o jurídico.

Duas questões então surgem, uma pela qual o jurista não pode afastar-se da realidade humana, do sujeito comum, mas, sobretudo do sujeito mínimo e singular, para que saiba também relativizar o interesse das minorias, da particularidade de certos casos e outra, de finalmente livrar-se da onisciência e onipresença dos grupos centralizadores de cuja sanção sofrem tais monopolizações nos escândalos e nas insurgências sociais que venham a moralizar e enfrentar os poderios oponentes.

3. O PROCESSO DE ARGUMENTAÇÃO DA TEORIA: A INTERPRETAÇÃO EM DWORKIN

Dworkin, em sua obra *O Império do Direito* explica como analisará o direito, adotando como ponto de vista interno a do participante que tenta aprender a natureza da argumentação dentro da própria prática:

Este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam. Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os do juiz. Mas a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca. (DWORKIN, 2003, p 19)

Dworkin demonstra que a melhor interpretação deriva da prática jurídica da comunidade:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. (DWORKIN, 2003, p 272)

Dessa maneira observa-se que a interpretação repercute e altera a prática, Dworkin, afirma que dessa maneira alterando a sua forma cria incentivos a uma nova interpretação:

A interpretação repercute na prática, alterando a sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior. (DWORKIN, 2003, p 59)

Dworkin estabelece a distinção entre as etapas do processo de interpretação

Primeiro, deve haver uma etapa ‘pré-interpretativa’ na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. [...] é preciso haver um alto grau de consenso [...] se se espera que a atitude interpretativa dê frutos. [...]. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre 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. [...] deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática. Por último, deve haver uma prática pósinterpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua idéia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa. (DWORKIN, 2003, p 19)

4 O PRAGMATISMO JURÍDICO NA CONCEPÇÃO DE DWORKIN

Dworkin demonstra que “o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorrem de decisões anteriores do tipo adequado” (DWORKIN. 2003, p. 116). Afirma que as concepções do direito aperfeiçoam a interpretação e cada concepção oferece respostas às perguntas ligadas ao Conceito, onde, portanto, Dworkin as organiza da seguinte forma: “primeiro, justifica-se o suposto elo entre o direito e a coerção? Faz algum sentido exigir que a força pública atue somente em conformidade com os direitos e responsabilidades que decorrerem de decisões políticas anteriores? Segundo se tal sentido existe, qual é ele? Terceiro que leitura de decorrer – que noção de decisão de coerência é a mais apropriada? (DWORKIN. 2003, p. 118). Dworkin apresenta três formas de interpretação abstrata da prática jurídica que elaborou como respostas ao grupo de perguntas. Dessa maneira nomeia três concepções de “pragmatismo jurídico” “convencionalismo” e o “direito como integridade” (DWORKIN. 2003, p. 118), essas novas concepções são novas em determinado sentido, mas como afirma “não pretendem exatamente rivalizar com as escolas doutrinárias”.

Dworkin conceitua o pragmatismo jurídico como uma “concepção cética do direito”. Negando portanto que a comunidade assegure alguma vantagem real ao exigir que as decisões de um juiz sejam verificadas por qualquer suposto direito dos litigantes à coerência com outras decisões políticas tomadas no passado Interpretando a prática jurídica no sentido de que os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareça melhor para o futuro

da comunidade, ignorando a coerência com o passado como algo que tenha valor em si mesmo (DWORKIN, 2003, p. 119).

Para Dworkin, o pragmatismo jurídico afirma que as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser à decisão judicial que, ao final, se revelar a melhor para a comunidade como um todo, sem considerar nenhuma decisão política tomada no passado (2003, p. 180):

O pragmatismo jurídico, afirma 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 tomada no passado. Portanto, não tem o direito de que se use o poder coletivo do Estado em seu benefício, nem de que não se use contra elas em razão simplesmente do que uma legislatura ou outro tribunal tenha decidido no passado. Veremos, em poucas palavras, que o pragmatismo é menos radical do que essa descrição pode fazê-lo parecer, pois, reconhece razões estratégicas pelas quais as leis devem ser geralmente aplicadas de acordo com seu significado manifesto e pretendido, e pelas quais as decisões judiciais anteriores devem ser normalmente respeitadas nos casos atuais. Do contrário, o governo perderia seu poder de controlar o comportamento das pessoas, o que sem dúvida viria a piorar a comunidade como um todo. (DWORKIN, 2003, p. 180):

No pragmatismo jurídico, na opinião de Dworkin o pragmatismo cria uma dificuldade de prever o modo de como irão se comportar os tribunais, mas permite uma liberdade aos juízes mudarem as regras quando pensarem que a mudança será mais importante:

O pragmatismo torna um pouco mais difícil prever o modo como vão comportar-se os tribunais nos casos que, do ponto de vista do convencionalismo, são fáceis. Mas o pragmatismo tem vantagens correspondentes. Deixa os juízes livres para mudarem as regras quando pensam que a mudança seria - ligeiramente ao menos - mais importante que qualquer mal que a mudança pudesse causar. Também estimula a comunidade a esperar tais mudanças, e desse modo obtém uma boa parte do benefício da mudança sem o desgaste do litígio, ou sem o dispendioso, incerto e inconveniente processo de criação do direito (DWORKIN, 2003, p. 181)

Como modelo de regime de interpretação Dworkin afirma que se tivessem que escolher um modelo de interpretação o pragmatismo cria uma dificuldade de prever o modo de como irão se comportar os tribunais, mas permite uma liberdade aos juízes mudarem as regras quando pensarem que a mudança será mais importante:

se tivéssemos de escolher uma das duas estratégias para um futuro indefinido, seria melhor escolher o pragmatismo, que é muito mais adaptável!. Se a estrutura econômica e social de nossa comunidade se desenvolve de tal modo que, retrospectivamente, parece que uma estratégia convencionalista teria sido mais apropriada, então o pragmatismo já terá levado modelo dominante de jurisdição muito próximo do convencionalismo. Pois, tanto os juízes quanto as pessoas comuns terão percebido que a esfera que deveria ser dominada pela previsibilidade é muito vasta, e os cidadãos farão seus planos pressupondo que os juízes adotam esse ponto

de vista e, portanto, não reverterão com frequência a prática jurídica estabelecida. O contrário, porém, não é verdadeiro. O sistema convencionalista não tem a capacidade de chegar a nada que se assemelhe a flexibilidade do pragmatismo, pois qualquer abrandamento envolveria, inevitavelmente, o fracasso da expectativa publicamente estimulada. Não quero dizer que endosso o pragmatismo. Seus méritos e defeitos constituem o tema do próximo capítulo. Quero apenas oferecer a seguinte resposta ao argumento da coordenação como um argumento favorável ao convencionalismo. Se formos tentados a optar pelo convencionalismo com base no argumento de que oferece uma estratégia aceitável para chegar ao equilíbrio mais eficaz entre certeza e flexibilidade, devemos então optar pelo pragmatismo, que parece ser uma estratégia muito melhor. Em resumo, [...] o convencionalismo se ajusta mal a nossas políticas jurídicas. (DWORKIN, 2003, p. 181 - 182)

A flexibilidade alcançada pelo pragmatismo fornece melhores condições para se chegar ao equilíbrio dado as condições das políticas jurídicas.

CONCLUSÃO

Na interpretação com o fato primordial às decisões dos juízes, para que a norma aplicada tenha a melhor eficácia nos casos concretos, Dworkin tenta, assim, delinear questões de aplicação, pois os juízes, ao se confrontarem a necessidade de tomada de decisões aplicariam regras, princípios já devidamente analisados como forma de obter a máxima aplicabilidade da decisão. A hermenêutica funcionaria como uma proteção contra as interpretações arbitrárias e contra decisionismos jurídicos.

Dworkin analisando o judiciário como integridade onde este deve instruir os juízes a identificar direitos e deveres partindo do pressuposto de que são criadas pela comunidade com uma concepção coerente de justiça e equidade, por isso a interpretação jurídica deve ser a mais justa e imparcial para se chegar ao melhor resultado ou a melhor resposta.

A interpretação, o raciocínio jurídico deve ser um exercício de interpretação construtiva, de que o nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas. A integridade e a imparcialidade deve ser a base para a aplicação do Direito de forma coerente e justa, mas imparcial.

Como criar o modelo de interpretação infalível? Dworkin cria o modelo do juiz “hércules” com várias qualidades sobre-humanas que aceita o direito como integridade, com Hércules, Dworkin não cria o ser perfeito, mas deseja o modelo criado seja que as decisões

tomas sejam baseadas na minimizações do erros, ou seja a criação de um sistema em constante aperfeçoamento.

O problema da interpretação única, voltada à argumentação de hermenêutica constitucional monocrática, é arauto da verve dworkiniana, mas é prudente ainda, ressaltar sob concepção crítica ao longo do trabalho, duas realidades, a saber, a do modelo consuetudinário, em que se encontra Dworkin e a do direito comum, na tradição do *civil law*.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio. Hermenêutica constitucional e semântica da efetividade no quadro da práxis democrática contemporânea. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes, MORAES, Filomeno. **Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.657-678.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis**. 4ª ed., Coimbra, Armênio Amado - Editor Sucessor, 1987

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**; uma perspectiva luso-brasileira. 10a.ed. rev. Coimbra: Almedina, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípios**. 2. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

IANNI, Otávio. **A idéia de Brasil moderno**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991

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

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin, p. 282. In **NEJ** - Vol. 11 - n. 2 - p. 265-289 / jul-dez 2006

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, constituição, autonomia do Direito e o Direito Fundamental a obter respostas adequadas (corretas) In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas** – ano XXIII – n. 25 – jul./dez. 2007, p 133 - 154